

A. I. Nº - 206854.0004/16-2
AUTUADO - BRASKEM S/A.
AUTUANTES - LUIZ CARLOS PRATES SANTOS e ANTONIO TORRES DE BARROS
ORIGEM - IFEP INDÚSTRIA
PUBLICAÇÃO - INTERNET 05.04.2017

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0028-04/17

EMENTA: ICMS. 1. MULTA. FALTA DE REGISTRO NA ESCRITA FISCAL. **a)** OPERAÇÕES NÃO TRIBUTÁVEIS. Infração procedente. **b)** OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS. Infração procedente. 2. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. **a)** FALTA DE RETENÇÃO. PRESTAÇÕES DE TRANSPORTES INTERESTADUAL E INTERMUNICIPAL. PAGAMENTOS EFETUADOS POR CONTRIBUINTE NÃO ESCRITOS NO ESTADO. Infrações 3 e 4 reconhecidas. **b)** OPERAÇÕES NÃO ESCRITURADAS NOS LIVROS FISCAIS PRÓPRIOS. Infração procedente. **c)** MERCADORIAS PARA INDUSTRIALIZAÇÃO. CONSERTOS OU OPERAÇÕES SIMILARES. FALTA DE RETORNO AO ESTABELECIMENTO DE ORIGEM. Não comprovado o retorno no prazo legal. Infração não elidida. **d)** DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS INTERNAS E INTERESTADUAIS. AQUISIÇÕES DE MERCADORIAS DE OUTRA UNIDADE FEDERADA. Infração procedente. 3. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DE CRÉDITO. AQUISIÇÃO DE MATERIAL PARA USO E CONSUMO. Produtos que servem para lubrificar-refrigerar os equipamentos e tubulações onde são aplicados. Água potável não tem seu uso enquadrado como de uma participação no processo produtivo da empresa. Infração procedente. Negado o pedido de diligência. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 30/06/2016, exige ICMS e multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$2.766.697,63, por meio das seguintes infrações:

INFRAÇÃO 1 - Deu entrada no estabelecimento de mercadoria(s) não tributável(is) sem o devido registro na escrita fiscal. Fiscalização - Circularização com Fornecedores e Remetentes Diversos, juntamente com a captação de notas fiscais nos Postos Fiscais, detectamos que Fornecedores e Remetentes diversos enviaram mercadorias para este contribuinte ora autuado, e as mesmas não foram lançadas na Escrita Fiscal Digital - EFD (livros fiscais próprios). Conforme Demonstrativo anexo, nos meses de janeiro a dezembro de 2013 e 2014. Valor da Multa: R\$1.004.184,88;

INFRAÇÃO 2 – Deu entrada no estabelecimento de mercadoria(s), bem(ns) ou serviço(s) sujeito(s) a tributação sem o devido registro na escrita fiscal. A partir de cruzamento de dados digitais nos nossos Sistemas de Fiscalização - Circularização com Fornecedores e Remetentes Diversos, juntamente com a captação de notas fiscais nos Postos Fiscais, detectamos que Fornecedores e Remetentes diversos enviaram mercadorias para este contribuinte ora autuado, e as mesmas não foram lançadas na Escrita Fiscal Digital - EFD (livros fiscais próprios). Conforme Demonstrativo anexo, nos meses de janeiro a dezembro de 2013 e 2014. Valor da Multa: R\$16.937,64;

INFRAÇÃO 3 – Deixou de proceder à retenção do ICMS e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às prestações sucessivas de transporte interestadual e intermunicipal. Deixou de pagar a substituição do ICMS sobre as prestações sucessivas do serviço de transporte interestadual. Ressalvando que nos próprios DACTEs anexos constavam que o ICMS teria sido pago por Substituição Tributária pelo autuado e que os CTEs listados no Demonstrativo Analítico anexo não foram incluídos na planilha do cálculo da ST sobre transportes elaborada pelo contribuinte. Conforme Demonstrativo anexo, nos meses de maio, junho e outubro de 2014. Valor Histórico: R\$3.565,997 - Multa de 60%;

INFRAÇÃO 4 – Deixou de proceder à retenção do ICMS, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às prestações de serviços de transporte interestaduais e intermunicipais, efetuadas por autônomo ou empresa transportadora não inscrita neste Estado. Deixou de fazer a substituição do ICMS sobre as prestações do serviço de transporte interestadual efetuado por estabelecimentos de transportadora inscritos em outros estados, ressalvando que o transporte iniciou-se na Bahia. Conforme Demonstrativo anexo, nos meses de dezembro de 2013, agosto e novembro de 2014. Valor Histórico: R\$2.189,72 - Multa de 60%;

INFRAÇÃO 5 – Deixou de recolher, no(s) prazo(s) regulamentar(es), ICMS referente as operações não escrituradas nos Livros Fiscais próprios. O Contribuinte deixou de escriturar no Livro Fiscal de Saída de Mercadorias-EFD notas de fiscais de saída tributadas, ATIVAS, conforme constatamos consultando o Portal Nacional da Nota Fiscal Eletrônica e site da SEFAZ-BA. Consequentemente não recolhendo o ICMS devido. Conforme Demonstrativo anexo, no mês de agosto de 2014. Valor Histórico: R\$15.544,09 - Multa de 100%;

INFRAÇÃO 6 – Deixou de recolher o ICMS de mercadorias enviadas para industrialização - conserto ou operações similares - sem o devido retorno ao estabelecimento de origem. O contribuinte promoveu a saída de bens destinadas para conserto e os citados bens não retornaram. Consoante art. 279, § único do RICMS-BA, vigente, a empresa fica sujeita ao pagamento do imposto. Conforme Demonstrativo anexo, nos meses de julho de 2013, janeiro, julho e agosto de 2014. Valor Histórico: R\$189.070,94 - Multa de 60%;

INFRAÇÃO 7 – Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento. Creditou-se indevidamente de mercadorias destinadas a uso e consumo. A maior parte dos materiais listados no Demonstrativo anexo são usados como inibidor de corrosão, dispersantes, biocidas e anticorrosivos no tratamento de água de refrigeração e também para a manutenção de equipamentos diversos. Conforme Demonstrativo anexo, nos meses de janeiro a dezembro de 2013 e 2014. Valor Histórico: R\$872.820,63 - Multa de 60%;

INFRAÇÃO 8 – Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento. Esta infração decorre da anterior, infração 7 - 01.02.02, pois se referem aos mesmos produtos elencados nas mesmas notas fiscais, relativamente às entradas interestaduais. Conforme Demonstrativo anexo, nos meses de janeiro a dezembro de 2013 e 2014. Valor Histórico: R\$662.383,76 - Multa de 60%;

O autuado apresenta defesa, fls. 114/140, inicialmente, destaca a tempestividade da impugnação e reproduz as infrações.

Aborda aspectos preambulares – do processo produtivo da unidade de Polietileno-PE3/BA em que para a melhor compreensão do caso e identificação do tratamento jurídico adequado a ser dispensado por esse Eg. CONSEF apresenta uma breve exposição do processo produtivo realizado no estabelecimento autuado, a Unidade Industrial de Polietileno da Braskem.

Esclarece que o estabelecimento está inserido na 2ª Geração da cadeia plástica, responsável pela produção de polímeros de Polietileno PEBD e EVA, importantes produtos acabados do portfólio comercial da Braskem. Junta quadro de toda a Cadeia de Polietileno que pode ser melhor visualizada nas ilustrações de fl. 118.

Assinala que esses mapas descritos na folha anterior são dos insumos básicos fornecidos para a produção do Polietileno de baixa densidade pela unidade industrial autuada são o: “(i) Etileno; e o (ii) acetato de vinila. Acrescenta que a partir desses insumos básicos, a planta de Polietileno desenvolve diversos processos produtivos para **polimerizar** os referidos insumos básicos até industrializar os polímeros de Polietileno (PEBD e EVA), produtos acabados comercializado pela Braskem”. Todavia, até se chegar ao resultado final, o processo de produção do Polietileno passa por diversas fases internas, diferentes metodologias, com emprego de uma infinidade de insumos, reagentes, aditivos, produtos intermediários, embalagens, conforme será detalhado a seguir.

Pede pela extinção do crédito tributário em relação às infrações 3 e 4 devido ao pagamento conforme evidenciam os comprovantes anexados na presente peça de defesa (Doc. 02).

Observa que as infrações 1 e 2 da presente autuação envolvem, exclusivamente, a aplicação de penalidade por descumprimento de obrigações acessórias, sem qualquer prejuízo ao Erário, já que não houve nenhuma exigência de tributos. Sustenta que não foi imputada pela fiscalização a ocorrência de dolo, fraude ou simulação pela empresa. Com efeito, torna-se aplicável a regra prescrita no art. 42, § 7º, da Lei nº 7.014/96, pelo qual as multas por descumprimento de obrigações acessórias poderão ser reduzidas ou canceladas pelo órgão julgador administrativo, desde que fique comprovado que as infrações tenham sido praticadas sem dolo, fraude ou simulação e não impliquem falta de recolhimento do imposto.

Salienta que a obrigação tributária pode ser classificada como principal e acessória, conforme disposto no art. 113 do Código Tributário Nacional, sendo que a obrigação acessória consiste numa obrigação de fazer ou de não fazer, e tem como objetivo permitir à fiscalização a averiguação do correto cumprimento da obrigação principal, possibilitando a verificação da ocorrência do fato gerador e do recolhimento dos tributos. Isto é o que dispõe o § 2º do art. 113 do CTN – transcreve.

Deste modo, ressalta que a aplicação de multa por descumprimento de obrigação acessória deverá ocorrer apenas quando houver a falta de cumprimento da obrigação impeça ou dificulte a fiscalização do cumprimento da obrigação principal. Assim, torna-se claramente aplicável na hipótese dos autos o disposto no art. 42, §7º, da Lei nº 7.014/96, com o propósito de cancelar ou reduzir em até 90% as multas aplicadas nas infrações 1 e 2, eis que da simples leitura do auto de infração é possível verificar que não foi imputada à Impugnante pelo i. fiscal a prática de dolo, fraude ou simulação, bem como a falta de recolhimento do imposto. Junta decisões deste Eg. CONSEF que já manifestou pelo cancelamento da multa aplicada (3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, Auto de Infração nº 274068.1001/00-8, Sessão 07/02/2001, Relator Sr. Ciro Roberto Seifert).

Pugna, em homenagem aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, que essa Junta de Julgamento cancele a multa aplicada consubstanciada nas infrações 1 e 2. Alternativamente, caso este não seja o entendimento desta Junta de Julgamento, ao menos, sejam reduzidas pois, conforme demonstrado, afigura-se desproporcional e iníqua, tendo em vista que a maioria das operações sequer foram tributadas, conforme jurisprudência do CONSEF revelada nos Acórdãos CJF Nº 0433-13/13, CJF Nº 0250-11/10, CJF Nº 0025-11/10.

No que concerne à infração 05, pontua a fiscalização o entendimento de que o autuado deixou de recolher ICMS nas operações de saída das mercadorias discriminadas nas Notas Fiscais nºs 145750 e 145747 não escrituradas nos livros fiscais próprios, conforme se pode extrair do demonstrativo fiscal de fl. 124.

Esclarece que não há que se falar em imposto a recolher com relação às notas fiscais indicadas acima. Isto porque, referidas operações de saída não ocorreram, em que pese o erro formal em não ter promovido o cancelamento das mesmas no sistema da SEFAZ/BA, tendo sido emitidas notas fiscais em substituição, registradas através das Notas Fiscais nºs 145.795 e 145.774, respectivamente (Doc. 03). Inclusive, com o intuito de confirmar as informações prestadas acima, com relação à Nota Fiscal nº 145.747 emitida para a L. R. NORDESTE S/A, apresenta

declaração assinada pelo Diretor da referida empresa atestando que não recebeu as mercadorias indicadas na referida nota, a qual foi devidamente substituída e registrada através da Nota Fiscal nº 145.774.

Destaca que o erro formal, por não ter promovido o cancelamento das notas fiscais autuadas no sistema da SEFAZ/BA, não tem o condão de constituir o fato gerador do crédito tributário, uma vez comprovado que não houve a efetiva circulação, apenas a aplicação de eventual multa isolada.

Afirma que isto porque é vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público, suficientes para propiciar adequado grau de certeza, segurança e respeito aos direitos dos administrados.

Reitera que o direito não fica alheio às realidades sociais, nem se divorcia do bom senso, devendo a sua compreensão ser ajustada à justiça das normas, não podendo ser desajustado, nem injusto, devendo a verdade material prevalecer no presente caso para que seja cancelada a autuação na sua integralidade.

Afirma que deve ser cancelada a presente infração, considerando que as operações de saída de mercadorias constantes nas notas fiscais autuadas não ocorreram, situação a qual poderia ter sido previamente validada pelo i. fiscal, mediante a análise do livro de Registro de Entradas da empresa L. R. NORDESTE S/A, evitando a insubsistente autuação.

Na infração 6 sustenta que a autuação envolve (05) cinco notas fiscais, como indicado no demonstrativo do atuante apresentado abaixo, emitidas para os destinatários RIP SERVIÇOS INDUSTRIAIS LTDA e TOLEDO DO BRASIL INDÚSTRIA DE BALANÇAS LTDA., conforme quadro de fl. 127.

Não obstante a emissão das notas fiscais de remessa aduz que as mercadorias não chegaram a ser encaminhadas, conforme formalizado nas declarações em anexo (Doc. 04), não obstante o erro formal em não ter promovido o cancelamento das mesmas no sistema da SEFAZ/BA. Reafirma o erro formal, por não ter promovido o cancelamento das notas fiscais autuadas no sistema da SEFAZ/BA, não tem o condão de constituir o fato gerador do crédito tributário, uma vez comprovado que não houve a efetiva circulação, apenas a aplicação de eventual multa isolada. E repisa que é vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público, suficientes para propiciar adequado grau de certeza, segurança e respeito aos direitos dos administrados.

Acrescenta que o direito não fica alheio às realidades sociais, nem se divorcia do bom senso, devendo a sua compreensão ser ajustada à justiça das normas, não podendo ser desajustado, nem injusto, devendo a verdade material prevalecer no presente caso para que seja cancelada a autuação na sua integralidade.

Portanto, sustenta que não merece prosperar a presente autuação, que deve ser cancelada por essa i. Junta de julgamento Fiscal.

Defende-se quanto aos créditos constante nas infrações 7 e 8.

A infração 7 do Auto ora impugnado imputa a utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente à aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento, nas operações de compra dentro do Estado da Bahia. Por sua vez, a infração 8 é reflexo da infração 7, exigindo o ICMS supostamente incidente decorrente da diferença entre as alíquotas dos produtos adquiridos de outras unidades da federação, destinados ao uso e consumo do estabelecimento autuado.

Em síntese, pontua que o trabalho dos autuantes resultou na glosa de créditos de ICMS incidentes sobre a aquisição de diversos produtos. Dentre eles, destaca os mais representativos, conforme o quadro de fl. 129.

Explica que os produtos acima listados, além dos demais produtos autuados de menor expressividade, são utilizados direta ou indiretamente no processo produtivo das plantas da unidade de Polietileno – PE3, sendo, portanto, incontestado o direito ao crédito, conforme

demonstrará a seguir, pormenorizadamente.

Frisa que a fidedignidade das alegações sobre a essencialidade dos produtos no processo produtivo, para os quais os créditos foram glosados, fora atestada nos laudos elaborados pelo Instituto de Pesquisas Tecnológicas – IPT (Cf. Mída) e engenheiros da planta industrial PE-3 (Doc. 05).

Quanto ao óleo lubrificação compressores LP-15, óleos “Sonneborn” e “Comb Hidrog Gran”, afirma que são aplicados no sistema de lubrificação/refrigeração dos compressores de alta pressão das plantas de PEBD, que se apresentam como etapa essencial ao ciclo produtivo do polietileno. Explana que tais compressores comprimem as matérias primas e materiais utilizados no meio reacional, que são introduzidos no reator, juntamente com os peróxidos já preparados, que iniciam a reação de polimerização.

Dessa forma, evidencia sua essencialidade e aplicação no ciclo produtivo, devendo-se ser afastada a glosa pretendida pela autuação.

Para o óleo de “selagem agitadores LP-18”, reafirma que é essencial para que ocorra a reação de polimerização, vez que promove a selagem do agitador do reator da planta PEL de modo a evitar que a solução polimérica e solvente (ciclohexano) a 285°C e 160 kgf/cm² vazem para atmosfera. Esse óleo é essencial para segurança de processo e operabilidade da planta PEL.

Nesse soar, sustenta que o referido material é empregado efetivamente no ciclo de produção da planta fabril da Braskem – PE3, evidenciando que sem a sua aplicação a reação necessária para obtenção do polímero de polietileno não ocorre, vez que o ambiente controlado pela vedação/selagem obtida via óleo, proporciona a reação de polimerização dos insumos colocados no agitador.

Em relação ao “Freon 22 compressor 50/56 kg” sintetiza que é empregado no processo produtivo do polietileno como fluido refrigerante em duas unidades de refrigeração que disponibilizam água gelada (Temperatura abaixo de 15°C), para capela da extrusora (sistema de corte) na planta PEBD, que é essencial para a granulação das resinas que possuem elevado índice de fluidez.

Acrescenta que o Freon também é utilizado como fluido refrigerante de uma unidade de refrigeração utilizado no condensador de uma coluna de destilação que tem como finalidade recuperar buteno não reagido no processo produtivo da planta PEL.

Assim, assevera que o produto é essencial para a obtenção dos pellets de polietileno, vez que que trabalha para solidificação da pasta de polímero, que será cortada na forma de bolinhas (pellets), bem como no resgate de gás butano não reagido, para sua posterior reutilização no ciclo de produção.

No argumento do produto “Fluido Térmico DTA” declara que é utilizado na linha de produção do polietileno linear (PEL) da unidade PE-3. Nesta unidade, existem equipamentos que requerem o uso de um fluido de aquecimento com temperatura acima de 300°C. Para assegurar o aquecimento desejado seria necessário utilizar um vapor d'água com uma pressão muito elevada.

Assim, em decorrência da indisponibilidade do vapor requerido e também, visando reduzir a pressão e operação dos equipamentos e tubulações envolvidos e aumentar a segurança de operação da planta, é necessário o uso de um fluido térmico cuja principal característica é possibilitar a obtenção de alta temperatura à baixa pressão.

Reitera que o fluido sofre desgaste durante o ciclo de produção do polietileno, sendo necessária sua substituição devido à perda de suas propriedades, após sucessivos processos de aquecimento e resfriamento, deflagrando-se sua aplicação na obtenção do polietileno fabricado pela Autuada.

Quanto aos “inibidores de corrosão/controle de água de resfriamento”, explica igualmente ao que ocorre com os produtos elencados acima, a fiscalização glosou produtos empregados no processo produtivo da PE3, sem fundamentar o porquê da glosa. Junta tabela discriminando os produtos e dando a função de cada um, conforme fls. 133/134.

Diz que tal postura da Administração reforça o cerceamento ao direito de defesa da Impugnante

ao não justificar o motivo pelo qual cada um dos produtos foi classificado como material de uso e consumo.

Salienta que a fiscalização não apresentou qualquer motivação detalhada para cada um dos inúmeros produtos indicados em seu demonstrativo, cabendo ao contribuinte a hercúlea tarefa de detalhar ao máximo possível a utilização dos referidos produtos como insumos ou produtos intermediários. Pois bem, pontua que no processo industrial da planta de PE3, a temperatura é fator determinante para o sucesso das reações e dos diversos processos produtivos ali desenvolvidos.

Reitera que, nesse contexto, surge a importância de alguns produtos e aditivos empregados nos sistemas de Vapor e de Água de Refrigeração, com inúmeras funções. Dentre as suas funções, destaca: *“Inibição de corrosão dos equipamentos com a formação de película protetora; Função biocida, controle bacteriológico do crescimento de algas, bactérias e fungos na corrente; Funções dispersantes ou anticrustantes. São empregados aditivos que impedem a formação de polímeros que vão aderir na superfície dos equipamentos impedindo a troca de calor.”*.

Aborda que as torres de resfriamento são importantes equipamentos utilizados no processo que diretamente proporcionam a produção das resinas de Polietileno, com as especificações e peculiaridades das diferentes grades exigidas pelos clientes da Braskem.

Esclarece ainda, que as torres de resfriamento têm como principal função estabilizar a temperatura das reações iniciadas durante o processo de Polietileno. Sem a estabilização da temperatura no estágio necessário, seria impossível atingir os diversos tipos de resinas produzidas, gerando disfunções e ineficiência da produção.

Nesse contexto, assevera que está inserida uma quantidade representativa dos produtos glosados pela Fiscalização que são dosados na água de resfriamento utilizada nas torres. Por exemplo, no caso dos produtos fornecidos pela Nalco, são soluções de amina preponderantemente aplicadas nos sistemas de resfriamento.

Afirma que sem o emprego de alguns dos produtos da NALCO, os sais presentes na água tornam-se insolúveis, depositando-se nas paredes dos tubos de refrigeração, impedindo o regular funcionamento das plantas, podendo causar distorções na temperatura e consequentemente nas reações químicas necessárias à produção do Polietileno. Um exemplo de etapa do processo de produção da PE3 que requer o uso da água de resfriamento é a etapa de polimerização do etileno e do acetato de vinila que produz o Polietileno. Para o uso adequado desta água é necessária a dosagem de produtos como o hipoclorito de sódio para manter a água na qualidade em condições de uso.

Portanto, sustenta que resta caracterizada a vinculação dos mencionados produtos ao processo de industrialização, o que legitima o procedimento da Impugnante de apurar o crédito nas respectivas aquisições fiscalizadas e autuadas pela SEFAZ/BA.

Em relação ao produto “U099 – Água Potável”, a sua função é a utilização em equipamentos de segurança, como chuveiros de emergência e lava-olhos, existentes na área industrial, que atendem aos requisitos de legislação de segurança do trabalho.

Pede pelo refazimento da escrita fiscal, pois afirma que deve ser registrado que não foram considerados eventuais saldos credores de ICMS existentes no período autuado.

De acordo com o princípio da não-cumulatividade, ressalta que cada operação ou prestação sujeita ao ICMS gera um crédito em favor do contribuinte, o qual poderá ser compensado com débitos do ICMS incidente em operações posteriores, consolidando-se a premissa de que a quantia a ser desembolsada pelo contribuinte (e, em última instância, transferida ao consumidor/tomador final) a título de ICMS, é o resultado da dedução do ICMS anteriormente cobrado do montante do imposto devido, por imposição constitucional.

Com efeito, a cobrança do imposto perpetrada, afirma que jamais poderia resultar na exigência

de imposto sem antes a Fiscalização proceder à recomposição de toda a escrita fiscal do estabelecimento no período autuado, especialmente considerando que, em alguns períodos de apuração, a operação do estabelecimento pode ter sido credora.

Destaca que a ausência de reconstituição da escrita fiscal para fins de quantificação do tributo devido, nos termos do art. 142 do CTN e 18 do RPAF/BA, afronta a sistemática de apuração do ICMS, jungida que está à não cumulatividade, não havendo clareza da demonstração do imposto exigido. Esta necessidade, de recomposição da escrita fiscal, aplica-se para todas as infrações em que há imputação de ICMS a pagar, sob pena de o AI dever ser prontamente cancelado por absoluta nulidade.

Nos termos do disposto nos arts. 123, § 3º e 145 do RPAF, requer seja procedida diligência fiscal, por auditor fiscal estranho ao feito, de modo a verificar, *in loco*, a real utilização dos itens impugnados na presente.

Finaliza, pedindo pela insubsistência e improcedência do lançamento tributário ora controvertido, requer seja acolhida a presente Impugnação para fins de cancelamento integral do débito consubstanciado no presente auto de infração, com o consequente arquivamento do presente processo. Requer a produção de todos os meios de prova em direito admitidos, especialmente a realização de diligência fiscal por auditor fiscal estranho ao feito. Pugna pela extinção dos créditos tributários correlatos às infrações 3 e 4, em razão do pagamento conforme evidenciam os comprovantes anexados na presente peça de defesa (Doc. 02).

Nas fls. 199/203, consta DAE de pagamento das infrações 3 e 4, consequentemente, reconhecimento destas infrações.

Na informação fiscal, fls. 205/210, os autuantes verificam o reconhecimento por parte do autuado das infrações 3 e 4. Reproduzem as imputações.

Nas infrações 1 e 2, verificam que a defesa reconhece as infrações, ou seja, admite que o autuado realmente não registrou as notas fiscais alegando apenas que a multa aplicada fere os princípios da razoabilidade pedindo o cancelamento ou redução da mesma.

Quanto a estas autuações, o pedido de cancelamento ou redução da multa em até 90% do valor total, são descabidos, pois as obrigações acessórias são de fundamental importância para a Administração Tributária visando o controle da Obrigação Principal - o pagamento do tributo.

Pontuam que o descumprimento das mesmas, ensejam sanções escalonadas de acordo com a gravidade. Afirmam que a infração cometida pelo contribuinte - não registro das notas fiscais, é gravíssima pois, independentemente da destinação das mercadorias, seja, insumo, revenda, uso e consumo, serviço de transporte etc, elas tem que ser lançadas no Registro de Entradas, para controle do fisco, incluindo as possíveis auditorias de estoque, além das informações do contribuinte, por meio do CFOP, das destinações, acima citadas.

Asseveram que o não cumprimento das obrigações acessórias de uma forma geral, seja o não registro das NFs na escrita fiscal ou não envio da DMA, arquivos digitais do Sintegra, SPED Fiscal e Contábil etc., comprometeria totalmente a eficiência fiscal.

Assim, mantém o valor original da Multa das infrações 1 e 2.

No que pertine à infração 5, destacam que as Notas Fiscais n^{os} 145.795 e 145.774, apresentadas pretensamente para substituir as Notas Fiscais autuadas n^{os} 145.750 e 145.747, não fazem a vinculação com as citadas notas autuadas, ou seja, não foram consignadas nas notas supostamente substitutas o número da NF que foi substituída, e nem a razão da necessidade dessa substituição.

Frisam também que não foram canceladas, conforme determina a Legislação, e consequentemente estas notas juridicamente continuam válidas.

Salientam que durante a auditoria, após a 7ª Intimação, item 3, o autuado não justificou nem apresentou nenhuma documentação que pudesse justificar a não infração. Por tudo o informado, ressaltam e reiteram que o Autuado cometeu realmente a irregularidade, ao emitir as duas (02)

NFs, folhas 82 e 84, destacando o imposto, registrando inclusive os nomes das Transportadoras, TLL Transporte Ltda. e Mila Transporte Ltda., não lançando no Livro de Saída-EFD, e nem cancelando as mesmas, em outras palavras, mantendo ativas no mundo jurídico digital, conseqüentemente, a única opção de regularizar a ocorrência é com o pagamento do imposto lançado no presente Auto.

Para a infração 6, verificam que a defesa alega que as notas foram emitidas, mas as mercadorias não chegaram a ser encaminhadas, entretanto não houve o cancelamento devido do documento fiscal, no Sistema da SEFAZ/BA, sendo que o defendente argumenta que anexou as declarações dos destinatários, (doc. 04), atestando o não recebimento das mesmas.

Os auditores fiscais ressaltam que o autuado cometeu realmente a irregularidade, ao emitir as cinco (05) NFs, folhas 86 a 90, não cancelando as mesmas, em outras palavras, mantendo ativas no mundo jurídico digital. Lembram que as citadas notas foram emitidas para enviar mercadorias para conserto, e não houve o retorno das mesmas, assim conforme preceitua o art. 279, § único do RICMS/Ba. (reproduz), vigente, abaixo reproduzido, o contribuinte deve pagar o imposto.

Por tudo o informado, sustentam que a única opção de regularizar é com o pagamento do imposto lançado no presente Auto.

Quanto às infrações 7 e 8, observam que a defesa nesta infração dividiu os itens autuados em três blocos a saber: “1 - ÓLEO SONNEBORN, ÓLEO COMB HIDROG GRAN, FREON COMPRESSOR E FLUIDO TÉRMICO DTA; 2 - BIODISPERSANT ORG NALSPERSE 7348.11R 25K, BIOCIDA NAO OXIDANTE 7330.11L-25KG, DISPERSANTE INORG, INIBIDOR DE3 CORROSÃO TRASAR 3DT 198, 11L 22KG, POLÍMERO DISPRS INORG NEXGUARD 22300 11L, INIBIDOR DE CORROSÃO NALCO 7384.61L – 1250KG, HIPOCLORITO DE SÓDIO 10-165; 3 - ÁGUA POTÁVEL”.

Na análise da defesa, informam que ela é utilizada nos lava-olhos, chuveiros de emergência e na limpeza dos equipamentos dos laboratórios. Alegam que os mesmos são utilizados direta ou indiretamente no processo produtivo da unidade de Polietileno-PE3, tendo, portanto direito a crédito.

Afirmam que discordam do entendimento da Defesa, com base no explanado abaixo.

Pontuam que o Fisco Estadual tem utilizado o Parecer PROFI 01/81 como principal parâmetro de referência a respeito, nele constando de que os produtos intermediários seriam aqueles que não se incorporando ao produto final – eventualmente apenas seus resquícios e de modo indesejado – participam do processo produtivo de maneira intrínseca e essencial, nele se consumido a cada participação.

Assim, sustentam que os produtos intermediários, tal qual a matéria-prima, são essenciais ao processo produtivo, dele participam intrinsecamente e – elemento esclarecedor – são consumidos a cada participação. Diferenciam-se daquelas pelo fato de não comporem o produto final – apenas seus resquícios e de modo indesejado.

Por outro lado, salientam que não se confundem com os materiais de uso e consumo pela não participação intrínseca desses no processo produtivo, por ex. sabão usado na lavagem interna/externa do maquinário; ou ao contrário, se tiverem participação intrínseca, mas não forem consumidos a cada ciclo produtivo – ex. elementos filtrantes utilizados na filtragem dos insumos/produtos.

Reiteram que os produtos abaixo servem apenas para lubrificar/refrigerar os equipamentos onde são aplicados, logo não são afetados ao processo produtivo, e nem tampouco são elementos indispensáveis à composição do produto final, portanto, são materiais de uso e consumo.

Acrescentam que o Freon 22 não pode ser considerado material de embalagens, nem tampouco produto intermediário, porque não se desgasta constantemente durante o processo produtivo, pois se encontra em um sistema fechado sem contato com os agentes utilizados diretamente na linha de produção, sua reposição é devido a pequenos vazamentos do sistema onde ele é injetado, pois não existe sistema fechado idealmente, sendo assim, a reposição é feita à medida

da necessidade. Não se incorpora ao produto final e sua essencialidade é a mesma de um fluido lubrificante de uma máquina pertencente ao ativo fixo da empresa instalada na linha de produção. Da mesma forma que o óleo é repostado na máquina devido seu desgaste, o Freon 22 é injetado no sistema de refrigeração para repor a parcela que vazou de forma a manter a quantidade em condições ideais do sistema. A parte do processo que é utilizado o Freon 22 é idêntico ao que ocorre com uma geladeira doméstica, entretanto, se fosse utilizado um sistema de refrigeração no sistema produtivo como uma geladeira quem daria direito ao crédito seria a aquisição da geladeira e não a reposição do gás caso precisasse repor a quantidade que vazou. Portanto, está claro que o Freon 22 é material de uso consumo e não produto intermediário como caracterizou a autuada equivocadamente.

Em relação ao produto Fluido Térmico DTA é um fluido térmico utilizado no sistema de aquecimento, composto também por fornalha e trocadores de calor, de onde conclui-se que o Fluido Térmico DTA possui uma função similar a do gás freon, sendo que o gás freon refrigera (retira calor do sistema), e o Fluido Térmico DTA aquece (cede calor ao sistema), sendo um fluido de aquecimento, que em contra-corrente com outros produtos, sem nenhum contato direto e nem fazendo parte do produto final, cede calor aos mesmos aquecendo-os. Registram, ainda, que não é repostado em todo início de processo produtivo, tendo em vista não se inutilizar nem ficar imprestável, pois como se encontra em sistemas fechados e não mantém contato com os outros produtos, sendo apenas necessária a reposição ínfima devido a vazamento por não ser o sistema idealmente fechado. Sendo também feita alguma reposição devido a perdas na manutenção do sistema de aquecimento.

Quanto ao produto Óleo Sonneborn e Óleo Comb Hidrog Gran são empregados para eliminar os efeitos da corrosão e oxidação, conforme inclusive confirmado pelo contribuinte, fl. 99.

Em relação a uma descrição mais detalhada dos Produtos utilizados no Tratamento de Água de Refrigeração e porque eles devem ser enquadradas como materiais de uso e consumo são conhecidos pelos nomes comerciais dos seus fabricantes NALCO, KURIZET, DEARBORN, AQUATEC, etc. Estão divididos em três subcategorias, que se enquadram como:

- Inibidores de corrosão, que depositam uma fina camada de sais de zinco e polifosfatos sobre os metais dos trocadores de calor, para evitar uma corrosão acelerada das tubulações e equipamentos do sistema.
- Dispersantes ou antincrustantes, que controlam a taxa de deposição de sais no sistema, evitando que haja uma deposição excessiva;
- Biocidas, que evitam o crescimento desordenado de micro organismo no sistema, evitando assim os depósitos orgânicos e a consequente corrosão bacteriana sob estes depósitos.

Portanto, sustentam que os produtos utilizados no tratamento de água de refrigeração não participam do processo produtivo de forma direta, servem apenas para conservar os equipamentos expostos a água de refrigeração. Têm uma função similar à das tintas que também servem para proteger os equipamentos das intempéries, sendo inclusive dispensáveis nos sistemas de refrigeração abertos, onde a água é captada em rios, lagos ou mares e devolvida para os mesmos sem nenhum tratamento. Logo as funções desses produtos são de conservação e preservação dos equipamentos, não são afetados ao processo produtivo, e nem tampouco são elementos indispensáveis à composição do produto final. Concluem, portanto, afirmando que estes produtos são materiais de uso e consumo.

Ressalvam que Água Potável, embora a autuada diga que seu principal uso seja para limpeza dos equipamentos de laboratório e nos lava-olhos e chuveiros de emergência, os seus principais usos são: consumo humano, preparo de alimentos, descarga de banheiros, banho, limpeza de pisos em geral, molhar plantas, etc. E mesmo os usos citados pela autuada não se enquadram como uma participação no processo produtivo da mesma.

Concluem pela Procedência do Auto de Infração.

VOTO

Inicialmente nego o pedido de diligência ou de perícia, posto que os elementos constantes nos autos são suficientes para a formação de juízo de valor quanto às infrações postas no Auto de Infração, a teor do art. 147, I, a do RPAF/99, Decreto 7.629/99. Ademais, as questões relativas aos insumos industriais já foram amplamente debatidas no âmbito deste CONSEF, produzidas provas em outros Autos de Infração, sob a mesma matéria e os mesmos produtos, o que torna desnecessária a diligência requerida pelo sujeito passivo.

Constato que o Auto de Infração foi lavrado com a observância do art. 39 do RPAF/99, e encontra-se apto a surtir seus efeitos jurídicos e legais, sendo que os demonstrativos que fazem parte integrante da peça vestibular foram entregues ao sujeito passivo por ocasião da ciência da autuação.

Passo à análise do mérito, como segue.

As infrações 01 e 02 decorreram da entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis e de mercadorias, bens ou serviços sujeitos a tributação, sem o devido registro na escrita fiscal. A partir de cruzamento de dados digitais nos nossos Sistemas de Fiscalização - Circularização com Fornecedores e Remetentes Diversos, juntamente com a captação de notas fiscais nos Postos Fiscais, a fiscalização detectou que Fornecedores e Remetentes diversos enviaram mercadorias para este contribuinte, ora autuado, e as mesmas não foram lançadas na Escrita Fiscal Digital - EFD (livros fiscais próprios). Conforme Demonstrativos anexo, nos meses de janeiro a dezembro de 2013 e 2014, fls. 33 a 54 e 59 a 61 do PAF.

Não há negativa do cometimento das infrações por parte do defendente, sendo que a sociedade empresária requer a atenuação das multas, por descumprimento de obrigações acessórias, sob o argumento de que não houve qualquer prejuízo ao Erário, pois não se trata de exigência de tributos. Ademais, sustenta que não foi imputada pela fiscalização a ocorrência de dolo, fraude ou simulação pela empresa e, com efeito, torna-se aplicável a regra prescrita no art. 42, § 7º, da Lei nº 7.014/96, pelo qual as multas por descumprimento de obrigações acessórias poderão ser reduzidas ou canceladas pelo órgão julgador administrativo, desde que fique comprovado que as infrações tenham sido praticadas sem dolo, fraude ou simulação e não impliquem falta de recolhimento do imposto.

Contudo não há como aferir que não houve prejuízo para o Estado, haja vista o número expressivo de documentos fiscais não registrados, o que indica que não houve mero esquecimento ou equívoco do autuado pela não escrituração das notas fiscais objeto da autuação.

Entendo que não deve ser acatado o pedido formulado pelo defendente, para que seja reduzida a multa exigida, tendo em vista que não ficou comprovado nos autos que a falta de cumprimento da obrigação acessória não implicou falta de recolhimento de tributo, consoante o disposto no art. 158 do RPAF/99. A falta de escrituração de notas fiscais causa dificuldades para a fiscalização desenvolver procedimentos fiscais. Portanto, não se pode dizer que o descumprimento da obrigação acessória não trouxe prejuízo à fiscalização e que não houve falta de recolhimento de tributo.

Trata-se de multas previstas no art. 42, inciso XI, IX, da Lei 7.014/96, sendo interesse do Estado manter o controle das entradas de mercadorias e bens nos estabelecimentos dos contribuintes, e a falta de escrituração dos documentos fiscais impede o mencionado controle. Ademais, sendo uma penalidade prevista na legislação, não se inclui na competência deste órgão julgador negar a aplicação de dispositivo legal, referente à penalidade exigida.

Infrações procedentes.

As infrações 03 e 04 foram reconhecidas pelo contribuinte, tendo inclusive efetuado o pagamento, consoante documentos de fls. 176 a 177.

Ficam mantidas.

A infração 05 decorreu do fato de a fiscalização ter apurado, no decorrer da ação fiscal, que não foram recolhidos nos prazos regulamentares, ICMS referente as operações não escrituradas nos Livros Fiscais próprios.

Ocorreu que o contribuinte deixou de escriturar no Livro Fiscal de Saída de Mercadorias-EFD notas de fiscais de saída tributadas, ATIVAS, o que foi constatado em consulta ao Portal Nacional da Nota Fiscal Eletrônica e site da SEFAZ-BA, no mês de agosto de 2014, conforme explicitado no demonstrativo de fl. 80, referente às Notas Fiscais nº 145.750 e 145.747, que totalizam o valor histórico de ICMS de R\$15.544,09, e cópias dos documentos fiscais, fls. 81 a 84.

Na peça defensiva, argumenta o contribuinte que as referidas operações de saída não ocorreram, em que pese o erro formal em não ter promovido o cancelamento das mesmas no sistema da SEFAZ/BA, tendo sido emitidas notas fiscais em substituição, registradas através das Notas Fiscais nºs 145.795 e 145.774, respectivamente (Doc. 03). Inclusive, com o intuito de confirmar as informações prestadas acima, com relação à Nota Fiscal nº 145.747 emitida para a L. R. NORDESTE S/A, apresenta declaração assinada pelo Diretor da referida empresa atestando que não recebeu as mercadorias indicadas na referida nota, a qual foi devidamente substituída e registrada através da Nota Fiscal nº 145.774, documentos de fls. 181 a 184 do PAF.

Entende o defendente, que o erro formal, por não ter promovido o cancelamento das notas fiscais autuadas no sistema da SEFAZ/BA, não tem o condão de constituir o fato gerador do crédito tributário, uma vez comprovado que não houve a efetiva circulação, apenas a aplicação de eventual multa isolada. Afirma que deve ser cancelada a presente infração, considerando que as operações de saída de mercadorias constantes nas notas fiscais autuadas não ocorreram, situação a qual poderia ter sido previamente validada pelo i. fiscal, mediante a análise do livro de Registro de Entradas da empresa L. R. NORDESTE S/A, evitando a insubsistente autuação.

Ocorre que os argumentos trazidos pelo defendente não podem ser acolhidos, com base nos próprios documentos fiscais em discussão. É que a NF-e 145.747, teve a autorização de uso e o emitente não poderia cancelar o mesmo em prazo superior a 24 horas. Ultrapassado esse prazo deverá proceder conforme orientação contida no art. 92, §§ 1º e 2º do RICMS aprovado pelo Decreto n. 13.780/12.

***Art. 92.** Após a concessão de Autorização de Uso da NF-e, o emitente poderá cancelar o respectivo documento eletrônico em prazo não superior ao máximo definido em Ato COTEPE, desde que não tenha ocorrido a circulação da mercadoria ou a prestação do serviço.*

***§ 1º** O cancelamento da NF-e em prazo superior ao definido em ato COTEPE somente poderá ser efetuado mediante requerimento dirigido ao inspetor da circunscrição fiscal do contribuinte, circunstanciando os motivos da solicitação;*

***§ 2º** O deferimento do pedido de cancelamento implicará em abertura de prazo para que o contribuinte efetue o cancelamento do respectivo documento eletrônico.*

Ademais, tratando-se de Nota Fiscal Eletrônica que possui uma série de especificidades, a legislação dita regras que devem ser estritamente obedecidas pelos contribuintes. Assim nenhuma nota fiscal pode ter seu número inutilizado. Cada número ou serie de NF-e poderá encontrar-se apenas em uma das seguintes situações: ter sido utilizado por uma NF-e, autorizada, cancelada ou denegada, ou então ter sido inutilizado (ou ainda não ter sido utilizado pela empresa em nenhuma dessas situações) Assim, após o número estar ocupado com uma NF-e, seja autorizada, cancelada ou denegada, não poderá mais ser utilizado.

Durante a emissão de NF-e é possível que ocorra, eventualmente, por problemas técnicos ou de sistemas do contribuinte, uma quebra de sequencia da numeração. A inutilização de número de NF-e tem a finalidade de permitir que o emissor comunique à SEFAZ, até o décimo dia do mês

subsequente, os números de NF-e que não serão utilizados em razão de ter ocorrido uma quebra de sequência da numeração da NF-e. A inutilização de número só é possível caso a numeração ainda não tenha sido utilizada em nenhuma NF-e (autorizada, cancelada ou denegada).

A inutilização do número tem caráter de denúncia espontânea do contribuinte de irregularidades de quebra de sequência de numeração, podendo o fisco não reconhecer o pedido nos casos de dolo, fraude ou simulação apurados.

Uma NF-e autorizada pela SEFAZ não pode mais ser modificada, mas se os erros forem detectados pelo emitente antes da circulação da mercadoria, a NF-e poderá ser cancelada e então emitida uma Nota Eletrônica com as correções necessárias.

Somente poderá ser cancelada uma NF-e cujo uso tenha sido previamente autorizado pelo fisco, e desde que não tenha ocorrido o fato gerador, ou seja, ainda não tenha ocorrido a saída da mercadoria do estabelecimento.

As NF-e canceladas, denegadas e os números inutilizados devem ser escriturados, sem valores monetários, de acordo com a legislação vigente.

Outrossim, o Pedido de Inutilização de Número da NF-e deverá ser assinado pelo emitente com assinatura digital certificada por entidade credenciada pela Infra-estrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil, contendo o CNPJ de qualquer dos estabelecimentos do contribuinte, a fim de garantir a autoria do documento digital.

Na presente lide, constato que a sociedade empresária não ingressou com pedido de cancelamento das notas fiscais eletrônicas, embora traga a assertiva de que os destinatários não receberam as mercadorias nelas descritas, trazendo inclusive, de um deles L.R.Nordeste S/A, a declaração de “que não recebeu as mercadorias indicadas na nota fiscal 145747, a qual foi devidamente substituída e registrada através da nota fiscal nº 145774.”

Contudo, os documentos apresentados com o intuito de comprovar que houve trânsito posterior com as mesmas mercadorias, quais sejam NFe nº 145774 e NFe 145.795, “emitidos em contingência devido a problemas técnicos” como neles aposto, não traz a vinculação com as notas fiscais objeto da infração, sequer canceladas. O sujeito passivo não adotou os procedimentos cabíveis para justificar o não uso das notas fiscais eletrônicas, que foram devidamente autorizadas mas não lançadas no livro Registro de Saídas, do que resultou a omissão no pagamento do ICMS devido.

Infração procedente.

A infração 06 decorreu da falta de recolhimento do ICMS de mercadorias enviadas para industrialização, conserto ou operações similares, sem o devido retorno ao estabelecimento de origem, e consoante o art. 279, parágrafo único do RICMS/2012, fica sujeito ao pagamento do imposto. O demonstrativo da infração encontra-se nas fls. 85, cópias das notas fiscais eletrônicas, fls. 86 a 90 do PAF, no total de 05 notas, emitidas para os destinatários RIP Serviços Industriais Ltda e Toledo do Brasil Indústria de Balanças Ltda.

O defendente em nome da verdade material pede a improcedência da autuação, sob o argumento de que as notas fiscais embora tenham sido emitidas, as mercadorias não chegaram a ser encaminhadas, conforme formalizado nas declarações que anexa (DOC.04). Desse modo teria ocorrido erro formal. Não tendo havido a efetiva circulação das mercadorias.

Da mesma forma da infração anteriormente analisada, o autuado cometeu realmente a irregularidade, ao emitir as cinco (05) NFs, folhas 86 a 90, não cancelando as mesmas, em outras palavras, mantendo-as ativas no mundo jurídico digital.

Como as citadas notas foram emitidas para enviar mercadorias para conserto, e não houve o retorno das mesmas, conforme preceitua o art. 279, § único do RICMS/Ba vigente, o Contribuinte deve pagar o imposto que lhe está sendo exigido:

Art. 279. *Constitui condição da suspensão da incidência o retorno da mercadoria ao estabelecimento de origem, em prazo fixado pela legislação, se nesse prazo não for realizada a transmissão de sua propriedade.*

Parágrafo único. *Caso o retorno da mercadoria ao estabelecimento de origem não ocorra no prazo fixado pela legislação, será exigido o imposto a partir da data da saída efetuada com suspensão, hipótese em que, o recolhimento estará sujeito aos acréscimos moratórios.*

As declarações de fls. 186 a 190 foram emitidas pelos destinatários das mercadorias, Toledo do Brasil Industria de Balanças Ltda, e RIP Serviços Industriais Ltda, negando o seu recebimento, mas por serem de caráter particular não possuem o condão de elidir a infração, haja vista que contrapõem-se à declaração do contribuinte aposta nas notas fiscais eletrônicas, que foram validadas e não houve os respectivos cancelamentos

Infração procedente.

Com relação às infrações 07 e 08, relativas à utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente às aquisições de material para uso e consumo do estabelecimento, e à falta de recolhimento ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições das mesmas mercadorias em outras unidades de Federação, portanto correlatas e os produtos em análise são: “1 - ÓLEO SONNEBORN, ÓLEO COMB HIDROG GRAN, FREON COMPRESSOR E FLUIDO TÉRMICO DTA; 2 - BIODISPERSANT ORG NALSPERSE 7348.11R 25K, BIOCIDA NAO OXIDANTE 7330.11L-25KG, DISPERSANTE INORG, INIBIDOR DE3 CORROSÃO TRASAR 3DT 198, 11L 22KG, POLÍMERO DISPRS INORG NEXGUARD 22300 11L, INIBIDOR DE CORROSÃO NALCO 7384.61L – 1250KG, HIPOCLORITO DE SÓDIO 10-165; 3 - ÁGUA POTÁVEL”. Infração relativa aos exercícios de 2013 e de 2014.

A tese da defesa sustenta que os mesmos são produtos intermediários, indispensáveis ao seu processo produtivo, utilizados direta ou indiretamente no processo produtivo da unidade de Polietileno-PE3, tendo portanto direito ao crédito fiscal.

Efetivamente, o que vai definir se um determinado bem é de uso ou consumo ou produto intermediário são três características têm que ser observadas: a) esteja vinculado à industrialização; b) seja consumido no processo e c) integre o produto final na condição de elemento indispensável ou necessário.

Consequentemente, bens utilizados, por exemplo, para resfriamento, limpeza de equipamentos, inibição de corrosão ou incrustação, lubrificação, purga, combustão (combustível) de empilhadeiras etc., não são passíveis de crédito, por não se enquadrarem na exigência legal que segue transcrita.

O Regulamento do ICMS, aprovado pelo Decreto 13.780/2012, traz a seguinte redação:

Art. 309. *Constitui crédito fiscal de cada estabelecimento, para compensação com o tributo devido em operações ou prestações subsequentes e para fins de apuração do imposto a recolher, salvo disposição em contrário:*

I - *o valor do imposto cobrado, relativo às aquisições ou recebimentos reais ou simbólicos:*

a) *de mercadorias para comercialização, inclusive material de embalagem;*

b) *de matérias-primas, produtos intermediários, catalisadores e material de embalagem, para emprego em processo de industrialização, produção rural, geração de energia elétrica e extração mineral ou fóssil;*

c) *de combustíveis, lubrificantes, óleos, aditivos e fluidos, desde que efetivamente*

utilizados na prestação de serviços de transporte;

Consoante a utilização dos produtos no processo produtivo, estes servem para lubrificar/refrigerar os equipamentos onde são aplicados, logo não são afetados ao processo produtivo, e nem tampouco são elementos indispensáveis à composição do produto final, portanto, são materiais de uso e consumo.

O Gás Freon não se desgasta constantemente durante o processo produtivo, pois se encontra em um sistema fechado sem contato com os agentes utilizados diretamente na linha de produção, sua reposição é devido a pequenos vazamentos do sistema onde ele é injetado, pois não existe sistema fechado idealmente, sendo assim, a reposição é feita à medida da necessidade. Não se incorpora ao produto final e sua essencialidade é a mesma de um fluido lubrificante de uma máquina pertencente ao ativo fixo da empresa instalada na linha de produção. Da mesma forma que o óleo é repostado na máquina devido seu desgaste, o Freon 22 é injetado no sistema de refrigeração para repor a parcela que vazou de forma a manter a quantidade em condições ideais do sistema. Como esclarecem os autuantes, a parte do processo que é utilizado o Freon 22 é idêntico ao que ocorre com uma geladeira doméstica, entretanto, se fosse utilizado um sistema de refrigeração no sistema produtivo como uma geladeira quem daria direito ao crédito seria a aquisição da geladeira e não a reposição do gás caso precisasse repor a quantidade que vazou. Portanto, está claro que o Freon 22 é material de uso consumo e não produto intermediário como caracterizou a autuada equivocadamente.

Em relação ao produto **Fluído Térmico DTA** é um fluído térmico utilizado no sistema de aquecimento, composto também por fornalha e trocadores de calor, de onde conclui-se que o Fluído Térmico DTA possui uma função similar a do gás freon, sendo que o gás freon refrigera (retira calor do sistema), e o Fluído Térmico DTA aquece (cede calor ao sistema), sendo um fluido de aquecimento, que em contra-corrente com outros produtos, sem nenhum contato direto e nem fazendo parte do produto final, cede calor aos mesmos aquecendo-os. Ademais, como ressaltado pelos autuantes, não é repostado em todo início de processo produtivo, tendo em vista não se inutilizar nem ficar imprestável, pois como se encontra em sistemas fechados e não mantém contato com os outros produtos, sendo apenas necessária a reposição ínfima devido a vazamento por não ser o sistema idealmente fechado. Sendo também feita alguma reposição devido a perdas na manutenção do sistema de aquecimento.

Quanto ao produto **Óleo Sonneborn e Óleo Comb Hidrog Gran** são empregados para eliminar os efeitos da corrosão e oxidação, conforme inclusive confirmado pelo contribuinte, fl. 99, logo não são afetados ao processo produtivo, tampouco são elementos indispensáveis à composição do produto final. Também o Óleo de Selagem Agitadores LP-18 está nessa categoria, posto que durante a sua utilização o mesmo é consumido por perdas de propriedades como também por descarga e recarga, quando da necessidade técnica.

Em relação a uma descrição mais detalhada dos Produtos utilizados no Tratamento de Água de Refrigeração e porque eles devem ser enquadradas como materiais de uso e consumo são conhecidos pelos nomes comerciais dos seus fabricantes **NALCO, KURIZET, DEARBORN, AQUATEC, etc.** Estão divididos em três subcategorias, que se enquadram como:

- Inibidores de corrosão, que depositam uma fina camada de sais de zinco e polifosfatos sobre os metais dos trocadores de calor, para evitar uma corrosão acelerada das tubulações e equipamentos do sistema.
- Dispersantes ou antincrustantes, que controlam a taxa de deposição de sais no sistema, evitando que haja uma deposição excessiva;
- Biocidas, que evitam o crescimento desordenado de micro organismo no sistema, evitando assim os depósitos orgânicos e a consequente corrosão bacteriana sob estes depósitos.

Portanto, os produtos utilizados no tratamento de água de refrigeração não participam do

processo produtivo de forma direta, servem apenas para conservar os equipamentos e as tubulações expostos a água de refrigeração. Também evitam o crescimento de micro organismos causadores de corrosão bacteriana. Portanto as funções desses produtos são de conservação e preservação dos equipamentos, não são afetados ao processo produtivo, e nem tampouco são elementos indispensáveis à composição do produto final. Em conclusão, estes produtos são materiais de uso e consumo.

Quanto a **Água Potável**, embora o autuado afirme que seu principal uso seja para limpeza dos equipamentos de laboratório e nos lava-olhos e chuveiros de emergência, os seus principais usos são: consumo humano, preparo de alimentos, descarga de banheiros, banho, limpeza de pisos em geral, molhar plantas, etc. Logo não participa do processo produtivo de forma direta, servem para uso humano e limpeza de laboratório. Destaco os Acórdãos JJF Nº 0047-05/16; JJF Nº 0049-04/11, CJF Nº 0152-11/11 e JJF nº 0369-01/10, relativos ao mesmo tema em autuações anteriores sobre o mesmo contribuinte. Ficam mantidos na autuação.

Concluo, portanto, que os produtos objeto da infração são materiais de uso e consumo.

Infração 07 procedente. Da mesma forma, a infração 08, que decorre da anterior, e trata dos mesmos produtos, elencados nas mesmas notas fiscais, e aponta a falta de recolhimento do ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento. Infração 08 procedente.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **206854.0004/16-2**, lavrado contra **BRASKEM S/A.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$1.745.575,11**, acrescido das multas de 60% sobre R\$1.730.031,02 e 100% sobre R\$15.544,09, previstas no art. 42, incisos II, alíneas “e” e “f”, VII, “a” e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das multas por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$1.021.122,52**, previstas nos incisos IX e XI, reduzida em obediência à Lei nº 13.461/2015 c/c inciso II, “c” do art. 106 da Lei nº 5.172/66 do CTN, do mesmo diploma legal citado, com os acréscimos moratórios previstos pela Lei nº 9.837/05, devendo ser homologados os valores já recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 16 de março de 2017

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - RELATORA

ILDEMAR JOSÉ LANDIN - JULGADOR