

PROCESSO - A. I. N° 269194.0046/12-4
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e BRASKEM S/A.
RECORRIDOS - BRASKEM S/A. e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 3º JJF nº 0188-04/13
ORIGEM - IFEP INDÚSTRIA
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 17/05/2018

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0086-12/18

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. **a)** AQUISIÇÕES DE MATERIAIS DE USO E CONSUMO. Excluído do levantamento fiscal as aquisições de bens que em diligência fiscal ficou comprovado se tratar de equipamento individual que compõe o ativo imobilizado e utilizado no processo produtivo. Também excluído o valor relativo ao produto CUPFERRON por se tratar de produto que é consumido no processo produtivo. Mantido a exigência relativa a componentes de equipamentos e peças de reposição que não preenche as condições estabelecidas no art. 93, I, “b” e § 1º, RICMS/1997, configurando aquisições de materiais de uso e consumo. Infração 4 parcialmente subsistente. Modificado o valor da Decisão recorrida. **b)** VALOR SUPERIOR AO DESTACADO NO DOCUMENTO FISCAL. Demonstrativos juntados com a defesa e recurso não fazem prova capaz de elidir os elaborados pelo fisco, com relação aos valores creditado relativo à contratação de fretes em prestações sucessivas de transporte, em cotejo com os escriturados no RAICMS. Afastado os valores alcançados pela Decadência. Infração 10 procedente em parte. Modificada a Decisão recorrida. 2. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. **a)** AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS DESTINADAS AO CONSUMO DO ESTABELECIMENTO. Mantida a exigência relativa às aquisições interestaduais de materiais de uso e consumo. Diligência fiscal reduz o débito relativo à apropriação de crédito referente à aquisição de bens do ativo imobilizado. Infração 5 procedente em parte. Modificada a Decisão recorrida. **b)** POR LANÇAMENTO A MENOS NO REGISTRO DE APURAÇÃO DO ICMS. As reduções de base de cálculo foram observadas nos demonstrativos da fiscalização. Corrigido erro de cálculo em diligência fiscal o que reduziu o débito da infração 9. Infração procedente em parte. Modificada a Decisão recorrida. Acolhida a prejudicial de mérito de Decadência relativo às infrações 4, 5, 9 e 10. Recurso de Ofício **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime. Recurso Voluntário **PARCIALMENTE PROVIDO**. Decisão não unânime quanto a decadência das infrações 5 e 9, e por maioria, com voto de qualidade com relação aos produtos GAS NATURAL e CUPFERRON.

RELATÓRIO

Trata o presente processo de Recurso de Ofício em razão da Decisão proferida no Acórdão nº 0188-04/13 (fls. 565/578), por ter desonerado a totalidade do valor exigido nas infrações 2, 3 e 8, e valores em partes das infrações 4, 7 e 10 consoante determina o art. 169, I, “a”, do RPAF/99, e de Recurso Voluntário, interposto pelo contribuinte, relativo às infrações, 4, 5, 9 e 10 julgadas procedentes e procedentes em parte, com base no art. 169, I, “b”, do citado Regulamento.

O Auto de Infração lavrado em 31/07/12, acusa cometimento de onze infrações, totalizando valor exigido de R\$1.585.814,56 de ICMS, acrescido das multas de 60%. O sujeito passivo reconheceu as infrações 1, 6 e 11, sendo objeto dos recursos às infrações:

2. Utilização indevida de crédito, relativo às entradas de bens do ativo imobilizado, com a apropriação de quantias superiores às permitidas na legislação. Quando somados os valores concernentes às entradas de cada período (1/48 por mês) com os lançados no livro RAICMS, no mês anterior, o auditor – segundo registra - encontrou os montantes corretos a serem escriturados no citado livro no próprio mês. O ilícito seria decorrente da diferença entre o que foi registrado no RAICMS “do mês e o somatório daqueles valores”. R\$111.092,20.
3. Utilização indevida de crédito, relativo às entradas de bens do ativo imobilizado, apropriando-se de quantias superiores às permitidas na legislação. Está dito que esta imputação decorre da anterior e diz respeito ao crédito a maior da diferença de alíquotas a que têm direito os contribuintes que adquirem bens destinados ao ativo fixo. R\$ 99.089,71
4. Utilização indevida de crédito, concernente às aquisições de materiais de uso e consumo destinados a tratamento de água, laboratório (para testar a qualidade da matéria prima ou produto), reposição (peças), incineração (gás natural aplicado no “flare”), manutenção, segurança, tambor de armazenamento etc. R\$ 1.195.155,64.
5. Falta de recolhimento do imposto por diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de materiais destinados ao uso e consumo objeto da infração anterior. R\$17.691.
8. Estorno de débito em desacordo com a legislação. Acusação relacionada com a anterior, “pois tem como objeto as mesmas devoluções de materiais de uso e consumo a ela relacionadas. Aqui ocorreu estorno a maior de débito da diferença de alíquotas destacada em virtude das entradas desses materiais”. R\$1.147,19.
9. Falta de recolhimento do imposto por diferença das alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de materiais destinados ao uso e consumo. “Em verdade, houve lançamento a débito, no livro registro de apuração, da diferença de alíquotas a menor que o exigido pelas entradas interestaduais de materiais de uso e consumo e bens para o ativo fixo”. R\$24.772,06.
10. Utilização indevida de crédito, em quantia superior à destacada em documento fiscal. “(...) o contribuinte creditou-se, no LRAICMS, de ICMS substituição tributária sobre fretes em valores superiores ao declarado pelo estabelecimento como ICMS a recuperar consoante consta em sua planilha de controle de ICMS a recolher e recuperar relativamente às suas operações sucessivas de transporte de mercadorias”. R\$121.638,93.

Na decisão proferida pela 4ª JJF (fls. 565/578), inicialmente rejeitou a nulidade suscitada por entender que os ilícitos tributários foram descritos com clareza, suportado por documentos e demonstrativos, apontando o embasamento jurídico de forma comprehensível, não havendo violação ao princípio do devido processo legal, garantindo o exercício da defesa e contraditório.

Afastou a preliminar de mérito de decadência do direito de constituir crédito tributário relacionado ao ICMS, fundamentando que o prazo de homologação tem início da contagem a partir de 1º de janeiro do ano seguinte ao da efetivação do lançamento, de acordo com o disposto no art. 107-B da Lei nº 3.956/1981 (COTEB), em consonância com o disposto no art. 150 do CTN.

Também, que não se inclui na competência dos órgãos julgadores a declaração de inconstitucionalidade da legislação tributária (art. 167 do RPAF/BA).

Indeferiu o pleito de realização de diligência, com base no art. 147, I, “a” do RPAF/BA, por entender que os elementos contidos nos autos eram suficientes para a formação da sua convicção.

Ressaltou que as infrações 1, 6 e 11 foram reconhecidas e não foram apreciadas no julgamento, tendo fundamentado quanto às demais infrações que:

No mérito, para as infrações 2 e 3 (utilização indevida de crédito fiscal em aquisições de bens destinados ao ativo fixo) o Impugnante alegou que o autuante não indicou originalmente como encontrou o valor do crédito do mês anterior que transporta para o mês em referência nem evidenciou as parcelas de 1/48 relativas às aquisições dos meses anteriores integrantes do crédito de cada mês autuado. Refez a apuração de créditos do CIAP que, confrontando com o da autuação, confirmou o acerto dos créditos utilizados e verificou que o autuante se equivocou tendo transportado para o período seguinte o crédito final utilizado no mês anterior, uma vez que o mesmo foi calculado à luz do percentual de estorno daquele mês.

Por sua vez, na informação fiscal (fls.469-477) decorrente da diligência pedida à fl. 466, o autuante, acatando os argumentos defensivos, refez o levantamento da apropriação do crédito fiscal lançado no CIAP considerando os percentuais relativos à proporção entre as saídas tributadas e as saídas totais utilizando o somatório das parcelas dos 48 últimos meses para efeito de cálculo do valor do crédito a lançar no LRAICMS (a cada mês efetuando um novo cálculo, contendo as parcelas de 1/48 que o contribuinte faz jus, atinentes ao período de quatro anos, mais o crédito relativo às entradas ocorridas no mês de referência, aplicando-se, sobre o montante encontrado, o percentual de estorno referente às saídas isentas e não tributadas do próprio mês). Por consequência, de fato, não detectou nenhuma diferença por utilização de crédito fiscal em maior valor que o de direito, razão pela qual confirma o equívoco apontado pelo Impugnante.

Tendo em vista tratarem de questões meramente de fato que o próprio autor do feito, confirmando o equívoco originalmente cometido no procedimento inicial corretamente corrigiu no curso da instrução processual, tenho as infrações como inexistentes.

Infrações 02 e 03 improcedentes.

No que diz respeito às infrações 4 e 5, exceto com relação ao HCU que se refere a subproduto descartável cujas NF's (a de entrada nº 228 que gerou o crédito e a de saída nº 65155 que o Impugnante aportou aos autos junto à manifestação sobre a informação fiscal), comprovam retorno por não entrega ao destinatário (CETREL), não acolho a tese de que as compras de peças de reposição resultam em direito a crédito, tampouco de que os demais materiais são produtos intermediários, supostamente essenciais à elaboração dos finais.

De acordo com o que o auditor e Impugnante detalharam, a fração de gás natural que trata o lançamento relaciona-se à queima de resíduos no incinerador e no “flare” (apenas 15% do gás utilizado na planta). A sua eventual falta não impede a fabricação dos produtos principais. Conforme decisões administrativas, a exemplo do Acórdão CJF Nº 113-12-12, tendo o autuado como sujeito passivo, o entendimento preponderante deste CONSEF é que o gás, nestas circunstâncias (utilizado no flare), não preenche as condições do art. 93, V, Do RICMS-BA.

“Cupferron Q-1300” inibe reações químicas. “Serve para matar a reação, como se diz popularmente entre os funcionários que atuam na área operacional”, em situações anormais, quando se perde o controle do processo. Com o seu uso todo o material polimérico é perdido e posteriormente descartado.

Válvulas, curvas, arruelas, escoras, óleos, rolamentos, buchas, retentores, anéis, caixas de engrenagem, corpos, calços e eixos estriados são meras peças de reposição de máquinas e equipamentos industriais que se desgastam com uso.

“Dianodic, flogard, control, inibidor de corrosão, optisperse, foantrol e spectrus” constituem materiais relacionados ao tratamento de água de refrigeração na função de biocidas, dispersantes, anti espumantes e anti corrosivos.

No que se refere aos tópicos “f” a “j”, “l” a “o”, “q”, “r”, “t” e “v” da impugnação (Transm. Digital/Comum. Dados, Manômetro, Soprador, Ventilador e Sensores), com efeito, são concernentes a peças de reposição que integram as estruturas físicas das máquinas e que demandam troca por desgaste natural, imprevistos ou intempéries. Outros, como ventiladores e sopradores, também requerem substituição pelas mesmas razões. O “transm. digital comunicação de dados” é equipamento de telefonia da planta industrial. Sensor de PH serve para medição do ph de uma solução líquida, Poço Temp, Queimadores, Tijolo Refratário são componentes de fornalha que requer reposição por desgaste. Do mesmo modo, Célula Carga, Cilindro, Ventosa, Elemento Elástico e Rotores também são peças dos equipamentos fabris que se desgastam naturalmente pelo uso, requerendo normal reposição.

O tambor é usado para armazenar e transportar resíduos da industrialização; ar medicinal é destinado aos empregados operadores como proteção respiratória em ambientes com presença de gases tóxicos; “mercapto etanol – BME” possui a função de dispersante na produção de resina; cicloexanona é material de laboratório, como o próprio defendente disse em sua peça (não integra o produto final e nem é consumido no processo produtivo); e mistura padrão primário tem a função de calibrar os analisadores (instrumentos) implantados na fábrica.

As aquisições de materiais de uso e consumo destinados a tratamento de água, laboratório (para testar a qualidade da matéria prima ou produto), reposição (peças), incineração (gás natural aplicado no “flare”), manutenção, segurança, tambor de armazenamento etc. não ensejam crédito e o ICMS por diferença entre as

alíquotas incide nas aquisições interestaduais.

Assim, exceto o HCU que foi excluído na forma acima referida, nenhum dos itens que compõem as infrações 04 e 05 preenche as condições estabelecidas no art. 93, I, "b" e § 1º, RICMS/1997 para uso de crédito fiscal por aquisição.

Acolho, portanto, o demonstrativo refeito às fls. 478-484 para as infrações 4 e 5 que, excluindo a NF 228, relativa ao HCU registrando o crédito de direito de R\$45.101,19 (fl. 51), o valor da ocorrência de 31/05/07 da infração 04 passa de R\$128.521,13 para **R\$83.419,94** e o valor total da infração passa de R\$1.195.155,64 para **R\$1.150.054,45**, conforme demonstrativo abaixo:

Infração 04 procedente em parte e a infração 05 procedente.

Com respeito às infrações 07 e 08, o contribuinte alegou que não merecem prosperar, visto que a diferença – a seu ver – é referente ao imposto destacado na nota de devolução (NF) 083.011 (documento 06 – fl. 232), a qual acompanhou uma devolução de bem do ativo imobilizado, tendo sido equivocadamente escriturado efetuado o estorno de débito como se fosse devolução de material de uso e consumo que consistiu no levantamento objeto da infração 07.

Esclareceu ainda que a NF 083.011 acobertou devolução parcial da compra designada na de número 042.288, de 30/01/2008 (documento 06 – fl. 232-233).

Por ser razoável, acolho a justificativa do contribuinte em relação ao valor de R\$1.159,73 (ocorrência 31/05/2008 da infração 05), pois a NF 083.011 (fl. 232) referenciando-se à 42288 (fl. 233), destacando ICMS nesse exato valor, indica uma devolução parcial do bem do ativo contido nessa NF de entrada, equivocadamente lançado como devolução de material de uso e consumo. Caso a NF 232 constasse do demonstrativo da infração (fls. 57-60), a ocorrência não existiria. Portanto, na infração 7, resta não elidido o valor de **R\$66,59**, relativo à ocorrência 31/07/2008. Infração 7, procedente em parte.

Sendo a infração 8 direta consequência da infração 7, como dito na descrição da infração no Auto de Infração, a infração 08 fica também elidida, tendo em vista seu valor ser inferior ao da ocorrência que tenho por elidida na infração 7. Infração 08, improcedente.

Com relação à infração 9, ao compulsar o processo observo que das notas apresentadas pelo impugnante no documento 07 (fls. 234 a 250) somente as três primeiras (44.243, 45.443 e 45.446) e a última (14.073) guardam relação com Acordos Interestaduais, sendo que aquelas não constam dos levantamentos de fls. 61 a 72, enquanto esta (14.073) foi relacionada com a redução de base de cálculo do Convênio ICMS 52/1991 (fl. 63; colunas "TOTAL B" e "ISENT/Ñ TRIB C"; art. 72, RICMS/1997).

Quanto aos demais documentos, a razão assiste ao autuante, pois, ou estão ilegíveis ou não se reportam a Acordos Interestaduais nos seus respectivos campos de informações complementares. Infração 09 caracterizada.

Versa a infração 10 sobre utilização indevida de crédito, em quantia superior à destacada em documento fiscal.

Segundo o autuante, "(...) o contribuinte creditou-se, no LRAICMS, de ICMS substituição tributária sobre fretes em valores superiores ao declarado pelo estabelecimento como ICMS a recuperar consoante consta em sua planilha de controle de ICMS a recolher e recuperar relativamente às suas operações sucessivas de transporte de mercadorias".

O autuado reconheceu que na competência de 08/2007 creditou-se duas vezes do imposto referente aos conhecimentos de transporte 112 e 279, na cifra de R\$109.837,80, que reconhece como devida.

Os demonstrativos de fls. 73 a 91, elaborados pelo fisco, são conclusivos, induvidosos e traduzem apenas as planilhas apresentadas pelo próprio contribuinte, porquanto naqueles estão os valores a se creditar quanto a fretes contratados nas prestações sucessivas de transporte, junto com os que foram escriturados no RAICMS, ao contrário do demonstrativo doc. 08 (fls. 362-370) trazido aos autos pelo Impugnante e que se apresenta incompleto e confuso por não conter datas, não seguir a ordem constada no demonstrativo da autuação, não haver somatório mensal, o que impossibilita até confrontação com o demonstrativo da infração, de modo que como apresentado afronta a disposição do art. 123 do RPAF que orienta a apresentação das alegações defensivas e provas pertinentes. Ademais, os CTRC's que lista na Impugnação não constam relacionados dos demonstrativos que sustentam a infração, para o qual o Impugnante não aponta inconsistência.

Infração 10 caracterizada.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração, conforme o demonstrativo abaixo:

INF.	RESULTADO	VLR. HISTÓRICO	VLR. JULGADOR	MULTA
01	RECONHECIDA	889,61	889,61	60%
02	IMPROCEDENTE	111.092,20	0,00	60%
03	IMPROCEDENTE	99.089,71	0,00	60%

04	PROCEDENTE EM PARTE	1.195.155,64	1.150.054,45	60%
05	PROCEDENTE	17.691,58	17.691,58	60%
06	RECONHECIDA	1.329,89	1.329,89	60%
07	PROCEDENTE EM PARTE	1.226,32	66,59	60%
08	IMPROCEDENTE	1.147,19	0,00	60%
09	PROCEDENTE	24.772,06	24.772,06	60%
10	PROCEDENTE	121.638,93	121.638,93	60%
11	RECONHECIDA	11.781,43	11.781,43	60%
TOTAL		1.585.814,56	1.328.224,54	

Uma julgadora da 4ª JJF proferiu voto divergente, quanto às infrações 4 e 5, quanto ao produto CUPFERROM Q – 1300, manifestando entendimento que é “imprescindível para a fabricação do polímero PVC”, por se tratar de inibidor de reação para radicais livres, formados pela decomposição dos iniciadores de polimerização, que inibe a reação de polimerização e se não utilizado, emana produtos tóxicos e inflamáveis que põe em risco as pessoas e as instalações.

Também, que quando se perde o controle da produção do polímero PVC, este produto é adicionado e daí se perde todo o meio reacional polimérico, que é posteriormente descartado.

Concluiu que trata-se de um produto intermediário, fazendo jus ao direito da utilização do crédito fiscal e também não estaria sujeito ao pagamento da diferença de alíquotas (infrações 4 e 5).

A 4ª JJF recorreu de ofício da decisão para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF, nos termos do art. 169, I, “a”, do RPAF//BA.

O sujeito passivo interpôs Recurso Voluntário (fls. 593/634), inicialmente ressalta a sua tempestividade, tece comentário sobre a defesa e acatamento em parte na informação fiscal, a decisão proferida na Primeira Instância que entende não deva prosperar.

Reitera os argumentos de que parte do lançamento encontra-se decaídos, visto que foi autuado em 31/07/12 e as infrações 2, 3, 4, 5, 9 e 10 contempla fatos geradores ocorridos no período de janeiro a julho/07, operando-se a decadência nos termos do art. 150, §4º do CTN. Cita decisões de Tribunais Superiores, para reforçar o seu posicionamento de que a lei estadual não pode regulamentar prazo para homologação do ICMS, visto que tal prerrogativa constitucional é de lei complementar, no caso o CTN.

Com respeito às infrações 2 e 3, argumenta que comprovado a sua improcedência, deve ser afastado a exigência fiscal, também, em relação à decadência relativo aos fatos geradores ocorridos no período de fevereiro a abril/2007.

No mérito, quanto à infração 4, comenta a exclusão do produto HCU, cuja nota fiscal foi emitida para regularizar retorno de mercadoria não entregue (art. 654 do RICMS/97).

No tocante aos demais produtos, reafirma que se trata de produtos intermediários, mais precisamente o Gás Natural e Cupferron Q-1300, cujo crédito fiscal é assegurado nos termos do art. 155, §2º, I da CF88 e artigos 19, 20 e 21 da LC 87/96, em obediência ao princípio da não cumulatividade do ICMS, visto que são utilizados no processo industrial, não é alheia à atividade do estabelecimento, regra prevista no Convênio ICM 66/88, recepcionada pela LC 87/96 e art. 28 e 29 da Lei 7.014/96.

Caso não seja admitido o direito ao crédito sobre o prisma do princípio da não cumulatividade, o crédito fiscal deve ser admitido por se tratar de produto intermediário e não material de uso/consumo, visto que são aplicados no processo produtivo do PVC (art. 93, I, “b”, RICMS/1997).

Afirma que o conceito de produto intermediário pode ser definido no art. 226, I do RIPI (Dec. 7.212/10), como “aqueles que, embora não se integrando ao novo produto, foram consumidos no processo de industrialização, salvo se compreendidos entre os bens do ativo permanente”.

Transcreve parte de texto do Parecer Normativo nº 01/81 e do Acórdão CJF 0390-12/06 acerca do produto intermediário para reforçar o seu posicionamento de que mesmo não integrando fisicamente o produto final, é empregado no seu processo de industrialização e desgasta-se em

decorrência de sua participação no processo (sua falta inviabiliza ou altera a qualidade do produto). Neste contexto, ressalta a participação dos produtos no processo:

- a) Gás Natural - é combustível utilizado na incineração de gases tóxicos no “flare” (tocha), gerados no processo e queimados evitando vazamentos e explosões. Caso não queimado, causaria danos ambientais e cancelamento da licença ambiental. Cita os Acórdãos CJF 0306-12/06 e CJF 0289-11/02 que decidiram pelo direito da utilização do crédito fiscal relativo a aquisições de insumos destinados ao tratamento de efluentes (fls. 545/546).
- b) *Cupferron Q-1300* - inibidor de reação de polimerização para obter PVC (Laudo à fl. 171). É utilizado “quando se perde o controle do desenvolvimento reacional”, adiciona-se o produto ao meio reacional polimérico, que é perdido e descartado. O produto identifica a situação emergencial e interrompe o processo produtivo, caracterizando-se como produto intermediário. Ressalta o voto divergente de um dos julgadores.
- c) Quanto aos demais itens autuado, reitera os termos da impugnação e requer a realização de diligência por fiscal para certificar se da função no processo produtivo e condição de produtos intermediários a exemplo de: Válvula Esfera, Curva, Arruela Escora, Curva c/ prolongamento, Óleo HR 150 EP, Curva Flangeada, Rolamento ESF, Bucha Uraca, Retentor Eixo Uraca, Bucha Mancal Uraca, Bucha Uraca, Anel O Uraca, Caixa Engren, VMA 10' 150LBS Corpo, VMA 8" 300LBS Corpo, Calço Uraca, Eixo Estriado (insumos utilizados para manutenção):- Anel, Bucha Mancal, Bucha Uraca e, Rolamento ESF Uraca: componentes mecânicos das Bombas B-2604 A/B que pertencem ao sistema “Jet Clean” de limpeza dos reatores de PVC.- Arruela Escora, Caixa Engren, Eixo Estriado- peças de componentes mecânicos das centrifugas.
 - Óleo HR 150 EP - lubrificante utilizado em bombas alternativas utilizadas no processo de PVC.
 - Curva e Corpo - peças acessórios de tubulação utilizadas em diversas tubovias na planta.
 - Válvula Esfera - é utilizada para bloqueio e controle de vazão de fluidos com acionamento manual ou automático (acionamento pneumático, hidráulico ou elétrico).
 - Dianodic, Flogard, Cortrol, Spectrus, Inibidor Corrosão Optisperse, Foantrol, Spectrus - insumos utilizados no sistema da água de resfriamento, como dispersantes, inibidores de corrosão, anti espumantes, biocida e eliminador de oxigênio, conforme descrição em laudo técnico. A aplicação destes insumos promove o resfriamento da torre, sendo indispensável ao processo produtivo, visto que as correntes de processo não podem ser processadas em altas temperaturas.
 - Transm. Digital / Comun. Dados - equipamento eletrônico integrante de um sistema de telefonia que interliga os diversos setores da planta de produção, utilizado para conversão dos dados de voz para o formato digital.
 - Manômetro e Manômetro KGF - Instrumento utilizado para medição de pressão de fluidos (gases, vapor d'água e líquidos) pode ser analógico (mecânico) ou digital (eletrônico).
 - Soprador - Equipamento utilizado em funções diversas: transporte pneumático do PVC, insuflamento de ar quente no secador de PVC, também realizar vácuo em alguns equipamentos.
 - Ventilador - Este equipamento é utilizado na torre de resfriamento para retirar vapores da água aquecida que retorna do sistema após troca térmica em diversos equipamentos.
 - Sensor de PH TB556J2E150JB e TB556J4E15F30 - Instrumento utilizado para medição do ph (grandeza físico-química – potencial hidrogeniônico), que indica a acidez, neutralidade ou alcalinidade de uma solução líquida.
 - Tambor - É utilizado como recipiente para armazenar/ transportar resíduos gerados no processo produtivo do PVC. É usado no sistema de limpeza industrial, que engloba a limpeza,

coleta e descarte adequado dos resíduos oriundos do processo produtivo, descarregamento de catalisadores e limpeza da área industrial e da manutenção de equipamentos industriais, em atendimento a requisitos legais.

- Poço Temp A276 347H FLG FR 2.1/2 914MM - Queimador JSW PN KT 8060 e Tijolo Refratário - Queimador Jaraguá: Peças componentes das fornalhas utilizadas no processo de craqueamento de EDC, para a fabricação de MVC (fase 2 do processo de produção do PVC), submetidas a altas temperaturas, com desgaste constante, manutenção e reposição.
- Ar Medicinal CIL 9,6 MM3 – utilizado na análise de controle da qualidade dos produtos e das condições do processo. Para tanto, são necessários reagentes de elevada pureza e outros insumos, entre os quais o ar medicinal CIL 9,6 MM3.
- Célula Carga 500 kg 2MV/V, Cilindro FAB Festo MOD EDPC501 3533 PN 2, Ventosa menor para Sistema Vácuo - Peças utilizadas no sistema de ensacagem do PVC, descrito no item II.2.d. A sua utilização tem como objetivo a manutenção do maquinário.
- Elemento Elástico - Peça utilizada para fazer a acoplagem do acionador com diversos equipamentos na planta de PVC, objetivando a manutenção do maquinário.
- Mercapto Etanol–BME - Dispersante utilizado como matéria-prima na produção da Resina S80.
- Rotor Sulzer PN 104 511 081 003 POS 0400 - Essa peça é o elemento rotativo de diversas bombas centrifugas utilizadas no processo de PVC.
- P950-CICLOEXANONA - utilizada no laboratório para detectar em solução presença de PVC nas amostras, ou seja, que embora não integre o produto final, é essencial no controle do processo produtivo. Ressalta que à SEFAZ/SP, acolhe que os insumos utilizados em testes laboratoriais, deve ser reconhecido o direito de utilizar o crédito fiscal do ICMS (Decisão Normativa CAT nº 01 – fl. 626) e decisões do Conselho de Contribuintes/Minas Gerais (CC/MG - 19.074/09/3ª - 28/04/2009).
- Vidro Pirex 100,0 X 15,0 MM - Peça componente das fornalhas utilizadas no processo de craqueamento de EDC, para a fabricação de MVC. As fornalhas são permanentemente submetidas a altas temperaturas. Em virtude do seu continuo desgaste faz-se necessário a constante manutenção e reposição das peças.
- Mistura Padrão Primário - Mistura de gases utilizada para a calibração de analisadores do processo produtivo, instalados em cada planta. Do exposto, conclui-se que os produtos glosados são insumos e produtos intermediários diretamente vinculados à atividade do estabelecimento autuado, razão pela qual se deve assegurar o direito ao crédito do ICMS incidente sobre suas aquisições, prestigiando-se a melhor interpretação da legislação e do princípio da não-cumulatividade.

No tocante à infração 5, ressalta que se trata dos produtos relacionados na infração 4 (credito indevido), cujo ICMS da diferença de alíquota é exigido. Reitera os termos da impugnação.

No que se refere à infração 9, afirma que o valor da diferença de alíquota exigido resulta do valor apurado relacionado em notas fiscais, indicando o montante global, o difal lançado no livro RAICMS e a suposta diferença a recolher. Alega que não foi apontado a origem da suposta diferença, nem quais notas fiscais compuseram o montante, o que denota nulidade, por entender que a metodologia utilizada impossibilita a identificação do débito e elaboração de defesa.

Argumenta que junta um levantamento próprio (fls. 661/666) onde indica o valor recolhido relativo a cada nota fiscal (cópias às fls. 371 a 410), ressaltando que não foram consideradas as reduções de base de cálculo. Pondera que o Relator não analisou as notas fiscais em questão e requer a nulidade do lançamento ou improcedência da infração.

Quanto à infração 10 que reconhece como devido o valor de R\$109.837,80 referente à competência

08/07, visto que creditou-se em duplicidade dos CTRCs 112 e 279.

Quanto aos demais períodos, reitera que não houve qualquer equívoco, não tendo a fiscalização relacionados todos os serviços de transportes tomados no período, conforme CTRCs relacionados às fls. 631/632, os quais estão acostados às fls. 414/442 e cópias dos lançamentos (fls. 669/698). Requer a procedência parcial, de acordo com o que foi reconhecido.

Requer provimento do Recurso Voluntário e não provimento do Recurso de Ofício, pela manutenção da improcedência das infrações 2, 3 e 8 e parte improcedente das infrações 4 e 7, bem como o direito de sustentação oral. Indica endereço para encaminhamento de intimações (fl. 634).

A PGE/PROFS no parecer exarado à fl. 702, ressalta que no Recurso Voluntário o recorrente apresenta demonstrativo relativo às diferenças autuadas e opina pela conversão do feito em diligência aos autuantes, para procederem análise das planilhas apresentadas e se for o caso reformular os demonstrativos de débitos, com ciência ao sujeito passivo.

A 1^a CJF converteu o processo em diligência ao autuante para que analisasse os equipamentos que a empresa alega não ser peças de reposição (infração 4) e se o produto mercapto etanol é utilizado como matéria prima (infração 5). Também os documentos apresentados com relação às infrações 9 (operações contempladas com RBC) e CTRCs da infração 10 (fl. 707/708).

Em petição de 21/07/14 (fls. 716 a 719) a empresa afirma que tomando ciência da intimação para a realização da diligência fiscal, com relação ao produto mercapto etanol, levantou as informações técnica detalhada no Laudo elaborado pelo Instituto de Pesquisas Tecnológica (IPT), cuja cópia acostou às fls. 721 a 959, o qual descreve o processo produtivo especificando a autuação dos insumos, com ênfase na utilização do gás natural, soda escama 96, cupeferon, GLP e gás industrial.

Requereu prorrogação de prazo para apresentar informações sobre o produto mercapto etanol.

Em 30/07/14 a empresa juntou nova petição (fls. 962 a 964) esclarecendo que o produto mercapto etanol é um agente iniciador utilizado no início do processo produtivo da Resina S-80 (produto final). Diz que o mercapto etanol age sobre o MVC (manômetro cloreto de vinila) auxiliando na polimerização para obtenção do PVC (policloreto de vinila), iniciando a reação química.

Em seguida descreve a etapa de carregamento do reator utilizado na produção do PVC a partir do MVC, com inserção de agentes dispersantes (mercapto etanol) para dar início a polimerização, que submetido a temperatura controlada com água desmineralizada, cria gotículas de MVC que se encontram suspensas e dispersas no reator e são estabilizadas com o uso do agente dispersante, que atua na distribuição granulométrica e na porosidade das resinas.

Reafirma que o produto se caracteriza como insumo utilizado no processo produtivo.

O autuante presta nova informação fiscal (fls. 966 a 969) e diz que com relação às infrações 4 e 5:

- a) Os itens “b” (manômetro) e “e” (sensor de PH e TB) – são meros instrumentos de medição de pressão ou PH, sofrem desgaste ao longo do tempo o que implica em troca.
- b) Itens “a” (transmissor digital), “c” (soprador) e “d” (ventilador) – são equipamentos que precisam ser repostos de tempo em tempo. E mesmo que seja equipamento, não foi demonstrado que esteja vinculado a algum projeto de ampliação/modernização, nem compõe o ativo fixo original.
- c) Item “f” (mercapto etanol) – não foi explicado a sua atuação durante a fiscalização; não ficou clara a sua utilização e não há no inventário o produto resultante (Resina S-80). Entende que não deve ser acolhido o pedido de exclusão do crédito, mesmo que o valor é muito pequeno;
- d) Item “g” (tambor) – é utilizado no transporte de resíduos de material indesejável nas reações químicas que ocorre no processo industrial e não pode se dar o mesmo tratamento dos produtos acabados com saídas tributadas. Entende que se trata de material de uso ou consumo.

Pelo exposto, entendeu que todos os itens são materiais de uso e consumo, não fazendo qualquer exclusão com relação às infrações 4 e 5.

Com relação à infração 9, diz que após análise das notas fiscais apresentadas alegando estarem contempladas com redução de base de cálculo (RBC) pelo Convênio ICMS 52/91, constatou que:

- 1) Indicou notas fiscais que não mencionam o citado Convênio (fl. 968);
- 2) Indicou notas fiscais que mencionam outros Convênios;
- 3) Com relação às notas fiscais 24878, 32183, 17678, 20500, 5086, 5087, 508, 596, 41 e 2153, mencionam o citado Convênio diz que no demonstrativo às fls. 61 a 72 foram consideradas as RBC, a exemplo da nota fiscal 24878 cujo cálculo demonstrou.
- 4) Mencionou que a nota fiscal juntada à fl. 391 está ilegível.

Concluiu que não há qualquer justificativa para acolher a impugnação.

Com relação à infração 10, afirma que são pertinentes as alegações recursivas, apesar dos CTRCs listados na pagina 138 não estarem elencados na planilha apresentada durante o trabalho de auditoria (fls. 78 a 91).

Afirma que acolhendo os CTRCs apresentados, o valor devido original deve ser excluído os meses de março, julho e agosto/08, ficando mantida a exigência para os demais meses, conforme demonstrativo à fl. 970 totalizando valor remanescente de R\$114.713,54 relativo aos meses de fevereiro e agosto/07 e maio/08.

A empresa se manifestou com relação à informação fiscal, comenta o resultado da diligência e afirma que com relação às infrações 4 e 5, diz que qualificou os bens como equipamentos e que o diligente não elaborou o demonstrativo considerando os créditos fiscais na proporção de 1/48.

Também, que demonstrou que o mercapto etanol é utilizado no processo produtivo como agente inicializador do processo produtivo da Resina S-80, conforme laudo do IPT, cujo crédito fiscal entende ser assegurado nos termos do art. 20 da LC 87/96.

Reitera o pedido de análise da utilização dos produtos gás natural, soda escama 96, cupeferron Q1300, GLP e gás industrial.

Com relação à infração 9, transcreve o conteúdo da informação fiscal e diz que reitera a aplicação da redução da base de cálculo nos termos do Convênio ICMS 52/91.

Exemplifica a nota fiscal 14073 que indica nas informações complementares a aplicação da RBC pelo Convênio ICMS 10/04, que tem como objeto a prorrogação do Convênio ICMS 52/91.

Com relação à infração 10, comenta que a fiscalização acolheu em parte suas alegações. Apresenta demonstrativo à fl. 990 no qual indica o montante de estorno de crédito exigido de R\$121.638,93, o reconhecido pelo autuante de R\$6.925,39 e pela empresa de R\$109.837,80 restando diferenças de R\$4.875,74. Reitera as razões apresentadas.

O autuante em nova informação fiscal à fl. 997 diz que cientificado da manifestação do contribuinte, não tem nada a acrescentar.

A PGE/PROFS no parecer exarado às fls. 1005/1006, ressalta que na manifestação a fls. 702 sugeriu a realização de nova diligencia em razão de não ter sido cumprido o que foi determinado com relação às infrações 4 e 5, reconhecendo tratar se de equipamentos (itens “a” a “e”), mas não concedeu os créditos fiscais como determinado pelo CONSEF.

Também, que não foi esclarecido à função do item “f” no processo produtivo, que levou a conclusão de descaber o direito de uso do crédito fiscal, nem atendido o que foi determinado no item “g”, com a exclusão dos valores correspondentes.

Conclui que a diligência solicitada não foi concluída satisfatoriamente e sugere que o processo seja devolvido ao relator para demandar as providências cabíveis, já que não foi possível

elaborar um parecer conclusivo.

Esta 1ª CJF decidiu converter o processo em nova diligência à ASTEC/CONSEF (fls. 1009/1010), na qual foram relacionados os produtos adquiridos (itens “a” a “g”) e que fosse verificado *in loco*, se (i) constituem equipamentos individuais ou (ii) peças de reposição, tomando como referência o laudo técnico apresentado pela empresa (fls. 168/230). E que os que fossem identificados como equipamentos individuais, fizesse as exclusões pertinentes as infrações 4 e 5.

No tocante à infração 9 (redução de base de cálculo), confrontar o demonstrativo original (fls. 61/2) com ao presentado pelo recorrente, junto com as NFs (fls. 371/340 e 662/666), inclusive observando que o autuante afirmou que indica outros Convênios que não são o ICMS 52/91 (fl. 698). Refazer o demonstrativo.

No Parecer nº 101/16, o diligente informa que visitou o estabelecimento autuado no dia 23/09/16, indo à área de produção para conhecer o processo e função dos bens, conforme previamente agendado com a produção, contabilidade e advocacia, concluindo que são utilizados para:

- I. Manômetros: Monitorar a pressão de fluidos – equipamento individual;
- II. Sensor de PH: Medir o ph da solução – Instrumento autônomo individual;
- III. Ventilador: Retirar vapores da água na torre de resfriamento – faz parte da torre (fl. 1023);
- IV. Soprador: Transporte do PVC; injeta ar no secador e vácuo no equipamento – eqp. Individual;
- V. Transm. Digital/Comum Dados: Faz parte de um sistema de telefonia que interliga setores;

Refez o demonstrativo original, excluindo o valor relativo ao produto mercapto etanol, e apropriou o crédito à razão de 1/48 por mês dos manômetros, sensor de ph e soprador, o que resultou na redução do débito da infração 4 para R\$1.149.666,05 e da infração 5 para R\$17.503,52.

Quanto à infração 9, afirma que após o exame dos documentos fiscais juntados com a defesa (fls. 371/410), constatou que a fiscalização calculou de forma correta o diferencial de alíquota, considerando a RBC, quando a operação estava contemplada com o benefício fiscal.

Entretanto, afirma que identificou um erro de cálculo relativo à NF 508 de 07/03/07 (fl. 400) cujo valor devido é de R\$389,00 e não R\$470,49 (fl. 61) o que implica na redução do débito relativo àquele mês de R\$1.115,51 para R\$1.034,02 e da infração para R\$24.690,57 ao invés de R\$24.772,06.

Cientificado do resultado da diligência (fls. 1032 a 1042), o recorrente tece comentários sobre o recurso, informação fiscal e diz que com relação às infrações 4 e 5 o diligente:

- a) Identificou e corrigiu os valores relativos ao item Mercapto Etanol que reconheceu ser insumo e equipamentos individuais: manômetro; sensor de PH e soprador);
- b) Quanto aos transmissores digitais e ventilador afirma ser equivocada a conclusão de que não são equipamentos individuais, visto que o autuante reconheceu ser individual (fl. 967);
- c) Quanto aos tambores, utilizado no transporte de resíduos de material indesejável, o diligente ignorou o conteúdo da diligência.
- d) Reitera as análises do laudo do IPT, quanto ao gás natural utilizado na produção de vapor e craqueamento do monômero cloreto de vinila, configurando insumos indispensáveis do processo produtivo, tudo conforme o mencionado laudo.

Com relação à infração 9, transcreve o teor da diligência fiscal e diz que o diligente não considerou a RBC, prevista no Convênio ICMS 52/91, conforme quadro demonstrativo à fl. 1041 (NFs 508, 6670, 6695, 10060, 10166, 5086 e 10318).

Reitera os termos do recurso e considerações quanto aos equívocos cometidos pelo diligente.

O autuante se manifestou (fls. 1061/1063) afirmando que com relação às infrações 4 e 5, apesar do

diligente ter afirmado que o manômetro, sensor de ph e soprador são equipamentos individuais, entende que se trata de peças de reposição.

Quanto aos tambores, embora o diligente não tenha se posicionado, os mesmos servem para acondicionar e descartar materiais (fl. 128).

Opina pela manutenção integral destas infrações. Com relação à infração 9, concorda com o resultado da diligência e pugna pela procedência parcial da mesma.

Na assentada do julgamento em 27/06/17 o processo foi retirado de pauta e encaminhado a PGE/PROFIS com objetivo de emitir parecer quanto à diligência realizada (fl. 1078/v).

A PGE/PROFS no parecer exarado às fls. 1080/1081 afirma que anui com as conclusões do parecer acostado às fls. 1017/1020 concedendo créditos na proporção de 1/48 quando devido;

Quanto à infração 9, afirma que também adere o parecer técnico no que concerne ao cálculo do diferencial de alíquota, com retificação em relação à NF 508.

Ressalta que no parecer não foi atendida a solicitação relativa ao produto tambor.

Opina pelo Provimento Parcial do Recurso Voluntário.

VOTO

Inicialmente cabe apreciar o Recurso de Ofício, face à desoneração promovida pela 4ª JJF, em razão de ter julgado improcedente às infrações 2, 3 e 8 e procedente em parte as infrações 4 e 7.

Quanto às infrações 2 e 3 (utilização indevida de crédito fiscal/ativo, apropriação a maior da parcela de 1/48) verifico que a JJF fundamentou a decisão com base no resultado da diligência (fl. 466) efetuada pelos autuantes, no qual os mesmos reconheceram que ao refazerm a apuração de créditos do CIAP, considerando os percentuais relativos à proporção entre as saídas tributadas e as saídas totais, utilizando o somatório das parcelas dos 48 últimos meses para efeito de cálculo do valor do crédito a lançar no LRAICMS, não detectou qualquer diferença.

Assim sendo, em se tratando de desoneração atinente a questão material corrigida no curso da instrução processual, culminando na improcedência das infrações 2 e 3, fica mantida a decisão.

Relativamente à infração 4, verifico que em atendimento à diligência (fl. 466), os autuantes na informação fiscal (fl. 473) reconheceram que a Nota Fiscal de Entrada nº 228 relacionada no demonstrativo original à fl. 51, com crédito escriturado no valor de R\$45.101,19 refere-se a retorno do produto HCU consignado na Nota Fiscal 65.144 (fl. 353).

Portanto, também, se tratando de comprovação de regularidade do crédito fiscal, feita durante o curso da instrução processual, de acordo com o demonstrativo refeito às fls. 478-484 com redução do valor da ocorrência 31/05/07 em R\$45.101,19 (R\$128.521,13 para R\$83.419,94) e da infração de R\$1.195.155,64 para R\$1.150.054,45, fica mantida a decisão pela procedência parcial da infração 4.

Relativamente às infrações 7 e 8 (estorno de débito/devoluções), o sujeito passivo alegou que a diferença exigida refere-se a imposto destacado na nota fiscal de devolução de bem do ativo imobilizado de nº 083.011 (fl. 232), que equivocadamente escriturou como se fosse devolução de material de uso e consumo, o que foi acolhido na decisão ora recorrida.

Verifico que conforme apreciado na decisão proferida pela JJF, a nota fiscal 83.011 (fl. 232) consigna devolução de compra de bem do ativo (dois Contatores MT Vacuo 7,2 KV), referenciando a nota fiscal 42.288, de 30/01/08 (fl. 233) e que não consta no citado demonstrativo à fl. 59, referente ao mês de maio/08, cujo valor de R\$1.159,73 foi grafado na nota fiscal e corresponde à diferença exigida naquele mês (infração 7).

Da mesma forma, (o demonstrativo à fl. 59) indica diferença exigida de R\$1.147,19 (infração 8) que foi exigido a título de estorno de débito a maior (uso/consumo).

Pelo exposto, fica mantida a decisão com relação à infração 7, julgada procedente em parte com valor remanescente de R\$66,59 e improcedência da infração 8.

Pelo exposto, não há qualquer reparo a fazer quanto aos julgados, e NÃO PROVÍDO o Recurso de Ofício.

Com relação ao Recurso Voluntário, inicialmente cabe apreciar a preliminar de decadência relativo aos fatos geradores ocorridos no período de janeiro a julho/07.

Inicialmente o contribuinte invocou aplicação do instituto da decadência relativo aos fatos geradores contidos nas infrações 2, 3, 4, 5, 6, 9 e 10, sendo que posteriormente reconheceu como devido o valor exigido na infração 6 e as infrações 2 e 3 foram julgadas improcedentes.

Portanto, resta apreciação quanto às infrações 4, 5, 9 e 10, cuja Decisão proferida pela primeira instância fundamentou que o direito da Fazenda Pública Estadual constituir crédito tributário relacionado ao ICMS, tem início da contagem a partir de 1º de janeiro do ano seguinte ao da efetivação do lançamento, nos termos do art. 107-B da Lei nº 3.956/1981 (COTEB), em consonância com o disposto no art. 150 do CTN.

Com relação às infrações 5 e 9, trata de exigência de ICMS da diferença de alíquota relativo às aquisições de bens destinados a uso/consumo e ativo imobilizado. Neste caso, o contribuinte adquiriu mercadorias que o estabelecimento entendeu caracterizar se como produtos intermediários e não apurou, nem recolheu o ICMS-DIFAL correspondente. Logo, conforme apreciado no Incidente de Uniformização nº PGE 2016.175855-0, o contribuinte não declarou o fato jurídico tributável e nem pagou o imposto devido correspondente (item 5.6).

Consequentemente, em se tratando de hipótese de débito não declarado relativo a operações de aquisição de mercadorias cujo imposto não foi apurado e nem pago, deve ser **aplicada a regra do art. 173, inciso I, do CTN**, contando-se o início do prazo decadencial a partir do primeiro dia do exercício seguinte à data da ocorrência do fato gerador, regra prevista no art. 107-B da Lei nº 3.956/1981, vigente à época da ocorrência dos fatos geradores. Dessa forma, os fatos geradores ocorridos no período de janeiro a julho/2007 tem início de contagem de prazo decadencial a partir de 1º/01/2008 e o Estado da Bahia tinha até o dia 31/12/12 para constituir o crédito tributário e o AI foi lavrado em 31/07/2012, não ocorrendo a materialização da Decadência.

No tocante às infrações 4 e 10, que acusam utilização indevida de crédito fiscal (uso/consumo e serviço de transporte), observo que o imposto creditado refere-se ao valor que foi pago na operação anterior de aquisição de mercadorias ou contratação de serviço de transporte, que foi compensado com o débito das operações subsequentes, o que implicou na apuração do ICMS normal menor que o devido, que ficou sujeito à homologação pelo Fisco.

Nesta situação, não ficando configurado que a utilização de créditos fiscais indevidos não decorre de subsumir a hipótese de dolo, fraude ou simulação, o recolhimento a menor do imposto que foi apurado pelo estabelecimento autuado e subsume-se a posterior homologação pelo Fisco, ensejando a aplicação da regra prevista no §4º, do art. 150, do CTN, ou seja, cinco anos contados a partir da ocorrência do fato gerador.

Consequentemente, no final do voto, será feito a exclusão dos valores dos fatos geradores ocorridos antes do mês de agosto/07, visto que a Decadência operacionalizou-se em 02.08/12.

Quanto à alegação de inconstitucionalidade da legislação tributária estadual, ressalto que, conforme disposto no art. 167 do RPAF/BA, não se inclui na competência dos órgãos julgadores a declaração de inconstitucionalidade da legislação tributária.

Com relação ao pedido de realização de diligencia fiscal, ressalto que tanto na primeira como na segunda instância, foram determinadas e realizadas diligências fiscais, ficando rejeitado o seu pedido, tendo em vista que os elementos contidos no PAF são suficientes para se tomar um juízo de valor (art. 147 do RPAF/BA).

No mérito, quanto às infrações 4 (utilização indevida de crédito fiscal de material de uso/consumo) e 5 (diferença de alíquota), verifico que conforme apreciado no Recurso de Ofício, foi excluído o valor relativo ao produto HCU, da operação de retorno da mercadoria na nota fiscal 65.144 (fl. 353), o que resultou na redução do débito de R\$1.195.155,64 para R\$1.150.054,45.

Com relação aos demais produtos, o recorrente reapresentou os mesmos argumentos da impugnação inicial, tendo esta 2^a CJF, promovido diligências no sentido de identificar insumos e equipamentos individuais que se caracterizam como bens do ativo imobilizado.

Quanto ao produto mercapto etanol, consta no laudo elaborado pelo IPT (fls. 721 a 959) é um agente iniciador utilizado no início do processo produtivo da Resina S-80 (produto final) que age sobre o MVC (manômero cloreto de vinila) auxiliando na polimerização para obtenção do PVC (policloreto de vinila), iniciando a reação química, conforme memorial descritivo à fl. 116.

Portanto, trata-se de um produto intermediário que integra o produto final, o qual foi excluído pelo diligente na infração 4.

Com relação ao produto Tambor, na diligência determinada por esta 2^a CJF (fl. 1010), foi determinado a sua exclusão, o que não foi feito pelo diligente e alertado pelo recorrente.

Conforme descrito no laudo do IPT, este produto é utilizado como recipiente para armazenar/transportar resíduos gerados no processo produtivo da PVC. Portanto, presume-se que no conjunto supera o valor mínimo e tem durabilidade superior a um ano, o que o caracteriza como produto destinado ao ativo imobilizado. Também é utilizado no processo, visto que é utilizado para coleta de produtos e descarte de resíduos. Assim sendo, faço a exclusão do valor pertinente de R\$513,40 relativo à nota fiscal 53380 do mês de outubro de 2007, na infração 4, sem nenhum reflexo na infração 5, por inexistir exigência de diferença de alíquota, por o produto ter sido adquirido em operação interna, de acordo com demonstrativo apresentado no final do voto.

Com relação aos demais produtos, verifico que no Parecer ASTEC nº 101/16 (fls. 1017/1020) foi identificado que os produtos:

- A) Manômetros; Sensor de PH e soprador, são bens individuais que integram o ativo imobilizado que fazem parte do processo produtivo, sendo assegurado o direito ao crédito fiscal correspondente, ficando mantida a exclusão feita pelo diligente dos valores correspondentes à razão de 1/48;
- B) Ventilador e transmissor digital, o diligente identificou que são bens que integram outros maiores da planta de produção, mas não são equipamentos individuais. Verifico que o ventilador (fl. 1023) é utilizado na torre de resfriamento e não possui identidade física própria. Da mesma forma, o transmissor digital faz parte do sistema de telefonia. Portanto, conforme o parecerista identificou *in loco* trata-se de peças de reposição e fica mantida a exigência fiscal.

Com relação aos demais produtos que não foi objeto de diliggência, observo que conforme laudo técnico (fls. 168/230) e apreciação feita pelo Relator na decisão proferida pela 4^a JJF, os produtos objeto da glosa dos créditos fiscais não se trata de produtos intermediários e sim de materiais de uso ou consumo, ou peças de reposição de máquinas e equipamentos que não preenchem os requisitos para utilização do crédito, conforme estabelecido no art. 93, V, do RICMS/97. Faço um resumo da apreciação:

Gás natural - queima de resíduos tóxicos no incinerador e no "flare"; Cupferron Q-1300 - inibe reações químicas em situações anormais, quando se perde o controle do processo – quando usado o material polimérico é perdido e descartado; Válvulas, curvas, arruelas, escoras, óleos, rolamentos, buchas, retentores, anéis, caixas de engrenagem, corpos, calços e eixos estriados - peças de reposição de máquinas e equipamentos industriais que se desgastam com uso; Dianodic, flogard, control, inibidor de corrosão, optisperse, foantrol e spectrus - materiais utilizados no tratamento de água de refrigeração, como anti-espumante, evitar contaminação e corrosão; Transm. Digital/Comum. Dados, Manômetro, Soprador, Ventilador e Sensores - peças de reposição integrantes de máquinas e equipamentos; Poço Temp, Queimadores, Vidro Pirex, Tijolo Refratário - componentes repostos por desgaste; Célula Carga, Cilindro, Ventosa, Elemento Elástico e Rotores - peças de equipamento repostos; Tambor - armazenar e transportar resíduos industriais; Ar medicinal – utilizado pelos

empregados como proteção respiratória em ambientes com presença de gases tóxicos; Mercapto etanol – BME - dispersante na produção de resina; Cicloexanona - material de laboratório. Mistura Padrão Primário - utilizada para a calibração de analisadores do processo produtivo.

Pelo exposto, considero correta a decisão proferida pela 4ª JJF, que fundamentou que tais materiais são peças de reposição que integram a estrutura física das máquinas e equipamentos; não configuram máquinas e equipamentos; calibrar instrumentos (mistura padrão); incineração de gases tóxicos (gás natural) que ocorre fora do processo produtivo.

Cupferron Q-1300 - inibidor de reação de polimerização para obter PVC (Laudo à fl. 171). É utilizado “quando se perde o controle do desenvolvimento reacional”, adiciona-se o produto ao meio reacional polimérico, que é perdido e descartado. O produto identifica a situação emergencial e interrompe o processo produtivo. Portanto, não constitui matéria prima que integra o produto final e ao contrário do que foi afirmado não se caracteriza como produto intermediário que incorpora o produto final e sim possui finalidade de uso para interromper o processo produtivo em situação anormal para atender a normas de segurança.

Da mesma forma, os materiais destinados a uso ou consumo, a exemplo de lubrificantes, anti-espumantes, anti-corrosivos, ou utilizados em testes laboratoriais, não preenchendo as condições estabelecidas no art. 93, I, “b” e § 1º, RICMS/1997.

Por tudo que foi exposto, além do valor de R\$45.101,19 (fl. 51), já excluído pela 4ª JJF, acolho o parecer da ASTEC que fez a exclusão dos valores relativos a (i) Manômetros; Sensor de PH e soprador, e faço a exclusão dos valores referentes a (ii) tambores e dos valores cujos fatos geradores ocorreram no período de janeiro a junho/2007 que foram alcançados pela Decadência, conforme apreciado inicialmente, reduzindo o débito original de R\$1.195.155,64 e julgado pela 4ª JJF de R\$1.150.054,45 para R\$ 881.880,23 na infração 4. A Infração 5 fica reduzida de R\$17.691,58 para R\$17.521,88, tudo conforme demonstrativo abaixo:

Infração 4						Infração 5
Data Ocorr	Data Vencto	Autuado	Julgado 4ª JJF	Dilig.- Fl. 1025	Julg. 1ª CJF	Dilig.- Fl. 1025
31/01/2007	09/02/2007	35.097,76	35.097,76	35.097,76	Decadência	7.454,29
28/02/2007	09/03/2007	21.434,47	21.434,47	21.434,47	Decadência	49,43
31/03/2007	09/04/2007	31.644,11	31.644,11	31.644,11	Decadência	4.665,16
30/04/2007	09/05/2007	60.850,40	60.850,40	60.823,01	Decadência	431,33
31/05/2007	09/06/2007	128.521,13	83.419,94	83.413,52	Decadência	9,18
30/06/2007	09/07/2007	34.865,94	34.865,94	34.859,52	Decadência	152,96
31/07/2007	09/08/2007	48.078,88	48.078,88	48.072,46	Decadência	560,02
31/08/2007	09/09/2007	31.817,99	31.817,99	31.808,65	31.808,65	324,81
30/09/2007	09/10/2007	22.748,22	22.748,22	22.738,88	22.738,88	1.550,53
31/10/2007	09/11/2007	42.354,59	42.354,59	42.334,55	41.821,15	129,84
30/11/2007	09/12/2007	38.052,16	38.052,16	38.032,12	38.032,12	0,00
31/12/2007	09/01/2008	78.092,49	78.092,49	78.072,45	78.072,45	0,00
31/01/2008	09/02/2008	35.850,86	35.850,86	35.830,82	35.830,82	180,54
29/02/2008	09/03/2008	39.278,05	39.278,05	39.258,01	39.258,01	0,00
31/03/2008	09/04/2008	171.527,96	171.527,96	171.507,92	171.507,92	157,49
30/04/2008	09/05/2008	30.029,61	30.029,61	30.007,07	30.007,07	948,79
31/05/2008	09/06/2008	39.923,91	39.923,91	39.901,37	39.901,37	0,00
30/06/2008	09/07/2008	40.089,76	40.089,76	40.067,22	40.067,22	0,00
31/07/2008	09/08/2008	43.348,07	43.348,07	43.325,53	43.325,53	45,35
31/08/2008	09/09/2008	44.864,95	44.864,95	44.842,41	44.842,41	0,00
30/09/2008	09/10/2008	45.563,73	45.563,73	45.541,19	45.541,19	0,00
31/10/2008	09/11/2008	21.344,71	21.344,71	21.322,17	21.322,17	862,16
30/11/2008	09/12/2008	56.775,90	56.775,90	56.753,36	56.753,36	0,00
31/12/2008	09/01/2009	52.999,99	52.999,99	52.977,45	52.977,45	0,00
Total		1.195.156,64	1.150.054,45	1.149.666,02	833.807,77	17.521,88

No tocante à infração 9 (diferença de alíquota de uso/consumo e ativo imobilizado), o estabelecimento autuado alegou na impugnação inicial que não foi considerado a RBC de diversos produtos elencados no Convenio ICMS 52/91, o que foi contestado pela fiscalização e não acolhido na Decisão ora recorrida que julgou procedente.

Na diligência determinada pela 1ª CJF (fl. 1010) foi solicitado que fosse confrontado os

documentos fiscais apresentados no recurso, com os demonstrativos originais, sob a ótica dos benefícios fiscais estabelecidos no Convênio ICMS 52/91.

O diligente no Parecer ASTEC 101/16 afirmou que pelo confronto dos documentos fiscais juntados com a defesa (fls. 371/410) e o demonstrativo original constatou que o demonstrativo elaborado pela fiscalização apresenta o cálculo de forma correta, considerando a RBC das operações contempladas com o benefício fiscal. Porém retificou o erro de cálculo relativo à Nota Fiscal nº 508 de 07/03/07 (fl. 400) o que implicou na redução do débito naquele mês de R\$470,49 (fl. 61) para R\$389,00, e da infração de R\$24.772,06 para R\$24.690,57.

Observo que a Nota Fiscal nº 508 (fl. 61) indica valor de R\$4.960,02, mas com a RBC de 26,57% do Convênio ICMS 52/91, a base de cálculo tributável foi de R\$3.890,00 que aplicado o porcentual da diferença de 10% (17% - 7%) resulta em valor devido de R\$389,00. Por isso, acolho o resultado da diligência.

Inicialmente, constato que conforme afirmado que a fiscalização considerou a RBC nas operações contempladas com o benefício fiscal do Convênio ICMS 52/91, a exemplo da Nota Fiscal nº 14.073 que apresenta valor de R\$451.570,79 (fl. 63) e base de cálculo reduzida de R\$119.982,35 o que resulta em BC de R\$331.584,40 que aplicado o percentual de 10% resulta em valor de R\$33.158,84 que foi o apurado pela fiscalização.

Por sua vez a empresa indicou no demonstrativo à fl. 663 valor apurado de R\$45.156,94. Observo que a fiscalização apurou o montante devido no mês nota a nota o que totalizou valor devido de R\$252.850,60 e valor debitado no livro RAICMS de R\$251.735,09 resultando em diferença devida de R\$1.115,51. Logo, não cabe considerar erros de cálculo da empresa e sim o valor correto que foi apurado.

Com relação às NFs 508, 6670, 6695, 10060, 10166, 5086 e 10318, que o recorrente apontou não ter sido considerado a RBC prevista no Convênio ICMS 52/91, de acordo com o demonstrativo à fl. 1041, observo que com relação as NF:

508 – conforme apreciado, a BC constante na citada NF é de R\$3.890,00 e correto o valor apurado pelo diligente;

No que se refere às notas fiscais 6670, 6695, 10060, 10166, todas inclusas na apuração do mês de março/2007, constato que o valor apurado pela fiscalização nas fls. 62 e 63 são iguais ao apurado no demonstrativo apresentado junto com o recurso às fls. 662 e 663. Tomando por exemplo a NF 6670, a fiscalização e a empresa apuraram valor devido de R\$51,36 (fls. 62 e 662). O mesmo ocorre com as demais notas fiscais.

Da mesma forma, a NF 5086 relativa ao mês de setembro/2007 apresenta cálculo de valor devido de R\$4.215,87 tanto no demonstrativo da fiscalização (fl. 64) e da recorrente (fl. 664).

Por sua vez a NF 10318, referente ao mês de abril/2008, a fiscalização apurou valor devido de R\$2.092,20 (fl. 68) e a recorrente o valor de R\$2.074,77 (fl. 666).

Tendo o diligente da ASTEC afirmado que os cálculos feitos pela fiscalização estavam corretos, a empresa apresentou novo demonstrativo à fl. 1041 indicando valores apurados referentes às notas fiscais acima relacionadas, porém, indicando cálculo diferente do apresentado anteriormente no recurso. Como não foi apresentado qualquer nota fiscal, que é de posse do recorrente, deixo de acolher o mencionado demonstrativo por falta de prova.

Por fim, acato o demonstrativo refeito pelo diligente acostado à fl. 1020 e reformo a Decisão de procedente para procedente em parte a infração 9, com redução do débito de R\$24.772,93 para R\$24.690,57.

Quanto à infração 10, do total exigido de R\$121.638,93 na defesa o estabelecimento autuado reconheceu como devido o valor de R\$109.837,80 referente ao mês de agosto de 2007, visto que creditou-se em duplicidade dos CTRCs 112 e 279.

Diante do julgamento na primeira instância pela procedência desta infração, afirma que a fiscalização não relacionou todos os serviços de transportes tomados no período, conforme CTRCs relacionados às fls. 631/632 e cópias dos CTRC acostados às fls. 414/442 e demonstrativo às fls. 669/698.

Pela análise dos elementos contidos no processo, constato que:

- a) Conforme apreciado no início do voto, em se tratando de utilização indevida de crédito fiscal em valor superior ao declarado nos documentos (crédito de frete contratado), o mês de fevereiro de 2007 foi alcançado pela Decadência, ficando afastado o valor exigido de R\$429,78;
- b) Quanto ao mês de agosto/2007 o sujeito passivo reconheceu devido o valor R\$109.837,80 do valor exigido de R\$121.638,93. Não tendo apresentado qualquer prova em contrário com relação ao valor não reconhecido, implica em simples negativa de cometimento da infração (art. 143 do RPAF/BA), o que não o desonera de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal. Fica mantida a Decisão pela procedência do valor exigido;
- c) Com relação aos meses de março, maio, julho e agosto de 2008, o recorrente apresentou demonstrativos às fls. 631 e 632 para tentar comprovar as diferenças apurada.

Constato que com relação ao mês de março/2008 a fiscalização indicou no demonstrativo sintético à fl. 73, valor lançado no livro RAICMS de R\$173.395,95 e apurado como de direito ao crédito o valor de R\$169.334,58 o que resultou em diferença devida de R\$4.061,37.

Por sua vez, o recorrente apresentou demonstrativo às fls. 631/632 no qual relacionou CTRCs que totaliza crédito de R\$4.053,37 para justificar a diferença devida de R\$4.061,37.

Constato que neste demonstrativo foram relacionados diversos CTRCs de nºs 29171, 29595, 10925, 3420, 3450, 3471, 3493, 11522, 21016 e 21033 com indicação das transportadoras, mas sem indicação de datas, totalizando R\$4.053,37 cujas cópias foram acostadas às fls. 414 a 421.

Ocorre que estes CTRCs foram emitidos em outros meses, a exemplo do nº 11522 (fl. 419) emitido em 18/01/08. Na fl. 671 foram relacionados os CTRCs constantes do elaborado pela fiscalização (fl. 80/81) emitidos no mês de março/08, com inserção de valores relativos à CTRCs emitidos em outros meses a exemplo do 29171 (janeiro) e 29595 (fevereiro); 27103 (janeiro) que não foram relacionados pelo autuante. Também os demonstrativos com estas inserções não totaliza os valores mensais.

O mesmo ocorre com os outros meses.

Concluo que tendo a 4ª JJF fundamentado que os documentos juntados ao processo não faziam prova para elidir a acusação, o recorrente não apresentou qualquer fato ou prova complementar para elidir as diferenças exigidas que não foram reconhecidas. Por isso, fica mantida a exigência relativa às diferenças não comprovadas.

Pelo exposto, acolho o argumento recursivo de que o valor exigido de R\$429,78, relativo ao mês de fevereiro de 2007 foi alcançado pelo instituto da Decadência, e modifico a Decisão pela procedência em parte da infração 10, que fica reduzida de R\$121.638,93 para R\$121.209,15.

Voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício e PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário, com modificação dos valores exigidos nas infrações 4, 5, 9 e 10, conforme demonstrativo abaixo.

INF.	RESULTADO	VLR. HISTÓRICO	Julgado 4ª JJF	Julgado 1ª CJF
1	RECONHECIDA	889,61	889,61	889,61
2	IMPROCEDENTE	111.092,20	0	0
3	IMPROCEDENTE	99.089,71	0	0
4	PROCEDENTE EM PARTE	1.195.155,64	1.150.054,45	881.880,23
5	PROCEDENTE EM PARTE	17.691,58	17.691,58	17.521,88
6	RECONHECIDA	1.329,89	1.329,89	1.329,89
7	PROCEDENTE EM PARTE	1.226,32	66,59	66,59
8	IMPROCEDENTE	1.147,19	0	0

9	PROCEDENTE EM PARTE	24.772,06	24.772,06	24.690,57
10	PROCEDENTE EM PARTE	121.638,93	121.638,93	121.209,15
11	RECONHECIDA	11.781,43	11.781,43	11.781,43
	TOTAL	1.585.814,56	1.328.224,54	1.059.369,35

VOTOS VENCEDOR (Decadência de janeiro a julho de 2007 – Infrações 5 e 9 – Mérito na Infração 5) e DIVERGENTE (Quanto ao produto gás natural – Infrações 4 e 5)

Em que pese o brilhantismo do voto proferido pelo i. Relator, divirjo do posicionamento adotado no que concerne às infrações 4, 5 e 9 do Recurso Voluntário.

A infração 4 foi lançada pela suposta utilização indevida de crédito, referente à aquisição de material de uso e consumo (GÁS NATURAL E CUPFERROM), escriturados como insumos pela Recorrente.

Passo a discorrer sobre o aproveitamento dos créditos do ICMS relativos à aquisição de produtos intermediários, bem como sobre a definição de materiais de uso e consumo.

Previamente, deixo evidente a discordância quanto à obrigatoriedade de consumição ou integração ao produto final para conceituação de material como “insumo” ou “produto intermediário”, requisito previsto no Convênio ICM 66/1988 e não mais aplicável após o advento da Lei Complementar nº 87/96. Na Lei Complementar ora vigente, existe somente a restrição ao crédito sobre entradas de mercadorias alheias à atividade do estabelecimento, *in litteris*:

Art. 20. Para a compensação a que se refere o artigo anterior, é assegurado ao sujeito passivo o direito de creditar-se do imposto anteriormente cobrado em operações de que tenha resultado a entrada de mercadoria, real ou simbólica, no estabelecimento, inclusive a destinada ao seu uso ou consumo ou ao ativo permanente, ou o recebimento de serviços de transporte interestadual e intermunicipal ou de comunicação.

§ 1º Não dão direito a crédito as entradas de mercadorias ou utilização de serviços resultantes de operações ou prestações isentas ou não tributadas, ou que se refiram a mercadorias ou serviços alheios à atividade do estabelecimento

Em que pese a referida conceituação ser bastante controvertida nesta Câmara de Julgamento Fiscal, em face da sua complexidade e da falta de clareza da legislação, não vislumbro amparo legal para a aplicação restritiva para fins de creditamento sobre mercadorias ou produtos exarada pela 4ª JJF, bem como pelo nobre relator, considerando que os materiais glosados são de uso e consumo “em razão dos fins a que se destinam, não vinculados à industrialização, não consumidos no processo e não integram o produto final na condição de indispensáveis ou necessários”

Com muita precisão o i. Conselheiro Rodrigo Lauande Pimentel em Voto Divergente no Acórdão CJF Nº 0074-11/17, o qual entendia em referência ao art. 93, do RICMS/97, de forma diferente do voto proferido nesta Decisão de matéria similar:

“Portanto, as mercadorias que dão direito ao crédito, devem ter como característica:

- i) a vinculação à comercialização, industrialização, produção, geração, extração ou prestação;
- ii) podendo ser consumido no processo produtivo (v.g. insumos – alínea ‘b’) ou
- iii) na condição de elemento indispensável ou necessário à sua industrialização, produção, geração, extração ou prestação, conforme o caso (v.g. produtos intermediários – alínea ‘c’).”

(...)

“Como se constata, através do texto legal acima reproduzido, a norma regulamentar define o que se deve entender como mercadoria destinada ao uso e consumo do estabelecimento aquelas que nem integram o produto final ou o serviço na condição de elemento INDISPENSÁVEL.”

“O artigo 93, V do então vigente RICMS/BA-97 assim dispunha:

Art. 93. (...)

V – o valor do imposto anteriormente cobrado em operações de que tenha resultado a entrada, real ou simbólica, no estabelecimento, de mercadorias, bens ou materiais, bem como do imposto relativo aos

respectivos serviços de transporte, inclusive o imposto pago a título de diferença de alíquotas, sendo as mercadorias, bens ou materiais destinados:

b) a partir do prazo previsto na Lei Complementar Federal nº 87, de 13 de setembro de 1996, ao uso ou consumo do próprio estabelecimento, assim entendidas as mercadorias que não forem destinadas a comercialização, industrialização, produção, geração, extração ou prestação, por não serem consumidas nem integrarem o produto final ou o serviço na condição de elemento indispensável ou necessário à sua produção, composição ou prestação.”

“Logo, as mercadorias que não dão direito ao crédito do ICMS por ser entendidas como de uso e consumo do estabelecimento são aquelas que não são essenciais ou não vinculadas ao processo de comercialização ou industrialização.”

Por conseguinte, a possibilidade de apropriação dos créditos está ligada à vinculação no processo fabril, na condição de elemento indispensável à consecução das atividades, sendo considerado como material de uso e consumo aquele não destinado à industrialização, conforme delimitado na alínea “b” do inciso V do artigo 93 do RICMS/97.

Superados os aspectos relativos ao alcance e sentido das normas, passo a discorrer sobre a função desempenhada pelos produtos no processo produtivo da Recorrente.

GAS NATURAL

É premente que se deixe claro que da análise do conjunto probatório dos autos, conclui-se que o GAS NATURAL é combustível utilizado na incineração de gases tóxicos no “flare” (tocha). Esclareça-se que a atividade conduzida pela Recorrente tem como consequência a geração de gases tóxicos que não poderiam ser dispersados na atmosfera sem considerável risco ambiental, assim como não poderiam ser armazenados na planta de produção.

Neste sentido, o uso deste mecanismo (*flare*), que depende do gás natural para correto funcionamento, é condição indispensável para a permissão de funcionamento da planta fabril, conforme Licença de Operação da Recorrente (fls.320).

Da mesma forma, não há sentido em afastar o caráter indispensável que a queima destes gases possuem no processo produtivo, uma vez não haveria possibilidade fática da Autuada fabricar o polímero PVC sem a correta destinação, mediante incineração, dos gases tóxicos gerados no processo produtivo.

Deste modo, entendo que diante dos argumentos trazidos pela Recorrente, bem como os aspectos técnicos quanto à aplicação do mesmo no processo de produção da planta industrial evidenciados no Laudo elaborado pelo Instituto de Pesquisas Tecnológica (IPT) às fls. 721 a 959, resta evidente a atuação imprescindível deste item para a fabricação do polímero PVC.

CUPFERRON Q-1300

A 4^a JJF, assim como o i.Relator, manifestaram entendimento de que o item não se caracteriza como produto intermediário, já que *“possui finalidade de uso para interromper o processo produtivo em situação anormal para atender a normas de segurança”*.

Examinando os elementos dos autos, é possível notar que o produto em questão atua como inibidor da reação de determinadas etapas de polimerização do PVC. Neste sentido, a utilização do referido produto é procedimento regular e frequente no processo produtivo da Recorrente, não se tratando apenas de medida de segurança, mas especificamente de elemento essencial ao controle de produção.

Neste sentido, coaduno com o entendimento manifestado pela i.Teresa Cristina Dias Carvalho em Voto de Divergência no acórdão Nº 0188-04/13, o qual transcrevo *ipsi litteris*:

“Restou demonstrado nos autos que se trata de inibidor de reação para radicais livres, formados pela decomposição dos iniciadores de polimerização, que inibe a reação de polimerização. Ademais, se não for utilizado, poderá ser emanado produtos tóxicos e inflamáveis que põe em risco as pessoas e as instalações, e utilizado em casos de emergência, sem o seu uso não se pode prosseguir com a produção. Também como reiterado pelo deficiente, quando se perde o controle do desenvolvimento reacional, para a produção do polímero PVC, este produto é adicionado e daí se perde todo o meio reacional polimérico, que é posteriormente

descartado. Portanto, entendendo que faça parte inerente ao processo de produção do polímero PVC, e portanto tem direito ao crédito fiscal, sendo um produto intermediário pois utilizado para a consecução e o alcance do produto final fabricado pelo defendant, o PVC” (grifo nosso).

Ainda, é relevante ressaltar que esta posição já foi manifestada anteriormente neste CONSEF, podendo citar ACÓRDÃO JJF N° 0115-05/16.

Verifica-se que não há controvérsia no que concerne à função desempenhada por cada um dos produtos no processo industrial do Recorrente. Portanto, entendo que os materiais objetos das duas autuações dão direito ao crédito, pois ou são consumidos ou são indispensáveis no processo industrial da empresa.

Diante de tais considerações julgo insubstancial a infração 4 e, por consequência, a infração 5, que fora lançada para cobrar o diferencial de alíquota interestadual nas aquisições destes produtos advindo de outras unidades da Federação.

Com a exclusão dos valores pertinentes ao produto Cupferron, observo que o valor de R\$81.884,69 relativo ao período de janeiro a julho de 2007 foi afastado por ser fulminado pelo instituto da Decadência.

Ressalto que as operações com o produto Cupferron constante do demonstrativo elaborado pela fiscalização às fls. 49 a 55 se referem a importações e não foi exigido qualquer valor a título de diferença de alíquota, não resultando em qualquer reflexo nas infrações 5 e 9.

Fica deduzido o valor de R\$166.452,43 na infração 4, relativo ao produto Cupferron e da Decadência, o que resulta na redução do valor exigido de R\$1.195.155,64 para R\$667.355,34.

Data Ocorr	Data Veneto	Infração 4							C/exclusão do Cupferron	
		Autuado	Julgado 4 ^a JJF	Dilig.- Fl. 1025	Julg. 1 ^a CJF	N. Fiscal	Cupferron	FL		
31/01/2007	09/02/2007	35.097,76	35.097,76	35.097,76	Decadência				O valor de R\$81.884,69 (Cupferron) de janeiro a julho/2007 - excluído pela Decadência	
28/02/2007	09/03/2007	21.434,47	21.434,47	21.434,47	Decadência					
31/03/2007	09/04/2007	31.644,11	31.644,11	31.644,11	Decadência	273	17.944,41	51		
30/04/2007	09/05/2007	60.850,40	60.850,40	60.823,01	Decadência	274	47.678,22	51		
31/05/2007	09/06/2007	128.521,13	83.419,94	83.413,52	Decadência					
30/06/2007	09/07/2007	34.865,94	34.865,94	34.859,52	Decadência	280	16.262,06	51		
31/07/2007	09/08/2007	48.078,88	48.078,88	48.072,46	Decadência	Subtotal	81.884,69			
31/08/2007	09/09/2007	31.817,99	31.817,99	31.808,65					31.808,65	
30/09/2007	09/10/2007	22.748,22	22.748,22	22.738,88					22.738,88	
31/10/2007	09/11/2007	42.354,59	42.354,59	42.334,55					41.821,15	
30/11/2007	09/12/2007	38.052,16	38.052,16	38.032,12					38.032,12	
31/12/2007	09/01/2008	78.092,49	78.092,49	78.072,45		313	36.464,18	52	41.608,27	
31/01/2008	09/02/2008	35.850,86	35.850,86	35.830,82					35.830,82	
29/02/2008	09/03/2008	39.278,05	39.278,05	39.258,01					39.258,01	
31/03/2008	09/04/2008	171.527,96	171.527,96	171.507,92		323-339	129.988,25	53	41.519,67	
30/04/2008	09/05/2008	30.029,61	30.029,61	30.007,07					30.007,07	
31/05/2008	09/06/2008	39.923,91	39.923,91	39.901,37					39.901,37	
30/06/2008	09/07/2008	40.089,76	40.089,76	40.067,22					40.067,22	
31/07/2008	09/08/2008	43.348,07	43.348,07	43.325,53					43.325,53	
31/08/2008	09/09/2008	44.864,95	44.864,95	44.842,41					44.842,41	
30/09/2008	09/10/2008	45.563,73	45.563,73	45.541,19					45.541,19	
31/10/2008	09/11/2008	21.344,71	21.344,71	21.322,17					21.322,17	
30/11/2008	09/12/2008	56.775,90	56.775,90	56.753,36					56.753,36	
31/12/2008	09/01/2009	52.999,99	52.999,99	52.977,45					52.977,45	
Total		1.195.155,64	1.150.054,45	1.149.666,02			833.807,77		166.452,43	667.355,34

As infrações 5 e 9 possuem como objeto falta de recolhimento do ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e as interestaduais, nas aquisições das mercadorias oriundas de outras unidades da Federação.

Inicialmente, devo apreciar uma questão preliminar suscitada pelo impugnante, a da decadência dos lançamentos para os fatos geradores compreendidos entre janeiro a julho de 2007. Aduz o impugnante, que, com efeito, no momento em que o Auto de Infração ingressou no mundo jurídico 31.07.2012, já havia ocorrido a perda do direito de o Fisco rever o lançamento por

homologação relativamente aos fatos geradores anteriores a 01.08.2007, em razão do disposto no §4º do art. 150 do Código Tributário Nacional.

Após análise detida dos autos, considero razão assistir ao sujeito passivo no tocante às infrações 5 e 9, para as ocorrências que se deram até a data de 31/07/2009.

Neste sentido, alinho-me ao entendimento sedimentado no STJ no sentido de que nos tributos que se sujeitam ao lançamento por homologação é aplicável o quanto disposto no art. 150, §4º do CTN, ou seja, a regra da decadência após 5 anos da ocorrência do fato gerador, que abaixo transcrevo:

Art. 150. O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa.

(...)

§ 4º Se a lei não fixar prazo a homologação, será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.'

Cumpre evidenciar também o entendimento já consagrado no STJ, exemplificado na decisão do Agravo Regimental no Recurso Especial nº 117291/RS, a seguir transcrito:

"EMENTA - PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO FISCAL. ICMS. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. RECOLHIMENTO A MENOR. DECADÊNCIA. APLICAÇÃO DO ART. 150, § 4º, DO CTN. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. ART. 20, § 4º, E 21, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CPC.

1. Agravo regimental no recurso especial em que se discute o prazo para a constituição de crédito tributário remanescente de ICMS, no caso em que ocorre o pagamento a menor do tributo.

2. Nos tributos cujos sujeitos passivos têm o dever de antecipar o pagamento sem que haja prévio exame da autoridade administrativa, caso se apure saldo remanescente, a Fazenda deverá constituir-lo no prazo de cinco anos a contar da ocorrência do fato gerador, sob pena de ocorrer a extinção definitiva do crédito, nos termos do parágrafo 4º do art. 150 do CTN. Precedentes: AgRg no REsp 1.152.747/MG, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 22/2/2011; AgRg no REsp 1.192.933/MG, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 11/2/2011; AgRg no REsp 1.182.862/RS, Rel. Ministro Hamilton Carvalhido, Primeira Turma, DJe 2/2/2011.

(AgRg no REsp 1172391 / RS / AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL 2009/0249482-0)

Face ao exposto, permito-me discordar do i. Relator, pois verifico que o cometimento da infração foi o recolhimento a menor do ICMS, deste modo constata-se que o contribuinte pagou o imposto, embora a menor, os declarou através de DMA e SINTEGRA, conforme alegação da autuada. Considerando que há informação e há pagamento do tributo, entendo que o Fisco seria capaz de identificar o lançamento por homologação, portanto concluo pela ocorrência da decadência no período de janeiro a julho de 2007.

Com a exclusão dos valores pertinentes a Decadência no período de janeiro a julho/2017 a infração 5 fica reduzida de R\$17.691,58 para R\$4.199,51 e a infração 9 fica reduzida de R\$24.772,06 para R\$23.656,55, conforme demonstrativo abaixo.

Data Ocorr	Data Vencto	Infração 5		Infração 9	
		Dilig.- Fl. 1025		Dill - FL. 1020	
31/01/2007	09/02/2007	7.454,29	Decadência		
28/02/2007	09/03/2007	49,43	Decadência		
31/03/2007	09/04/2007	4.665,16	Decadência	1.034,02	Decadência
30/04/2007	09/05/2007	431,33	Decadência		
31/05/2007	09/06/2007	9,18	Decadência		
30/06/2007	09/07/2007	152,96	Decadência		
31/07/2007	09/08/2007	560,02	Decadência		
31/08/2007	09/09/2007	324,81	324,81		
30/09/2007	09/10/2007	1.550,53	1.550,53	3.984,86	3.984,86
31/10/2007	09/11/2007	129,84	129,84		
30/11/2007	09/12/2007	0,00	0,00		
31/12/2007	09/01/2008	0,00	0,00		
31/01/2008	09/02/2008	180,54	180,54		

29/02/2008	09/03/2008	0,00	0,00		
31/03/2008	09/04/2008	157,49	157,49		
30/04/2008	09/05/2008	948,79	948,79	19.671,69	19.671,69
31/05/2008	09/06/2008	0,00	0,00		
30/06/2008	09/07/2008	0,00	0,00		
31/07/2008	09/08/2008	45,35	45,35		
31/08/2008	09/09/2008	0,00	0,00		
30/09/2008	09/10/2008	0,00	0,00		
31/10/2008	09/11/2008	862,16	862,16		
30/11/2008	09/12/2008	0,00	0,00		
31/12/2008	09/01/2009	0,00	0,00		
Total		17.521,88	4.199,51	24.690,57	23.656,55

Por fim, com os ajustes relativo à exclusão de valores relativo à Depreciação reconhecida pelo Relator na infração 4 e vencido nas infrações 5 e 9, bem como a exclusão dos valores relativo ao produto Cupferron na infração 5, o valor julgado pela 4ª JJF de R\$1.328.224,54 fica reduzido para R\$830.488,07 conforme demonstrativo resumo abaixo.

INF.	RESULTADO	VLR. HISTÓRICO	Julgado 4ª JJF	Julgado 2ª CJF
1	RECONHECIDA	889,61	889,61	889,61
2	IMPROCEDENTE	111.092,20	0	0
3	IMPROCEDENTE	99.089,71	0	0
4	PROCEDENTE EM PARTE	1.195.155,64	1.150.054,45	667.355,34
5	PROCEDENTE EM PARTE	17.691,58	17.691,58	4.199,51
6	RECONHECIDA	1.329,89	1.329,89	1.329,89
7	PROCEDENTE EM PARTE	1.226,32	66,59	66,59
8	IMPROCEDENTE	1.147,19	0	0
9	PROCEDENTE EM PARTE	24.772,06	24.772,06	23.656,55
10	PROCEDENTE EM PARTE	121.638,93	121.638,93	121.209,15
11	RECONHECIDA	11.781,43	11.781,43	11.781,43
TOTAL		1.585.814,56	1.328.224,54	830.488,07

VOTO DIVERGENTE (Exclusão dos valores dos produtos VENTILADOR e TRANSMISSOR DIGITAL – Infrações 4 e 5)

Peço vênia para divergir do sr. Relator no tocante à manutenção, nas exigências fiscais integrantes das infrações 4 e 5 do Auto de Infração, dos itens Ventilador e Transmissor Digital. Esses itens integram a cobrança do ICMS a título de creditamento indevido (infração 4) e diferencial de alíquotas – DIFAL (infração 5).

No decorrer da instrução do processo, inclusive na diligência realizada pela ASTEC (Parecer nº 101/16 – doc. fls. 1.017 a 1.020), os citados itens foram descritos com as seguintes funcionalidades:

- a) Ventilador - Este equipamento é utilizado na torre de resfriamento para retirar vapores da água aquecida que retorna do sistema após troca térmica em diversos equipamentos. Função principal: Retirar vapores da água na torre de resfriamento – faz parte da torre (fl. 1023);
- b) Transm. Digital / Comun. Dados - equipamento eletrônico integrante de um sistema de telefonia que interliga os diversos setores da planta de produção, utilizado para conversão dos dados de voz para o formato digital (descrição à fl. 127).

O critério utilizado, no voto vencedor, para definir se as aquisições dos referidos bens ensejava ou não o direito ao creditamento do ICMS foi a descrição trazida na diligência da ASTEC que identificou que são bens que integram outros maiores da planta de produção, mas não são equipamentos individuais. O sr. Relator na sua fundamentação declarou que: “*O diligente discorreu que o ventilador (fl. 1023) é utilizado na torre de resfriamento e não possui identidade física própria. Da mesma forma, o transmissor digital faz parte do sistema de telefonia. Portanto, conforme o parecerista identificou in loco trata-se de peças de reposição e fica mantida a exigência fiscal*”.

Nos parece que o critério adotado na Decisão prevalente é frágil e não tem amparo na legislação.

Sempre entendi, e continuo entendendo, que peças de reposição e bens sobressalentes são pequenos ativos, em geral contabilizados nas sociedades empresárias como despesas, até o valor R\$1.200,00, conforme Regulamento do Imposto Renda, Lei nº 12.973/2014, e Decreto nº 1.598/1977. São bens, portanto, de diminuto valor, a exemplo de parafusos, arruelas, porcas, buchas, mancais, pequenos móveis, utensílios e equipamentos etc., e, em regra, com vida útil inferior a um ano.

Os bens objeto da autuação não se enquadram nas características acima descritas, razão pela qual divirjo do voto exarado pelo sr. relator, tendo sido acompanhado neste entendimento pelo Conselheiro Paulo Sérgio Sena Dantas.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício e, em decisão não unânime, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 269194.0046/12-4, lavrado contra **BRASKEM S/A.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$830.488,07**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, incisos II, “f” e VII, “a”, da Lei 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologado o valor recolhido.

VOTO VENCIDO (Quanto à Decadência das infrações 5 e 9) – Conselheiro(a)s: Eduardo Ramos de Santana e Maria Auxiliadora Gomes Ruiz.

VOTO VENCEDOR (Quanto à Decadência das infrações 5 e 9) – Conselheiros: Gutemberg Oliveira Viana Filho, José Carlos Barros Rodeiro, Tolstoi Seara Nolasco e Paulo Sérgio Sena Dantas.

VOTO VENCEDOR (Quanto à manutenção do valor exigido do produto GÁS NATURAL – infrações 4 e 5) – Conselheiro(a)s: Eduardo Ramos de Santana, Maria Auxiliadora Gomes Ruiz e Tolstoi Seara Nolasco (voto de qualidade)

VOTO DIVERGENTE (Quanto à exclusão do valor do produto GÁS NATURAL – infrações 4 e 5) – Conselheiro(a)s: Gutemberg Oliveira Viana Filho, José Carlos Barros Rodeiro e Paulo Sérgio Sena Dantas.

VOTO VENCEDOR (Quanto à exclusão dos valores relativos ao produto CUPFERROM – infrações 4 e 5): Gutemberg Oliveira Viana Filho, José Carlos Barros Rodeiro, Tolstoi Seara Nolasco e Paulo Sérgio Sena Dantas.

VOTO VENCIDO (Quanto à exclusão dos valores relativos ao produto CUPFERROM – infrações 4 e 5) - Conselheiro(a)s: Eduardo Ramos de Santana e Maria Auxiliadora Gomes Ruiz.

VOTO VENCEDOR (Quanto à manutenção da exigência dos valores relativos aos produtos VENTILADOR e TRANSMISSOR DIGITAL – infrações 4 e 5) - Conselheiro(a)s: Eduardo Ramos de Santana, Gutemberg Oliveira Viana Filho, Maria Auxiliadora Gomes Ruiz e José Carlos Barros Rodeiro.

VOTO DIVERGENTE (Quanto à exclusão dos valores relativos aos produtos VENTILADOR e TRANSMISSOR DIGITAL – infrações 4 e 5): Conselheiros: Tolstoi Seara Nolasco e Paulo Sérgio Sena Dantas.

Sala das Sessões do CONSEF, 27 de março de 2018.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE/RELATOR/VOTO VENCEDOR
(Quanto à manutenção da exigência relativa aos produtos GAS NATURAL – Infrações 4 e 5)

GUTEMBERG OLIVEIRA VIANA FILHO – VOTO VENCEDOR
(Quanto a Decadência das infrações 5 e 9 e o produto CUPFERROM – Infrações 4 e 5)

TOLSTOI SEARA NOLASCO – VOTO DIVERGENTE
(Quanto à exclusão dos valores/VENTILADOR e TRANSMISSOR DIGITAL – Infrações 4 e 5)

LEONARDO MOTA COSTA RODRIGUES – REPR. DA PGE/PROFIS