

A. I. N ° - 269132.0007/17-3
AUTUADO - BRASKEM S/A
AUTUANTE - JOSÉ FRANCISCO DOS SANTOS e RICARDO TABCHOURY DE BARROS SANTOS
ORIGEM - IFEP INDÚSTRIA
PUBLICAÇÃO - INTERNET 21.02.2018

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF Nº 0002-02/18

EMENTA: ICMS. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. MATERIAL DE USO E CONSUMO. É vedada a utilização de crédito fiscal de material de uso e consumo. O nitrogênio utilizado em laboratório e na manutenção da planta não integra o produto fabricado, logo, é considerado material de uso e consumo do estabelecimento. Infração caracterizada. Rejeitado o pedido de diligência. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 20/06/2017, formaliza a exigência de crédito tributário no valor histórico de R\$97.067,51, em decorrência da seguinte infração à legislação do ICMS:

Infração 01 – 01.02.02 - Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS, referente à aquisição de material de uso e consumo do estabelecimento. Contribuinte tratou todo o nitrogênio adquirido como insumo, sendo que uma parcela mínima de 7,47% teria sido utilizada como material de uso e consumo, utilizado em laboratório e na manutenção da planta (limpeza), valendo-se indevidamente do respectivo crédito. Conforme demonstrativo de débito que se encontra no Anexo I do presente processo administrativo fiscal. Infração registrada nos meses de janeiro a dezembro de 2014 e 2015, com aplicação de multa de 60%, prevista no Art. 42, VII, “a”, da Lei nº 7.014/96.

O Autuado apresentou defesa (fls. 27 a 35), onde, inicialmente, apresentou uma breve exposição da cadeia petroquímica e especificamente do seu processo produtivo, informando que este estabelecimento (PE2) é uma planta industrial que se dedica à fabricação de resinas de polietileno (segunda geração da cadeia petroquímica), produto acabado comercializado a diversos clientes dos mais variados segmentos.

Explicou a dinâmica da cadeia petroquímica, em todas as suas três gerações, sendo que:

- 1) As plantas industriais da primeira geração petroquímica produzem eteno, propeno e outros petroquímicos básicos, que se consubstanciam insumos da PE2;
- 2) A PE2, por sua vez, transforma esses insumos em resinas de polietileno (segunda geração petroquímica) comercializados aos seus clientes;
- 3) Os seus clientes processam as resinas termoplásticas em produtos para consumo (terceira geração).

Disse que, durante o processo produtivo da PE2, são utilizados diversos aditivos e metodologias de manejo dos insumos, visando a produção do polietileno nas mais variadas gamas de propriedades, peso molecular, densidade, coloração, porosidade e fluidez, dentre outros aspectos, as quais são ajustadas aos interesses dos seus clientes, conforme aplicações dadas aos seus respectivos produtos finais da terceira geração da cadeia petroquímica, como por exemplo, a fabricação de coletores à prova de bala, capacetes, filmes, sopros, dentre outros produtos da indústria plástica.

Afirmou que a fiscalização promoveu a glosa de créditos do ICMS escriturados referentes ao nitrogênio aplicado no laboratório, mesmo sem a sua verificação in loco, apesar deste ter sua importância em função dos equipamentos que compõem a sua estrutura física serem imprescindíveis para o controle do processo produtivo, desde a análise da matéria-prima até a obtenção do produto final.

Aduziu que o nitrogênio glosado tem relação direta com a atividade fim do estabelecimento, eis que empregado no laboratório da sua unidade industrial, intrinsecamente ligado à atividade fim, seja no início do processo produtivo ou na obtenção do produto final.

Alegou que a unidade industrial autuada é responsável pela produção dos próprios catalisadores no seu processo produtivo, sendo que a reação química pressupõe, necessariamente, a junção da matéria-prima e dos catalisadores que, por serem produzidos na própria planta, todos os seus lotes são previamente analisados no laboratório quanto às propriedades químicas (condições de polimerização) antes da etapa de industrialização (polimerização).

Acrescentou que o laboratório também participa diretamente na análise das matérias-primas e do produto final (resina), ao longo de toda a cadeia produtiva, atestando o peso molecular, densidade, coloração, porosidade e fluidez, porque as resinas produzidas na planta têm características distintas, conforme a destinação dada pelo cliente, o qual recebe, após comercialização do polietileno, um certificado emitido pelo laboratório atestando, expressamente, o índice de fluidez do produto final.

Asseverou que o direito ao crédito de ICMS está garantido constitucionalmente e legalmente, como decorrência da regra da não-cumulatividade, nos termos do que dispõe o Art. 155, § 2º, I, da CF/88, os Arts. 19 e 20 da Lei Complementar nº 87/96 e o Art. 309, I, “b”, do RICMS/BA, Decreto nº 13.780/12.

Ressaltou ter comprovado que o laboratório, onde é empregado o percentual do nitrogênio glosado, é essencial ao processo produtivo da planta, e que a legislação de regência exige, para que as aquisições de produtos aplicados na produção de mercadorias sujeitas à tributação gerem créditos fiscais do imposto, que tais bens sejam essenciais ao processo de industrialização, no qual deverão ser integralmente consumidos, tornando-se imprestáveis para nova utilização.

Ao finalizar, requereu a improcedência do Auto de Infração e a produção de todos os meios de prova em direito admitidos, especialmente a realização de diligência fiscal por Auditor Fiscal estranho ao feito.

Os Autuantes apresentaram Informação Fiscal (fls. 76 a 78), onde relataram que o crédito glosado, relativo às aquisições de nitrogênio realizado do Autuado, se refere às quantidades consumidas no laboratório, na purga e limpeza dos equipamentos durante os períodos de parada da planta para manutenção ou situações similares (durante o processo produtivo).

Disseram que o aparelho cromatógrafo localizado no laboratório do Autuado, onde o nitrogênio é utilizado, não possui nenhuma conexão física com a linha de produção, e que o nitrogênio não é consumido no processo produtivo nem é incorporado ao produto final, pois a obtenção do produto final não depende da presença do mesmo, funcionando independentemente entre si.

Informaram que o processo produtivo não se interrompe se o cromatógrafo para de funcionar, não restando dúvidas de que o nitrogênio não se desgasta com o processo, não se incorpora ao produto final e nem é imprescindível na sua obtenção, e, portanto, não pode ser equivocadamente caracterizado de insumo.

Salientaram que o Autuado deixou de informar em sua defesa a parcela de nitrogênio utilizada na limpeza e purga de equipamentos devido à sua característica de gás inerte, o que favorece o manuseio do mesmo sem o risco de reação de combustão (incêndios e/ou explosões), característica que faz o nitrogênio ser de grande utilidade na limpeza e purga dos equipamentos durante paradas para manutenção e mesmo durante o processo produtivo.

Explicaram que o percentual de estorno dos créditos relativo às aquisições de 7,47% foi obtido na defesa do Autuado apresentada no Auto de Infração nº 269132.0006/11-8, quando os Autuantes aplicaram o percentual de 10%, compatível com o porte da empresa, e o Autuado retrucou dizendo que este valor seria de 7,47%.

Ressaltaram que ficou provada a insubsistência do pedido de diligência, pelos motivos apresentados na discussão do mérito, e pleitearam a procedência do Auto de Infração.

Na assentada do julgamento, o Autuado arguiu que o percentual utilizado para um exercício não pode ser utilizada nos demais exercícios.

VOTO

Verifico que foram observados os requisitos que compõem o Auto de Infração, previstos no Art. 39 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal - RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, inclusive a entrega dos demonstrativos elaborados na autuação.

Rejeito o pedido de diligência, nos termos do Art. 147, I, “a”, do RPAF/99, por entender que os dados constantes no processo são suficientes para formar a minha convicção.

A infração exige imposto pela utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, no percentual de 7,47% da quantidade total de nitrogênio adquirida, parcela consumida no laboratório e na limpeza da planta e classificada como material de uso e consumo.

Constato que a mesma infração foi objeto do Auto de Infração nº 269132.0006/11-8, lavrado pelos mesmos Autuantes em relação ao Autuado, o qual foi julgado procedente mediante o Acórdão JF nº 0288-02/13, e parcialmente confirmado pelo Acórdão CJF nº 0134-12/17, salvo pelo percentual de 7,47% de utilização do nitrogênio, obtido a partir de laudo técnico fornecido pelo Autuado, já que havia sido exigido na autuação o percentual de 10%.

Extraíndo a parte do Acórdão CJF nº 0134-12/17 que trata da infração ora em análise, verifico que o julgamento foi proferido da seguinte forma:

“Inerente à infração 3, relativa à exigência de crédito fiscal indevido de 10% da aquisição de nitrogênio, utilizado em laboratório e na manutenção da planta, tendo o recorrente comprovado através de laudo técnico o percentual de 7,47%, o que levou a este colegiado a determinar, em diligência, o ajuste necessário, conforme ocorrido através do Parecer ASTEC nº 0110/2014, às fls. 1.337 a 1.339 dos autos, no qual foi aplicado o percentual de 7,47% a título de consumo do nitrogênio, o que remanesceu o valor de R\$ 117.635,25, consoante planilha à fl. 1.428 dos autos, pois o contribuinte não tem direito ao crédito fiscal de ICMS relativo às aplicações do nitrogênio para realização de testes de pressão, nas operações de regeneração dos materiais absorventes, como também para purga dos equipamentos quando da manutenção, por se caracterizar como material de uso e consumo.

Assim, concluo pela subsistência parcial da infração 3, no valor de R\$ 117.635,25, como demonstrado à fl. 1.428 dos autos. Modificada a Decisão recorrida.”

Quanto à decisão recorrida de 1ª instância, Acórdão JF nº 0288-02/17, o julgamento ocorreu da seguinte maneira:

“Entendo que os argumentos defensivos não elidem a autuação pelas razões que passo a examinar.

No primeiro caso, o nitrogênio é utilizado no laboratório do contribuinte autuado, para análise de correntes gasosas em equipamentos denominados Cromatógrafos, servindo como gás de arraste (veículo) para diluição da amostra adicionada ao referido aparelho, o qual tem por finalidade a análise de fluidos de processo, ou seja, das correntes de eteno, hidrogênio e Buteno-1, a fim de permitir a análise eficaz do processo produtivo e consequente controle da polimerização.

Neste caso o cromatógrafo, localizado no laboratório, não tem nenhuma conexão física com a linha de produção, o nitrogênio não é consumido em consonância com o processo produtivo, nem é incorporado ao produto final, pois, a obtenção do produto final não depende da presença do mesmo, funcionando independentemente entre si.

Como bem destacaram os autuantes, o nitrogênio em termos comparativo se equivale no processo produtivo, fazendo uma analogia, seria o óleo lubrificante utilizado em uma máquina utilizada no ambiente fabril onde tem como função essencial manter a mesma funcionando em condições ideais, lubrificando suas peças internas e não deixando-a aquecer.

No segundo caso, o nitrogênio é utilizado na limpeza química do processo, pois após a manutenção dos equipamentos da planta industrial, eles devem ser purgados, limpos e secos com nitrogênio, extraindo resíduos presentes nos equipamentos e máquinas. Nesta situação, entendo não restar dúvida de que o citado produto, utilizado na limpeza dos equipamentos, caracteriza-se como material de uso e consumo.

Nestas situações não se pode considerar o nitrogênio como produto intermediário, conforme pretendido pela defesa. Em meu entendimento, trata-se de material de uso consumo, pois o mesmo não apresenta os pré-requisitos necessários para ser considerado de intermediário. Não resta dúvidas de que o nitrogênio não se desgasta com o processo, não se incorpora ao produto final e nem é imprescindível na obtenção do produto final como foi demonstrado pela exposição acima e, portanto, não pode ser equivocadamente caracterizado de material intermediário.

...

Logo, a infração 03 é procedente.”

Diante do exposto, comungo das decisões proferidas nos referidos Acórdãos JJF nº 0288-02/13 e CJF nº 0134-12/17, ou seja, que o nitrogênio utilizado no laboratório e na limpeza da planta industrial, no percentual de 7,47%, deve ser classificado como material de uso e consumo cujo crédito fiscal só será permitido a partir da data prevista na Lei Complementar nº 87/96, nos termos do Art. 29, §1º, II, da Lei nº 7.014/96.

Ressalto que o Autuado não apresentou nenhum documento constando um percentual diferente do demonstrado no Auto de Infração.

Voto pela **PROCEDÊNCIA** do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **269132.0007/17-3**, lavrado contra **BRASKEM S/A**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$97.067,51**, acrescido da multa de 60%, prevista no Art. 42, VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, com os acréscimos moratórios previstos pela Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 23 de janeiro de 2018.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE

MARCELO MATTEDI E SILVA – RELATOR

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR – JULGADOR