

PROCESSO - A. I. N° 271330.0008/12-8
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e BRASKEM S.A.
RECORRIDOS - BRASKEM S.A. e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JJF nº 0212-03/16
ORIGEM - SAT/COPEC
PUBLICAÇÃO - INTERNET 24/04/2018

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL
ACÓRDÃO CJF N° 0046-11/18

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. MATERIAL DE USO OU CONSUMO. MATERIAIS DE USO OU CONSUMO CONSIDERADOS PELO AUTUADO COMO INSUMO. Excluído os valores relativos a materiais utilizados no processo fabril, exaurido em contato com matérias primas ou produtos finais. Previsão contida no §1º, inciso I, “a” e “b” do art. 93 do RICMS-BA/97. Mantida a exigência fiscal relativo aos produtos utilizados perifericamente nas atividades produtivas, que não se enquadram como insumos, classificando-se como materiais de uso ou consumo. Infração parcialmente subsistente. Modificada a Decisão recorrida. 2. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE BENS DE CONSUMO. MATERIAIS DE USO OU CONSUMO CONSIDERADOS PELO AUTUADO COMO INSUMO. Mantida a exigência fiscal relativo aos materiais classificados como materiais de uso ou consumo, adquiridos em operações interestaduais. Infração parcialmente mantida. Reformada a Decisão recorrida. Recurso de Ofício NÃO PROVADO. Decisão unânime. Recurso Voluntário PARCIALMENTE PROVADO. Vencido o voto da relatora. Decisão por maioria.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício, em razão da Decisão proferida pela 3ª JJF ter desonerado o sujeito passivo de parte do débito que lhe foi inicialmente imputado, consoante determina o art. 169, I, “a” do RPAF/99, e de Recurso Voluntário, interposto pela empresa autuada, com base no art. 169, I, “b” do mencionado Regulamento.

O presente Auto de Infração, lavrado em 27/12/12, refere-se a exigência de crédito tributário em decorrência das seguintes infrações:

Infração 01- 01.02.02. Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento, nos meses de janeiro a dezembro de 2011. Sendo lançado imposto no valor de R\$2.061.433,12, mais multa de 60%;

Infração 02- 06.02.01. Falta de recolhimento de ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias proveniente de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento, nos meses de janeiro a dezembro de 2011. Sendo exigido o imposto no valor de R\$52.369,13, acrescido da multa de 60%.

Após extensa instrução processual, apresentadas as considerações do Contribuinte, as manifestações dos Auditores Fiscais, bem como as diligências realizadas pela ASTEC, a Junta de Julgamento Fiscal entendeu pela Procedência em Parte do Auto de Infração nos seguintes termos:

VOTO

No que concerne à validade do procedimento administrativo, constato que o autuantes expuseram com clareza a fundamentação de fato e de direito, descreveu os ilícitos, fundamentando com a indicação dos documentos e

demonstrativos, bem como de seus dados e cálculos, assim como indicou o embasamento jurídico.

Não foi identificada violação ao princípio do devido processo legal ou a quaisquer outros de direito constitucional, administrativo ou tributário, em especial os do processo administrativo fiscal, tendo sido observada a garantia à ampla defesa e ao contraditório, visivelmente caracterizada nos aspectos abordados na impugnação, bem como através das diversas diligências realizadas no decurso processo na busca da verdade material.

Quanto à preliminar de nulidade suscitada pelo defendant aduzindo a necessidade do refazimento de sua escrita fiscal para que o imposto devido fosse confrontado com eventual saldo credor no período de apuração em sua escrita fiscal em respeito ao princípio da não-cumulatividade, não deve prosperar, haja vista a impossibilidade de se realizar o refazimento da escrita fiscal toda vez que o sujeito passivo for autuado antes do julgamento da lide, sob pena de refazer a escrituração em base ainda valores ainda não apurado definitivamente no âmbito administrativo. Logo, definido o valor da glosa de crédito, em havendo saldo credor no período apurado, poderá o sujeito passivo requerer à Repartição Fazendária de sua jurisdição a compensação. Nestes termos, entendo não ocorrido no presente caso qualquer violação ao princípio da não-cumulatividade e rejeito a preliminar de nulidade direta ou indiretamente suscitada.

No mérito o Auto de Infração é constituído de duas infrações.

A infração 01 visa o lançamento de ofício exigir o ICMS pela utilização indevida de crédito na aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento, no exercício de 2011, valor global de R\$2.061.466,12. A infração 02 exige diferencial de alíquotas sobre a aquisição interestadual do respectivo material para uso e consumo, no valor de R\$52.369,13.

Os materiais adquiridos e objeto das infrações estão discriminados no “Anexo A-1”, no CD fl. 05, autos.

São os seguintes produtos listados no Anexo A-1 Deomonstrativo de Apurção e de Débito: Resina Purolite A143/3480 - Base Seca, Resina Purolite A143/3480 - Base Seca, Hidróxido de Sódio em Solução, Ácido Sulfúrico, Tracerco, Tracerco, Cloro Líquido, Gás Dióxido de Carbono, Sulfato Alumínio, Alumina Ativada Axsorb, Inibidores de Corrosão e Agentes Neutralizantes, Resina Aniônica, Dispersante Inorgânico (Trasar e Nalco), Resina Catiónica Hipoclorito de Sódio, Nitrogênio Gás Tubovia, Argila Filtrol 24 – Basf, Amina Neutralizante, Nitrogênio Liq Carreta, Sal Fino, Carbonato de Sódio, Anti-polimerizante, Biodispersante Org – Nalsperse, Polieletrólito - Nalco ASP20, Dispersante, Cal Hidratada, Petroflo 20Y3414 Inibidor Radical Livre, Biocida Nalco, Emulsão Polimérica, Antifoulant Petroflo, Sequestrante de Oxigênio, Hipóclorito de Cálcio,

Em suas razões de defesa nas diversas manifestações nos autos o sujeito passivo refutou as acusações sob o fundamento de que as aquisições arroladas no levantamento fiscal são insumos e produtos intermediários indispensáveis ao processo produtivo, inclusive na produção de água desmineralizada, clarificada e potável, produtos que consome internamente, comercializa e transfere para seus outros estabelecimentos, apresentando descrição da utilização das referidas mercadorias.

Os autuantes ao prestarem informação fiscal mantiveram a autuação dos dois itens sustentando que, mesmo os materiais arrolados no levantamento fiscal são utilizados no tratamento de água, limpeza, elementos filtrantes, cujas características não são suficientes para caracterizá-los como insumos ou materiais intermediários. Sustentaram que as aquisições de tais produtos não ensejariam direito ao crédito fiscal e deveriam pagar, em contrapartida, a diferença de alíquotas.

O regramento que baliza a utilização de crédito fiscal é estatuído pelo RICMS-BA/97, no §1º do art. 93, que sintetiza nestes termos o regime do crédito fiscal, traduzindo a positivação dos arts. 24 a 31 da Lei nº 7.014/96:

“§ 1º. Salvo disposição em contrário, a utilização do crédito fiscal relativo às aquisições de mercadorias, matérias-primas, produtos intermediários e material de embalagem, inclusive o relativo aos serviços tomados, condiciona-se a que:

I - as mercadorias adquiridas e os serviços tomados:

- a) estejam vinculados à comercialização, industrialização, produção, geração, extração ou prestação;
- b) sejam consumidos nos processos mencionados na alínea anterior; ou
- c) integrem o produto final ou o serviço na condição de elemento indispensável ou necessário à sua industrialização, produção, geração, extração ou prestação, conforme o caso; e

II - as operações ou prestações subsequentes sejam tributadas pelo imposto, sendo que, se algumas destas operações ou prestações forem tributadas e outras forem isentas ou não tributadas, o crédito fiscal será utilizado proporcionalmente às operações de saídas e às prestações tributadas pelo imposto, ressalvados os casos em que seja assegurada pela legislação a manutenção do crédito.”

Do dispositivo regulamentar acima reproduzido, em sintonia com as demais normas regulamentares atinentes ao regime de compensação do ICMS, chega-se à conclusão de que o direito ao crédito, dentre outros requisitos,

no presente caso, depende do atendimento a determinados requisitos, a saber: as mercadorias ou bens adquiridos e os serviços tomados devem: estarem vinculados à industrialização, serem empregados no processo de industrialização ou integrar o produto final ou o serviço na condição de elemento indispensável ou necessário à industrialização.

Os autos foram baixados em diligência à ASTEC/CONSEF para diligente in loco constatasse a fidedignidade da descrição pormenorizada fornecida pelo impugnante relativa à efetiva utilização dos materiais arrolados no levantamento fiscal no processo do estabelecimento autuado. E em seguida foram convertidos em nova diligência para que fossem apurados os percentuais dos volumes da produção mensal de água potável, desmineralizada e clarificada destinado a venda devidamente comprovada com a emissão de notas fiscais.

Apurados os índices de vendas da produção de água pelo autuado, nova diligência foi solicitada para que fosse considerado o crédito fiscal proporcionalmente as saídas tributáveis dos seguintes produtos: Cloro Líquido, Sulfato de Alumínio e Polietetrolito Nalco ASP20, Resina Purolite A143/3480 - Base Seca, Hidróxido de Sódio, Ácido Sulfúrico, Resina Aniônica, Resina Catiônica e Sal Fino (NaCl), Carbonato de Sódio e Cal Hidratada e que também fossem excluídos do levantamento fiscal o produto Traterco das infrações 01 e 02, e o produto Gás Dióxido de Carbono.

O diligente designado da ASTEC, depois de proceder às exclusões solicitadas, apresentou o resultado da diligência e elaborou novo demonstrativo de débito que acostou às fls. 363 a 400, o qual discrimina a redução do débito da infração 01 para R\$1.422.830,70 e da infração 02 para R\$31.222,15.

Ao se manifestar sobre o resultado da diligência o Autuado, fls. 405 a 409, afirmou que tendo em vista a inequívoca comprovação de que os produtos revisados na diligência fiscal foram efetivamente empregados na atividade fim do estabelecimento deve ser confirmada a redução do crédito tributário para R\$1.422.830,70, na infração 01 e para R\$31.222,15 na infração 02.

No entanto, o defensor requereu que fossem também reconhecidos os créditos relativos à parte do percentual da utilização interna dos produtos apurados na diligência utilizados na produção da Água desmineralizada e da Água Clarificada, vez que são empregados na geração de vapor d'água insumo importante em sua unidade fabril. Em suma, pleiteou a redução da glosa dos créditos indevidos remanescentes apurados na diligência nos seguintes termos: de 87,8% dos 62,12% do consumo interno da Água Desmineralizada e 15,5% dos 57,02% do consumo interno da Água Clarificada.

Não acolho a pretensão do impugnante, haja vista que os produtos em questão, objeto dos itens 01 e 02 da autuação, são utilizados para o tratamento de água industrial, cujo objetivo retirar as impurezas da água bruta, ou seja, eliminar os sais minerais e outros contaminantes para reduzir a corrosão das tubulações e o desgaste acentuado das caldeiras na geração de vapor d'água. Nestes termos, independente da utilização do vapor d'água no processo fabril, o entendimento reiterado deste CONSEF é de que os produtos empregados no tratamento de água são materiais de consumo e não dão direito ao creditamento, salvo quando a água tratada integrar o produto final, como é o caso da indústria de bebidas e refrigerantes.

Alegou a defesa que, sem qualquer fundamento, ocorreria a glosa de 100% do crédito nas operações com Nitrogênio Líquido Tanque Carreta, diferentemente da glosa de 2% aplicada ao produto Nitrogênio Líquido Tubovia, tratamento distinto e inexplicável, uma vez que se trata do mesmo produto oriundo do mesmo fornecedor e têm as mesmas propriedades e aplicação em seu processo produtivo, cuja única distinção é que um é fornecido por tubovia e o outro por carreta rodoviária. Também não acolho o argumento do autuado, tendo em vista que ao compulsar os elementos informativos técnicos de seu processo produtivo, fornecidos pelo próprio defensor, por ocasião do atendimento da diligência realizada por preposto da ASTEC constato, às fls. 299, restar evidenciado que, ao contrário do que afirmou o defensor, o produto Nitrogênio Líquido Tanque Carreta é utilizado conforme, consta no "Informe Técnico IT- 002/2011 Laudo Técnico": Função no Processo Produtivo da Braskem - UNIB-BA – "Gás inerte usado em vários sistemas do processo produtivo da UNIB, com o objetivo de fazer purgas dos hidrocarbonetos dos sistemas, antes da abertura destes equipamentos para manutenção." Consta do referido laudo o Cod. SAP do Produto 565794 e a Descrição do Produto - NITROGENIO LIQ TQ CARRETA. No mesmo Laudo consta o Cod. SAP do Produto 554103 para o Nitrogênio Gás Tubovia, fl. 298.

Assim, entendo que os autuantes procederam corretamente ao aplicar a glosa de 100% para o produto, Nitrogênio Líquido Tanque Carreta, uma vez que é integralmente aplicado na purga dos hidrocarbonetos do sistema. Fica mantido esse item da autuação.

Em relação ao produto, Alumina Ativada AXSORB, informado pelo autuado por ocasião do atendimento à diligência, às fls. 181 e 182, entendo que no presente caso, cabe razão ao autuado, uma vez que no presente caso se trata de material intermediário que atua no fluxo do processo produtivo promovendo a adsorção de substâncias indesejáveis principalmente o enxofre do Isopreno Cru. Assim, devem ser excluídas da infração 01, do Demonstrativo acostados às fls. 303 a 400, a Nota Fiscal de nº 630, de 26/01/11, no valor de R\$10.881,21, fl. 365, a Notas Fiscais de nº 681, de 16/03/11, no valor de R\$61.569,15, fl. 370, e a Nota Fiscal de nº 731, de 26/05/11, no valor de R\$36.182,79, fl. 375, perfazendo o total de R\$108.633,15.

Na infração 02 é imputada ao autuado a falta de recolhimento de ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento, relacionados na infração 02.

Observo que a infração em tela encontra-se diretamente vinculada ao item anterior. São mercadorias utilizadas no tratamento de água, razão pela qual entendo que restou caracterizada, uma vez que é devido o ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da federação e destinadas a uso e consumo do estabelecimento. Trata-se de mercadorias que foram objeto da infração 01, e efetivamente são mercadorias destinadas ao uso e consumo do estabelecimento autuado, conforme fundamentação referente ao item anterior do Auto de Infração, além de não ter direito ao crédito relativo às aquisições dos referidos produtos, é devido o pagamento do diferencial de alíquota.

A exigência do ICMS diferencial de alíquota tem fundamento de validade diretamente na Constituição expressa nos incisos VII e VIII do §2º do art. 155, em relação às operações e prestações que destinem bens e serviços a consumidor final localizado em outro Estado, incidindo alíquota interestadual, quando o destinatário for contribuinte do imposto. Nessa hipótese, caberá ao Estado de localização do destinatário o imposto correspondente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual.

Ao compulsar especificamente o novo demonstrativo de débito, elaborado pelo diligente, constato que, com exceção do produto, Alumina Ativada AXSORB, abordado acima, os valores apurados correspondem, efetivamente, aos ajustes decorrentes das exclusões do levantamento fiscal das operações resultaram em saídas tributáveis.

Assim, o demonstrativo de débito elaborado pelo diligente da ASTEC, fl. 363, o “Valor Histórico” dos débitos das datas de ocorrências nos meses de janeiro, março e maio de 2011, passam respectivamente, para R\$64.599,93, R\$268.167,22 e R\$100.552,20.

Comparativo dos períodos corrigidos Diligência x Julgamento

Data Ocor.	A. I.	DILIGÊNCIA	JULGAMENTO
31/01/11	145.917,23	75.481,14	64.599,93
31/03/11	441.908,62	329.736,37	268.167,22
31/05/11	191.098,91	136.734,99	100.552,20

Assim, a infração 02 restou parcialmente caracterizada.

Nesses termos, acolho o resultado da diligência materializado no novo demonstrativo de débito elaborado pelo diligente e acostado às fls. 364 a 400, e com exclusão do produto Alumina Ativada AXSORB, reduz a exigência da infração 01, para R\$1.314.197,55, e da infração 02, para R\$31.222,15, conforme discriminação a seguir demonstrada.

DEMONSTRATIVO DE DÉBITO

Infração	Auto de Infração	Julgamento	
01	2.061.433,12	1.314.197,55	Proc. em Parte
02	52.369,13	31.222,13	Proc. em Parte
TOTAL	2.113.802,25	1.345.419,68	

Ante o exposto, o valor débito do presente Auto de Infração, com os ajustes acima aludidos, passa para R\$1.345.419,70, que resulta na subsistência parcial dos itens 01 e 02.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

Em decorrência de a desoneração ter ultrapassado o valor o limite estabelecido no art. 169, I, “a” do RPAF/BA, a 3ª Junta de Julgamento Fiscal recorreu de ofício da própria Decisão.

Inconformado com os valores subsistentes, o Contribuinte interpôs Recurso Voluntário objetivando a reapreciação parcial da Decisão de piso, sob os seguintes argumentos:

Inicialmente, informa que deve ser negado provimento ao Recurso de Ofício, vez que houve o cancelamento do crédito tributário em relação aos produtos comprovadamente aplicados no processo produtivo do Recorrente, devendo ser confirmada a redução da exigência.

Assim, discorre sobre os produtos que foram acatados pela JJF, quais sejam: TRACERCO, GÁS DIÓXIDO DE CARBONO, ALUMINA ATIVADA AXSORB.

Em suas razões recursais, afirma que os créditos tributários mantidos devem ser reapreciados e considerados, visto que os produtos autuados têm relação direta com o processo produtivo, sendo essenciais para o mesmo.

Assim, passa a discorrer sobre os itens subsistentes e a fundamentar sua essencialidade na

produção. Vejamos:

Quanto a Resina Purolite A143/3480 - Base Seca, Hidróxido de Sódio, Ácido Sulfúrico, Resina Catiônica e Sal Fino (NaCl), afirma que deve ser revista a glosa em relação ao percentual mantido de 62,12%, relativo a **água desmineralizada** consumida na própria unidade industrial, já que 99,5% do consumo interno é destinado para a industrialização do **produto final “Vapor d’Água”** na UTE – Unidade Termelétrica, conforme Laudo Técnico acostado.

U073 - Água Desmineralizada		
	2011	2011 - Índices (%)
Produção Total (m³)	11.056.105	
Consumo Interno (m³)	6.868.590	62,12
Consumo para produção de Vapor (m ³)	6.837.222	99,5445
Consumo para secagem do Etanol hidratado (m ³)	31.368	0,46
Percentuais de venda do vapor produzido		
Vapor 15 kgf/cm ²		85
Vapor 42 kgf/cm ²		33

Em relação ao Nitrogênio Gás Tubovia, defende que deve ser retificada a base de cálculo do crédito glosado das entradas do Nitrogênio Tanque Carreta, a fim de que a glosa recaia somente sobre 2% por cento, em harmonia ao critério já adotado no produto Nitrogênio Gás Tubovia, visto se tratar de produtos idênticos, mudando tão somente o estado de líquido (Carreta) para gasosos (Tubovia), por questão de armazenamento e transporte.

Segue discorrendo sobre o direito ao crédito nas aquisições dos produtos destinados ao processo de industrialização, nos termos dos arts. 19 e 20 da Lei Complementar nº 87/1996, bem como nos termos do artigo 93, I, alínea “b”, do RICMS/Bahia, aprovado pelo Decreto nº 6.284/97.

Em relação aos produtos intermediários, transcreve precedente do STF, que defende a utilização crédito fiscal, bem como pronunciamento do eminente Procurador do Estado da Bahia, professor Johnson Barbosa Nogueira, emanado no bojo do Parecer Normativo de nº 01/81.

Por fim, requer que seja negado provimento ao Recurso de Ofício, mantendo incólume a redução do crédito tributário no julgamento promovido pela d. JJF, bem como o provimento do Recurso Voluntário, para cancelar integralmente o crédito tributário autuado e mantido no julgamento da d. JJF.

Em Sessão de Julgamento realizada em 17 de maio de 2017, após as informações trazidas pelo Patrono da empresa em sua sustentação oral, esta 1ª CJF converteu o feito em diligência à INFATZ de origem para intimar o contribuinte a apresentar os seguintes documentos:

1. Descritivo do processo de produção do **vapor d’água** pela empresa;
2. Demonstrativo com o percentual de quantos por cento dos 62,12% são referentes à produção do **vapor d’água** destinados à comercialização;
3. Notas Fiscais que comprovem a venda desse **vapor d’água** no período autuado (2011).
4. Quanto ao Nitrogênio, apresentar documento que comprove que a finalidade do Nitrogênio Gás Carreta é a mesma do Nitrogênio Gás Tubovia.

Em cumprimento ao solicitado, o Recorrente apresentou os seguintes documentos:

1. Laudo Técnico da área de Engenharia esclarecendo que em relação ao percentual de 62,12% da água desmineralizada consumida internamente na planta, o equivalente a 99,54% é destinado à industrialização do Vapor 15 kgf/cm²;
2. 85% do Vapor 15 kgf/cm² industrializado, a partir da água desmineralizada, foi objeto de saída por NF em 2011;
3. 33% do Vapor 15 kgf/cm² industrializado, a partir da água desmineralizada, foi objeto de saída por NF em 2011;
4. Demonstrativo com a chave de acesso das Notas Fiscais de Saída de vapor d’água no

exercício de 2011;

5. Descritivo do Processo de Produção da UNIB/BA, cujas informações às fls. 89/91 são específicas do processo de industrialização do vapor d'água.

Na fl. 478, o Informe Técnico IT 002/2017 apresentado é o mesmo Laudo Técnico acostado anteriormente à fl. 458.

Em respeito ao contraditório que rege o Processo Administrativo Fiscal, esta 1ª Câmara de Julgamento Fiscal decidiu converter o feito novamente em diligência (fl. 486) para que o Autuante se manifestasse acerca dos documentos e alegações trazidas pelo Recorrente na diligência realizada e, se possível, mensurasse a parcela de água utilizada no processo produtivo e na água comercializada.

Em resposta ao solicitado, o autuante, após análise do Laudo Técnico apresentado, informa que:

Considerando os percentuais proporcionais de comercialização podemos calcular os valores absolutos de produção por tipo de vapor e total, calculando a partir daí o percentual de vapor total produzido destinado a venda. Conforme planilha anexa foi de 43,7964%, portanto 56,2036% foi destinada ao consumo. Considerando que 62,12% da água desmineralizada é destinada ao consumo interno, 99,54% desta é destinada a produção de vapor e 56,2036% deste vapor vai para o consumo, podemos concluir que 35,0384% da água desmineralizada é destinada ao consumo ou a produção de vapor também consumido internamente, não dando direito ao crédito fiscal do ICMS.

Assim sendo devem ser aplicados o estorno proporcional do crédito do ICMS das aquisições de Resina Purolite A143/3480 – Base Seca, Hidróxido de Sódio, Ácido Sulfúrico, Resina Aniônica, Resina Catiônica e Sal Fino no percentual de 35,0384%.

Com relação a utilização do nitrogênio gás carreta o contribuinte foi intimado(Intimação 07/2017 de 07/07/2017, fl 472) mas não apresentou novas informações.

Assim, conclui que:

Referei os cálculos com o percentual acima indicado as infrações passaram para os seguintes valores: infração 01 – 01.02.02 R\$1.135.989,80 (Hum milhão, cento e trinta e cinco mil, novecentos e oitenta e nove reais e oitenta centavos) e infração 02 – 06.02.01 R\$31.078,48 (Trinta e um mil, setenta e oito reais e quarenta e oito centavos). Em anexo em CD segue: Tabelas demonstrativas do cálculo do percentual a ser estornado do crédito de ICMS dos produtos utilizados na produção de água desmineralizada, Demonstrativos de venda de vapor na planilha Percentuais Água Vapor 2011; DEMONSTRATIVO DO USO INDEVIDO DE CRÉDITO FISCAL DO ICMS EM AQUISIÇÃO DE MATERIAL PARA USO/CONSUMO E DA DIFERENÇA ENTRE ALÍQUOTAS APÓS DILIGÊNCIA e DEMONSTRATIVO DE DÉBITO APÓS DILIGÊNCIA na Planilha Braskem Est Cred e Dif Aliq Uso e Consumo após_Dilg_1_CJF.

Em 20/02/2018 o Patrono da empresa Recorrente solicitou vistas ao processo, tendo tomado ciência do teor da diligência realizada.

Na assentada do julgamento, o patrono do recorrente argumentou que conforme informação fiscal prestada pelo autuante às fls. 492/493 foi apurado venda de vapor 15 kgf/cm² de 85% e de vapor 42 kgf/cm² de 33%, porém na planilha apresentada pelo autuante (mídia à fl. 534), foi invertido o percentual de venda de vapor de 15 kgf/cm² e de 42 kgf/cm².

O autuante se manifestou às fls. 542 e 543, reconhecendo que houve um equívoco na apuração da base de cálculo da infração 1, tendo invertido os percentuais de comercialização do vapor de 15 kgf/cm² e de 42 kgf/cm².

Refez os cálculos conforme planilha de fl. 543 (gravado na mídia de fl. 545) indicando como valor total devido na infração 1 de R\$966.574,22 e na infração 2 de R\$30.879,14 totalizando R\$997.453,36.

VOTO (Vencido quanto ao Recurso Voluntário)

Inicialmente, cumpre apreciar o Recurso de Ofício.

O processo trata de utilização indevida de crédito em relação a materiais de bens e consumo (infração 01), bem como da falta de recolhimento de ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias proveniente de outras unidades

da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento (infração 2).

Após as diligências realizadas pela ASTEC, posteriormente acatadas pelo próprio Auditor Fiscal e reconhecidas pela Junta de Julgamento Fiscal, foram reconhecidos os créditos dos seguintes produtos: *Cloro Líquido, Sulfato de Alumínio e Polieletrolito Nalco ASP20, Resina Purolite A143/3480 - Base Seca, Hidróxido de Sódio, Ácido Sulfúrico, Resina Aniônica, Resina Catiônica e Sal Fino (NaCl), Carbonato de Sódio e Cal Hidratada, Tracerco e o produto Gás Dióxido de Carbono.*

Na infração 2 foi reconhecido também como material de uso e consumo o Tracerco e o Gás Dióxido de Carbono, sendo retirados do demonstrativo.

Tais reajustes ocorreram de forma acertada, visto que restou comprovado pela empresa Recorrente que tais produtos, de fato, estão vinculados à industrialização, sendo empregados no processo de industrialização da empresa, fazendo jus ao crédito tributário em questão.

Deste modo, entendo pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício.

No tocante ao Recurso Voluntário, vislumbra o Recorrente a extensão do direito ao crédito aos demais produtos autuados, já que os mesmos também fazem parte do processo de industrialização, sendo indispensáveis à produção.

Quanto a Resina Purolite A143/3480 - Base Seca, Hidróxido de Sódio, Ácido Sulfúrico, Resina Catiônica e Sal Fino (NaCl), afirma que deve ser revista a glosa em relação ao percentual mantido de 62,12%, relativo a água desmineralizada consumida na própria unidade industrial, já que 99,5% do consumo interno é destinado para a industrialização do produto final “Vapor d’ Água” na UTE – Unidade Termelétrica, conforme Laudo Técnico acostado.

A Junta de Julgamento Fiscal não acolheu a pretensão do Recorrente, por entender que: os *produtos em questão, objeto dos itens 01 e 02 da autuação, são utilizados para o tratamento de água industrial, cujo objetivo é retirar as impurezas da água bruta, ou seja, eliminar os sais minerais e outros contaminantes para reduzir a corrosão das tubulações e o desgaste acentuado das caldeiras na geração de vapor d’água. Nestes termos, independente da utilização do vapor d’água no processo fabril, o entendimento reiterado deste CONSEF é de que os produtos empregados no tratamento de água são materiais de consumo e não dão direito ao creditamento, salvo quando a água tratada integrar o produto final, como é o caso da indústria de bebidas e refrigerantes.*

Em Sessão de Julgamento realizada em 17/05/2017, informou o Patrono da empresa que parte do vapor produzido pela empresa é destinado à comercialização. Assim, o presente PAF foi convertido em diligência para que fosse concedido ao Contribuinte prazo de 10 (dez) dias para apresentação de notas fiscais e o descritivo do processo do Vapor d’água, no intuito de se apurar a verdade material.

O Recorrente apresentou planilha contendo inúmeras notas fiscais de saída do período autuado (2011), CFOP 5101 – Venda de produção do estabelecimento, sendo a descrição do produto U022-VAPOR 15 KG/CM²; VAPOR 42 KG/CM² DEMANDA, o que comprova que a empresa Recorrente comercializa o vapor produzido.

Conforme Informe Técnico apresentado, a água desmineralizada é consumida internamente e utilizada para produção do vapor no percentual de 99,5% e para secagem do Etanol hidratado no percentual de 0,46%. Além do que, o vapor produzido também é utilizado no acionamento das turbinas dos compressores, que são equipamentos imprescindíveis para o processo produtivo das plantas da empresa.

Informa, ainda, que o valor industrializado na UNIB como objeto de saída para outros estabelecimentos foram nos percentuais de 85% e 33%, respectivamente, do Vapor 15 kgf/cm² e Vapor 42 kgf/cm².

Em Sessão de Julgamento ocorrida em 20/10/2017 os autos foram novamente convertidos em diligência para que o autuante fosse cientificado dos documentos e alegações apresentadas pelo Contribuinte e solicitado que este, se possível, mensurasse a parcela da água utilizada no processo produtivo e a da água comercializada.

Assim, em resposta ao quanto solicitado, informou o autuante que:

Considerando os percentuais proporcionais de comercialização podemos calcular os valores absolutos de produção por tipo de vapor e total, calculando a partir daí o percentual de vapor total produzido destinado a venda. Conforme planilha anexa foi de 43,7964%, portanto 56,2036%, foi destinada ao consumo. Considerando que 62,12% da água desmineralizada é destinada ao consumo interno, 99,54% desta é destinada a produção de vapor e 56,2036% deste vapor vai para o consumo, podemos concluir que 35,0384% da água desmineralizada é destinada ao consumo ou a produção de vapor também consumido internamente, não dando direito ao crédito fiscal do ICMS.

Assim sendo devem ser aplicados o estorno proporcional do crédito do ICMS das aquisições de Resina Purolite A143/3480 – Base Seca, Hidróxido de Sódio, Ácido Sulfúrico, Resina Aniônica, Resina Catiônica e Sal Fino no percentual de 35,0384%.

Como resultado de tais considerações apresentadas pelo autuante, as infrações passaram para os seguintes valores: infração 1 – 01.02.02 R\$1.135.989,80 (Hum milhão cento e trinta e cinco mil novecentos e oitenta e nove reais e oitenta centavos) e infração 2 – 06.02.01 R\$31.078,48 (Trinta e um mil setenta e oito reais e quarenta e oito centavos).

Em memoriais apresentados na Sessão de Julgamento realizada em 06/03/2018, na qual o fiscal autuante também se encontrava presente, o Recorrente demonstrou que houve equívocos no cálculo realizado, uma vez que: a) houve inversão do percentual de venda de vapor 15kgf (85%) e 42kgf (33%), distorcendo o percentual a estonar, que deveria de 29,9742% e; b) foi utilizado demonstrativo que não refletiu a redução já obtida em 1ª instância administrativa, mantendo o fiscal 100% da glosa do produto ALUMINA ATIVADA AXSORB, bem como 100% da glosa em relação a parte dos produtos CAL HIDRATADA e CARBONATO DE SÓDIO, quando o correto seria 49,91%.

Após apurar as informações trazidas pelo recorrente, o fiscal procedeu com a revisão da diligência fiscal (fls. 542/544), concluindo que, em concordância com os demonstrativos e as alegações apresentadas pelo contribuinte, foram refeitos os cálculos e demais ajustes passando as infrações para os seguintes valores: infração 01 – 01.02.02 R\$966.574,22 (novecentos e sessenta e seis mil, quinhentos e setenta e quatro reais e vinte e dois centavos) e infração 02 – 06.02.01, R\$ 30.879,14 (trinta mil, oitocentos e setenta e nove reais e quatorze centavos), totalizando o valor de R\$ 997.453,36 (novecentos e noventa e sete mil, quatrocentos e cinquenta e três reais e trinta e seis centavos).

Em que pese ter o fiscal reconhecido, acertadamente, as operações de venda de parte do vapor produzido, o que ocasionou na redução das infrações 1 e 2, conforme acima mencionado, divirjo do posicionamento adotado pelo autuante no pertinente aos 35,0384% que remanesceram, uma vez que o Recorrente faz jus ao crédito da água desmineralizada por ser ela indispensável à produção do vapor d'água (produto final) consumido pela empresa no seu processo produtivo, sendo utilizado, como restou demonstrado, no acionamento das turbinas dos compressores, como dito acima.

Ato contínuo, o Recorrente pleiteou no recurso apresentado a equiparação da base de cálculo do crédito glosado das entradas do Nitrogênio Tanque Carreta, a fim de que a glosa recaia somente sobre 2% por cento, como ocorre com o Nitrogênio Gás Tubovia, uma vez que são produtos idênticos, existindo tão somente a mudança do estado líquido e gasoso para fins de transporte e acondicionamento.

A JJF entendeu que se trata de produtos distintos, conforme apresentado no “*Informe Técnico IT-002/2011 Laudo Técnico*”: *Função no Processo Produtivo da Braskem - UNIB-BA – “Gás inerte*

usado em vários sistemas do processo produtivo da UNIB, com o objetivo de fazer purgas dos hidrocarbonetos dos sistemas, antes da abertura destes equipamentos para manutenção.” Consta do referido laudo o Cod. SAP do Produto 565794 e a Descrição do Produto - NITROGENIO LIQ TQ CARRETA. No mesmo Laudo consta o Cod. SAP do Produto 554103 para o Nitrogênio Gás Tubovia, fl. 298.

Como não houve novas informações apresentadas em sede diligencial, o autuante manteve o posicionamento adotado na autuação.

Ora, analisando atentamente o mesmo Informe Técnico, percebe-se claramente que a função no processo produtivo da BRASKEM – UNIB-BA em relação aos produtos NITROGÊNIO GÁS TUBOVIA e NITROGÊNIO LIQ. TQ CARRETA é idêntica. Ambos têm a mesma função de fazer purgas dos hidrocarbonetos dos sistemas, antes da abertura dos equipamentos para manutenção, sendo que o NITROGÊNIO GÁS tem também outras funções dentro do processo produtivo, até pelo próprio estado gasoso em que já se encontra.

O fato de os produtos terem códigos SAP distintos não prova, via de regra, que sejam de natureza distinta. Resta claro que, se há qualquer alteração no produto, como a mudança do estado físico, isso gerará uma alteração na descrição do produto.

Deste modo, entendo que houve um equívoco na interpretação dada ao presente caso pelo julgador de piso, uma vez que restou claro se tratarem de produtos idênticos, estando diferenciados apenas pelo estado em que se encontram (gás e líquido), por uma questão de logística da empresa.

Foi explicado pelo Patrono da empresa que parte do Polo industrial da empresa Recorrente não é abarcado por TUBOVIAS para que o nitrogênio seja transportado, por isso a necessidade em transportar o produto em carretas, no estado líquido, sendo que ambos têm a mesma finalidade no processo produtivo.

Ademais, conforme explicação do Recorrente, a diferença entre os mencionados produtos é meramente “contratual” entre a empresa Recorrente e a White Martins, inclusive o produto fornecido por veículo automotor é muito mais caro (conforme se pode constatar do valor unitário do demonstrativo do auto de infração), em razão do Nitrogênio em estado líquido ocupar um volume muito menor do que o Nitrogênio em estado gasoso, aumentando a rentabilidade do seu emprego no processo produtivo da UNIB.

Assim, por tudo quanto exposto, entendo que deve ser retificada a base de cálculo do crédito glosado das entradas do NITROGÊNIO TANQUE CARRETA, a fim de que a glosa recaia somente sobre 2% por cento, em harmonia ao critério já adotado no produto NITROGÊNIO GÁS TUBOVIA, visto se tratar de produtos idênticos, com alteração apenas do estado físico.

Por fim, voto pelo PROVIMENTO do Recurso Voluntário, alterando a decisão de piso, reconhecendo o direito ao crédito da água desmineralizada e a equiparação de base de cálculo entre o nitrogênio TUBOVIA e o nitrogênio CARRETA pelos motivos acima explicitados.

VOTO VENCEDOR (Recurso Voluntário)

Em que pese a boa fundamentação expendida pela n.Relatora, concordo com o seu posicionamento em relação ao NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício e PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário com relação aos ajustes procedidos pelo diligente quanto a apropriação dos créditos fiscais relativos a insumos utilizados no tratamento de água e vapor que são comercializados.

Entretanto divirjo do seu posicionamento quanto ao acolhimento da pretensão do recorrente no que se refere à glosa de créditos fiscais dos produtos NITROGÊNIO TANQUE CARRETA (2%) e NITROGÊNIO GÁS TUBOVIA.

Conforme fundamentado na Decisão proferida pela 3^a JJF, o crédito fiscal glosado na proporção 2% relativo às entradas do Nitrogênio Tanque Carreta e Nitrogênio Gás Tubovia, transportados no estado líquido e gasoso, no Laudo Técnico apresentado pela Braskem - UNIB-BA se trata de:

"Gás inerte usado em vários sistemas do processo produtivo da UNIB, com o objetivo de fazer purgas dos hidrocarbonetos dos sistemas, antes da abertura destes equipamentos para manutenção." Consta do referido laudo o Cod. SAP do Produto 565794 e a Descrição do Produto - NITROGENIO LIQ TQ CARRETA. No mesmo Laudo consta o Cod. SAP do Produto 554103 para o Nitrogênio Gás Tubovia, fl. 298.

Portanto, o porcentual de 2% do NITROGÊNIO CONSUMO utilizado na planta industrial tem por escopo expurgar os hidrocarbonetos dos sistemas, antes da abertura dos equipamentos para manutenção, com o fim específico de promover a limpeza química do processo, extraíndo os resíduos de hidrocarbonetos presentes nos equipamentos e máquinas que compõem o seu parque fabril.

Por certo, o produto é essencial ao desenvolvimento da atividade industrial do estabelecimento autuado, porém o percentual indicado no laudo, não se confunde com o conceito de produto intermediário, visto que a sua função é periférica ao processo de fabricação, não integrando os produtos finais e nem se desgastam em contato direto com a matéria prima ou produto fabricado.

Pelo exposto, ao contrário do que foi alegado não se trata de produto intermediário e sim de material de uso ou consumo, que não atende aos requisitos de utilização de crédito fiscal previsto no §1º do art. 93 do RICMS/97.

Consequentemente é devido o ICMS pertinente de utilização indevida de crédito fiscal na infração 1 e devido o ICMS da diferença de alíquota na infração 2.

Por tudo que foi exposto, acato o resultado da diligência fiscal e considero devido o valor de R\$966.574,23 na infração 1 e de R\$30.879,15 na infração 2.

Voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário, com redução do débito da Decisão da Primeira Instância de R\$1.345.419,68 para R\$997.453,38, conforme demonstrativo abaixo.

DEMONSTRATIVO DE DÉBITO REVISÃO DILIGÊNCIA								
Seq. Déb.	Seq. Infr.	Infração	Data Ocorr	Data Vencto	Base de Cálculo	Alíq %	Multa (%)	Valor Histórico
1	1	01.02.02	31/01/2011	09/02/2011	282.754,70	17,00	60,00	48.068,30
2	1	01.02.02	28/02/2011	09/03/2011	229.869,15	17,00	60,00	39.077,76
3	1	01.02.02	31/03/2011	09/04/2011	977.594,57	17,00	60,00	166.191,08
4	1	01.02.02	30/04/2011	09/05/2011	669.386,26	17,00	60,00	113.795,66
5	1	01.02.02	31/05/2011	09/06/2011	513.314,63	17,00	60,00	87.263,49
6	1	01.02.02	30/06/2011	09/07/2011	472.918,14	17,00	60,00	80.396,08
7	1	01.02.02	31/07/2011	09/08/2011	315.096,52	17,00	60,00	53.566,41
8	1	01.02.02	31/08/2011	09/09/2011	463.557,26	17,00	60,00	78.804,73
9	1	01.02.02	30/09/2011	09/10/2011	271.571,04	17,00	60,00	46.167,08
10	1	01.02.02	31/10/2011	09/11/2011	472.225,44	17,00	60,00	80.278,32
11	1	01.02.02	30/11/2011	09/12/2011	381.950,79	17,00	60,00	64.931,64
12	1	01.02.02	31/12/2011	09/01/2012	635.492,21	17,00	60,00	108.033,68
13	2	06.02.01	31/01/2011	09/02/2011	11.207,25	17,00	60,00	1.905,23
14	2	06.02.01	28/02/2011	09/03/2011	5.276,27	17,00	60,00	896,97
15	2	06.02.01	31/03/2011	09/04/2011	25.719,62	17,00	60,00	4.372,34
16	2	06.02.01	30/04/2011	09/05/2011	8.726,48	17,00	60,00	1.483,50
17	2	06.02.01	31/05/2011	09/06/2011	15.349,73	17,00	60,00	2.609,45
18	2	06.02.01	30/06/2011	09/07/2011	18.364,68	17,00	60,00	3.122,00
19	2	06.02.01	31/07/2011	09/08/2011	12.330,08	17,00	60,00	2.096,11
20	2	06.02.01	31/08/2011	09/09/2011	18.723,00	17,00	60,00	3.182,91
21	2	06.02.01	30/09/2011	09/10/2011	8.846,23	17,00	60,00	1.503,86
22	2	06.02.01	31/10/2011	09/11/2011	17.354,28	17,00	60,00	2.950,23
23	2	06.02.01	30/11/2011	09/12/2011	21.677,22	17,00	60,00	3.685,13
24	2	06.02.01	31/12/2011	09/01/2012	18.067,18	17,00	60,00	3.071,42
Total Infração 1								966.574,23

Total Infração 2	30.879,15
Total	997.453,38

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício interposto e, em decisão por maioria, com voto de qualidade do presidente, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 271330.0008/12-8, lavrado contra **BRASKEM S.A.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$997.453,38**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, incisos VII, “a” e II, “f”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

VOTO VENCEDOR (Quanto ao mérito) - Conselheiros(as): Eduardo Ramos de Santana, Paulo Danilo Reis Lopes e Rubens Bezerra Soares.

VOTO VENCIDO (Quanto ao mérito) – Conselheiros(as): Laís de Carvalho Silva, Valnei Sousa Freire e José Roservaldo Evangelista Rios.

Sala das Sessões do CONSEF, 06 de março de 2018.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

LAÍS DE CARVALHO SILVA – RELATORA

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – VOTO VENCEDOR

ANA CAROLINA ISABELA MOREIRA - REPR. DA PGE/PROFIS