

PROCESSO - A. I. Nº 269194.0001/19-8
RECORRENTE - BRASKEM S/A.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3º JJF nº 0178-03/19
ORIGEM - IFEP INDÚSTRIA
PUBLICAÇÃO - INERNET: 13/03/2020

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0363-12/19

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. MATERIAL DE USO E CONSUMO. 2. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS. BENS PARA MATERIAIS DE CONSUMO. As razões de defesa não provaram que os itens utilizados para tratamento de água de resfriamento, e também para tratamento de efluentes, além do nitrogênio utilizado em manutenção, possam ser considerados como produtos intermediários, dada a sua aplicação marginal do processo produtivo. Mantida as infrações decorrentes de crédito indevido e a respectiva diferença de alíquotas nas aquisições interestaduais desses mesmos materiais utilizados para consumo do estabelecimento industrial. Negado o pedido de diligência. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão por maioria.

RELATÓRIO

Trata o presente, de Recurso Voluntário (fls. 330/373) interposto em face do Acórdão nº 0178-03/19 (fls. 299/314), da lavra da 3ª Junta de Julgamento Fiscal (JJF) deste CONSEF, que concluíra, em 22/08/2019, pela Procedência do lançamento de imposto e multa por descumprimento de obrigações, no valor total de R\$2.714.721,38, decorrente de 5 infrações.

No que diz respeito às Infrações 02, 03 e 05, foram reconhecidas e pagas, mediante a emissão de Certificado de Crédito, restando os itens 01 e 04, conforme descrições, a seguir:

Infração 01 - 01.02.02. Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a aquisição e material para uso e consumo do estabelecimento, nos meses de janeiro de 2016 a dezembro de 2018. Exigido o valor de R\$1.943.665,69, acrescido da multa de 60%. Demonstrativo à fl. 18 a 33, CD a fl. 41;

Consta como complemento que “Esta infração tem como objeto materiais usados no tratamento de efluentes (ácido clorídrico), tratamento de água de refrigeração (BIOCIDA NAO OXIDANTE, BIODISPERSANT ORG NALPERSE, DISPERSANT INORGANICO 3DT, INIBIDOR CORR TRASAR, INIBIDOR CORROSAO NALCO 7384, NALCO 73550.11R - GLICOSIDEO, NALCO-5543, NITRITO SODIO 99.0%, POLIMERO DISPRS INORG NEXGUARD E TRASAR 3DT), anticorrosivos sistema vapor (NALCO ELIMINOX.11R SEQUEST OXIGENIO-25KG), GAS ACETILENO INDUSTRIAL (manutenção para maçarico/soldas oxi-acetilênicas), Gás natural consumido no sistema “flare”, Nitrogênio (parte destinada às purgas do processo), Óleo Branco Sonneborn (produto químico empregado para a manutenção da planta industrial), POLIISOBUTILENO (usado como óleo interno dos compressores evitando desgaste físico das peças), Solvente limpeza (produto utilizado para a limpeza química de equipamentos) e Tambor (utilizado para recolhimento de resíduos e trapos na planta industrial)”.

Infração 04 - 06.02.01. 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, nos meses de janeiro de 2016 a dezembro de 2018. Exigido o valor de R\$684.000,513, acrescido da multa de 60%. Demonstrativo às fls. 18 a 33, CD a fl. 41;

Consta como complemento que “Esta infração decorre diretamente da Infração 01.02.01, já que tem como objeto os mesmos itens, advindos de operações interestaduais”.

O auto foi julgado procedente, consoante fundamentação a seguir transcrita, em resumo:

VOTO

No mérito, a acusação fiscal materializa a exigência crédito tributário em decorrência do cometimento de cinco infrações à legislação do ICMS, conforme enquadramento legal e tipificação das multas.No que diz respeito às

Infrações 02, 03 e 05, considerando a informação do Autuado constante à fl. 261, de que efetuou o pagamento integral das exigências atinentes a esses três itens da autuação, mediante a emissão de Certificado de Crédito, consigno que, ante a inexistência de lide essas três infrações são procedentes.

A Infração 01 imputa ao sujeito passivo a utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente à aquisição e material para uso e consumo do estabelecimento.

No que diz respeito ao item gás natural, arrolado no levantamento fiscal, o patrono do Autuado, em sustentação oral na assentada do julgamento informou reconheceu a exigência fiscal atinente à esse item da autuação e que procedera ao recolhimento mediante a emissão de Certificado de Crédito, conforme se verifica às fl. 261 a 267.

Em suas razões de defesa o sujeito passivo refutou a acusação fiscal asseverando que os materiais cujos créditos foram glosados pela fiscalização estão diretamente integrados ao seu processo produtivo, sendo a função por eles exercida indispensável ao regular funcionamento da sua unidade fabril; caracterizando-se, de acordo com a legislação, como ou produtos intermediários, sem os quais o seu processo produtivo não se viabilizaria.

Sustentou que a garantia do direito ao crédito fiscal decorrente da aquisição de matéria-prima e de produtos intermediários, é conferida pelos dos artigos 93 e 97 do RICMS-BA/97 e art. 309, do RICMS-BA/12. Destacou a condição para que o contribuinte possa, sob a égide do referido Decreto, utilizar-se do crédito fiscal relativo às mercadorias adquiridas consistia: (i) na vinculação destas à atividade industrial e (i) que fossem consumidas no processo fabril, ou (iii) que integrassem o produto final na condição de elemento indispensável à sua fabricação.

No tocante aos insumos utilizados no sistema de água de resfriamento arrolados no levantamento fiscal - Dispersantes Inorgânicos (Nalco e Trasar), Biodispersante Nalsperse, Sequestrante de Oxigênio, Nalco 73550.11R - Glicosídeo, Nalco 5543, Nitrito de Sódio, Polímeros Dispersante Inorgânico, Biocida Não Oxidante e Inibidores de Corrosão (Nalco e Trasar) - sustentou que são integralmente absorvidos pela água em que aplicados, sem os quais as torres de resfriamento perdem a sua função. Explicou que o resfriamento é indispensável ao seu processo produtivo, já que as correntes intermediárias de processo não podem ser processadas se estiverem em altas temperaturas.

Convém salientar que o Laudo do IPT acostados aos autos pelo Impugnante, fls. 155 e 166, descreve a função dessas mercadorias, destacando que “Os inibidores de corrosão, dispersantes e algicidas são utilizados no tratamento da água de resfriamento, a fim de evitar depósitos de resíduos que contaminam a água e ensejam a corrosão de equipamentos e a proliferação de microorganismos, o que ocasionaria a perda da eficiência do maquinário (grifo acrescido), comprometendo a produção”.

Logo, claramente se depreende, a partir da leitura de trecho do laudo reproduzido acima, tais mercadorias não têm qualquer contato com o processo produtivo do Impugnante, pois são aplicadas na água utilizada nas torres de refrigeração, com a finalidade, única e exclusivamente, de proteger os equipamentos da corrosão causada pelos microorganismos lá presentes.

Portanto, não integram o processo, nem são consumidos diretamente pelo contato, que sequer existe, já que a sua finalidade é outra, qual seja, elevar a vida útil dos equipamentos utilizados, conforme se lê em trecho destacado. Ora, não sendo possível falar-se em “emprego no processo de industrialização”, conforme exige o art. 309, inciso I, alínea “b” do RICMS-BA/12, é forçoso reconhecer que tais itens devem ser classificados como de uso/consumo, não propiciando o direito ao crédito.

Aliás, esse tem sido o entendimento predominante no âmbito do CONSEF, conforme se pode constatar pela leitura de trecho da ementa do Acórdão CJF Nº 0355-11/13, da 1ª CJF, conforme abaixo.

Quanto ao item Óleo Sonneborn e o Poliisobutileno, em sede de defesa, o Autuado alegou serem imprescindíveis para a manutenção de sua planta industrial, uma vez que são responsáveis para eliminar os efeitos da oxidação e corrosão dos equipamentos reduzindo o desgaste das engrenagens e peças e aumentando a vida útil.

A própria declaração do Impugnante, evidencia claramente que os lubrificantes não integram o processo produtivo, não estão vinculados direta e simultaneamente ao seu processo produtivo, logo, são considerados materiais de uso e consumo do estabelecimento.

O item gás acetileno informado pelo Autuado como sendo utilizado para o funcionamento dos cromatógrafos, instrumento analítico de laboratório para controle da qualidade da produção que, embora não integrem o produto final, não se pode ignorar que tal controle é essencial ao processo produtivo, motivo pelo qual se torna imperioso o reconhecimento do direito ao crédito nas suas aquisições, do mesmo modo, deve ser mantida a glosa de crédito por se configurar material de uso e consumo.

Devem também ser mantidos no levantamento fiscal os itens utilizados no tratamento de efluentes, apesar das exigências da legislação ambiental, no âmbito do ICMS, se constituem de materiais de consumo, por não participar do processo de industrialização, eis que são empregados após o processo fabril, quando as mercadorias fabricadas já se encontram prontas e acabadas para comercialização. Não há, sequer, contato com o processo produtivo, mas apenas com os seus resíduos que são tratados antes do descarte.

Da mesma forma, se é vedado o creditamento relativo a materiais utilizados no tratamento de efluentes, outro não pode ser o tratamento jurídico a ser dispensado aos tambores utilizados para transportar resíduos industriais, já que o seu uso situa-se, no tempo, no mesmo patamar daqueles materiais.

Quanto ao produto Nitrogênio (gasoso e líquido), que segundo a alegação defensiva, a glosa de 35% de todos os créditos relativos às aquisições desse item efetuada pela fiscalização, contrariou o entendimento já consolidado pelo CONSEF, verifico que não procede a assertiva do Impugnante, haja vista que assiste razão ao Autuante em ter utilizado o aludido percentual, uma vez que em fase antecedente à lavratura do presente Auto de Infração declaração fornecida por preposto do Autuado, acostadas às fls. 16 e 17, consta expressamente a informação de que, no período fiscalizado, 35% das aquisições de Nitrogênio são utilizadas em purgas e 65% são destinadas à operação fabril do estabelecimento autuado.

Assim, nos termos acima expendidos, pode-se concluir que a utilização de Nitrogênio no percentual indicado de 35%, não integra o produto final como elemento indispensável ou necessário à sua industrialização, não se constituindo, desta maneira, em insumos industriais ou produto intermediário, tendo como características as funções de elemento de limpeza e de segurança.

Logo, se trata de caso típico de material para consumo próprio pelo estabelecimento.

Em suma, pelo que consta nos autos, foi apurado que os materiais objeto da exigência contida nesse item da autuação se referem a bens que, embora possam estar vinculados ao processo produtivo do autuado, com base na informação prestada pelo Impugnante e levantamento fiscal, não podem ser considerados material intermediário ou insumo, por isso, é subsistente o imposto lançado neste item do presente Auto de Infração, sendo correta a glosa dos créditos fiscais.

Fica mantida a Infração 01.

Por se tratar das mesmas mercadorias arroladas na Infração 01, o item 04 da autuação que trata da 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, como consequência direta e unívoca e com fundamento nos mesmos argumentos, afigura-se também procedente a Infração 04.

Concluo, por conseguinte, que o lançamento tributário pautou-se na legislação aplicável, restando caracterizadas as Infrações 01 e 04.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração, devendo ser homologado o valor recolhido.

Regularmente intimado, o sujeito passivo interpôs Recurso Voluntário (fls. 330/373). Diz que pela sua importância que, antes mesmo do julgamento de primeira instância, a Recorrente reconheceu a procedência parcial da autuação fiscal em apreço, pelo que solicitou a emissão de Certificado de Crédito para pagamento dos débitos objetos dos Itens 02, 03, 05 e parte do débito atinente ao Item 01 (parcela relativa aos créditos apropriados sobre a aquisição de gás natural), conforme petição apresentada à fl. 261 dos presentes autos, requerimento este que foi prontamente deferido pela Inspetoria competente através do Parecer nº 30837/2019, ora anexado (doc. 02).

Neste contexto, irredutível com a manutenção das Infrações 01 e 04 da autuação fiscal, não restou alternativa à Recorrente senão se socorrer a essa Egrégia Câmara de Julgamento Fiscal, para ver parcialmente reformado o Acórdão JJF nº 0178-03/19, com supedâneo nas razões de direito a seguir aduzidas.

No que tange aos Itens 01 e 04 do Auto de Infração em voga, a Recorrente, na prestigiosa impugnação apresentada, combateu ambos simultaneamente, tendo em vista a íntima relação estabelecida entre eles, defendendo, inicialmente, o direito ao crédito fiscal relativo aos materiais supostamente adquiridos para seu uso e consumo, direito este que, uma vez reconhecido, implica no imediato afastamento da exigência do diferencial de alíquotas correspondente.

A despeito da solidez dos argumentos da Recorrente, a Nobre Junta de Julgamento, confirmando o quanto alegado pelo Sr. Auditor Fiscal autuante, manteve intacto o lançamento fiscal, sob o fundamento de que tais produtos não se enquadram no conceito de produtos intermediários.

Como se vê, ao contrário do quanto afirmado pelo Sr. Fiscal Autuante e em consonância com o quanto defendido pela Autuada, a partir da análise do voto em destaque, pode-se inferir que a definição geral de insumo (do qual produto intermediário é espécie), erigida pela legislação, é a de mercadoria que, não sendo alheia à atividade do estabelecimento, é adquirida para emprego no processo de industrialização e é nele consumida.

Nesta senda, considerando que o posicionamento adotado pela fiscalização e corroborado pelo órgão julgador de primeira instância não é apto a sustentar as glosas objeto das infrações em destaque, a Recorrente passa a reiterar os argumentos defensivos outrora aduzidos; comprovando, de forma inequívoca e definitiva, o direito que lhe assiste. Vejamos.

INSUMOS UTILIZADOS NO SISTEMA DE ÁGUA DE RESFRIAMENTO

Alguns dos insumos glosados pela fiscalização foram utilizados pela Recorrente no Sistema de Água de Resfriamento. O sistema de água de resfriamento tem a função de resfriar correntes intermediárias de processo, de forma a deixá-las em condições de serem processadas até a sua transformação em produto final. O processo consiste, pois, na transferência de calor de um fluido mais quente (corrente de processo) para outro mais frio (água de resfriamento) através de ação exercida em equipamentos denominados trocadores de calor.

Assim, a água de resfriamento, em breve resumo, atua para controlar a temperatura do processo produtivo da Recorrente. Se, por um lado, a temperatura deve ser elevada, mediante o uso de vapor, para que ocorra o processo de fabricação do Polietileno (fornecendo energia ao sistema), a temperatura deve também ser diminuída (retirando energia do sistema), para que se estabeleça em patamar específico necessário para fabricação do produto final, nas especificidades desejadas. Veja-se o quanto descrito no Parecer Técnico do IPT (p. 172/173):

Quando do início da reação, os trocadores de calor dos reatores operam com vapor d'água a 15 kgf/cm², para aquecer o gás pressurizado e os peróxidos orgânicos até cerca de 160 °C, isto é, fornecer energia para o sistema, permitindo o início da reação. A energia promove a quebra das moléculas de peróxidos, gerando radicais livres que irão promover a quebra das ligações π dos monômeros e comonômeros, iniciando assim uma reação em cadeia que irá formar cadeias longas a partir dos monômeros e comonômeros, denominadas polímeros.

No decorrer deste processo, há geração de calor (reação exotérmica), e assim se torna necessária a remoção desta energia para que seja mantida a cinética da reação e o processo seja mantido em condições estáveis. Deste modo, após o início da reação, os trocadores de calor operam então com água clarificada, mantendo as temperaturas de processo em torno de 30 °C.

O funcionamento eficiente do sistema de refrigeração é essencial para a integridade e a segurança de toda a unidade fabril, uma vez que o superaquecimento do reator pode acarretar em uma elevação de pressão com consequente necessidade de parada da planta. O uso de água clarificada nos trocadores de calor objetiva o controle de incrustações e corrosão no interior da tubulação, que prejudicam a eficiência das trocas térmicas.

A água utilizada no sistema de troca de energia térmica é a denominada água clarificada, e a sua aplicação revela-se essencial posto que a água que resfria as correntes do processo produtivo torna-se aquecida, podendo alcançar altas temperaturas. Nessa condição, os sais presentes na água comum tornar-se-iam insolúveis, depositando-se nas paredes dos tubos dos trocadores de calor. Estes depósitos, com o tempo, provocariam a corrosão do metal dos tubos, podendo ocasionar o vazamento da água de resfriamento para a corrente de processo, contaminando-a e comprometendo todo o processo de produção, podendo levar à parada da planta.

Além disso, como essa água circula em todo o processo, percorrendo dezenas de trocadores de calor, os microorganismos presentes na mesma se multiplicam, vindo a obstruir os trocadores, reduzindo a eficiência de troca de calor, comprometendo todo o processo produtivo e podendo provocar a parada da planta. Para evitar todo esse processo de corrosão e obstrução, devem ser adicionados à água de resfriamento produtos específicos para inibir a corrosão, para evitar a proliferação de microorganismos, evitar a incrustação de sais e controlar ph.

Para tanto, a Recorrente utiliza, dentre outros insumos, Dispersantes Inorgânicos (Nalco e Trasar), Biodispersante Nalsperse, Sequestrante de Oxigênio, Nalco 73550.11R - Glicosídeo, Nalco 5543, Nitrito de Sódio, Polímeros Dispersante Inorgânico, Biocida Não Oxidante e Inibidores de Corrosão (Nalco e Trasar), integralmente absorvidos pela água em que aplicados, sem os quais as torres de resfriamento perdem a sua função. O resfriamento, todavia, é indispensável ao processo produtivo da Recorrente, já que as correntes intermediárias de processo não podem ser processadas se estiverem em altas temperaturas.

Como se pode ver, os produtos acima descritos, cujos créditos foram glosados pelo Sr. Fiscal

autuante, têm, cada qual, função bastante específica no processo industrial da Recorrente, de modo que a falta de qualquer um deles certamente inviabilizaria a produção ou, no mínimo, geraria um produto completamente imprestável ao fim a que se destina. Frise-se que o entendimento aqui defendido encontra guarida no quanto decidido por este E. Conselho, conforme se infere do já citado Acórdão CJF nº 0238-11/15:

No caso em análise, todas as mercadorias referentes às infrações 06 e 07, “AB3-Silica, óleo lubrificação, compressores LP-15, óleo de selagem agitadores LP-18, sílica gel branca 1 a 3mm, óleo sonneborn, hipoclorito de sódio, freon 22 compressor, produto multifuncional, inibidor corrosão Trasar 3DT, dispersante inorgânico Trasar e Nalco, biodispersante orgânico Nalperse, biocida não oxidante, polímero dispersante inorgânico, algicida Nalco, inibidor corrosão Nalco, ventosa windmoller, e esfera Rolam, junta vedação, tê, flange, cabo com conector, curva, perfil, bomba, etc., dos quais a “Sílica Gel Branca 1 a 3 MM”, “Óleo Lubrificante Compressores LP-15” e “AB3-Silica”, estão relacionadas com a atividade fim da Recorrente e, portanto, devem ser reconhecidas como insumos. (grifamos).

Sob este prisma, é evidente que os propalados produtos se configuram em insumos, cujas aquisições são passíveis de gerar o creditamento do ICMS; não se justificando, portanto, o estorno de crédito efetuado pela autuação fiscal.

ÓLEO SONNEBORN E POLIISOBUTILENO

Como cediço, os lubrificantes em geral são produtos químicos imprescindíveis para a manutenção da planta industrial de qualquer estabelecimento, uma vez que são eles os responsáveis por eliminar os efeitos da oxidação e corrosão dos equipamentos, aumentando a vida útil dos mesmos, reduzindo o desgaste das engrenagens e peças, evitando o superaquecimento das máquinas; sendo tais ações benéficas e imprescindíveis ao processo produtivo.

Sem a utilização de lubrificantes não seria possível manter o maquinário de qualquer planta industrial em funcionamento, tendo em vista os inúmeros problemas que poderiam ocorrer em tais circunstâncias, tais como a queima e a inutilização de máquinas e peças; os quais já são suficientes para demonstrar a essencialidade e imprescindibilidade dos lubrificantes ao processo produtivo.

Neste esboço, o Óleo Sonneborn e o Poliisobutileno são aplicados diretamente nos equipamentos da planta industrial envolvidos com a produção, sendo consumidos integralmente durante o processo produtivo, proporcionalmente à quantidade de produto gerada. Veja-se, por exemplo, o quanto descrito no mencionado Parecer Técnico, no trecho que trata acerca da “Etapa de Compressão” (p. 171):

O gás etileno é recebido por tubulação à pressão de 35 kgf/cm². Um compressor eleva a pressão do gás etileno e demais comonômeros primeiramente para 250 kgf/cm² e então, em seguida, um segundo compressor eleva esta pressão até 2000 kgf/cm². Devido às características específicas dessas máquinas elas são mantidas operando com a injeção de óleos especiais (óleo Sonneborn, óleo lubrificante LP 1 e óleo lubrificante LP 15) para lubrificação das partes móveis, dessa forma seu desgaste por atrito e uso constante é minimizado. (grifamos).

Desta forma, não há como negar a condição de produto intermediário aos óleos lubrificantes, os quais, apesar de não se integrarem ao produto final, são integralmente consumidos durante o processo produtivo, sendo imprescindíveis ao mesmo.

Ressalte-se, por oportuno, que esse d. Conselho tem reconhecido o direito dos contribuintes aos créditos de ICMS, relativos à aquisição de lubrificantes consumidos no maquinário do processo produtivo, em vista de sua inquestionável condição de produto intermediário.

Neste sentido, vejamos trecho do voto exarado pela Relatora do Acórdão CJF nº 0705/99:

A exigência fiscal do item III – crédito indevido referente ao consumo de... – também entendo não deva prosperar já que o referido produto tendo função lubrificante das máquinas utilizadas no processo produtivo da empresa... como afirmado pela Revisão – caracteriza-se como produto intermediário sendo passível de utilização como crédito fiscal o ICMS destacado nos documentos fiscais de aquisição dos mesmos. (grifamos).

No julgamento do Auto de Infração nº 279464.0002/99-8, a 2ª Junta de Julgamento Fiscal adotou o mesmo entendimento:

No caso de óleo lubrificante já existe jurisprudência firmada no CONSEF que este tipo de produto não se trata de um óleo lubrificante comum, mas sim um insumo com característica lubrificante que dada a sua

essencialidade é consumido ao cabo de sua participação no processo industrial, e como tal enquadra-se no conceito de produto intermediário, porquanto é consumido durante o processo produtivo. Nessa condição, gera crédito. (grifamos).

É o que se observa também do já citado Acórdão CJF nº 0238-11/15:

No caso em análise, todas as mercadorias referentes às infrações 06 e 07, “AB3-Silica, óleo lubrificação, compressores LP-15, óleo de selagem agitadores LP-18, sílica gel branca 1 a 3mm, óleo sonneborn, hipoclorito de sódio, freon 22 compressor, produto multifuncional, inibidor corrosão Trasar 3DT, dispersante inorgânico Trasar e Nalco, biodispersante orgânico Nalperse, biocida não oxidante, polímero dispersante inorgânico, algicida Nalco, inibidor corrosão Nalco, ventosa windmoller, e esfera Rolam, junta vedação, tê, flange, cabo com conector, curva, perfil, bomba, etc., dos quais a “Sílica Gel Branca 1 a 3 MM”, “Óleo Lubrificante Compressores LP-15” e “AB3-Sílica”, estão relacionadas com a atividade fim da Recorrente e, portanto, devem ser reconhecidas como insumos. (grifamos).

Neste mesmo sentido, a Câmara Superior do Conselho de Contribuintes do Estado da Bahia deu provimento a Recurso de Revista através do Acórdão CD nº 2015-21/01, nos seguintes termos:

Data vênha o voto do Relator deste Recurso e, reconsiderando ainda, a Decisão Recorrida, firmamos o entendimento que a mesma deverá ser reformada, dando-se provimento parcial ao Recurso para excluir os produtos óleos lubrificantes. (óleo mineral branco, mista padrão de calibração e óleo XB-81485.00), posto que já reconhecidos pela legislação como produtos intermediários utilizados na etapa de produção do recorrente. (grifamos).

Com base em toda a explanação supra, fica evidente a imprescindibilidade dos reportados produtos em relação à cadeia produtiva da Recorrente e o direito ao creditamento sobre a aquisição destes.

GÁS ACETILENO

Conforme descrições do referido Parecer Técnico (doc. 03 da Impugnação), na Etapa de Reação (polimerização), para a produção do Polietileno de Baixa Densidade (PEBD), o material anteriormente pressurizado no decorrer da Etapa de Compressão é alimentado em reatores de alta pressão.

Ainda nesta etapa, é promovida a quebra das moléculas de peróxidos, gerando radicais livres que irão promover a quebra das ligações π dos monômeros e comonômeros, iniciando uma reação em cadeia, a qual irá formar cadeias longas a partir dos monômeros e comonômeros, denominadas polímeros.

E, nesta senda, os cromatógrafos apenas podem funcionar se houver um fluido de arraste, que permita a avaliação das correntes, a exemplo do Gás Acetileno. É o que se infere de trecho do Parecer Técnico lavrado pelo IPT (p. 172/173):

A etapa de reação conta ainda com cromatógrafos em operação contínua, que fornecem dados da concentração dos componentes dos gases de reciclo, visando o controle da reação e consequentemente a qualidade dos produtos gerados. Os componentes analisados são hidrogênio, nitrogênio, metano, etano, etileno, propano, propeno, buteno, entre outros. Para a operação destes cromatógrafos são utilizados gases especiais (ar sintético, acetileno, hidrogênio, entre outros, com purezas elevadíssimas) como fluido de arraste e de detecção, inerentes ao método analítico de controle. O hidrogênio como os demais gases empregados nos métodos, após cumprir suas funções, são descartados. (grifamos).

Com efeito, os denominados cromatógrafos são essenciais para aferir se as condições operacionais estão de acordo com o padrão, avaliação essa necessária para que possa produzir resinas dentro das especificações técnicas almejadas. Decerto que, por imposição legal, o controle de qualidade dos produtos em fase de industrialização se encarta dentre as diversas etapas que compõem o processo produtivo.

Especialmente o processo petroquímico, por envolver etapas onde são realizadas reações com substâncias tóxicas, e muitas vezes letais, o controle de qualidade dos produtos não pode ser concebido de forma tão singela como pretende a fiscalização. É imprescindível que haja um controle dos insumos, das reações químicas e dos produtos que delas se originem, para que não ocorrem consequências mais graves, inclusive para o meio-ambiente.

Não há dúvidas que caso venha a ser constatado que um produto não atende às especificações legais, podendo, inclusive, pôr em risco quem o utilize, o mesmo não poderá ser comercializado,

devendo retornar ao estabelecimento industrial. Desta forma, o controle realizado em laboratório é etapa essencial do processo produtivo. Ora, não há como imaginar, na atualidade, um processo industrial que se abstenha de realizar o controle de qualidade dos seus insumos e produtos!

Embora se reconheça que o hidrogênio e o acetileno utilizados nos citados equipamentos não integram o produto final, não se pode ignorar que tal controle é essencial ao processo produtivo, motivo pelo qual se torna imperioso o reconhecimento do direito ao crédito nas suas aquisições.

Imperioso, portanto, o direito ao aproveitamento dos créditos de ICMS relativos às aquisições do Gás Acetileno.

TAMBOR

A Recorrente, como conseqüência da execução de atividade industrial envolvendo produtos químicos e petroquímicos, produz resíduos que não podem ser descartados de qualquer modo. Nestes termos, é imperioso que a Autuada proceda à contratação de serviços de Limpeza Industrial, para que seja realizada a limpeza, coleta e descarte adequado dos resíduos oriundos da manutenção de equipamentos industriais, em atendimento a requisitos legais.

Conforme se verifica do Parecer Técnico trazido à colação, o produto em epígrafe é aplicado para o armazenamento de subprodutos e resíduos do processo produtivo. Por exemplo, nas unidades fabris de produção do polietileno, os tambores são utilizados como embalagem para a cera de PEAD – Polietileno de Alta Densidade.

A escolha do referido produto, para acondicionamento da cera, justifica-se pelo fato de que a mesma é depositada ainda quente e de forma líquida e, portanto, a embalagem deve ser capaz de recebê-la na temperatura de processamento (até 140°C) e ter estrutura e resistência para o transporte, já que a cera devido ao seu baixíssimo peso molecular tem consistência pastosa.

Logo, por ser este um produto necessariamente utilizado em seu processo produtivo, não há que se negar o efetivo direito ao creditamento decorrente de sua aquisição.

INSUMOS UTILIZADOS NO TRATAMENTO DE EFLUENTES

Como cediço, os efluentes dos processos produtivos das Plantas são resultantes, em regra, do uso da água nas diversas etapas associado às restrições tecnológico-operacionais destes processos. Ressalte-se, pela sua importância, que o Pólo Petroquímico de Camaçari foi concebido considerando as etapas de tratamento final e disposição no meio ambiente destes efluentes, centralizadas na CETREL, sendo os custos associados ao transporte, tratamento e disposição final repassados pela CETREL às empresas do Pólo, usuárias deste sistema centralizado.

Ocorre, entretanto, que antes do envio destes efluentes para a CETREL, por força de obrigações ambientais, os mesmos devem ser previamente tratados pelo seu emissor. Assim, considerando as configurações dos processos de produção da planta industrial da Autuada, tem-se que a geração destes efluentes é característica intrínseca destes mesmos processos, sendo impossível a industrialização dos produtos finais sem estar associada à geração de efluentes para tratamento.

A legislação ambiental, tanto no âmbito federal como estadual, prevê, portanto, critérios que deverão ser obedecidos pelas empresas quando do descarte dos seus dejetos industriais, sob pena de aplicação de severas sanções. É justamente o cumprimento das citadas exigências legais que demanda a utilização de diversos produtos para tratamento de efluentes e análises físico-químicas de efluentes, tais como o Ácido Clorídrico, com vistas à preservação ambiental na área industrial e das comunidades localizadas no entorno em que se encontram suas unidades fabris.

Assim, o tratamento de efluentes configura uma obrigação legal da Recorrente, diretamente ligada ao seu processo industrial, com vistas a evitar riscos e danos à saúde pública, à segurança física das pessoas e à preservação do meio ambiente; os quais são executados ao longo de toda linha de produção, simultaneamente à fabricação de seus produtos finais.

Diante disso, para o tratamento dos efluentes gerados é necessária a combinação de diferentes técnicas e produtos para adequada remoção dos resíduos, antes de serem descartados ao meio ambiente. Neste contexto, o Ácido Clorídrico é utilizado pela Recorrente para fins de correção de

pH, de forma que o efluente orgânico possua pH neutro. Do quanto narrado, resta evidente que tal produto integra, indispensavelmente, as atividades industriais desempenhadas pela Recorrente.

Tais dejetos não podem simplesmente ser descartados no meio ambiente tal como originados no processo produtivo, merecendo antes o devido tratamento, hábil a evitar a contaminação do solo, poluição ambiental e a saúde das pessoas, o que fatalmente ocorreria se dispostos sem os cuidados necessários.

NITROGÊNIO

A Fiscalização, contrariando o entendimento já consolidado pela Secretaria da Fazenda e, em especial, por este Egrégio Conselho de Fazenda, entendeu por bem glosar 35% de todo o crédito fiscal decorrente das aquisições de Nitrogênio efetuadas pela Recorrente entre janeiro de 2016 e dezembro de 2018, partindo da desacertada premissa de que este produto consiste em material destinado ao uso e consumo do estabelecimento da Autuada, cujas aquisições não ensejariam direito ao crédito do imposto.

Entretanto, não pode subsistir o entendimento do preposto fiscal, visto que os procedimentos adotados pela Recorrente, relativamente às aquisições em comento, guardaram estreita pertinência com o quanto disposto na legislação de regência da matéria. Isto porque, ao contrário do quanto aduzido pela fiscalização, o referido produto é integralmente utilizado em seu processo produtivo, sendo as funções por este exercidas indispensáveis ao regular funcionamento de sua unidade fabril.

De fato, o Nitrogênio classificado pela Fiscalização, no Auto de Infração, como material de uso e consumo, não foi destinado ao consumo do estabelecimento da Recorrente, mas foi sim inteiramente empregado em seu processo produtivo, nele exercendo funções essenciais, conforme será a seguir demonstrado, a par das informações contidas no anexo Parecer Técnico 20.677-301.

Deste modo, ao longo do processo produtivo, o Nitrogênio, por ser inerte, é utilizado em quase todas as etapas produtivas para impedir a presença do oxigênio em contato com os produtos utilizados. O Nitrogênio é utilizado, assim, como um fluído de selagem em várias etapas do processo produtivo (ex: tanques, vasos, sistemas de *flare*), evitando a entrada de oxigênio nos equipamentos, impossibilitando a contaminação das correntes do processo pelo gás, com reações indesejáveis, as quais impactam de forma definitiva na eficiência do processo e qualidade dos produtos (vide p. 185 do Parecer Técnico elaborado pelo IPT).

Embora não integre o produto final, o Nitrogênio entra em contato direto com este, e ao criar uma “manta de proteção” evita a entrada de oxigênio em contato com as correntes de produção; pelo que seu uso está associado à mitigação do risco de incêndios e explosões, que destruiriam o parque fabril da Recorrente.

Além disso, uma outra aplicação de relevada importância consiste no armazenamento dos catalisadores e cocatalisadores organometálicos (p. 178 do Parecer Técnico):

A empresa opera também com o uso de catalisadores e cocatalisadores organometálicos. Entre estes materiais, podem ser citados: monoóxido de dietilalumínio, ácido perlagônico, tetracloreto de titânio, oxitricloreto de vanádio, sesquicloreto de etilalumínio, cloreto de dietil alumínio, trietilalumínio. Estas substâncias são recebidas em cilindros e tanques e requerem cuidados especiais no manuseio por serem substâncias pirofóricas (oxidam-se espontaneamente em contato com o oxigênio atmosférico). Por este motivo, estes compostos são normalmente mantidos em atmosfera inerte pela presença de nitrogênio gasoso, que evita sua contaminação e consequente reação com o oxigênio, perdendo suas propriedades catalíticas. Ainda, há tanque contendo nitrogênio líquido próximo ao depósito destes insumos, que supre as necessidades do produto.

Além de tais funções, o Nitrogênio atua também como transportador de diversos produtos de uma determinada etapa do processo produtivo para a etapa seguinte, inclusive no transporte dos *pellets* até os silos de estocagem e para a mistura dos *pellets* para a formulação e ajuste das características desejadas (*blend*).

O referido insumo é ainda utilizado na secagem e na remoção do solvente (n-hexano) do polietileno em produção, atuando como gás de arraste, etapa na qual a presença do ar teria

resultados de elevado risco (p. 185 do Parecer IPT). Além disso, o Nitrogênio também é utilizado nas operações de dessorção nos materiais adsorventes utilizados no processo de purificação das matérias primas, imprescindível para a obtenção dos produtos de acordo com as especificações de produção e na realização de testes de pressão para avaliação da integridade e atendimento à legislação dos vasos de pressão.

Ressalte-se que o Nitrogênio empregado nas funções acima destacadas não foi motivo de qualquer discordância do preposto fiscal autuante em relação à sua conceituação com insumo do processo produtivo da Recorrente. Por sua vez, a outra parte do Nitrogênio adquirido pela Autuada tem por escopo expurgar o hidrogênio, o oxigênio e outros gases dos sistemas, em diversas operações necessárias ao processo, principalmente, por segurança, antes da partida, evitando a criação de uma atmosfera explosiva, nociva ao processo fabril.

Verifica-se, portanto, que a Recorrente utiliza uma fração do total do Nitrogênio adquirido com o fim específico de promover a limpeza química do processo, extraindo os resíduos de gases presentes nos equipamentos e máquinas que compõem o seu parque fabril, propiciando, desta forma, uma atmosfera adequada para a realização das operações de manutenção.

É dizer: com a “limpeza” do processo, cria-se uma atmosfera adequada/propícia para a consecução do processo produtivo. Isto porque, conforme acima demonstrado, o nitrogênio “blinda” as paredes das máquinas e equipamentos do processo produtivo, evitando a contaminação deste por contato com a água e/ou com o ar, ou outros produtos como o etileno, altamente reativo, inflamável e explosivo.

Ressalte-se que a limpeza realizada pela Recorrente a partir do uso do Nitrogênio se afigura essencial ao desenvolvimento da sua atividade industrial, pois, sem a execução desta, todo o processo produtivo da Recorrente restaria inviabilizado, já que os resíduos existentes em seu maquinário não apenas os comprometeriam como também contaminariam os produtos em fabricação, interferindo nas suas especificações técnicas e na sua qualidade.

Ocorre, entretanto, que o Sr. Fiscal Autuante entendeu por bem glosar 35% do Nitrogênio adquirido pela Autuada, supondo que tal fração seria inteiramente destinada à purga de equipamentos e ainda que tal aplicação não poderia ser reconhecida como insumo do processo produtivo desempenhado pela Recorrente; o que não pode jamais prosperar, seja porque não há dúvidas de que o nitrogênio utilizado para esta funcionalidade é sim insumo indispensável do processo fabril da Autuada, conforme acima narrado, seja porque o percentual indicado pela Fiscalização encontra-se completamente equivocado!

Em verdade, Nobres Julgadores, surpreende a atitude do preposto fiscal autuante em glosar 35% do crédito apropriado pela Recorrente em decorrência das aquisições de Nitrogênio, confirmada pela 3ª JF, tendo em vista que a própria fiscalização da SEFAZ/BA há tempos vem admitindo o crédito em relação a 98% do valor referente às aquisições deste produto, glosando, portanto, somente 2% deste montante, relativa à parcela do Nitrogênio que é utilizada em purgas e limpezas de vasos e tubos.

É o que se infere, pois, do Item 01 do Auto de Infração nº 297515.3001/16-0 e respectivo anexo, bem como do item 06 do Auto de Infração nº 271330.0002/10-3 e respectivo anexo, cujos demonstrativos a Recorrente ora colaciona (docs. 05 e 06 da Impugnação, respectivamente).

E esse entendimento vem sendo, inclusive, repetidamente externado por esse Egrégio Conselho. A esse respeito, veja-se o que decidiu a 2ª CJF, na esteira do voto do d. Conselheiro Fernando Antônio Brito de Araújo, nos autos do PAF nº 281082.0026/13-0:

Por fim, quanto ao nitrogênio, pelas informações trazidas na peça de defesa, fls. 101 a 103 do PAF, ratificadas nas razões recursais, através de laudo técnico, tal gás age na cadeia produtiva como agente de estabilidade na segurança do processo, de forma a evitar risco de corrosão, incêndio ou explosão, propiciando condições necessárias à reação química desejada, em razão de atuar como “fluido de selagem” para evitar contato do oxigênio nos equipamentos com os catalisadores, impossibilitando a formação de uma atmosfera explosiva.

Sendo assim, a função precípua do nitrogênio é criar um vácuo e evitar o efeito danoso do oxigênio no processo produtivo da reação de polimerização do polietileno, cujo contato do oxigênio pode causar explosão e fazer o

polímero perder suas propriedades desejadas como o “amarelamento”. Já como funções secundárias, o nitrogênio serve no transporte dos pellets até os silos de estocagem e para mistura dos pellets para a formulação e ajuste das características desejadas (blend). Fatos estes não contestados nos autos. Portanto, o nitrogênio é essencial para a ocorrência da reação de polimerização do polietileno, bem como de determinação da aplicação do produto final na transformação de termoplásticos.

Assim, em que pese o contribuinte não ter direito ao crédito fiscal 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, vislumbro que lhe cabe direito ao crédito fiscal nas entradas de nitrogênio aplicadas no processo produtivo, como acima relatado, no percentual de 98% de suas aquisições, glosando-se o crédito relativo ao índice de 2%, conforme considerou o próprio fisco nos Autos de Infrações nº 271330.0008/12-8 e 271330.0002/10-3, por se caracterizar como material de uso e consumo, índice este proporcional ao nitrogênio utilizado no procedimento de purga de hidrocarbonetos, testes de pressão e regeneração dos materiais absorventes. (grifamos)

Por tais motivos, não se pode convalidar o procedimento levado à cabo pela Fiscalização e seguido pela 3ª JF, eis que partiram de equivocadas análises das informações prestadas pela Autuada ao longo do procedimento fiscal. Assim, constata-se que a parcela do Nitrogênio (gasoso e líquido), cujos créditos foram glosados pela fiscalização, foi empregada, de forma imprescindível, no processo produtivo da Recorrente, possuindo, portanto, a condição de produto intermediário, diante do que, não há que se negar o direito ao creditamento do imposto incidente sobre a aquisição do Nitrogênio efetuada pela Recorrente

B) DO DIFERENCIAL DE ALÍQUOTA

(ITEM 04 DO AUTO DE INFRAÇÃO)

Através do item 04 do Auto de Infração ora combatido, é exigido o pagamento do diferencial de alíquotas referente às aquisições interestaduais de alguns dos produtos supostamente utilizados para consumo do estabelecimento da Recorrente.

No que diz respeito à falta de recolhimento da complementação de alíquota, verifica-se que tal item é uma consequência direta e imediata da questão discutida no item 01 precedente, ou seja, do direito à compensação dos créditos de ICMS decorrentes da aquisição dos produtos intermediários reputados equivocadamente pela fiscalização como bens de uso e consumo, conforme demonstrado alhures.

Como a fiscalização nega o direito ao crédito do ICMS incidente sobre tais produtos, por considerá-los materiais de uso e consumo, necessariamente, teria que exigir o complemento da alíquota no que tange às aquisições interestaduais.

O fato é que os produtos em referência, listados no Auto de Infração como materiais de uso e consumo, não foram destinados ao consumo do estabelecimento da Recorrente, mas sim, foram empregados de forma imprescindível em seu processo produtivo, devendo ser classificados como produtos intermediários, conforme demonstrado no item “A” deste tópico.

Assim, restando evidenciado o direito ao aproveitamento do crédito decorrente da aquisição dos produtos em pauta, indispensáveis ao processo produtivo da Recorrente, a exigência do diferencial de alíquota perde completamente o sentido e, conseqüentemente, pelas mesmas razões, a Infração 04 também deve ser julgada totalmente improcedente.

Com vistas a comprovar tudo o quanto aqui defendido, a Recorrente pugna pela realização de diligência fiscal, nos termos dos artigos 123, § 3º e 145 do Decreto nº 7.629/99, com o que será enfim confirmada a total improcedência dos itens 01 e 04 do Auto de Infração.

DO PEDIDO.

Face ao quanto aduzido no bojo da presente defesa administrativa, a Recorrente pugna para que essa Egrégia Câmara desse Ilustre Conselho de Fazenda dê TOTAL PROVIMENTO ao presente Recurso Voluntário, com a consequente reforma parcial da decisão aqui combatida, para que o auto de infração ora guerreado seja julgado PARCIALMENTE IMPROCEDENTE, afastando-se totalmente, por conseguinte, as exigências consubstanciadas em seus itens 01 e 04, nos termos do presente recurso.

Requer ainda a juntada posterior de documentos, bem como a realização de diligências fiscais para a constatação dos fatos aqui alegados e análise dos documentos colacionados, caso assim entenda necessário essa nobre Câmara de Julgamento.

VOTO

O presente Recurso Voluntário julga 2 infrações interdependentes, a primeira, o item 1 do lançamento, é relativa ao uso de crédito fiscal na aquisição de materiais para uso e consumo do estabelecimento, que a Recorrente refuta como sendo de produtos intermediários, e o item 4, a correspondente diferença de alíquotas devidas, quando estas mesmas aquisições são provenientes de outras unidades da Federação.

Inicialmente, vejo que sequer há necessidade de se efetuar diligência para verificação *in loco*, pois há outros processos neste Conselho de Fazenda, que esclareceram quanto à utilização de tais produtos, que são objetos deste lançamento, e já existem exaustivos julgamentos a respeito desta temática. Uma diligência, nada acrescentaria ao que se sabe, além do que o processo contém laudos técnicos que esclarecem a utilização, e não está em discussão a forma da utilização, que é indiscutível, contudo, a questão de direito que envolve a separação entre produtos intermediários e de uso e consumo. Negado o pedido de diligência.

A Recorrente lista os materiais utilizados no seu sistema de água de resfriamento tais como Dispersantes Inorgânicos (Nalco e Trasar), Biodispersante Nalsperse, Sequestrante de Oxigênio, Nalco 73550.11R - Glicosídeo, Nalco 5543, Nitrito de Sódio, Polimeros Dispersante Inorgânico, Biocida Não Oxidante e Inibidores de Corrosão (Nalco e Trasar), que diz ser integralmente absorvidos pela água em que aplicados, sem os quais as torres de resfriamento perdem a sua função. Que o resfriamento, todavia, é indispensável ao processo produtivo da Recorrente, já que as correntes intermediárias de processo não podem ser processadas se estiverem em altas temperaturas.

O crédito tributário oriundo da utilização da aquisição de itens utilizados no processo fabril, é o tema mais polêmico do ICMS, já que a linha que separa um produto intermediário de um de uso e consumo, muitas vezes é muito tênue.

Contudo, não resta como solução à lide, a utilização de um critério de essencialidade em toda sua amplitude, pois dessa forma, praticamente tudo é essencial na indústria, pois não se pode discordar, por exemplo, que os EPI – equipamentos de proteção industrial não são essenciais, pois trata-se de itens de importância fundamental para segurança dos operários, sem o qual a empresa sequer pode operar, pois pode ser interdita pelos órgãos fiscalizadores. Contudo, não é razoável dizer que em sentido estrito, um EPI seja essencial à produção, pois efetivamente o produto pode ser fabricado, mesmo com o operário não usando o equipamento.

Diz a moderna doutrina, e a mais recente jurisprudência dos tribunais, que se há a integração de um produto na fabricação de outro, com a perda de suas características ou qualidades, tem-se a definição de matéria-prima. Quanto aos produtos intermediários, segundo os critérios adotados pelo Mestre Rubens Gomes de Souza estes são específicos ao produto fabricados e a especificidade se mede pela existência de relação de dependência entre o produto considerado como intermediário e o produto fabricado; logo, se o produto fabricado somente se obtém com utilização daquele outro produto, então se trata de um produto específico. Acresce a isto, segundo a jurisprudência adotada em tribunais superiores, o contato e o consequente desgaste ou consumo desses materiais com o produto fabricado.

Assim, por este entendimento, o óleo lubrificante por exemplo (que no caso desta lide, se insere o ÓLEO SONNEBORN E POLISOBUTILENO), não é específico, posto que usado comumente em muitas máquinas e equipamentos, ou seja, para ser específico, deve ser consumido no processo de fabricação, mas este consumo não deve ser semelhante àquele que ocorre comumente em qualquer processo de industrialização. Evidentemente, embora tais produtos sejam importantes para otimização e facilitação da produção, não há característica de essencialidade, em sentido estrito, como diz o Mestre Rubens de Sousa. Nem tampouco há contato direto com o produto

fabricado, pois atuam dentro das máquinas dos processos fabris.

Assim, o mesmo se aplica aos produtos utilizados no tratamento de água, já que não atende ao critério de essencialidade (sentido estrito), tampouco o atende o critério da especificidade, vez que os produtos como hipoclorito de sódio, são indicados em quaisquer manuais de sistemas de tratamento e saneamento de água, e não apenas em água de resfriamento. Se esta água fosse vendida e tributada na saída, estaria sim, com direito ao crédito, em respeito ao princípio da não cumulatividade, mas não é o caso da lide.

Os produtos utilizados no tratamento da água, como Dispersantes Inorgânicos (Nalco e Trasar), Biodispersante Nalsperse, Sequestrante de Oxigênio, Nalco 73550.11R - Glicosídeo, Nalco 5543, Nitrito de Sódio, Polímeros Dispersante Inorgânico, Biocida Não Oxidante e Inibidores de Corrosão (Nalco e Trasar), sequer entram em contato com a mercadoria produzida pelo estabelecimento. Este sim, um critério elementar do produto intermediário.

Atuam marginalmente à produção, inclusive protegendo os ativos de corrosão, e embora não se retire a importância do ponto de vista fabril, está longe de se caracterizar como produto intermediário, por faltar-lhes diretamente uma condição de dependência entre estes e o produto fabricado. O mesmo se constata com o **acetileno**, que atua no controle de qualidade dos produtos fabricados, são importantes evidentemente, mas não interagem diretamente com o material produzido e não podem ser configurados como produtos intermediários.

No caso do TAMBOR e demais itens utilizados nos tratamentos de efluentes, como ácido clorídrico, está longe de se classificar como “intermediários” pois estamos a tratar inclusive de uma etapa pós fabricação, em atendimento à legislação ambiental. Contudo, o simples fato da empresa ser obrigada a tratar dos efluentes não interferem no conceito, para fins de ICMS, pois os produtos utilizados para tal fim, fogem completamente até mesmo ao conceito semântico, já que nada pode ser “intermediário” para fabricar algo que já está “fabricado”.

Já o NITROGENIO, embora reconheça que há divergências do percentual aceito em outros processos, é fato que o autuante tem razão quando diz que no caso desta lide, nesta inscrição estadual, neste exercício de 2016, há declaração explícita, do percentual de 35 % da utilização em purgas (serviços de manutenção), conforme se observa à fl. 16, em documento assinada pela procuradora do contribuinte Camila Barreto Laborda Fernandes.

As razões de defesa não provaram que os itens utilizados para tratamento de água de resfriamento, e também para tratamento de efluentes, além do nitrogênio utilizado em manutenção, possam ser considerados como materiais de uso e consumo, dada a sua aplicação marginal do processo produtivo. Mantida as infrações decorrentes de crédito indevido e a respectiva diferença de alíquotas nas aquisições interestaduais desses mesmos materiais utilizados para consumo do estabelecimento industrial.

Face ao exposto, NEGOU PROVIMENTO ao Recurso Voluntário e mantenho a decisão recorrida.

VOTO DIVERGENTE

Peço vênha ao Ilustre Relator para divergir, no que respeita às duas Infrações em lide, basicamente para reconhecer que os seguintes materiais, consoante as descrições empreendidas pela Recorrente e em consulta a julgados anteriores desta 2ª CJF atinentes ao mesmo Interessado, às mesmas infrações e aos mesmos produtos (ainda que em posições, por vezes, minoritária), integram-se, sim, ao processo produtivo da Recorrente, nele se consomem, e entram em contato com o produto, ainda que indiretamente, não sendo razoável classificar-se como material de uso ou consumo do estabelecimento: “ácido clorídrico”, “gás acetileno industrial”, “nitrogênio gasoso tubovia”, “nitrogênio gasoso líquido”, “nitrogênio líquido carreta”, “tambor az”, “tambor laranja”, “tambor n tr” e “óleo sonneborn”.

Faço-o, aliás, em linha com o voto proferido pelo Conselheiro Tiago de Moura Simões, quando do julgamento do Auto de Infração nº 297515.3001/16-0, Acórdão nº 0106-12/19, j. em 10/04/2019:

VOTO DIVERGENTE (Infrações 01 e 03)

Quero pedir vênia ao nobre Relator para apresentar entendimento divergente, especificamente no que se refere ao Recurso Voluntário das infrações 01 e 03, nos termos em que segue.

O Auto de Infração em epígrafe imputa ao contribuinte o cometimento de três infrações à legislação do ICMS, sendo a primeira a utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente à aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento e a terceira como o diferencial de alíquota nas aquisições interestaduais das mesmas mercadorias. No meu entender há reparos a fazer na Decisão recorrida, esta que considerou como produtos de uso e consumo os inibidores e corrosivos utilizados no tratamento de água de resfriamento e, nesta condição, as respectivas aquisições não asseguram o direito ao crédito do imposto, bem como é devido o ICMS a título de Diferencial de Alíquotas quando adquiridas de outras Unidades da Federação.

É amplamente reconhecida a evolução do direito ao crédito fiscal relativo à utilização de produtos intermediários que, mesmo não integrando o novo produto, forem consumidos e/ou desgastados no processo de industrialização. Assim, no estabelecimento industrial, todos os insumos geram direito ao crédito, ainda que não integrem o produto final, bastando para isso que concorram direta e necessariamente para o produto porque utilizado no processo de fabricação, nele se consome.

E nesse PAF em questão, temos como parte do processo todos os produtos utilizados com função de evitar a corrosão e obstrução do equipamento da torre de resfriamento, como inibidores, dispersantes, neutralizantes, dentre outros, todos integralmente absorvidos pela água em que aplicados, sem os quais as torres perdem a sua função. A ausência desses produtos pode acarretar a redução expressiva da vida útil dos equipamentos de grande porte e de custo elevado, causada pela instalação precoce de corrosão.

Cabe ainda salientar que a Recorrente de forma minuciosa, descreveu a aplicação e a forma que cada um dos materiais relacionados nas infrações são utilizados na empresa. E de acordo com essas informações, não resta dúvidas que as mercadorias autuadas se tratam de aquisições de insumos industriais, já que são empregados ou consumidos no processo produtivo da empresa, representam dispêndios relacionados diretamente com sua atividade, integrando o custo das mercadorias produzidas.

Isso posto, meu voto é pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário.

É como voto, Senhor Presidente.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão por maioria, com voto de qualidade do presidente, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e manter a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **269194.0001/19-8**, lavrado contra **BRASKEM S.A.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$2.642.103,24**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. Incisos II, alíneas “a” e “f”, VII, “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa pelo descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$72.618,14**, prevista no inciso IX, do citado diploma legal, com os acréscimos moratórios previstos pela Lei nº 9.837/05, devendo ser homologado o valor recolhido.

VOTO VENCEDOR – Conselheiros: Ildemar José Landin, Marcelo Mattedi e Silva e Maurício Souza Passos.

VOTO DIVERGENTE – Conselheiros: Henrique Silva de Oliveira, Paulo Shinyashiki Filho e Carlos Henrique Jorge Gantois.

Sala das Sessões do CONSEF, 04 de dezembro de 2019.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS – PRESIDENTE

ILDEMAR JOSÉ LANDIN – RELATOR

HENRIQUE SILVA DE OLIVEIRA - VOTO DIVERGENTE

RAIMUNDO LUIZ DE ANDRADE – REPR. DA PGE/PROFIS