

A. I. N° - 269352.0008/22-6
AUTUADO - BRASKEM S.A.
AUTUANTES - MARCO AURÉLIO PAUL CRUZ, ANDERSON PEIXOTO SAMPAIO e
- JOSÉ ELMANO TAVARES LINS
ORIGEM - SAT / COPEC
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 03/04/2023

3^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO JJF N° 0042-03/23-VD**

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. MATERIAL DE USO E CONSUMO. É vedada a utilização de crédito fiscal relativo a aquisição de material de uso e consumo do estabelecimento. O sujeito passivo não logra êxito em elidir a infração. As razões defensivas não comprovaram que os itens arrolados no levantamento fiscal, possam ser considerados como insumos, matérias-primas e produtos intermediários, dada a sua aplicação marginal do processo produtivo, como materiais de uso e consumo. Infração subsistente. 2. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS. MATERIAIS PARA DE USO E CONSUMO DO ESTABELECIMENTO. FALTA DE RECOLHIMENTO. Nas aquisições interestaduais de mercadorias destinadas ao consumo é Aquisições interestaduais dos materiais utilizados para consumo do estabelecimento industrial dos mesmos itens arrolados na Infração 01. É devido o imposto referente à diferença entre as alíquotas interna e interestadual. Infração subsistente. Não acolhida a preliminar de Nulidade. Indeferido o pedido de perícia técnica. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 24/08/2022, exige crédito tributário no valor de R\$ 4.886.052,95, em razão das seguintes irregularidades:

Infração 01 - 001.002.002. 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 2020. Exigido o valor de R\$ 1.787.005,01, acrescido da multa de 60%. Demonstrativo à fl. 07 a 15, CD a fl. 22;

Infração 02 - 006.002.001. Falta de recolhimento do ICMS decorrente de diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento, nos meses de janeiro a dezembro de 2020. Exigido o valor de R\$ 3.099.047,94, acrescido da multa de 60%. Demonstrativo à fl. 16 a 21, CD a fl. 22.

O Autuado impugna o lançamento, fls. 26 a 47.

Inicialmente resume o teor das infrações e, depois de breve recapitulação do processo produtivo e das operações realizadas pela unidade Q1/BA do estabelecimento ora autuado, enfrenta cada

uma das infrações que lhe foram imputados nos termos a seguir resumidos.

Destaca que nos termos do art. 142, do CTN, cujo teor reproduz, compete privativamente à autoridade administrativa a constituição do crédito tributário pelo lançamento, calcular o montante do tributo devido.

Registra que o lançamento, como ato administrativo por natureza, deve respeitar a forma exigida para a sua prática e o seu objeto/conteúdo, que corresponde ao efeito jurídico imediato do ato, ou seja, o resultado prático causado em uma esfera de direitos. Além de se constituir um elemento vinculado e obrigatório do ato.

Aduz ser inequívoco que o lançamento foi efetivado com base em mera presunção, o que é inadmissível. Conforme se observa nos Anexos, inexiste descriptivo alguma da forma de utilização dos bens glosados na planta industrial, de forma a justificar a acusação fiscal e enquadramento como bens de mero uso e consumo, o que é uma nulidade flagrante do lançamento.

Prossegue destacando que, uma vez tendo sido os bens registrados como insumos, no mínimo, o lançamento deveria indicar a razão pela qual foram desclassificados e caracterizados como de mero uso e consumo, cotejando com a forma pela qual foram empregados na planta industrial. Acrescenta ainda que não houve visita *in loco* na planta industrial, nem mesmo a solicitação de informações ao contribuinte sobre a forma de utilização dos bens, o que afronta o princípio da verdade material.

Observa que o fato de o lançamento ter sido efetivado por mera presunção não poderá passar desapercebido por ocasião do presente julgamento, o que deverá ensejar, nos termos do art. 18, do RPAF-BA/99.

Revela que se classificam como nulos, os lançamentos fiscais desacompanhados dos elementos suficientes para determinação - com segurança - da ocorrência do fato gerador, não só pela inexistência de substância ou justa causa, mas, também, porque tal vício implica prejuízo do exercício pleno do direito de defesa do acusado.

Diz-se prejuízo ao pleno exercício do direito de defesa, porque se espera do trabalho fiscal, no presente caso, a apresentação das razões jurídicas que culminaram na desclassificação dos produtos autuados como insumos industriais. Com isso, a acusada poderia contrapor essas razões, estabelecendo o contraditório tão festejado no sistema processual brasileiro.

Assinala que a dinâmica adotada pela fiscalização - no presente caso - deve ser rechaçada por esse Órgão Julgador, uma vez que solidificaria a dinâmica antijurídica da acusação sem lastro substancial, obrigando o acusado a se defender no “escuro” de uma acusação vazia.

Arremata sustentando ser de rigor que o lançamento fiscal ora impugnado seja anulado, nos termos da alínea “a”, do inciso IV, do art. 18, do RPAF-BA/99 e do art. 142, do CTN.

Pondera que, frente ao princípio da eventualidade, na remota hipótese de não se reconhecer a nulidade absoluta do lançamento, em razão do vício insanável apresentado no tópico anterior, cumpre enfrentar o mérito da atuação, de modo a defender a higidez do crédito aproveitado.

Aduz que apesar da apresentação de defesa quanto ao mérito, repisa-se que o exercício do seu direito de defesa não será exercido em sua plenitude, visto que não se conhece a razão jurídica que determinou a desclassificação dos produtos tidos como insumo industrial.

Frisa que nesse cenário de flagrante nulidade, firmando que os produtos autuados foram considerados pela fiscalização como bens de uso e consumo, entretanto, são indispensáveis ao processo produtivo da Q1.

Observa que no presente caso, foram autuados e glosados equivocadamente pela fiscalização diversos bens, comprovadamente essenciais para o processo produtivo da Q1, conforme se depreende do laudo do IPT em anexo - fls. 71 a 116.

Destacando a seguir os de maior representatividade:

✓ Petroflo

Diz que, conforme atestado pelo laudo do IPT, a substância em comento é aplicada em diversas etapas de produção a fim de garantir o processo de fabricação, evitando que o produto perca suas especificações técnicas. Ainda, é possível destrinchar os diferentes tipos de PETROFLO, bem como suas respectivas funções.

Observa que o PETROFLO 20Y3103 e 20Y3423 são utilizados como inibidores de polimerização, dosados no solvente da unidade de produção Isopreno A-5200, com o primeiro exercendo o mesmo papel também nas unidades de produção de Butadieno.

Já o PETROFLO 20Y3153 é utilizado como anti-polimerizante nas unidades de produção de Butadieno.

No que tange o PETROFLO 20Y3406, frisa que seu uso como inibidor de polimerização (sequestrante de radicais peróxidos e radicais alquil), é dosado nas esferas de C5 bruto (PTE) e na área de produção de Isopreno A-5200 (refervedores).

Cita ainda os PETROFLO 20Y102 e 24Y17, responsáveis, respectivamente, pelo controle de polimerização nas colunas DAS-5258/5259, Seção de Fracionamento da Unidade de Produção: A-5200, e pela função de antioxidante no processo produtivo das áreas de butadieno (A-350/2350) e isopreno (A-5200), bem como pela passivação de trocadores de calor, para sequestrar oxigênio, evitando a incrustação de resíduos sólidos nos trocadores de calor.

Por fim, destaca que os PETROFLO 20Y114, 20Y3 e 20Y3414 são produtos antioxidantes usados, nas Unidades de Gasolina de Pirólise (A300 e A2300), para controle de formação de gomas no tanque de carga, enquanto nas áreas de produção de Butadieno (A350/2350) e Isopreno (A5200), para a passivação de trocadores de calor, para sequestrar oxigênio.

Revela que em recente precedente firmado por esse Conselho - ACORDÃO CJF Nº 0275-11/22, os produtos utilizados como inibidores que atuam no processo de produção como antipolimerizante, fazem jus ao crédito de ICMS, por se tratar de substância inibidora de reações químicas, que pode ser chamada também de veneno, catalisador ou anticatalisador, anteriormente chamado de catalisador negativo.

Sustenta que o Entendimento firmado segue o disposto no RICMS-BA/12, na alínea “b”, do inciso I, do art. 309, que determina que constitui crédito fiscal de cada estabelecimento o valor do imposto cobrado relativo às aquisições ou recebimentos reais ou simbólicos, de: matérias-primas, produtos intermediários, catalisadores e material de embalagem, para emprego em processo de industrialização, produção rural, geração de energia elétrica e extração mineral ou fóssil.

✓ Dióxido de Carbono:

Diz que o Dióxido de Carbono é um importante gás industrial vendido pela White Martins à Braskem e usado na CEMAP, integrante da Q1. O CO₂ possui uma gama de funções, todavia o destaque é durante a etapa da passivação, na qual é utilizado para troca de tipo de catalisador, sendo injetado para desativar o catalisador presente no reator. Assinala que também é usado na Unidade de Termo-oxidação para neutralizar a soda gasta, adequando o parâmetro de PH da corrente de produção.

Remata estacando que sem a utilização do mencionado gás, a corrente produtiva poderia se degradar ou inviabilizar as especificações dos produtos acabados desenvolvidos pela Q1.

✓ Nitrogênio:

Afirma ser necessário esclarecer as diferentes denominações do produto Nitrogênio constantes das Notas Fiscais de Entrada fiscalizadas: (i) Nitrogênio Gás Tubovia; (ii) Nitrogênio Líquido Carreta, conforme se pode extrair do laudo IPT anexo aos autos (Doc. 02).

Observa que o Nitrogênio Gás Tubovia é um insumo fornecido pela sociedade empresária White Martins através de Tubovia em estado gasoso, conectada entre a unidade autuada da Impugnante

e o referido fornecedor.

Continua assinalando que por sua vez, o Nitrogênio Carreta também é fornecido pela White Martins em estado líquido, mas não é transportado por Tubovia, e sim por veículo automotor.

Já Nitrogênio Gás Tubovia e o Nitrogênio Líquido Tanque Carreta têm a mesma propriedade e a mesma aplicação no processo produtivo da Q1. A denominação muda, tão-somente, em razão do veículo de fornecimento pela White Martins e do estado do produto (líquido ou gasoso). O fornecimento pela White Martins é geralmente por tubovia em planta industrial da White Martins, vizinha à planta da Q1. Destaca ainda que, excepcionalmente, em caso de necessidade complementar do mencionado insumo e de indisponibilidade de fornecimento por tubovia, a White Martins fornece por veículo automotor, para atendimento das necessidades adicionais da Q1.

Firma que a diferença entre os mencionados produtos é meramente “contratual” entre a Braskem e a White Martins, inclusive o produto fornecido por veículo automotor é muito mais caro. Isso porque, o Nitrogênio em estado líquido ocupa um volume muito menor do que o Nitrogênio em estado gasoso, aumentando a rentabilidade do seu emprego no processo produtivo da Q1.

Explica que o Nitrogênio é um gás usado em vários sistemas do processo produtivo (ex. Tanques, Vasos, etc) da Q1 e que, aproximadamente noventa por cento do Nitrogênio utilizado forma uma capa protetora e tem contato com os demais insumos utilizados durante o processo de transformação dos produtos acabados industrializados pela Q1, como um fluido de sistemas de selagem com a função de evitar a entrada de oxigênio da atmosfera na corrente do processo produtivo da planta. Na hipótese de detecção de problemas dessa natureza, a necessidade de uma parada e/ou descarte de grande parte de produtos podem ser requeridas.

Continua frisando que, além da função acima indicada, cerca de oito por cento do Nitrogênio consumido pela Q1 é empregado como fluido de aquecimento de algumas etapas de regeneração de catalisadores e dessorção em peneiras moleculares.

Destaca que cerca de dois por cento do Nitrogênio da Q1 é destinado para fazer purgas dos hidrocarbonetos dos sistemas antes da abertura dos equipamentos. Esclarece que a purga com Nitrogênio possibilita a substituição de uma atmosfera indesejável por outra atmosfera de composição preferida, evitando a contaminação do processo produtivo, sendo essencial à especificação técnica e qualidade dos produtos finais desenvolvidos pela Impugnante.

Requer, portanto, o reconhecimento integral do crédito apurado pela Impugnante em relação ao Nitrogênio, conforme razões acima expostas.

Requer, subsidiariamente, a retificação da base de cálculo do crédito glosado, a fim de que a glosa recaia somente sobre dois por cento do valor das aquisições, em harmonia ao critério já adotado no produto Nitrogênio Gás Tubovia, consoante planilha que acosta à fl. 39.

✓ Produtos de controle da qualidade da água clarificada:

Revela que as Aminas, os Antioxidantes, os Nalcos, Antiespumantes, Dispersantes, Neutralizantes e Sequestrantes possuem acentuado destaque no Sistema de Água de Resfriamento. Assinala que essa água é um importante meio de transferência de energia da planta e precisa ser tratada para a eficiência do processo. Ou seja, são utilizados como inibidores de corrosão e dispersantes para o tratamento da água utilizada nas torres de resfriamento, evitando depósitos de resíduos que contaminam a água, a proliferação de micro-organismos, a incrustação de sais, controlando o PH da água, impedindo assim a corrosão dos equipamentos.

Afirma que a dosagem dos produtos é feita constantemente para manter uma faixa de concentração, que não pode ser baixa, para danificar os equipamentos, nem elevada, para que não fiquem depositados neles.

Observa que os produtos são empregados também, em todo ou em parte, nos demais sistemas de tratamento de água, ou seja, água clarificada, água bruta, água potável e água desmineralizada.

Logo, sem os produtos indicados, o processo poderia ser comprometido em relação à performance, integridade e segurança.

Cita que, conforme qualificação dos produtos acima, extraída do laudo do IPT em anexo, não há dúvidas acerca da sua essencialidade e consumo no processo produtivo da Q1, devendo ser mantido o crédito indevidamente glosado, e, por conseguinte, cancelado o presente auto de infração.

Menciona que passa a demonstrar que as normas constitucionais e legais de regência do ICMS lhe asseguram o direito ao aproveitamento dos créditos indevidamente glosados.

Frisa que o direito ao crédito de ICMS está garantido constitucionalmente, como decorrência da regra da não-cumulatividade, nos termos do que dispõe o art. 155, § 2º, inciso I, da CF/88. Prossegue destacando que da mesma forma, a legislação infraconstitucional reconhece o direito de crédito nas aquisições dos produtos destinados ao processo de industrialização, nos termos dos artigos 19 e 20, da Lei Complementar nº 87/96.

Revela que a legislação do Estado da Bahia também assegura o direito ao crédito nas aquisições insumos aplicados na atividade, conforme art. 28, da Lei nº 7.014/96 e do art. 309 e 310, do RICMS-BA/12.

Assinala que no caso em tela, conforme demonstrativo acima, os bens autuados estão relacionados com a atividade de industrialização e são necessários para atingir o objeto social de industrialização da Q1, em fiel cumprimento a legislação de regência.

Em relação aos produtos intermediários, afirma ser oportuna a transcrição do precedente do Superior Tribunal de Justiça - (AgInt nos EDcl no AREsp 471.109/SP, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 03/12/2020, DJe 15/12/2020)

Afirma, pelo exposto, restar evidente o seu direito à manutenção dos créditos de ICMS e cancelamento da cobrança quanto ao DIFAL relativos às matérias-primas, produtos intermediários, catalisadores e materiais de embalagem, indevidamente classificados como de uso e consumo, mediante as acusações fiscais capituladas nas infrações 01 e 02 do Auto de Infração ora impugnado.

Menciona que, na remota hipótese de ser mantida a presente autuação, merece reforma a Infração 02, diante de erro na apuração do ICMS DIFAL em exigência, eis que a SEFAZ aplicou a alíquota interna sob a base dupla, apurando inicialmente ICMS que seria devido nas operações internas na Bahia, para posterior subtração do valor do ICMS devido na origem.

Registra que o correto seria a aplicação da diferença de alíquota sob a base dupla, que colaciona à fl. 44.

Lembra que a matriz constitucional da cobrança do ICMS DIFAL prevista nos incisos VII e VIII, do § 2º, do art. 155, CF/88 aponta que o imposto devido ao Estado de destino será correspondente à diferença entre a alíquota interna do Estado destinatário e a alíquota interestadual.

VII - nas operações e prestações que destinem bens e serviços a consumidor final, contribuinte ou não do imposto, localizado em outro Estado, adotar-se-á a alíquota interestadual e caberá ao Estado de localização do destinatário o imposto correspondente à diferença entre a alíquota interna do Estado destinatário e a alíquota interestadual;

Afirma que se extrai do texto constitucional que o valor do ICMS DIFAL será calculado a partir da aplicação da alíquota resultante da diferença entre a alíquota interna e a alíquota interestadual (Ex.: quando a alíquota interna for de 18% e a interestadual for de 7%, o ICMS DIFAL será calculado sob uma alíquota de 11%).

Sustenta que a forma de cálculo utilizada pela SEFAZ deu origem à exigência indevida de R\$ 304.708,20, que deve ser revisada por esse Conselho.

Para que não reste dúvida sobre o excesso de cálculo do DIFAL, reitera o exemplo da NF-e 30444,

que se repete em todas as NF-es autuadas, conforme tabela que colaciona à fl. 45.

Apresenta, também, o demonstrativo sintético por competência autuada à fl. 46.

Conclui requerendo seja julgada improcedente a presente autuação, com o consequente arquivamento do processo, diante da essencialidade e consumo dos produtos glosados no processo produtivo da Autuada.

Sucessivamente, acaso mantida a presente autuação, requer seja revisado a forma de cálculo do ICMS DIFAL em exigência na Infração 02 para considerar a aplicação da diferença de alíquota sob a base dupla.

Pugna provar o alegado por todos os meios de prova em direito admitidos, especialmente a realização de prova técnica pericial.

Protesta pela realização de sustentação oral em sede de julgamento do auto, bem como requer que as publicações, comunicações e intimações sejam efetuadas exclusivamente em nome de Milton Hedayioglu Mendes de Lima, OAB/BA nº 20.769, e-mail: mmendes@atn.adv.br, com telefone profissional (71) 3450-9718.

Os Autuantes prestam informação fiscal, fls. 120 a 123, nos termos a seguir resumidos.

1) Esclarece que se trata de lançamento de ofício realizado para cobrança de ICMS em razão de crédito indevido do imposto referente às aquisições de Material de Uso e Consumo (Infração 01), sem tê-las classificados deste modo, e ao correspondente Diferencial de Alíquotas (Infração 02), no período compreendido entre 01/01/2020 e 31/12/2020.

2) O Autuado apresenta Impugnação ao lançamento, constante das fls. 26 a 116, discorrendo preliminarmente sobre a tempestividade, posteriormente detalhando seu processo produtivo.

3) Nos itens seguintes de sua defesa, e diferente do afirmado em seu item 16 e seguintes, de que o Auto de Infração foi lavrado com base em presunção, destacam que tal alegação não se mantém, haja vista não se tratar de nenhuma infração prevista no § 4º, do art. 4º, da Lei 7014/96, que é onde se estabelecem as previsões de presunção em nossa legislação. Observa que o levantamento fiscal foi baseado em operações fáticas com produtos que foram indevidamente classificados como matéria prima, produto intermediário ou insumo, como se fossem diretamente atrelados ao processo produtivo, mas foram identificados durante a auditoria como material de uso e consumo, pois não possuem vinculação à atividade industrial, nem são consumidas no processo fabril ou que tenham se integrado ao produto final na condição de elemento indispensável à sua fabricação, o que, neste sentido, não dá direito ao crédito do ICMS. Portanto, não é cabível o presente lançamento como caso de nulidade.

4) Destacam que os itens ora cobrados, com exceção do ácido sulfúrico, que não consta no presente PAF, são os mesmos de outros Autos de Infração julgados nesse CONSEF, contra a própria defendant, como, por exemplo, o recente Acórdão JJF N° 0079-01/22-VD com o resultado do julgamento do PAF nº 297515.0004/21- 4, sendo em sua maioria Procedente, cujo teor da ementa reproduz, fl.121.

5) Quanto ao exercício do direito à ampla defesa da autuada, invocado nos itens 21 e 22, esclarecem que o processo foi elaborado na sua inteireza com todas as informações e elementos de prova, tanto no auto de infração quanto em seus anexos, com a disposição legal de enquadramento e tipificação da multa aplicada, tendo sido dado ciência à autuada, proporcionando-se, assim, o pleno exercício de impugnação, tanto que discorreu em sua peça inicial sobre os variados itens lançados por esta Auditoria, compreendeu as infrações lançadas, não merecendo, assim, qualquer possibilidade de nulidade aventada, por não haver o mínimo vício que macule o lançamento tributário.

6) Analisando os itens questionados pelo Autuado, e em relação aos produtos PETROFLO e GAS DIOXIDO CARBONO GRANEL, afirmam que esses itens foram mantidos no julgamento mencionado no item 4 desta Informação Fiscal, pois o Autuado não conseguiu comprovar que

possam ser produtos intermediários. Inclusive, em relação ao GAS DIOXIDO CARBONO GRANEL, a empresa já respondeu em fiscalizações anteriores o destino do produto, resposta esta que foi destacada no julgamento do PAF 297515.0004/21-4, reportado no item 4, em que se comprovou que não se integra à produção, conforme abaixo:

“Quanto ao Gás Dióxido de Carbono (CO₂) dizem que o Autuado também foi intimado a fazer esclarecimentos (fl. 08) e respondeu (fl. 09) nos seguintes termos:

2) *Confirmar se o produto GAS DIOXIDO CARBONO GRANEL é aplicado no tratamento de efluentes para neutralizar a soda gasta oxidada oriunda da Unidade de Termoxidação de Soda Gasta (A4060 de Olefinas-2). Qual a destinação deste produto soda gasta oxidada após a neutralização?*

Resposta: *Confirmado que o produto GAS DIOXIDO CARBONO GRANEL é aplicado no tratamento de efluentes para neutralizar a soda gasta oxidada oriunda da Unidade de Termoxidação de Soda Gasta (A- 4060 de Olefinas-2). A soda após neutralização é descartada como efluente orgânico e segue junto com todo o efluente do site para a CETREL.*

Afirmam o autuante que desse modo o referido produto é aplicado no tratamento de materiais que são descartados como efluentes, ou seja, não participam do processo industrial sem direito a crédito.”

7) NITROGÊNIO GASOSO TUBOVIA - produto lançado a base de 2% de crédito indevido (vide Fator 0,02 coluna AD da Planilha de Crédito Indevido), que é o percentual utilizado na purga de equipamentos, momento em que há interrupção do processo produtivo, mencionam ter sido confirmado pelo próprio Autuado em sua defesa, conforme trecho a seguir: “Finalmente, cerca de dois por cento do Nitrogênio da Q1 é destinado para fazer purgas dos hidrocarbonetos dos sistemas antes da abertura dos equipamentos. A purga com Nitrogênio possibilita a substituição de uma atmosfera indesejável por outra atmosfera de composição preferida, evitando a contaminação do processo produtivo, sendo essencial à especificação técnica e qualidade dos produtos finais desenvolvidos pela Impugnante,” Em face o exposto, afirma ser correta a cobrança do produto.

8) NITROGÊNIO LÍQUIDO CARRETA - produto lançado no crédito indevido integralmente, explica que por ser utilizado na totalidade em atividade de purga, conforme já esclarecido em Fiscalização anterior, e como destacado no julgamento do PAF 297515.0004/21-4, abaixo:

“No tocante ao Nitrogênio Líquido, ressalta que a empresa foi intimada (11.8), justamente para esclarecer a sua aplicação, apresentando resposta (fl. 09), via e-mail institucional da empresa nos seguintes termos:

1) *Qual a função do produto NITROGÊNIO LIQ CARRETA - PRODUÇÃO*

Resposta: *Normalmente recebemos o nitrogênio líquido através de nossas tubovias. Eventualmente precisamos de Nitrogênio Líquido via carreta (entendo que é o seu questionamento) para atividades de purgas, liberações, secagem de sistemas, hibernação de equipamentos e sistemas em regime normal de operação ou em paradas. Diz o autuante que justamente aplicado em purgas, secagem, ou seja, o mesmo dos 2% cobrados para o Nitrogênio tubovia, razão pela qual foi totalmente cobrado como crédito indevido de ICMS.”*

Portanto, não merece prosperar o pleito da empresa em igualar o tratamento de fator de crédito indevido em relação aos produtos NITROGÊNIO GASOSO TUBOVIA e NITROGÊNIO LÍQUIDO CARRETA, tendo em vista que este último é utilizado integralmente em atividade de purga, razão pela qual não se integra ao processo produtivo;

9) Quanto às Aminas, os Antioxidantes, os Nalcos, Antiespumantes, Dispersantes, Neutralizantes e Sequestrantes, registra que se percebe claramente de suas funções, expostas pelo Autuado que se trata de produtos marginais ao processo produtivo, não podendo ter seu crédito de ICMS permitido.

Sobre o tema, destaca trecho de julgado por Câmara desse CONSEF:

Acórdão CJF N° 0363-12/19:

“Os produtos utilizados no tratamento da água, como Dispersantes Inorgânicos (Nalco e Trasar). Biodispersante Nalsperse, Sequestrante de Oxigênio, Nalco 73550.IIR - 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.”

Arremata asseverando que sendo assim, devem permanecer os itens no levantamento;

10) No tocante à Infração 02, que cobra DIFAL das mesmas mercadorias da Infração 01, que não haviam sido corretamente classificadas como Material de Uso e Consumo, esclarecem que em relação à alegação do Autuado em seu item 38 e seguintes da peça inicial defensiva, de que esta auditoria efetuou os cálculos de forma indevida, sobre “base dupla”, informam que os cálculos foram realizados de acordo com o quanto estabelecido na Lei 7014/96, em seu art. 17, inciso XI, § 6º, cujo teor reproduz.

Arremata assinalando que, estando correto o procedimento fiscal, mantêm integralmente a Infração 02.

Conclui sustentando que, não tendo o Impugnante trazido aos autos elemento algum suficiente para elidir a acusação fiscal, a autuação é procedente.

Em sustentação oral, o patrono do Autuado, o advogado, Marcos Eduardo Lagrotta Pernolato, OAB - BA N° 25.476, na assentada do julgamento reiterou todos os argumentos já aduzidos em sua peça impugnativa.

VOTO

O Autuado suscitou preliminar de nulidade, por cerceamento ao seu direito de ampla defesa, aduzindo que o ato administrativo deve respeitar a forma exigida para a sua prática e o seu objeto/conteúdo, além de se constituir um elemento vinculado e obrigatório do ato. Sustentou que o lançamento foi efetivado com base em mera presunção, uma vez que o lançamento deveria indicar a razão pela qual foram desclassificados e caracterizados como de mero uso e consumo, cotejando-se com a forma pela qual foram empregados em sua planta industrial. Registrhou ainda que não houve visita *in loco* em sua planta industrial, nem mesmo a solicitação de informações ao contribuinte sobre a forma de utilização dos bens arrolados no levantamento fiscal, o que afronta o princípio da verdade material.

Ao compulsar as peças que integram os autos, verifico que não procede a alegação da Defesa, uma vez que a matéria e os itens arrolados no levantamento fiscal de que cuida o presente Auto de Infração já fora objeto de diversas autuações contra o estabelecimento ora autuado, sendo recorrente na jurisprudência deste CONSEF. A classificação dos itens glosados não decorre de presunção e sim de previsão legal, uma vez que, apesar de serem importantes para otimização e facilitação da produção, não se trata de produtos intermediários. Pois, mesmo sendo importantes para a produção atuam à margem dessa, não sendo essencial, cuja natureza se configura, efetivamente, de material de uso e consumo.

Logo, por se tratar de produtos, cuja função no processo produtivo do estabelecimento autuado, já são sobejamente conhecidos em decorrência de reiteradas fiscalizações e julgados anteriores, não vislumbro qualquer necessidade de visita *in loco* da planta industrial, cujo processo produtivo é por demais conhecido e não se tem notícia de qualquer modificação apontada pela

Defesa. Logo, pelo expedito, entendo inexistir qualquer ofensa aos princípios da busca da verdade material e da ampla defesa.

Ademais, resta claramente evidenciado que a descrição dos fatos no presente Auto de Infração foi efetuada de forma compreensível, foram indicados os dispositivos infringidos e a multa aplicada relativamente às irregularidades apuradas, não foi constatada violação ao devido processo legal e à ampla defesa, sendo a exigência fiscal, imposto e sua base de cálculo e a multa, apurados consoante os levantamentos e documentos acostados aos autos, cujas cópias foram entregues ao autuado. Nestes termos, afigura-se o presente processo revestido das formalidades legais, e não se encontram presentes os motivos elencados na legislação, inclusive os incisos I a IV, do art. 18, do RPAF-BA/99, que pudesse inquinar de nulidade o lançamento.

Fica também indeferido o pedido do sujeito passivo para realização de prova técnica pericial com fulcro na alínea “b”, do inciso II, do art. 147, do RPAF-BA/99, por entender ser desnecessária, ante a suficiência das provas já produzidas e anexadas aos autos são suficientes.

No mérito, a acusação fiscal materializa a exigência de crédito tributário, em decorrência do cometimento de duas infrações à legislação do ICMS, conforme descrição pormenorizada no preâmbulo do relatório e enquadramento legal, com a tipificação das multas elencadas no Auto de Infração.

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, conforme demonstrativo às fls. 07 a 15 e CD a fl. 22.

Em sede de Defesa, o Autuado advogou a improcedência da autuação, pugnando pelo reconhecimento integral do crédito por ele apurado ao destacar os produtos de maior representatividade - Petroflo, Dióxido de Carbono, Nitrogênio, Produtos de controle da qualidade da água clarificada para reduzir e inibir a incrustação e corrosão dos equipamentos de sua planta – se configuram insumos industriais, comprovadamente essenciais para o processo produtivo de sua planta fabril.

Sustentou ainda que, conforme qualificação dos produtos arrolados no levantamento fiscal e extraída do Laudo do IPT que anexa às fls. 71 a 116, não há dúvidas acerca da sua essencialidade e consumo no processo produtivo do estabelecimento autuado, devendo ser mantido o crédito indevidamente glosado, pelo fato de que o direito ao crédito de ICMS está garantido constitucionalmente pelo inciso I, do § 2º, do art. 155, da CF/88.

Em suma, esses foram os argumentos da Defesa ao pugnar pela manutenção dos créditos glosados.

Os Autuantes, ao prestarem informação fiscal, mantiveram a autuação destacando que os itens ora exigidos, com exceção do ácido sulfúrico, que não consta no presente PAF, são os mesmos de outros autos de infração julgados nesse CONSEF, contra a própria defendant, citando como exemplo, o recente Acórdão JJF N° 0079-01/22-VD com o resultado do julgamento do PAF n° 297515.0004/21- 4,

Em relação aos produtos PETROFLO e GAS DIOXIDO CARBONO GRANEL, assinalaram que o Autuado não conseguiu comprovar que possam ser produtos intermediários. Inclusive, em relação ao GAS DIOXIDO CARBONO GRANEL, a empresa já respondeu em fiscalizações anteriores o destino do produto, resposta esta que foi destacada no julgamento do PAF 297515.0004/21-4, já reportado, em que se comprovou que não se integra à produção, uma vez que o referido produto é aplicado no tratamento de materiais que são descartados como efluentes.

Quanto ao NITROGÊNIO GASOSO TUBOVIA - produto lançado a base de 2% de crédito indevido (vide Fator 0,02 coluna AD da Planilha de Crédito Indevido), que é o percentual utilizado na purga de equipamentos, momento em que há interrupção do processo produtivo, confirmado pelo

próprio Autuado em sua defesa, que é destinado para fazer purgas dos hidrocarbonetos dos sistemas antes da abertura dos equipamentos, sendo, portanto, correta a cobrança do produto.

No que se refere NITROGÊNIO LÍQUIDO CARRETA - produto lançado no crédito indevido integralmente, por ser utilizado na totalidade em atividade de purga, conforme já esclarecido em Fiscalização anterior, e como destacado no julgamento do PAF 297515.0004/21-4.

Já as Aminas, os Antioxidantes, os Nalcos, Antiespumantes, Dispersantes, Neutralizantes e Sequestrantes, afirmaram que se percebe claramente de suas funções, expostas pelo Autuado, que se trata de produtos marginais ao processo produtivo, não podendo ter seu crédito de ICMS permitido. Apresentou como precedente a decisão da 2ª CJF desse CONSEF no Acórdão CJF N° 0363-12/19.

Depois de examinar todos os elementos que emergiram do contraditório, concluo que os itens arrolados no levantamento fiscal, os quais o Autuado alega, com base no Parecer Técnico do IPT, fls.71 a 116v, serem insumos utilizados no seu processo produtivo, tais como Biocidas, Dispersantes Inorgânicos, Inibidores de Corrosão, Aminas Neutralizantes, Antipolimerizantes, Antioxidantes, na realidade, são materiais de uso e consumo do estabelecimento, portanto, sendo vedado o creditamento levado a efeito pelo autuado.

Resta patente nos autos que os referidos produtos não têm características de produtos intermediário, como se verifica a exemplo do item PETROFLO 20Y25, às fls. 75 e 75v e fl. 116 no próprio Parecer Técnico do IPT, apresentado pelo Defendente, haja vista que a maior parte deles são aplicados para evitar incrustação de resíduos sólidos nos trocadores de calor e na água utilizada nas torres de refrigeração e geração de vapor, com a finalidade, de proteger os equipamentos da corrosão causada pelos microrganismos presentes.

Por isso, fica evidenciado que os itens arrolados no levantamento fiscal não integram o processo fabril, nem são consumidos diretamente pelo contato, já que na quase totalidade a finalidade é outra, ou seja, elevar a vida útil dos equipamentos utilizados.

Logo, pelo expedito, entendo não ser possível se falar em emprego no processo de industrialização, consoante estabelece a alínea “b”, inciso I, do art. 309, do RICMS-BA/12, devendo tais itens serem classificados como de uso/consumo, não admitindo o direito ao crédito fiscal.

Assim, concluo pela subsistência da Infração 01.

A Infração 02 - imputa ao sujeito passivo a falta de recolhimento do ICMS, decorrente de diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento autuado.

Em sede de Defesa, o Autuado também pugnou pela improcedência desse item da autuação, que é consequência direta da Infração 01, uma vez que os Autuantes negaram a utilização dos créditos fiscais relativo às aquisições interestaduais de produtos matéria prima e produtos intermediários essenciais ao seu processo produtivo, arrolados no levantamento fiscal por considerá-los material de uso e consumo, e que necessariamente teriam que exigir o complemento de alíquota no que tange a essas operações.

Asseverou ainda que, se acaso mantido esse item da autuação, fosse revisada a forma de cálculo do ICMS DIFAL por ter sido considerado pela fiscalização a aplicação da diferença de alíquota sob a base dupla, apurando inicialmente o ICMS que seria devido nas operações interna na Bahia, para posterior subtração do valor do ICMS devido. Destacou que, como se extrai do texto constitucional - incisos VII e VIII, do § 2º, do art. 155, da CF/88 - o valor do ICMS DIFAL deve ser calculado a partir da aplicação da alíquota resultante da diferença entre a alíquota interna e a alíquota interestadual (Ex.: quando a alíquota interna for de 18% e a interestadual for de 7%, o ICMS DIFAL será calculado sob uma alíquota de 11%).

Na informação fiscal os Autuantes mantiveram integralmente a infração, informando que os cálculos foram realizados de acordo com o quanto estabelecido na Lei 7014/96, em seu art. 17, inciso XI, § 6º, cujo teor reproduz.

Inicialmente consigno que a exigência fiscal objeto da Infração emana da legislação de regência:

“Lei 7.014/96

[...]

Art. 4º Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento:

[...]

XV - da entrada ou da utilização, efetuada por contribuinte do imposto, de mercadoria, bem ou serviço, em decorrência de operação interestadual ou de serviço cuja prestação tenha sido iniciada em outra unidade da Federação, quando a mercadoria ou bem forem destinados ao seu uso, consumo ou ativo permanente ou quando o serviço não estiver vinculado a operação ou prestação subsequentes alcançadas pela incidência do imposto;

[...]

Art. 17. A base de cálculo do imposto é:

[...]

XI - nas hipóteses dos incisos XV e XVI do caput do art. 4º, desta Lei, o valor da operação ou prestação na unidade federada de origem, acrescido do valor do IPI, frete e demais despesas cobradas, devendo o montante do ICMS relativo à diferença de alíquotas integrar a base de cálculo.

[...]

§ 6º Nos casos do inciso XI, do caput deste artigo, o imposto a pagar será o valor resultante da aplicação da alíquota interna sobre base de cálculo obtida a partir da retirada da carga tributária da operação interestadual e inclusão da carga tributária interna sobre o valor da mercadoria, subtraindo-se desse resultado o valor do imposto destacado no documento fiscal.”

Depois de examinar as peças que integram e constituem esse item da autuação, precípua mente o fato de que esta infração está intimamente ligada à Infração 01, uma vez que os itens arrolados no levantamento fiscal são os mesmos daquela infração e considerando a sua manutenção integral, constato que o lançamento efetuado se afigura convergente com a legislação de regência.

No que concerne a alegação da Defesa de que seria necessária a revisão da forma de cálculo do ICMS DIFAL, depois de examinar o demonstrativo de apuração, verifico que o cálculo efetuado pelos Autuantes foi realizado com amparo expresso na legislação e regência, tendo em vista que o montante do ICMS relativo à diferença de alíquotas deve integrar a base de cálculo.

Logo, pelo expedito, resta patente o acerto da autuação

Concluo pela subsistência da Infração 02.

No tocante à solicitação para que as publicações, comunicações e intimações sejam efetuadas exclusivamente em nome de Milton Hedayioglu Mendes de Lima, OAB/BA nº 20.769, e-mail: mmendes@atn.adv.br, com telefone profissional (71) 3450-9718. Saliento que, nada obsta que o pleito seja atendido pelo setor competente deste CONSEF, entretanto, o regramento para a realização das intimações afigura-se definido nos artigos 108 e 109, do RPAF-BA/99. Ademais, o representante do Autuado poderá cadastrar seu correio eletrônico junto a esta SEFAZ, para receber as intimações do presente feito.

Nos termos expeditos, concluo pela subsistência do Auto de Infração.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 269352.0008/22-6, lavrado contra **BRASKEM S.A.**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$ 4.886.052,95, previstas nos incisos VII, alínea “a”, e na alínea “f”, do inciso II, do art. 42, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 23 de março de 2023.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - RELATOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS - JULGADORA