

PROCESSO - A. I. Nº 269352.0008/22-6
RECORRENTE - BRASKEM S.A.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JF nº 0042-03/23-VD
ORIGEM - SAT / COPEC
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 19/07/2024

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO CJF Nº 0233-12/24-VD**

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. MATERIAL DE USO E CONSUMO. 2. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS. MATERIAIS PARA DE USO E CONSUMO DO ESTABELECIMENTO. FALTA DE RECOLHIMENTO. A interpretação de “produtos intermediário” no processo de industrialização, ensejando o uso do crédito do ICMS decorrente de suas aquisições, conforme disposto no art. 155, § 2º, I da CF/88, associado com os artigos 19 e 20 do LC 87/96. Veja-se que resta comprovado a necessidade de utilização dos produtos “Petroflo” e “Dióxido de Carbono” na consecução dos produtos da empresa, classificando-os como “produtos intermediários”. Os produtos de *CONTROLE DA QUALIDADE DA ÁGUA CLARIFICADA - AS AMINAS, OS ANTIOXIDANTES, OS NALCOS, ANTIESPUMANTES, DISPERSANTES, NEUTRALIZANTES E SEQUESTRANTES* – ocorrem a margem do processo produtivo, mais especificamente após a ocorrência do processo produtivo como inibidores de corrosão dos equipamentos de produção e dispersantes, para o tratamento da água utilizada no processo produtivo, como também *NITROGENIO* utilizado nas purgas, classificando-os como “material de uso ou consumo”. Infrações 1 e 2 parcialmente subsistente. Não acolhida a preliminar de Nulidade. Indeferido o pedido de perícia técnica. Modificada a Decisão recorrida. Recurso **PARCIALMENTE PROVIDO**. Vencido o voto do relator quanto aos demais produtos com exceção da mercadoria Petroflo. Decisão unânime em relação ao Dióxido de Carbono, não unânime para o produto o Petroflo e, em decisão por maioria para os demais produtos.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário apresentado contra a Decisão recorrida que julgou Procedente 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. Os Autuantes prestam informação fiscal, fls. 120 a 123.

A JJF proferiu o seguinte voto condutor:

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. Registrou 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 expendido, 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 defendente, citando como exemplo, o recente Acórdão JJF Nº 0079-01/22-VD com o resultado do julgamento do PAF nº 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 Nº 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 exposto, 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 quão 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, precipuamente 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 expendido, 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 expendidos, concluo pela subsistência do Auto de Infração.

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

O patrono do recorrente apresenta peça recursal às fls. 153/178, onde inicialmente, relata quanto à tempestividade, descreve os fatos da autuação, reproduz as infrações e a resolução da decisão de piso.

Suscita **nulidade do lançamento e da decisão de 1ª Instância**. Disse que não nos autos prova que evidencia a ocorrência do fato gerador autuado, sendo, portanto, presumida a ocorrência do fato gerador. Ressalta que o agente autuante não produziu qualquer prova técnica quanto à requalificação da mercadoria autuada como materiais de uso e consumo. Aliás, sequer apresentou qual o racional que levou a referida requalificação. Ou seja, temos uma acuação fiscal vazia.

Disse que na Manifestação (fls. 120/123), a autoridade autuante tentou fundamentar seu entendimento na existência de um julgado de 1ª Instância, cuja ementa sequer abrange todas as mercadorias objeto do presente lançamento. Acrescenta que a existência de julgado similar não sobrepõe a exigência legal de verificação da ocorrência do fato gerador, caso a caso, prevista no art. 142 do CTN.

Salienta que, no presente caso, a autoridade lançadora, além de não apresentar prova do ocorrido, busca equivocadamente substanciar o lançamento na existência outro julgado, sem apresentar qual o conjunto probatório levou ao entendimento do caso paradigmático e se ele se assemelha ao conjunto probatório do presente contencioso (que de fato não existe). Ou seja, não demonstrou a similitude entre os casos. Portanto, temos um lançamento fiscal galgado em mera presunção do agente fiscal.

Cita lições de Geraldo Ataliba e ensinamento de Aires Barreto que, depreende-se que a presunção não pode ser utilizada em matéria tributária quanto se tem conhecimento do fato, como ocorre no presente caso. Portanto, não assiste razão ao autuante quando presume a ocorrência de creditamento indevido. Inclusive, o legislador tributário baiano cuida das hipóteses de presunção com demasiada restrição, visto que são apenas 2 (duas) as hipóteses admitidas na Lei nº 7014/1996 (art. 4º, § 5º e art. 23-A) e no RICMS/12-BA.

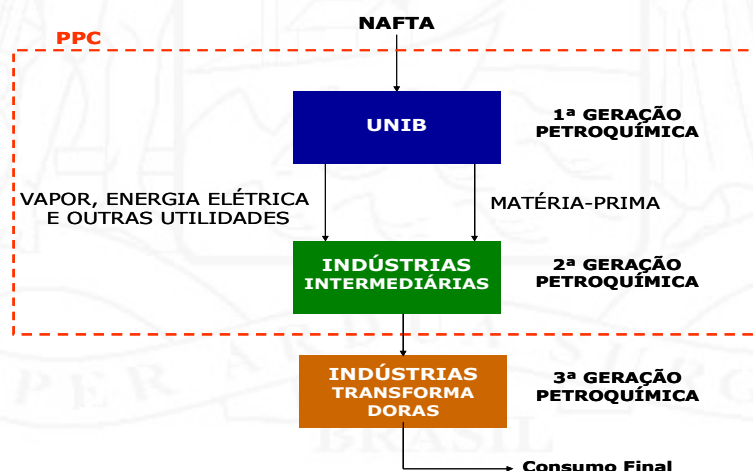
Ademais, afirma que apresentou prova técnica quanto a aplicação direta das mercadorias em seu processo produtivo, o que merece no mínimo uma análise, também, técnica para que ela seja invalidada, como pretendido pela autoridade autuante. Repisa os termos do art. 142 do CTN, compete privativamente à autoridade administrativa a constituição do crédito tributário pelo lançamento, calcular o montante do tributo devido.

Complementa 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. Nesse diapasão, aponta que a decisão de Primeira Instância também se mostra nula, posto que não faz análise técnica das provas produzidas nos autos do processo. Isto é, em sede de impugnação, a Recorrente apresentou um laudo técnico produzido por um instituto especializado e idôneo que não foi acolhido sem a necessária análise técnica, pois o laudo não foi objeto de análise técnica, mas analisado sob ótica da opinião e experiência dos julgadores, o que prejudica a busca pela verdade matéria que, neste caso, repita-se, é meramente técnica.

Adiciona que fez o esforço probatório e técnico que lhe competia ao apresentar a defesa subsidiada em um aludo técnico, entretanto a fiscalização e o julgamento de primeira instância não tiveram o mesmo olhar técnico sobre os fatos discutidos. Nesse esteio, pondera que a dinâmica adotada pela d. 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. Pede pela anulação do lançamento fiscal ora impugnado nos termos do art. 18, IV, “a” do RPAF-BA e do art. 142 do CTN.

No mérito, pede pela **improcedência do Auto de Infração**. Repisa o argumento de que a Recorrente está galgado em prova técnica elaborada por instituto renomado, sendo que até o presente momento não foi rechaçada tecnicamente no presente contencioso.

Esclarece sobre o **processo produtivo da unidade autuada**. Disse que para a melhor compreensão do caso e identificação do tratamento jurídico adequado a ser dispensado por esse Eg. CONSEF, apresenta uma breve exposição do processo produtivo realizado no estabelecimento autuado, a Unidade Industrial de Químicos - Q1 (antiga UNIB) da Braskem. Aponta que o referido estabelecimento está inserido na 1ª geração de cadeia plástica, fornecendo insumos para a 2ª geração. Abaixo, segue quadro ilustrativo da cadeia plástica para melhor visualização da inserção da UNIB/Q1 nesta importante cadeia econômica:



Explica que a Q1 é especialmente responsável pelo ciclo de negócios ligados à produção de matérias-primas básicas como eteno e propeno a partir da nafta, do gás natural e do etano, fundamentais para a segunda geração, que produz as resinas termoplásticas (PE, PP e PVC), utilizadas posteriormente pela terceira geração, as empresas de transformação.

Discorre que a Central de Matérias-Primas (CEMAP) é composta de quatro grupos de unidades industriais assim denominadas: Unidade de Olefinas I (UO-I), Unidade de Olefinas II (UO-II), Unidade de Aromáticos I (UA-I) e Unidade de Aromáticos II (UA-II). Além da CEMAP, a Q1 é também composta pela Unidade Termoelétrica (UTE), responsável pela produção de vapor e pela

geração e distribuição de energia elétrica.

Salienta que durante os inúmeros processos produtivos desenvolvidos pela Q1, seja através da sua Central de matérias primas ou através da Unidade Termoelétrica, são usados uma infinidade de insumos, reagentes, aditivos, produtos intermediários, embalagens, para a obtenção do seu amplo leque de produtos acabados, dentro das especificações técnicas de cada uma de suas plantas industriais.

Argumenta em relação à **natureza dos bens indicados como de uso e consumo nas infrações 01 e 02**. Destaca que, embora o auto impugnado seja composto por duas infrações, as duas imputações partem da mesma premissa equivocada que é a classificação de alguns insumos utilizados pela Recorrente como se fossem de uso e consumo do estabelecimento. Deste modo, a demonstração de que os referidos produtos, em verdade, são consumidos no processo produtivo e devem ser classificados como insumos terá reflexo nas duas infrações lavradas.

Pontua que o crédito tributário controvertido, objeto do Auto de Infração ora impugnado, tem origem na glosa de crédito fiscal a título de ICMS apropriado pela Recorrente e ausência de recolhimento de DIFAL na aquisição de determinados produtos, sob a alegação de que estes produtos não estariam vinculados com a atividade fim da unidade industrial (bens de uso e consumo).

No caso em tela, foram autuados e glosados equivocadamente pela fiscalização diversos bens, comprovadamente essenciais para o processo produtivo da Recorrente, conforme se depreende do laudo IPT apresentado junto com a impugnação. Destacou os de maior representatividade:

- **Petroflo**: substância 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. 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 **antipolimerizante** nas unidades de produção de Butadieno. No que tange o PETROFLO 20Y3406, 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).

Há ainda que citar os PETROFLOW 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, 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.

O patrono colaciona recente precedente firmado por esse i. Conselho de Fazenda (A-0275-11/22-VD), 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.

E cita entendimento firmado segue o disposto no RICMS/2012 em seu art. 309, inc. I, alínea “b”, 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:** é um importante gás industrial vendido pela White Martins à Braskem e usando 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. Também usado na Unidade de Termoxidação para neutralizar a soda gasta, adequando o parâmetro de PH da corrente de produção. Sem a utilização do mencionado gás, a corrente produtiva poderia se degradar ou inviabilizar as especificações dos produtos acabados desenvolvidos pela Q1.
- **Nitrogênio:** são 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). 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 Recorrente e o referido fornecedor. 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.

O 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.

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. Nesse contexto, 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.

Trata-se o Nitrogênio de um gás usado em vários sistemas do processo produtivo (ex. Tanques, Vasos, etc) da Q1. Aproximadamente 90 % (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.

Além da função acima indicada, cerca de 8% (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. Finalmente, cerca de 2% (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 Recorrente.

Requer o reconhecimento integral do crédito apurado pela Recorrente em relação ao Nitrogênio, conforme razões acima expostas. Subsidiariamente, requer seja retificada a base de cálculo do crédito glosado, a fim de que a glosa recaia somente sobre 02 % (dois) por cento do valor das aquisições, em harmonia ao critério já adotado no produto **Nitrogênio Gás Tubovia**:

- **Produtos de controle da qualidade da água clarificada:** as **Aminas**, os **Antioxidantes**, os **Nalcos**, **Antiespumantes**, **Dispersantes**, **Neutralizantes** e **Sequestrantes** possuem acentuado destaque no Sistema de Água de Resfriamento. 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.

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.

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.

Sustenta 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. Sendo assim, não há que se falar em classificação dos referidos produtos como bens de uso e consumo, pois, em verdade trata-se de insumos e produtos intermediários consumidos no processo produtivo.

Defende que tem **ao direito ao crédito**, como decorrência da regra da não-cumulatividade, nos termos do que dispõe o artigo 155, § 2º, inciso I da CF/88. Pondera que a legislação infraconstitucional reconhece o direito de crédito nas aquisições dos produtos destinados ao processo de industrialização, nos termos dos arts. 19 e 20 da Lei Complementar nº 87/1996. Reproduz o artigo 309, I, alínea “b” do RICMS/Bahia, aprovado pelo Decreto nº 13.780/12.

Lembra que a legislação de regência exige para que as aquisições de produtos aplicados na produção de mercadorias sujeitas à tributação gerem créditos fiscais do imposto é que tais bens sejam essenciais ao processo de industrialização, no qual deverão ser integralmente consumidos, tornando-se imprestáveis para nova utilização. Nesse sentido, transcreve precedente do qual se extrai o atual entendimento adotado pelo Eg. STJ (*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*)

Sustenta que resta evidente o direito da Recorrente à manutenção dos créditos de ICMS relativo aos produtos autuados, indevidamente classificados como de uso e consumo, mediante a acusação fiscal capitulada no Auto de Infração objeto da presente demanda.

Finaliza e requer que para conhecer e **dar provimento** ao presente **recurso voluntário**, no sentido de julgar:

- a) Preliminarmente, nulo o lançamento e a decisão de piso, nos termos do art. 142 do CTN e do art. 18, inciso IV, alínea “a” Decreto nº 7.629/99 (RPAF-BA), conforme as razões de fato e de direito aduzidas no item III, deste Recurso;
- b) No mérito, improcedente integral do lançamento, porque as mercadorias autuadas não se classificam como bens de uso e consumo, pois, em verdade, trata-se de insumos e produtos intermediários essenciais e consumidos no processo produtivo, conforme as razões de fato e de direito aduzidas no item III.2, deste Recurso e da prova técnica que lastreia seu argumento.

Registra-se a presença do Dr. Thales Maia Galiza, na sessão de videoconferência, que exerceu o seu direito regimental de fala em defesa do contribuinte.

É o relatório.

VOTO (Vencido quanto aos demais produtos com exceção do produto Petroflo)

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo Recorrente (art. 169, I, “b” do RPAF/99), a fim de modificar a decisão de piso, que julgou pela Procedência Parcial em decisão unânime o presente Auto de Infração do contribuinte do ICMS, Inscrição Estadual nº 001.027.389, lavrado em 24/02/2022 para exigir ICMS no valor histórico R\$ 4.886.052,95 e multa de 60% em razão do sujeito passivo na infração 01 ao utilizar indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de material de uso e consumo e a infração 02 onde deixou de recolher ICMS/DIFAL nas aquisições de

mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas a uso e consumo referente ao exercício de 2020.

Em sede de recurso, o recorrente apresenta as razões para a reforma da decisão recorrida, as quais são resumidas abaixo:

Preliminarmente roga pelas **nulidades do lançamento e a decisão recorrida**, nos termos do art. 142, do CTN e do art. 18, inciso IV, aliena “a” do Decreto nº 7.629/99 (RPAF-BA); consequentemente do lançamento como já explicitado no relatório acima.

No mérito alega a **improcedência do lançamento devido à extinção do crédito tributário**, tendo em vista que as mercadorias não se classificam como bens de uso e consumo, pois tratam-se de produtos intermediários essenciais e consumido no processo produtivo do recorrente.

Compulsando os autos, inicialmente passo à análise dos pedidos de nulidade do lançamento e da decisão recorrida.

Quanto à nulidade suscitada sob alegação de que é inequívoco que o lançamento foi efetivado com base em mera presunção, sem visita em loco na planta industrial para confirmação da forma de utilização dos bens.

Verifico no presente lançamento que foram observados os requisitos previstos no art. 39 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, pois os fatos geradores das infrações que compõem o lançamento estão bem determinados, a descrição é clara e os elementos constitutivos do débito tributário estão descritos nos demonstrativos que acompanham o Auto de Infração, dos quais o recorrente recebeu cópia, facilitando, assim, o pleno exercício do direito de defesa, portanto, o lançamento não se trata de mera presunção com pretendida pelo recorrente.

Sinalizo que o lançamento fiscal em lide foi elaborado com base nas informações apresentadas pelo contribuinte através da Escrituração Fiscal Digital EFD a SEFAZ/BA, como dispõe a Legislação do ICMS do Estado da Bahia.

No tocante ao pedido de nulidade do julgamento sob análise, não deve prosperar, vez que, a decisão de piso está bastante fundamentada, conseguindo inclusive explicar a decisão com base nos números apresentado pelo sujeito passivo.

Do exposto, **rejeito as nulidades suscitadas nos autos**.

No mérito, verifica-se que a autuação se baseia na cobrança de ICMS pela utilização de crédito indevido do imposto referente à aquisição de materiais de uso e consumo (infração 1), sem a devida classificação fiscal, e do diferencial de alíquotas (infração 2).

Em contrapartida, a empresa recorrente argumenta que as mercadorias autuadas não se configuram como bens de uso e consumo, mas sim como insumos e produtos intermediários essenciais e consumidos no processo produtivo.

Compulsando os autos no mérito passo a análise conjuntamente das duas infrações por tratarem da mesma premissa em que o recorrente entende como produtos intermediários e classifica como insumos no processo produtivo e por outro lado a fiscalização entende que tais produtos são utilizados como uso e consumo do processo fabril do recorrente.

Para melhor compreensão da questão, torna-se crucial analisar detalhadamente a natureza das mercadorias em questão, à luz da legislação fiscal pertinente, a fim de determinar a correta classificação fiscal e, consequentemente, a exigibilidade ou não do ICMS.

Desta forma, não há como classificar material de uso ou consumo do estabelecimento, tais como os seguintes produtos:

- Petroflo;
- Dióxido de Carbono;
- Nitrogênio gasoso tubovia;
- Nitrogênio líquido carreta;

- Produtos de controle da qualidade da água clarificada

Não se configuram como mero material de uso ou consumo do estabelecimento, mas sim, integram-se ao processo produtivo do Recorrente como produtos intermediários, indispensável na produção.

Ressalto que, conforme as descrições da própria recorrente e corroborado pelo Parecer Técnico nº 20.677-301 de 17.06.2014 elaborado pela empresa: IPT Instituto de Pesquisas Tecnológica, com site: www.ipt.br, apensando aos autos sob as fls.71 a 116/verso, que afirmam que os produtos citados acima assim se caracterizam:

- Consomem-se no processo produtivo;
- Entram em contato com o produto final, ainda que de forma indireta.

É relevante salientar que a Recorrente detalhou minuciosamente a aplicação e o uso de cada um dos materiais mencionados nas infrações. Com base nessas informações, não há dúvidas de que as mercadorias autuadas são, de fato, insumos industriais. Elas são empregadas ou consumidas no processo produtivo da empresa, representando gastos diretamente relacionados à sua atividade principal e integrando o custo das mercadorias produzidas.

Diante do exposto, não se justifica classificá-los como material de uso ou consumo, conforme defendido na autuação fiscal.

Com o intuito de corroborar com esta CJF, discute-se o direito ao crédito de materiais utilizados no processo fabril, como produto intermediário, mas claramente indispensável na produção. Nessa condição, os produtos elencados no lançamento não podem ser classificados como de “uso/consumo”, até porque, o uso/consumo é algo relacionado à utilização na manutenção do estabelecimento e não no processo fabril.

Diante do artigo 309, I, “b” do RICMS/BA, observa-se que em materiais utilizados no processo de industrialização, produção, geração e outros e, não especifica os tipos de materiais. Esse conceito de material, somente é utilizado porque não integra o produto, não sendo um conceito presente na legislação, e sim, criado por interpretação.

Tomamos por exemplo os conceitos trazidos no Voto Divergente constante no Acórdão nº 0363-12/19, transcrito parcialmente, referente a produtos idênticos e similares àqueles que pretende o fisco glosar o crédito neste lançamento:

“...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”. (destacou-se)

Ainda pode ser exemplificado, os conceitos trazidos no Voto Divergente, constante no Acórdão nº 0106-12/19, transcrito parcialmente, também refere-se a produtos idênticos e similares àqueles que pretende o fisco glosar o crédito neste lançamento:

“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, 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”. (destacou-se)

Sobre este tema, trago a decisão da 2ª CJF no Acórdão nº 0368-12.14, em julgamento de Auto de Infração lavrado contra a própria recorrente, que reconheceu o direito ao crédito, conforme resumido na ementa transcrita parcialmente, a saber:

“2. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. MATERIAL DE USO E CONSUMO. É vedada a utilização de crédito fiscal de uso e consumo. Item subsistente em parte, após exclusão das aquisições tidas como produto intermediário (nitrogênio e monóxido de carbono) que participam do processo industrial como elementos indispensáveis. Item subsistente em parte.” (destacou-se)

A respeito deste assunto, menciono também o recurso de **Embargos de Divergência em Agravo em Recurso Especial nº 1.775.781 – SP (2020/0269739-9) - STJ**, que envolve a mesma matéria de aquisição de materiais, mais especificamente produtos intermediários, que são itens essenciais ao processo produtivo e que se desgastam ou são consumidos gradativamente ao longo do tempo.

Os produtos intermediários são componentes fundamentais nos processos produtivos, sendo utilizados para a fabricação de outros produtos ou para a prestação de serviços. Eles se caracterizam por serem consumidos ou desgastados ao longo do processo de produção, o que torna essencial a sua reposição contínua para garantir a continuidade das atividades da empresa.

A Ministra Relatora Regina Helena Costa apresentou seu voto propondo o deferimento dos Embargos de Divergência, respaldando o direito ao crédito fiscal relacionado à aquisição de materiais utilizados no processo produtivo e produtos intermediários, inclusive aqueles gradualmente consumidos ou desgastados e que não se incorporam ao produto, **desde que fique demonstrada a indispensabilidade de sua utilização para a consecução do objeto social da empresa.**

Segue, a seguir, a ementa do voto:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. EMBARGÁVEL O ACÓRDÃO QUE NÃO TENHA CONHECIDO DO RECURSO, EMBORA TENHA APRECIADO A CONTROVÉRSIA (ART. 1.043, III, DO CPC/2015). ICMS. LEI COMPLEMENTAR N. 87/1996. CREDITAMENTO. AQUISIÇÃO DE MATERIAIS (PRODUTOS INTERMEDIÁRIOS). ITENS ESSENCIAIS AO PROCESSO PRODUTIVO E DESGASTADOS OU CONSUMIDOS GRADATIVAMENTE. CABIMENTO.

I - Consoante o decidido pelo Plenário desta Corte, na sessão realizada em 9.3.2016, o regime recursal será determinado pela data da publicação do provimento jurisdicional impugnado. Aplica-se, in casu, o Código de Processo Civil de 2015.

II - Conquanto se trate de Recurso Especial não conhecido pela 2ª Turma, a apreciação da controvérsia tributária (premissa jurídica) atrai a disciplina radcada no art. 1.043, III, do CPC/2015, a qual autoriza a interposição de embargos de divergência contra o acórdão de órgão fracionário que “divergir do julgamento de qualquer outro órgão do mesmo tribunal, sendo um acórdão de mérito e outro que não tenha conhecido do recurso, embora tenha apreciado a controvérsia”.

III - À luz das normas plasmadas nos arts. 20, 21 e 33 da Lei Complementar n. 87/1996, revela-se cabível o creditamento referente à aquisição de materiais (produtos intermediários) empregados no processo produtivo, inclusive os consumidos ou desgastados gradativamente, desde que comprovada a necessidade de sua utilização para a realização do objeto social da empresa – essencialidade em relação à atividade-fim. (destacou-se)

IV - Tais materiais não se sujeitam à limitação temporal prevista no art. 33, I, do apontado diploma normativo, porquanto a postergação em tela restringe-se aos itens de uso e consumo.

V - Embargos de Divergência providos.

Desta forma, ao meu ver, o recorrente faz jus ao creditamento de ICMS dos insumos adquiridos para seu processo fabril, pois conforme foi sedimentado em explicação técnica do processo de fabricação dos insumos e na avaliação do conjunto probatório anexado aos autos, estes materiais, quer sejam: Petroflo, Dióxido de Carbono, Nitrogênio Gasoso Tubovia, Nitrogênio Líquido Carreta e Produtos de controle da água clarificada, integraram e/ou foram consumidos no processo de industrialização.

Com base na jurisprudência mencionada, este Conselho pode decidir de acordo com o entendimento firmado pela Ministra Relatora Regina Helena Costa e os demais ministros da 1ª Seção. O deferimento dos Embargos de Divergência mencionado deve ser respaldado,

reconhecendo-se o direito ao creditamento do ICMS para a aquisição de materiais empregados no processo produtivo e produtos intermediários, desde que comprovada sua essencialidade para a realização do objeto social da empresa. Essa decisão estaria alinhada não apenas com o caso em questão, mas também com a uniformização da interpretação do direito tributário, promovendo a segurança jurídica e a igualdade de tratamento entre os contribuintes.

Ademais, ressalta-se que o direito ao crédito de ICMS encontra amparo garantido constitucionalmente, com efeito da regra da não cumulatividade conforme disposto no art. 155, § 2º, I da Constituição Federal de 1988.

Neste sentido, a legislação infraconstitucional distingue o direito de crédito nas aquisições dos produtos destinados ao processo produtivo conforme disposto nos arts. 19 e 20 da Lei Complementar nº 87/96.

Diante de tais constatações, entendo que resta comprovado o direito do recorrente pela manutenção dos créditos de ICMS, no que se refere aos produtos da autuação, por se tratarem de insumos utilizados no seu processo produtivo.

Pelo exposto, **(i)** com base nos artigos expostos acima, **(ii)** nos votos vencidos deste próprio Conselho acima transcritos e **(iii)** do Embargos de Divergência EARE/SP 1.775.781, é que concluo pela **improcedência** do Auto de Infração.

Voto pelo PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

VOTO VENCEDOR (Produtos: Nitrogênio gasoso tubovia, Nitrogênio líquido carreta e Produtos de controle da qualidade da água clarificada)

Cuidam os presentes autos de Recurso Voluntário interposto pela autuada em razão do Acórdão da 6ª JF Nº 0315-06/23-VD, às fls. 247/268 dos autos, que julgou Procedente o Auto de Infração, lavrado em 28/06/2019, para exigir ICMS no valor de R\$ 4.886.052,95, em razão da imputação de 02 (duas) infração, descritas a seguir:

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;

Fundamentação Legal: art. 29, parágrafo 1º, inc. II e art. 53, inc. II, da Lei 7.014/96

Art. 29, parágrafo 1º, inc. II

Art. 29. Para a compensação a que se refere o artigo anterior, é assegurado ao sujeito passivo o direito de creditar-se do imposto anteriormente cobrado em operações de que tenha resultado a entrada de mercadoria, real ou simbólica, no estabelecimento, inclusive a destinada ao seu uso ou consumo ou ao ativo permanente, ou o recebimento de serviços de transporte interestadual e intermunicipal ou de comunicação, inclusive quando iniciados ou prestados no exterior.

§ 1º O uso do crédito fiscal ocorrerá:

II - a partir da data prevista na Lei Complementar Federal nº 87, de 13 de setembro de 1996, tratando-se de mercadorias destinadas ao uso ou consumo do estabelecimento e respectivos serviços de transporte;

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.

Fundamentação Legal: art. 4º, inciso XV, da Lei 7.014/96, c/c art. 305 § 4º, inciso III, alínea "a", do RICMS/BA

Art. 4º, inciso XV, da 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. 305 § 4º, inciso III, alínea “a”, do RICMS/BA

Art. 305. No regime de conta-corrente fiscal, os contribuintes apurarão, no último dia de cada mês, o imposto a ser recolhido em relação às operações ou prestações efetuadas no período, com base nos elementos constantes em sua escrituração fiscal.

§ 4º Constitui débito fiscal, para efeito de cálculo do imposto a recolher:

III - o valor correspondente à diferença de alíquotas:

a) nas aquisições de mercadorias ou bens destinados a uso, consumo ou ativo imobilizado do adquirente;

Neste contexto, vê-se que a acusação fiscal, seja a Infração 01, seja a infração 02, decorre do entendimento da Fiscalização de que as mercadorias/produtos, objeto do demonstrativo de fls. 8 a 21 dos autos, que faz parte integrante do CD/Mídia de fl. 22, trata-se de mercadorias/produtos destinados ao “uso e consumo do estabelecimento” e não “produtos intermediários do processo produtivo”, como assim escriturou, o Contribuinte Autuado, na ocorrência dos fatos geradores.

Pois bem! Como posto no voto do i. Conselheiro Relator, o Recurso Voluntário interposto, pelo Recorrente (art. 169, I, “b” do RPAF/99), objetiva modificar a decisão de piso, que julgou Procedente, em decisão unânime, o Auto de Infração nº 269352.0008/22-6, em tela, lavrado em 24/02/2022 para exigir ICMS no valor histórico R\$ 4.886.052,95, por se tratar os produtos, objeto da autuação como material de usos ou consumo do estabelecimento.

Por sua vez, o voto do i. Conselheiro Relator, no mérito, conduz seu entendimento de que não, não há “**como classificar material de uso ou consumo do estabelecimento**”, os seguintes produtos: “Petroflo”, “Dióxido de Carbono”; “Nitrogênio gasoso tubovia”; “nitrogênio líquido carreta” e “produtos de controle da qualidade da água clorificada”.

Diz que não se configuram como mero material de uso ou consumo do estabelecimento, mas sim, integram-se ao processo produtivo do Recorrente como produtos intermediários, indispensável na produção.

Traz aos autos, para justificar seu entendimento, as descrições da própria recorrente e corroborado pelo Parecer Técnico nº 20.677-301 de 17.06.2014 elaborado pela empresa: IPT Instituto de Pesquisas Tecnológica, com site: www.ipt.br, apensando aos autos sob as fls.71 a 116/verso, que afirmam que os produtos citados acima assim se caracterizam: (1) “Consumem-se no processo produtivo”; (2) “Entram em contato com o produto final, ainda que de forma indireta”.

Após outras considerações amparadas em decisões deste Conselho de Fazenda, diz, o i. Relator Conselheiro, que o direito ao crédito de ICMS encontra amparo garantido constitucionalmente, com efeito da regra da não cumulatividade conforme disposto no art. 155, § 2º, I da Constituição Federal de 1988, que a seguir destaco:

Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993)

§ 2º O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993) (Vide Emenda Constitucional nº 132, de 2023)

I - será não-cumulativo, compensando-se o que for devido em cada operação relativa à circulação de mercadorias ou prestação de serviços com o montante cobrado nas anteriores pelo mesmo ou outro Estado ou pelo Distrito Federal;

Pontua, também, o i. Relator Conselheiro, que a legislação infraconstitucional distingue o direito de crédito nas aquisições dos produtos destinados ao processo produtivo conforme disposto nos arts. 19 e 20 da Lei Complementar nº 87/96, que a seguir destaco:

Art. 19. O imposto é não-cumulativo, compensando-se o que for devido em cada operação relativa à circulação de mercadorias ou prestação de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação com o montante cobrado nas anteriores pelo mesmo ou por outro Estado.

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

Aqui cabe, de pronto, a ressalva de que, com LC 171/2019, postergou o direito ao crédito do ICMS (art. 20 da LC 87/96), relativo as mercadorias destinadas ao uso ou consumo do estabelecimento, para 1º de janeiro de 2033.

Seguindo, então, o i. Relator Conselheiro, diz restar comprovado o direito do recorrente pela manutenção dos créditos de ICMS, no que se refere aos produtos da autuação, **por se tratarem de insumos utilizados no seu processo produtivo**, concluindo pela improcedência da autuação.

Antes de adentrar na análise de cada um dos produtos objeto da autuação, **veja necessário apresentar meu entendimento de “produto intermediário”**.

São considerados “**produtos intermediários**” os bens materiais que se utilizam no processo de industrialização, exigindo sua renovação ao término de cada participação no processo produtivo, mesmo que não se integre fisicamente ao produto acabado.

Passo, então, apresentar minha justificativa, para convergência em parte ao voto do i. Relator Conselheiro desta 2ª CJF, ao qual me alinho parcialmente, pois, quanto aos produtos “*Petroflo*” e “*Dióxido de Carbono*”, em sua totalidade, mas o “*Nitrogênio*”, apenas são **utilizados durante o processo de transformação** dos produtos, por entender tratar-se de “*produtos intermediários*”, de fato.

Todavia divirjo do “*Nitrogênio*” empregado como **fluido de aquecimento** de algumas etapas de regeneração de catalisadores e dessorção em peneiras moleculares, bem como destinado para fazer **purgas dos hidrocarbonetos** dos sistemas antes da abertura dos equipamentos e dos “*produtos de controle da qualidade da água clorificada - as amins, os antioxidantes, os nalcos, antiespumantes, dispersantes, neutralizantes e sequestrantes*”, por entender, nos autos, tratar-se de *produtos de uso ou consumo*, de fato, pois são utilizados fora do processo produtivo.

É o que passo a discorrer:

PETROFLO

Vê-se do relatório do voto do i. Relator, objeto do Parecer do Instituto de Pesquisas Tecnológica (IPT), com site: www.ipt.br, apensando aos autos sob as fls. 71 a 116/verso, que o “*PETROFLO*” é uma substância aplicada em diversas etapas de produção, do Recorrente, a fim de garantir o processo de fabricação, evitando que o produto perca suas especificações técnicas.

Observa-se, também, que se tem diferentes tipos de “*PETROFLO*”, com variadas funções, que também são objetos da relação de produtos, constantes do demonstrativo de débito da autuação.

Vê-se do relatório, “*PETROFLO 20Y3103*” e “*PETROFLO 20Y3423*”, que são utilizados como **inibidores de polimerização**, dosados no solvente da unidade de produção ISOPRENO A-5200, exercendo o mesmo papel também nas unidades de produção de BUTADIENO.

Vê-se, também, que o “*PETROFLO 20Y3153*” é utilizado como **antipolimerizante** nas unidades de produção de BUTADIENO. No que tange o “*PETROFLO 20Y3406*”, 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).

Traz ainda o destaque dos *PETROFLOW 20Y102* e *PETROFLOW 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, os PETROFLO 20Y114, PETROFLO 20Y3 e PETROFLO 20Y3414 têm a informação que 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.

Pesquisa desenvolvidas, por este Conselheiro Julgador, em vários sites disponíveis na Internet, ratificam essas informações.

Vejo, portanto, tratar-se de um produto intermediário, pois são utilizados no processo de industrialização da Recorrente, exigindo sua renovação ao término de cada participação no processo produtivo, mesmo não integrando fisicamente ao produto acabado.

Deve-se excluir da autuação, dando provimento ao Recurso Voluntário.

DIÓXIDO DE CARBONO

Vê-se do relatório do voto do i. Relator, objeto do Parecer do Instituto de Pesquisas Tecnológica (IPT), com site: www.ipt.br, apensando aos autos sob as fls.71 a 116/verso, que o **“DIÓXIDO DE CARBONO”** é um importante gás industrial que 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**. Também usado na Unidade de *“Termoxidação”* **para neutralizar a soda gasta, adequando o parâmetro de PH da corrente de produção**. Sem a utilização do mencionado gás, a corrente produtiva poderia se degradar ou inviabilizar as especificações dos produtos acabados desenvolvidos pela Q1.

Pesquisa desenvolvidas, por este Conselheiro Julgador, em vários sites disponíveis na Internet, ratificam essas informações.

Vejo, portanto, tratar-se de um produto intermediário, pois são utilizados no processo de industrialização da Recorrente, exigindo sua renovação ao término de cada participação no processo produtivo, mesmo não integrando fisicamente ao produto acabado.

Deve-se excluir da autuação, dando provimento ao Recurso Voluntário.

NITROGÊNIO

Vê-se do relatório do voto do i. Relator, objeto do Parecer do Instituto de Pesquisas Tecnológica (IPT), com site: www.ipt.br, apensando aos autos sob as fls.71 a 116/verso, que o **NITROGÊNIO** são as diferentes denominações do produto Nitrogênio constantes das Notas Fiscais de Entrada fiscalizadas: (i) *“Nitrogênio Gás Tubovia”*; (ii) *“Nitrogênio Líquido Carreta”*.

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 Recorrente e o referido fornecedor. 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.

O *“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.

Trata-se o **“NITROGÊNIO”** de um gás usado em vários sistemas do processo produtivo (ex. Tanques, Vasos, etc) da Q1. Aproximadamente 90 % (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.

Além da função acima indicada, **cerca de 8%** (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**. Finalmente, **cerca de 2%** (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 Recorrente.

Pesquisa desenvolvidas, por este Conselheiro Julgador, em vários sites disponíveis na Internet, ratificam essas informações.

Vejo, entretanto, em decisões deste Conselho de Fazenda, como do Acórdão nº 0321-12/23 VD, desta mesma Câmara, relativo ao mesmo Recorrente, a BRASKEN, que o i. Relator Conselheiro não acolheu o Recurso Voluntário, para enquadrar o *NITROGÊNIO* como “*produto intermediário*” do processo produtivo e sim como um “*produto/material de uso ou consumo*” do estabelecimento, dado que o agente Autuante, na Informação Fiscal, objeto daquele PAF, informara que a glosa dos créditos, em relação ao *NITROGÊNIO*, só ocorreu quando esse insumo foi utilizado nas manutenções da fábrica. Têm-se, também, do referido Acórdão, a informação de que, **nas demais funções do *NITROGÊNIO*, o crédito fiscal foi preservado pela Auditoria.**

Neste contexto, relativamente ao *NITROGÊNIO*, **destinado para fazer purgas dos hidrocarbonetos do sistema produtivo antes da abertura dos equipamentos, isto é, o *NITROGENIO* que** possibilita a substituição de uma atmosfera indesejável por outra atmosfera de composição preferida, evitando a contaminação do processo produtivo, , vejo que se deve tratar como “*material de uso ou consumo*” e não “*produto intermediário*” como arguido pelo Recorrente, pois se trata de uma parte do produto a margem do processo produtivo.

Vejo, portanto, o *NITROGÊNIO*, objeto dos autos, ora em análise, como destacado no voto condutor de primeiro grau trata-se do *NITROGENIO* utilizado nas purgas, neste sentido vejo tratar-se de “*material de uso ou consumo*”, devendo ser mantido na autuação.

Deve-se manter da autuação, não dando provimento ao Recurso Voluntário.

PRODUTOS DE CONTROLE DA QUALIDADE DA ÁGUA CLARIFICADA: AS AMINAS, OS ANTIOXIDANTES, OS NALCOS, ANTIESPUMANTES, DISPERSANTES, NEUTRALIZANTES E SEQUESTRANTES

Esses produtos possuem acentuado destaque no **Sistema de Água de Resfriamento**. 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.

Relativamente a esses produtos a jurisprudência predominante deste Conselho de Fazenda, inclusive no Acórdão nº 0321-12/23-VD, anteriormente citado, é no sentido de que se trata de *produtos/materiais destinados ao uso e consumo* do estabelecimento, isso porque a sua aplicação ocorre fora do processo produtivo, ou seja, após o término da produção.

Aliás **produtos associados ao controle da qualidade da água - as aminas, os antioxidantes, os nalcos, antiespumantes, dispersantes, neutralizantes e sequestrantes - eles são reutilizados** não se caracterizando como *produto intermediário*, pois, ao meu entender, além do produto ser consumido no decorrer do processo produtivo, para ser considerado um produto intermediário, há de se exigir sua renovação ao término de cada participação no processo produtivo, mesmo que não integre fisicamente ao produto acabado.

Deve-se manter da autuação, não dando provimento ao Recurso Voluntário.

Acredito, também, que essa minha interpretação de “*produtos intermediário*” no processo de industrialização, ensejando o uso do crédito do ICMS decorrente de suas aquisições, conforme disposto no art. 155, § 2º, I da CF/88, associado com os artigos 19 e 20 do LC 87/96, converge, então, para decisão recente do STF em que deu provimento aos embargos de divergência em agravo Recurso Especial nº 1.775.781 - SP (2020/0269739-9), onde destaco o seguinte trecho, objeto da citada decisão: “**revela-se cabível o creditamento referente à aquisição de materiais empregados no processo produtivo (produtos intermediários), inclusive os consumidos ou desgastados gradativamente, desde que comprovada a necessidade de sua utilização para a realização do**

objeto social da empresa”. (Grifo acrescidos)

Nos casos dos autos, vejo que resta comprovado a necessidade de utilização dos produtos “Petroflo” e “Dióxido de Carbono” na consecução dos produtos da empresa, classificando-os como “produtos intermediários”.

Os produtos de *CONTROLE DA QUALIDADE DA ÁGUA CLARIFICADA - AS AMINAS, OS ANTIOXIDANTES, OS NALCOS, ANTIESPUMANTES, DISPERSANTES, NEUTRALIZANTES E SEQUESTRANTES* – ocorrem a margem do processo produtivo, mais especificamente após a ocorrência do processo produtivo como inibidores de corrosão dos equipamentos de produção e dispersantes, para o tratamento da água utilizada no processo produtivo, como também *NITROGENIO* utilizado nas purgas, classificando-os como “material de uso ou consumo”.

Finalizo no sentido de PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário apresentado. Assim, o montante das infrações é conforme o demonstrativo abaixo:

Mês	Infração 1	Infração 2
	ICMS Cred Indev	DIFAL
jan/20	87.561,41	124.024,14
fev/20	81.017,95	150.257,71
mar/20	138.271,97	262.371,32
abr/20	47.915,30	74.281,08
mai/20	116.431,32	223.240,06
jun/20	47.147,80	70.508,60
jul/20	73.806,17	128.589,99
ago/20	50.077,23	110.962,89
set/20	104.347,30	219.666,15
out/20	88.435,53	206.773,64
nov/20	77.904,45	181.228,31
dez/20	93.291,71	159.197,99
Total	1.006.208,14	1.911.101,88
Total do Auto de Infração		2.917.310,02

VOTO DIVERGENTE (Produto: Petroflo)

Peço vênha para divergir das posições dos ilustres Relatores dos Votos Vencido e Vencedor quanto à utilização e classificação dos produtos denominados “PETROFLO”, bem como pela sua respectiva classificação como produto intermediário.

Está correta a observação de que, em algumas situações, alguns destes produtos tem contato com os insumos da produção, mas não como agente intermediário ou indutor do processo, já que sua função é a preservação dos equipamentos.

Em regra, são utilizados para a preservação dos equipamentos em que há a circulação de água de resfriamento, sem qualquer contato com o produto em produção.

Vejamos um trecho do Parecer do IPT acostado ao processo pelo próprio Autuado:

“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, e nas áreas de produção de Butadieno (A350/2350) e Isopreno (A5200) e na passivação de trocadores de calor, para sequestrar oxigênio. Os vapores de topo da coluna, após receberem uma injeção de produto anticorrosivo (DORF CI 2002 - INIBIDOR CORROSÃO), são parcialmente condensados e coletados no vaso de refluxo. A fase líquida é toda bombeada como refluxo para o prato nº 1 estabilizadora. A fase vapor se junta aos gases de purga do topo do vaso de “flash”. O uso de produto anticorrosivo (DORF CI 2002 - INIBIDOR CORROSÃO) no topo tem ação reflexa sobre a corrente de produção, evitando que sobre esta ajam depósitos e microorganismos que causam a corrosão do condensador e, conseqüentemente, a contaminação do produto em fabricação, com a perda das especificações técnicas da corrente em produção.

DORF - UNICOR J: Material à base de hidrocarbonetos aromáticos e ácidos insaturados que é dosado na Nafta recebida como matéria prima da UNIB, com a finalidade de inibir corrosão.

PETROFLOW 24Y17: É um produto antioxidante usado no processo produtivo nas áreas de produção de butadieno (A-350/2350) e isopreno (A-5200) e também em passivação de trocadores de calor, para sequestrar oxigênio.”

Portanto, os produtos “PETROFLO” tem função como agentes neutralizantes de PH e inibidores de corrosão e de polimerização, visando evitar incrustações e corrosão dos equipamentos, e não como insumos ou produtos intermediários, mas como verdadeiros materiais de uso e consumo.

Essa tem sido a posição desta corte, a exemplo dos Acórdãos CJFs nºs 0257-11/23-VD e 0106-12/19.

Neste diapasão, voto pela manutenção dos referidos produtos “PETROFLO” no demonstrativo da infração em tela.

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, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **269352.0008/22-6**, lavrado contra **BRASKEM S.A.**, devendo ser intimado o recorrente, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 2.917.310,02**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, incisos II, “f” e VII, “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

VOTO VENCEDOR (Petroflo) – Conselheiros: Antonio Dijalma Lemos Barreto, João Vicente Costa Neto, Henrique Silva de Oliveira e Igor Lucas Gouveia Baptista.

VOTO DIVERGENTE (Petroflo) – Conselheiros: Marcelo Mattedi e Silva e Eduardo Ramos de Santana.

VOTO VENCEDOR (Demais Produtos: Nitrogênio gasoso tubovia, Nitrogênio líquido carreta e Produtos de controle da qualidade da água clarificada) – Conselheiros: João Vicente Costa Neto, Marcelo Mattedi e Silva e Eduardo Ramos de Santana.

VOTO VENCIDO (Demais Produtos: Nitrogênio gasoso tubovia, Nitrogênio líquido carreta e Produtos de controle da qualidade da água clarificada) – Conselheiros: Antonio Dijalma Lemos Barreto, Henrique Silva de Oliveira e Igor Lucas Gouveia.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 05 de junho de 2024.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE

ANTONIO DIJALMA LEMOS BARRETO – RELATOR/VOTO VENCIDO (Demais Produtos: Nitrogênio gasoso tubovia, Nitrogênio líquido carreta e Produtos de controle da qualidade da água clarificada)

JOÃO VICENTE COSTA NETO - VOTO VENCEDOR (Demais Produtos: Nitrogênio gasoso tubovia, Nitrogênio líquido carreta e Produtos de controle da qualidade da água clarificada)

MARCELO MATTEDI E SILVA - VOTO DIVERGENTE
(Petroflo)

RAIMUNDO LUIZ DE ANDRADE – REPR. DA PGE/PROFIS