

A. I. Nº - 206854.0002/21-6
AUTUADO - BASF S.A.
AUTUANTES - ANTÔNIO TORRES DE BARROS e LUIZ CARLOS PRATES SANTOS
ORIGEM - DAT METRO / IFEP INDÚSTRIA
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 07/03/2022

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0016-03/2022-VD

EMENTA: ICMS. IMPORTAÇÃO. MERCADORIA UTILIZADA COMO CATALISADOR NO PROCESSO FABRIL. FALTA DE RECOLHIMENTO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. A Resolução nº 179/11, na qual o Autuado é beneficiário do diferimento do lançamento e do pagamento do imposto, somente são contempladas as operações de importação de bens destinados ao ativo fixo. O sujeito passivo não logra êxito em elidir a acusação fiscal. Infração subsistente. Indeferido o pedido de diligência. Rejeitadas as preliminares de nulidade arguidas. Infração caracterizada. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 29/09/2021, exige crédito tributário no valor de R\$ 15.531.792,96, acrescido da multa de 60%, em decorrência da Infração - 12.02.01 - Falta de recolhimento do ICMS, devido pelas importações tributadas realizadas pelo estabelecimento, nos meses de abril e maio de 2017, junho de 2018 e julho de 2019. Demonstrativo às fls. 22 e 23, e CD à fl. 34.

Consta como complemento: *“O contribuinte importou o insumo catalisador, NCM 38151900, sem pagamento do imposto, classificando, indevidamente, o mesmo como ativo imobilizado CFOP 3.551, para poder usufruir do diferimento do pagamento do ICMS em razão do Programa Desenvolve do qual é beneficiário. Lembrando que catalisador está elencado no Art. 309, I, “b”, do RICMS-BA vigente, como um dos insumos (matérias-primas, produtos intermediários, catalisadores e material de embalagem) que as indústrias podem se creditar. Pela sua natureza e função (acelerar a velocidade das reações químicas no processo produtivo), jamais poderia ser classificado como ativo imobilizado, pois o catalisador não é um bem destinado a manutenção das atividades da empresa, conforme preceitua o Art. 179, IV, da Lei 6.404/76, e sim integrante diretamente no processo de fabricação do produto final. Além dos dispositivos infringidos, citados abaixo, também infringiu o Art. 1º, inciso I, alínea “a”, da Resolução nº 179/11, combinado com o Art. 14, do Regulamento do Desenvolve aprovado pelo Dec. 8.205/02.”*

O Autuado impugna o lançamento às fls. 40 a 80. Depois de assinalar a tempestividade da Defesa, fazer uma abordagem do cenário fático, tecer comentários sobre sua planta industrial, o Programa Desenvolve do qual é beneficiário, produção do Ácido Acrílico e aquisição de catalisadores integrados aos reatores e discorrer sobre a acusação fiscal, articula suas razões de defesa na forma a seguir resumida.

Esclarece que, em resposta às indagações apresentou Laudo Técnico, elaborado por Engenheiro de Ativos e Gerente de Planta (Doc. 06), isto é - elaborado por Profissionais que possuem amplo conhecimento técnico sobre a natureza dos catalisadores em análise, em aspecto nacional e internacional, considerando se tratar de bem obtido juntamente à BASF localizada na Alemanha. Neste Laudo Técnico foi atestado, em síntese, que:

- (i) Os catalisadores importados pela são destinados para a produção do ácido acrílico, incorporando-se aos reatores e destinados ao seu regular funcionamento, sendo indispensável a sua participação no processo químico;
- (ii) O processo de produção do ácido acrílico tem como uma das suas principais etapas a Síntese, onde o propeno é convertido a Ácido Acrílico em dois reatores catalíticos, isto é, equipamentos onde ocorrem reações químicas que são aceleradas por meio de catalisadores. Os reatores são equipamentos verticais com uma grande quantidade de tubos. Os tubos são preenchidos com catalisador na forma de grânulos e, por eles, passam no estado gasoso as principais matérias-primas para o processo: propeno e ar atmosférico;
- (iii) No Reator do primeiro estágio, a reação entre propeno e ar acontece na superfície do catalisador de desenvolvimento, composto por liga metálica de molibdênio e cobalto, formando o intermediário Acroleína. No reator de segundo estágio, por sua vez, a Acroleína reage com uma nova corrente de ar na superfície do catalisador de desenvolvimento, composto por ligas metálicas de vanádio e tungstênio, formando o Ácido Acrílico. A seletividade desta reação é alcançada apenas na presença de catalisador. Na sua ausência, haveria a oxidação total do propeno resultando em água e CO₂;
- (iv) Os catalisadores aceleram as reações químicas e garantem altas taxas de conversão, mas sem serem consumidos no processo ou incorporados ao produto final. A eficiência com a qual o catalisador cumpre esse papel é denominada atividade catalítica. Ao longo da vida útil do catalisador, esta atividade diminui, o que leva à necessidade de em um dado momento trocar o catalisador existente por um novo, mais ativo;
- (v) Os catalisadores empregados no reator de 1º estágio e de 2º estágio apresentam uma vida útil de 4 e 2 anos em média, respectivamente. Eles são adquiridos do negócio de catalisadores da Impugnante, carregados nos reatores durante uma grande parada de manutenção da unidade e, após o final da vida útil, são coletados, enviados para descarte e substituídos por catalisador novo.

Assinala que a autuação não reúne mínimas condições de prevalecer.

Primeiramente, porque a autuação padece de nulidade por violação ao art. 142, do CTN, especialmente porque não houve a averiguação dos fatos e documentos que comprovam a natureza dos catalisadores como ativo imobilizado. Nos termos do art. 142, do CTN, é dever da Fiscalização (atividade vinculada e obrigatória) averiguar a ocorrência do fato concreto aos termos previstos na norma geral e abstrata, o que não ocorreu no presente caso. Destaca que o ato de lançamento não pode ser realizado com base em presunções, em completa desconsideração e investigação da natureza do objeto da autuação.

Observa que os Autuantes desconsideraram o laudo técnico e as inúmeras explicações fornecidas no curso da fiscalização, em resposta às intimações, sobretudo com relação à destinação e natureza dos catalisadores.

Diz que ao deixar de considerar os fundamentos e documentos apresentados, a autuação acabou sendo fundamentada em dispositivo que trata do creditamento do ICMS, inaplicável à hipótese dos autos.

Continua assinalando que a autuação deverá ser integralmente cancelada, considerando que os catalisadores importados possuem natureza de ativo imobilizado, integrando-se aos reatores nos quais é confeccionado o ácido acrílico, não se enquadrando no conceito de insumo.

As razões de defesa apresentadas seguem sintetizadas:

- (i) Preliminarmente, a nulidade da autuação fiscal, considerando que incorreu em violação ao art. 142, do CTN, por ter deixado de verificar a natureza técnica, a função e a utilização dos catalisadores objeto da autuação. De fato, a efetiva análise da averiguação da natureza, função e utilização dos catalisadores em seu processo produtivo, por si só, conduz à extinção da

autuação, considerando que tais bens são destinados ao bom funcionamento dos reatores, a eles se integrando, não são consumidos no processo produtivo, não se incorporam ao produto final e, por isso, jamais poderiam ser considerados insumos. Caberia, portanto, à Fiscalização, em respeito aos princípios e normas que regem as atividades da Administração, examinar todos os fatos com o objetivo de verificar o cumprimento da obrigação tributária. Ao assim não proceder, acabou viciando todo o ato de lançamento, nos termos do art. 142, do CTN;

(ii) Os catalisadores importados são bens inseridos em reatores que promovem a aceleração das reações químicas em primeiro e segundo estágio. Não se trata de substância, mas de um bem sólido;

(iii) Da simples análise das imagens que colaciona aos autos é possível constatar que os catalisadores em análise não são consumidos e nem se incorporam no produto final. Ora, os catalisadores são bens sólidos, enquanto o ácido acrílico é uma substância líquida;

(iv) A eficiência com a qual o catalisador cumpre esse papel é denominada atividade catalítica. Ao longo da vida útil do catalisador, esta atividade diminui, o que leva à necessidade de em um dado momento trocar o catalisador existente por um novo, mais ativo. Sendo assim, ultrapassada a vida útil dos catalisadores em análise (de 02 a 04 anos), a Impugnante promove o seu descarte, mediante a venda destes bens como sucata, conforme se comprova das Notas Fiscais de venda para Moxba Metalúrgica do Brasil Ltda. (Doc. 07). E mais, há Laudos de Classificação (Doc. 07) dos catalisadores como resíduos sólidos, de modo que não há que se falar que haveria sua incorporação no produto final, conforme se comprova, inclusive, do detalhado Descritivo do Processo de Aproveitamento, Fluxograma e Pareceres Técnicos (Doc. 07);

(v) Com o término das reações químicas, estará produzido o ácido acrílico, que será retirado dos reatores para posterior comercialização e/ou aplicação em outros produtos. Os catalisadores continuam equipados nos reatores prontos para serem utilizados novamente. Não há troca ou reposição desses catalisadores, que possuem vida útil própria, diferentemente do que ocorre com as substâncias químicas necessárias para produção do ácido acrílico, que a cada produção, deverão, necessariamente, serem repostas, por terem sido consumidas. Os catalisadores não podem ser considerados insumos, pois não são consumidos no processo produtivo do ácido acrílico. Prova disso é que após o prazo médio de sua duração, são encaminhados para empresas que promovem o seu descarte. Os catalisadores não integram o ácido acrílico e, por isso, não são considerados insumo;

(vi) O nome do produto (“catalisador”) não pode se sobrepor à sua própria natureza e função no seu processo industrial. Este entendimento é corroborado pelo Parecer Normativo PROFIS nº 01/81, que dispõe: “a identidade física de determinado bem nem sempre é bastante que se conclua por uma inclusão, entre os produtos intermediários ou entre os bens de produção ou instrumentais. É a afetação do bem, em razão de sua participação e utilização no processo industrial de um determinado produto, geralmente evidenciada na correta contabilização, que nos dará elementos para sabermos se sua aquisição gera crédito fiscal, ou não”;

(vii) Os catalisadores são considerados bens pertencentes ao ativo imobilizado, nos termos do art. 179, IV, da Lei nº 6.404/1976 e do disposto no Pronunciamento Técnico CPC 27 – Ativo Imobilizado (“CPC 27”), considerando que (i) são bens utilizados no processo industrial e que (ii) não são consumidos a cada produção de ácido acrílico; (iii) possuem vida útil superior a 1 (um) ano. Os catalisadores importados, por pertencerem ao seu ativo imobilizado estão sujeitos às regras de depreciação previstas no art. 183, § 2º, da Lei nº 6.404/1976;

(viii) Não fosse isso, a título informativo, que a SEFAZ/SP reconheceu que um bem será considerado ativo imobilizado desde que satisfeitas as seguintes condições: (i) não for destinado à realização, ou seja, não for destinado “à transformação direta em meios de pagamento”; (ii) seja utilizado “na consecução das atividades-fim” da empresa; (iii) seja, como regra, efetivamente utilizado nas atividades fins da empresa por prazo superior a 12 meses; e (iv) “haja

a expectativa de auferir benefícios econômicos em decorrência de sua utilização”. Ainda que a título de aplicação por analogia, todos esses requisitos estão devidamente preenchidos;

(ix) Todos os seus fundamentos para a classificação dos catalisadores como ativo imobilizado são corroborados pela jurisprudência deste CONSEF;

(x) Os catalisadores não são considerados insumos, pois os insumos, nos termos da jurisprudência do STJ e deste CONSEF, são necessariamente consumidos ou incorporados no produto final, o que não ocorre no presente caso;

Assevera que os catalisadores em análise não podem ser considerados insumos e como já mencionado, o entendimento fiscal formalizado no Auto de Infração ora impugnado é no sentido de que não poderia ter aplicado a regra prevista no art. 1º, I, “a”, da Resolução nº 179/2011, que lhe assegura o diferimento no lançamento e pagamento do ICMS sobre os catalisadores importados para o seu ativo imobilizado.

Declara que nos termos da fiscalização os catalisadores importados estariam classificados como “insumos”, a teor do disposto no art. 309, I, “b”, do RICMS-BA.

Afirma seu entendimento de que os catalisadores em análise, específicos do presente caso (NCM 38151900), não podem ser considerados insumos em hipótese alguma.

Além do requisito da essencialidade do produto para fins de classificação como insumo, é igualmente exigido pela jurisprudência, inclusive deste CONSEF, que o produto faça parte da composição do produto final.

Isto é, que o produto (insumo) necessariamente deverá ser consumido ou incorporado ao produto final, sendo indispensável à sua composição.

Lembra que no processo produtivo, são consideradas insumo todas as substâncias que entram na composição do produto final, podendo ser divididas em espécies como (i) as matérias-primas e (ii) os materiais intermediários.

Revela que a matéria prima é consumida diretamente no processo industrial, enquanto o material intermediário é consumido indiretamente no processo industrial. Ambos necessariamente integram o produto final e são indispensáveis à sua composição. Em outras palavras, matéria prima e produto intermediário, juntos, são consumidos e passam a compor o produto final. Remata destacando que não é o que ocorre com os catalisadores em análise.

Diz que, como já detalhado, os catalisadores importados são alocados em reatores e se destinam ao seu adequado funcionamento. Após a montagem deste equipamento, são inseridas as substâncias químicas necessárias para produção do ácido acrílico. Com o término das reações químicas, estará produzido o ácido acrílico, que será retirado dos reatores para posterior comercialização e/ou aplicação em outros produtos.

Afirma que os catalisadores continuam equipados nos reatores prontos para serem utilizados novamente. Não há troca ou reposição desses catalisadores, que possuem vida útil própria, diferentemente do que ocorre com as substâncias químicas necessárias para produção do ácido acrílico, que a cada produção, deverão, necessariamente, serem repostas, por terem sido consumidas.

Revela que tal como já previa o art. 95, do RICMS-BA/98, os insumos são aqueles produtos utilizados no processo industrial que sejam nele consumidos ou integrem o produto final. Não é o que ocorre com os catalisadores em análise, que permanecem empregados nos reatores após as sucessivas produções de ácido acrílico.

Reafirma que os catalisadores não podem ser considerados insumos, pois não são consumidos no processo produtivo do ácido acrílico. Conforme se verifica, os catalisadores continuam íntegros, por não terem sido consumidos ou incorporados ao produto final.

Ao advogar a inaplicabilidade da alínea “b”, do inciso I, do art. 309, do RICMS-BA/12 ao presente caso, afirma não desconhecer que a legislação do Estado da Bahia trata os “catalisadores” como insumos, nos termos do referido dispositivo, passíveis de creditamento pelo contribuinte.

Prossegue frisando que, a título de exemplo, os catalisadores líquidos convencionais (como, por exemplo, o catalisador objeto do NCM 38151210), são efetivamente consumidos no processo industrial. Remata destacando que, como visto, não é o que ocorre com os catalisadores específicos do presente caso, razão pela qual entende que o referido dispositivo é inaplicável na questão sob exame.

Assevera que o nome do produto (“catalisador”) não pode se sobrepor a sua própria natureza e função no seu processo industrial. Revela que este entendimento é corroborado pelo citado Parecer Normativo PROFIS nº 01/81.

Observa que analisando outros tipos de catalisadores, completamente distintos dos catalisadores em análise, a C. 2ª Câmara de Julgamento Fiscal definiu que seriam caracterizados como insumo, exatamente por se tratar de produtos que se destruiriam com o seu uso no processo industrial. A contrário sensu, não havendo a destruição dos catalisadores no processo produtivo, não há que se falar em insumo.

Afirma que a análise efetiva da natureza e da utilização do produto no processo industrial é imprescindível para que haja a sua correta classificação. De fato, analisando outros tipos de catalisadores defendidos como insumos pelo contribuinte envolvido, totalmente distintos dos catalisadores do presente caso, este Tribunal Administrativo afastou a aplicação.

Diz que, em uma análise pormenorizada e efetiva dos catalisadores objeto da autuação, é certo que não ostenta característica de insumo, por se tratar de bem pertencente ao ativo imobilizado, preenchendo, como visto anteriormente, todos os requisitos legais e contábeis para tanto.

Destaca não está contestando a constitucionalidade deste dispositivo legal, o que lhe seria vedado em sede de processo administrativo, mas tão-somente comprovando sua inaplicabilidade ao presente caso, considerando que jamais os catalisadores poderiam ser considerados insumos, por força exatamente de sua natureza.

Aduz a ausência de prejuízo ao erário, assinalando que como já mencionado, faz jus ao diferimento no lançamento e recolhimento do crédito tributário de ICMS ora em exigência, incidente sobre a importação dos catalisadores, nos termos do art. 1º, I, “a”, da Resolução nº 179/2011.

Afirma que a sua conduta de diferir o lançamento e pagamento do ICMS ora em exigência está respaldada em Resolução emanada pelo próprio Estado da Bahia e na legislação aplicável, isto é, no art. 179, IV, da Lei nº 6.404/1976 e no encaminhado para secção de purificação do HCN”. (...) Revela que para um produto ser considerado como matéria prima e contabilizado como custo de mercadoria, é preciso que o mesmo esteja diretamente vinculado à produção, na condição de elemento necessário.

Afirma já ser pacífico o entendimento desta Administração Tributária que somente gera direito ao crédito de ICMS a entrada de mercadorias utilizadas no processo de fabricação ou que integrem o produto industrializado e não os materiais de uso ou consumo, mesmo que se desgastem nesse processo. Pondera que os materiais de uso e consumo, ainda que venham a se desgastar a cada aplicação, serão assim classificados se não tiverem função intrínseca ao processo de industrialização e, por conseguinte, não dão direito ao crédito do imposto.

De acordo com a descrição do processo produtivo fornecido pela Consulente, está claramente demonstrado que as telas catalisadoras não são matérias-primas, produtos intermediários, materiais de embalagem, nem mesmo os catalisadores (substância empregada para acelerar determinada reação) aos quais se refere a alínea “b” do inciso I, do art. 309, do nosso Regulamento (vide descrição do processo produtivo), acima transcrito. Tampouco, as telas catalisadoras são utilizadas diretamente no processo produtivo ou integram o produto industrializado, mas, trata-se de

materiais de uso ou consumo que, desgastados ou não durante o processo produtivo, não dão direito a crédito de ICMS, conforme a Lei nº 7.014/96, que trata do ICMS até 1º de janeiro de 2020.

Afirma que a presença de boa-fé pode ser verificada na prática, ainda, pelo fornecimento e elaboração de todos os documentos usualmente requeridos pelo Fisco, como documentos fiscais e contábeis, Laudos Técnicos envolvendo os catalisadores e planilhas que lastreiam os procedimentos que adotou.

Prossegue aduzindo que ainda que, por uma ficção, se considerasse que os catalisadores importados pudessem se tratar de insumos, haveria o direito ao crédito de ICMS, decorrente da aquisição dos bens em análise, com fundamento no princípio da não-cumulatividade, bem como nos termos do disposto no art. 20, da Lei Complementar nº 87/96 e do art. 309, I, “b”, do RICMS-BA/12.

Observa que por qualquer ótica que se analise, portanto, a conclusão a que se chega é que inexistiu prejuízo ao Erário.

Ao tratar da penalidade aplicada, destaca que a fiscalização impôs multa no percentual de 60%, com suposto fundamento no art. 42, II, “f”, da Lei nº 7.014/96. No entanto, registra que a aplicação desta penalidade não pode prevalecer,

Reitera ser evidente a sua boa-fé, assinalando que, seguiu o procedimento correto previsto pelo Estado da Bahia no art. 1º, I, “a”, da Resolução nº 179/2011 e a legislação aplicável, isto é, no art. 179, IV, da Lei nº 6.404/1976 e o Pronunciamento Técnico CPC 27 - Ativo Imobilizado (“CPC 27”).

Diz ficar evidente que sempre agiu com a total transparência e boa-fé, tendo apresentado as informações necessárias e verídicas às Autoridades Fiscais, lastreadas por todos os documentos ora acostados. Observa que todos os procedimentos para a importação dos catalisadores e sua respectiva classificação como ativo imobilizado estão em consonância com art. 179, IV, da Lei nº 6.404/1976; Pronunciamento Técnico CPC 27 – Ativo Imobilizado (“CPC 27”); e com o art. 1º, I, “a”, da Resolução nº 179/2011.

Frisa que por ter observado o quanto disposto na legislação (art. 179, IV, da Lei nº 6.404/1976; Pronunciamento Técnico CPC 27 – Ativo Imobilizado (“CPC 27”); e art. 1º, I, “a”, da Resolução nº 179/2011), a presente autuação, com a imposição de multas exorbitantes, aplicadas sobre valores irreais, representa violação aos mais elementares princípios que devem reger a Administração na sua conduta frente ao sujeito passivo, quais sejam, os princípios da proteção da confiança, da lealdade, da boa-fé, da não surpresa e da segurança jurídica.

Revela que o fundamento da segurança jurídica, no âmbito do Direito Tributário reside no próprio princípio do Estado de Direito – que serve de fundamento geral para a incidência do preceito –, mas decorre, igualmente, da necessidade de se conviver também com o sistema econômico encampado, defendendo a livre iniciativa, que precisa de estabilidade, previsibilidade e proteção à propriedade privada.

Observa que a garantia constitucional estabelecida no dispositivo citado acima visa à proteção da propriedade e do patrimônio, princípios basilares e invioláveis de nossa sociedade. E, justamente por essa razão, se agiu em estrita observância à legislação nacional e estadual, sequer é legítima a imposição de penalidade por sua conduta (art. 100, parágrafo único, do CTN).

Diz está caracterizada a sua boa-fé que, em nenhum momento, pretendeu furtar-se à aplicação da norma tributária, Frise-se: ela estava amparada no comando previsto na Resolução que a habilitou expressamente no Programa Desenvolve, bem como nas disposições legais e contábeis que atestam que os catalisadores são considerados itens pertencentes ao seu ativo imobilizado.

Sustenta que ainda que fossem superados os fundamentos acima que evidenciam a improcedência das acusações feitas pela Fiscalização, o que se admite apenas a título argumentativo, as multas aplicadas representam mais do que a metade do suposto ICMS incidente no momento da

importação. Especificamente, as multas foram arbitradas em 60% (sessenta por cento) do tributo devido.

Afirma ser evidente o caráter nitidamente confiscatório, devendo, no mínimo, serem drasticamente reduzidas. Assevera não restarem dúvidas do caráter confiscatório, expropriatório, desproporcional e irrazoável das penalidades aplicadas.

Lembra que, com exceção das hipóteses expressamente previstas no inciso XLVI, “b”, do art. 5º, e do art. 243, da CF/88, é vedada a cobrança de tributo e multa com efeito de confisco, sob pena de violação ao direito de propriedade (art. 5º, II, da CF/88).

Menciona que toda e qualquer violação ao direito de propriedade sem indenização justa e prévia configura confisco. É o que se encontra expressamente consagrado pelo art. 150, IV, da CF/88.

Frisa não ser por outro motivo que o Pleno do STF tem reiteradamente entendido pela aplicação do princípio da vedação ao confisco também para o caso das multas em matéria tributária.

Ressalta que não pretende ver reconhecida a inconstitucionalidade das multas aplicadas. O que se busca neste tópico é que este Órgão Julgador apenas identifique o excesso da penalidade e, a partir de critérios de razoabilidade e proporcionalidade realize a sua redução.

Assinala que se mantida a exigência tributária, minimamente deve ser reduzida a penalidade imposta, para patamares proporcionais com a suposta conduta que teria praticado.

Cita que, na remota hipótese de ainda remanescer alguma dúvida sobre a natureza jurídica dos catalisadores, bem como sobre sua utilização em seu processo produtivo, sobretudo em razão da demonstrada precariedade do Auto de Infração em violação ao disposto no art. 142, do CTN, requer, nos termos do disposto nos artigos 123, §3º, 145 e 150 do RPAF-BA/99, a realização de diligência ou perícia fiscal para que seja confirmada a natureza dos catalisadores como sendo bens do ativo imobilizado. Para esse fim, apresenta os quesitos a serem respondidos pelo Perito e indica seu Assistente Técnico, às fls. 78 e 79.

Requer que todas as intimações referentes ao presente processo administrativo sejam encaminhadas, tanto ao seu estabelecimento matriz, localizado na Avenida das Nações Unidas, 14.171, andares 10 ao 12 e 14 ao 17, Torre C, Crystal Tower, Condomínio Rochaverá, CEP: 04794-000, bem como aos seus advogados, Srs. Marco Antônio Gomes Behrndt e Priscila Maria Monteiro Coelho, inscritos na OAB/SP sob os nºs 173.362 e 257.099, com escritório na Rua José Gonçalves de Oliveira, nº 116, 5º andar, Itaim Bibi, São Paulo, SP, Brasil, 01453-050.

Conclui pugnando para que:

- a) Preliminarmente, seja reconhecida a nulidade do procedimento fiscal que deu origem à presente autuação, pelas razões expostas acima, ante a precariedade dos procedimentos fiscais;
- b) Ainda que assim não se entenda, subsidiariamente, requer-se o cancelamento integral da autuação, em razão de qualquer dos fundamentos demonstrados;
- c) Não atendidos os pedidos acima, subsidiariamente, requer-se a determinação de diligência ou perícia fiscal, nos termos do disposto nos artigos 123, §3º, 145 e 150, do RPAF-BA/99, para confirmação das razões expostas e, conseqüentemente, o cancelamento integral da presente autuação;
- d) Por fim, requer-se, no mínimo, o reconhecimento do excesso na constituição do crédito tributário em razão da confiscatoriedade da multa em razão da desproporcionalidade entre a suposta conduta e do elevado grau da pena aplicada, nos termos das razões expostas acima.

Os Autuantes prestam informação fiscal às fls. 270 a 273, nos termos a seguir resumidos.

Em relação à preliminar de nulidade suscitada pelo Defendente afirmam ser totalmente descabida, sem respaldo legal, pois no presente Lançamento inexistia situação alguma que possa se enquadrar

no art. 18, inciso IV, do RPAF-BA/99, vigente que trata das hipóteses que podem acarretar nulidade do Lançamento de ofício.

Quanto ao pedido de redução da multa, a Defesa já sabendo que o presente auto será julgado procedente, faz essa solicitação, que registram ser indevida, pelo porte da empresa e considerando o fato que se tivesse pago integralmente, antes do encerramento do prazo de impugnação, teria uma redução significativa sobre o percentual da multa de 60 %.

No que diz respeito ao pedido de diligência assinalam ser desnecessária a realização de diligência, pois não há dúvida alguma que o catalisador é um insumo e que a empresa enquadrrou como ativo, unicamente para usufruir do benefício do Desenvolve, ou seja, diferimento do pagamento do ICMS nas importações de ativo imobilizado.

Ao cuidarem do mérito, mencionam que num passado remoto existia uma discussão entre a fisco e o contribuinte, para definir o real enquadramento do “Catalisador”, a fiscalização entendia se tratar de material de uso e consumo, enquanto os contribuintes o enquadravam como insumo, claro, as empresas defendiam este entendimento, para que pudesse se creditar do mesmo, já que como material de uso não o poderia.

Prosseguem destacando que o Legislador, colocou um ponto final nesta polêmica e para que não restasse dúvida alguma e desse fim a discussão, listou de forma expressa, que qualquer tipo de catalisador será enquadrado como insumo, fazendo constar na alínea “b”, inciso I, do art. 309, do RICMS-BA/12.

Ressaltam que nos Regulamentos do ICMS, anteriores, a exemplo do RICMS-BA/97. Dec. 6.284/97, ao atual, Dec. nº 13.780/2012, o catalisador já constava como insumo com direito a crédito, conforme artigo abaixo:

“Art. 93. Constitui crédito fiscal de cada estabelecimento, para compensação com o tributo devido em operações ou prestações subsequentes e para fins de apuração do imposto a recolher, salvo disposição em contrário:

I - o valor do imposto anteriormente cobrado, relativo às aquisições ou recebimentos reais ou simbólicos:

[...]

b) de matérias-primas, produtos intermediários, catalisadores e material de embalagem, para emprego em processo de industrialização; “

Frisam que o contribuinte só importou o insumo catalisador, NCM 38151900, sem pagamento do imposto, classificando, indevidamente, o mesmo como ativo imobilizado, CFOP 3.551, para poder usufruir do diferimento do pagamento do ICMS em razão do Programa Desenvolve do qual é beneficiário.

Esclarecem que, pela sua natureza e função (acelerar a velocidade das reações químicas no processo produtivo), jamais poderia ser classificado como ativo imobilizado, pois o catalisador não é um bem destinado à manutenção das atividades da empresa, conforme preceitua o inciso IV, do art. 179, da Lei 6.404/76, e sim integrante diretamente no processo de fabricação do produto final.

Prosseguem destacando que, inclusive pela própria classificação do catalisador no NCM 38.15.19.00, a posição 38.15 se refere “ a iniciadores de reação, aceleradores de reação e preparações catalíticas ... “, configurando que o catalisador é um insumo que interage com outros insumos e a matéria prima principal.

Ressaltam também que esta dupla de Auditores, há muitos anos lotados na Inspeção especializada em fiscalização de indústria, pela primeira vez, se deparou com a classificação do catalisador como ativo. Frisam que em conversa com vários outros experientes Colegas, também lotados na IFEP / Indústria, e todos foram unânimes em afirmar que em relação aos catalisadores, as empresas industriais, sempre classificam qualquer tipo de catalisador como insumo.

Esclarecem que para ficar bem claro quanto a certeza do presente lançamento cobrando o ICMS sobre a importação do catalisador, é que a própria BASF, importou catalisadores e escriturou a Nota Fiscal nº 4022 em seu livro de entrada em 09/02/2017, classificou como insumo utilizando o CFOP 3.101 e pagou o ICMS referente a importação em 09/02/2017, inclusive se creditando do mesmo.

Arrematam destacando que toda a argumentação da Defesa de que estes tipos de catalisadores autuados têm características específicas para serem classificados como ativo, se depara de forma intransponível, com o dispositivo Legal acima mencionado, que enquadra qualquer tipo de catalisador como insumo.

Concluem, mantendo na íntegra o ICMS exigido no valor histórico de R\$15.531.792,96.

Na assentada do julgamento, em sustentação oral, a patrona da Autuada, Dr^a Priscila Maria Monteiro Coelho Borges OAB/ SP nº 257.099, reafirmou todos os argumentos articulados em sede defesa.

VOTO

Inicialmente, cabe ser enfrentada a preliminar de nulidade suscitada pelo Impugnante, sob o argumento de que fora violado o art. 142 do CTN, aduzindo que esta imposição não foi atendida, vez que a fiscalização não averiguou a ocorrência do fato concreto, consoante termos previstos na norma geral e abstrata, individualizando-a e quantificando-a de forma correta, pelo fato de que os Autuantes consideraram que os catalisadores importados não seriam um bem destinado à manutenção das atividades da empresa, conforme preceitua o art. 179, IV da Lei 6.404/76, e sim, integrante diretamente no processo de fabricação do produto final.

Depois de examinar os elementos que emergem do contraditório em relação aos catalisadores importados pelo Defendente, constato que não deve prosperar a alegação da Defesa, ao apresentar seu entendimento de que não poderia ser lavrada a autuação sem analisar minuciosamente: (i) a natureza técnica dos catalisadores em questão e (ii) a função e utilização dos catalisadores no processo produtivo.

Primeiro porque, como bem esclarece o Autuado, o catalisador NCM 38151900, objeto da autuação, é utilizado como parte fundamental dos reatores necessários à produção do ácido acrílico, sem serem consumidos no processo ou incorporados ao produto final. Explicou ainda o Defendente em seu Laudo Técnico, fl. 49, que os tubos dos reatores são preenchidos com catalisador na forma de grânulos, e por eles passam no estado gasoso as principais matérias primas para o processo: propeno e ar atmosférico.

Segundo porque a designação do material como catalisador independe de suas características organolépticas, se sólido, líquido ou gasoso, se autua na tubulação do fluxo produtivo, ou no interior, ou acoplado ao reator, o que importa é a sua atuação como modificador (acelerador) da velocidade da reação química em que se dá a catálise, não reagindo e nem integrando o produto final, perdendo ao longo do tempo a sua capacidade de atuar, quando deve ser recomposto ou substituído.

Assim, entendo que no presente caso como o próprio autuado, apesar de pontuar incisivamente as características específicas do catalisador em questão, reconheceu claramente que o produto importado e utilizado em seu processo produtivo se trata de um catalisador.

Esse, sem dúvida, é o ponto central da questão. Eis que, em sendo um catalisador, não há que se falar em particularidade de sua autuação e convertê-lo em bem do ativo imobilizado. Pois é indubitoso, que por ser sólido e atuar acoplado ao reator, não desatura a sua função de catálise na reação química do processo fabril do Autuado. O fato de a degeneração do catalisador exigir a sua reposição de dois a quatro anos, também não macula a sua função.

Assim, nos termos expendidos, não vislumbro qualquer dificuldade para a percepção de que independente da peculiaridade do processo produtivo do Impugnante, o produto importado, objeto

da autuação, é de fato um catalisador, e como tal, deve ser tratado na forma preconizada pela legislação de regência.

Pelo expendido, rejeito a preliminar de nulidade suscitada, ante à desnecessidade de maiores averiguações para a imputação da irregularidade apurada.

Quanto às demais questões de ordem formal, consigno que o lançamento foi efetuado 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 o imposto e a multa apurados consoante os levantamentos e documentos acostados aos autos.

O autuado entendeu os cálculos, se defendeu e apresentou impugnação ao lançamento, tratando dos fatos que ensejaram a exigência fiscal, se referindo de forma clara com relação aos elementos que compõem o levantamento fiscal. Assim, constato que o PAF está revestido das formalidades legais, e não se encontram no presente processo os motivos elencados na legislação de regência, precipuamente os incisos constantes no art. 18 do RPAF-BA/99, que pudessem inquirir de nulidade do presente lançamento.

Quanto à alegação defensiva de que há necessidade da realização de diligência ou perícia, fica indeferido o pedido, com base na alínea “a”, do inciso I, e nas alíneas “a” e “b”, do inciso II, do art. 147 do RPAF-BA/99, tendo em vista que os elementos constantes nos autos são suficientes para as conclusões acerca da lide, sendo desnecessária a mencionada diligência, em vista das provas produzidas nos autos. Diante do levantamento fiscal e com base nos documentos acostados ao PAF, cujas cópias foram fornecidas ao Autuado, mediante recibo, não se verificou dúvida quanto aos cálculos contidos nos demonstrativos elaborados pelo Autuante e nem a compreensão dos fatos dependem de conhecimentos especiais de técnicos, por isso, indefiro o pedido de diligência e perícia formulado pelo autuado em sua impugnação.

No mérito, o presente Auto de Infração trata da falta de recolhimento do ICMS, devido pelas importações tributadas, realizadas pelo estabelecimento nos meses de abril e maio de 2017, junho de 2018 e julho de 2019, consoante Demonstrativo acostado às fls. 22 e 23 e CD à fl. 34.

A autuação decorreu da constatação, em ação fiscal, de que o Autuado importou o catalisador NCM 38151900, sem o pagamento do imposto, tendo em vista o que preconiza a alínea “b”, do inciso I, do art. 309 do RICMS-BA/12, *in verbis*:

“Art. 309. Constitui crédito fiscal de cada estabelecimento, para compensação com o tributo devido em operações ou prestações subsequentes e para fins de apuração do imposto a recolher, salvo disposição em contrário:

I - o valor do imposto cobrado, relativo às aquisições ou recebimentos reais ou simbólicos:

[...]

b) 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;”

O Impugnante, em sede de Defesa, sustentou que a autuação deve ser anulada, por considerar que os catalisadores importados possuem natureza de ativo imobilizado, integrando-se aos reatores nos quais é produzido o ácido acrílico. Aduziu os seguintes argumentos:

- Os catalisadores importados são bens inseridos em reatores que promovem a aceleração das reações químicas em primeiro e segundo estágio. Não se trata de substância, mas de um bem sólido;
- Os catalisadores em análise não são consumidos e nem se incorporam no produto final. Ora, os catalisadores são bens sólidos, enquanto o ácido acrílico é uma substância líquida;
- A eficiência com a qual o catalisador cumpre esse papel é denominada atividade catalítica. Ao longo da vida útil do catalisador esta atividade diminui, o que leva à necessidade de em um dado

momento trocar o catalisador existente por um novo, mais ativo. Sendo assim, ultrapassada a vida útil dos catalisadores em análise (de 02 a 04 anos);

- Com o término das reações químicas, estará produzido o ácido acrílico, que será retirado dos reatores para posterior comercialização e/ou aplicação em outros produtos. Os catalisadores continuam equipados nos reatores prontos para serem utilizados novamente. Não há troca ou reposição desses catalisadores, que possuem vida útil própria, diferentemente do que ocorre com as substâncias químicas necessárias para produção do ácido acrílico, que a cada produção deverão necessariamente serem repostas, por terem sido consumidas. Os catalisadores não podem ser considerados insumos, pois não são consumidos no processo produtivo do ácido acrílico. Prova disso, é que após o prazo médio de sua duração, são encaminhados para empresas que promovem o seu descarte. Os catalisadores não integram o ácido acrílico, e por isso, não são considerados insumo;

- O nome do produto (“catalisador”), não pode se sobrepor à sua própria natureza e função em seu processo industrial. Este entendimento é corroborado pelo Parecer Normativo PROFI nº 01/81, que dispõe: “a identidade física de determinado bem nem sempre é bastante que se conclua por uma inclusão, entre os produtos intermediários ou entre os bens de produção ou instrumentais. É a afetação do bem, em razão de sua participação e utilização no processo industrial de um determinado produto, geralmente evidenciada na correta contabilização, que nos dará elementos para sabermos se sua aquisição gera crédito fiscal, ou não”;

- Os catalisadores são considerados bens pertencentes ao ativo imobilizado, nos termos do art. 179, IV da Lei nº 6.404/1976, e do disposto no Pronunciamento Técnico CPC 27 – Ativo Imobilizado (“CPC 27”), considerando que: (i) são bens utilizados no processo industrial e que (ii) não são consumidos a cada produção de ácido acrílico; (iii) possuem vida útil superior a 1 (um) ano. Os catalisadores importados, por pertencerem ao ativo imobilizado, estão sujeitos às regras de depreciação previstas no art. 183, § 2º da Lei nº 6.404/1976.

Em suma, o que se depreende de todo o liame argumentativo articulado pelo Defendente, é que o produto importado, objeto da autuação, exerce em seu processo produtivo para a obtenção do ácido acrílico, integralmente, todas as funcionalidades de um catalisador. Entretanto, apresenta o entendimento, de que por ser sólido, atuar internamente na tubulação do reator e ter vida útil superior a 1 ano, deve ser considerado como bem que integra seu ativo imobilizado.

Em que pese que o entendimento do Defendente possa ter guarida na seara e no direito societário - Lei nº 6.404/76, o produto Catalisador, objeto da autuação, no âmbito da legislação tributária do ICMS, tem tratamento específico e previsto expressamente, de acordo com a participação nos processos industriais para apuração do imposto devido, precipuamente na constituição de crédito fiscal do estabelecimento industrial, para compensação com o tributo devido nas operações subsequentes.

Assim, dúvida não há de que sendo o produto autuado Catalisador, independentemente de ser considerado ou não como insumo ou produto intermediário, as empresas industriais podem se creditar do imposto nas aquisições de Catalisador, como expressamente estatui o citado art. 309 do RICMS-BA/12. Logo, para a legislação do ICMS, independentemente de sua peculiaridade, o Catalisador não pode ser classificado como bem do ativo imobilizado.

Nesses termos, ante à funcionalidade do produto Catalisador, que atua como acelerador de reação química, como já explicitado, não é bem integrante do ativo imobilizado, e por consequência, não pode o Impugnante, ao realizar importação do Catalisador NCM 38151900, deixar de efetuar o pagamento do imposto nas importações, sob o manto do diferimento do lançamento e do pagamento de ICMS, previsto na alínea “a”, do inciso I, do art. 1º da Resolução nº 179/2011, da qual o Autuado é beneficiário, por não se tratar de bem do ativo imobilizado, e sim de participante efetivo no processo fabril.

Ademais, esse tem sido o entendimento assente quando o tema é catalisador, nas decisões exaradas pela 2ª Instância do CONSEF, a exemplo dos Acórdãos CJF Nº 0442-12/17, CJF Nº 0436-12/17, CJF Nº 0356-12/18 e CJF Nº 0346-11/19.

Concluo pelo acerto da ação fiscal e subsistência da atuação.

Em relação ao argumento do autuado de que a multa aplicada é exorbitante e confiscatória, saliento que a penalidade aplicada no presente Auto de Infração é legalmente prevista para a irregularidade apurada, não cabendo a este órgão julgador a declaração de sua ilegalidade ou inconstitucionalidade, nos termos do inciso I, do art. 167 do RPAF-BA/99.

Quanto ao pleito da sua redução, também falece competência a essa Junta de Julgamento do CONSEF para reduzir multa prevista na legislação de regência.

O Autuado requereu que todas as intimações referentes ao presente processo administrativo, sejam encaminhadas tanto ao seu estabelecimento matriz, localizado na Avenida das Nações Unidas, 14.171, andares 10 ao 12 e 14 ao 17, Torre C, Crystal Tower, Condomínio Rochaverá, CEP: 04794-000, como aos seus advogados, Srs. Marco Antônio Gomes Behrndt e Priscila Maria Monteiro Coelho, inscritos na OAB/SP sob os nºs 173.362 e 257.099, com escritório na Rua José Gonçalves de Oliveira, nº 116, 5º andar, Itaim Bibi, São Paulo, SP, Brasil, 01453-050. No entanto, observo que de acordo com o art. 26, inciso III do RPAF-BA/99, a intimação deve ser endereçada ao contribuinte, seu preposto ou responsável, e a forma de intimação ou ciência da tramitação dos processos ao sujeito passivo, encontra-se prevista nos arts. 108/109 do mencionado Regulamento, inexistindo qualquer irregularidade se a intimação for endereçada diretamente ao contribuinte. Ademais, o representante do autuado poderá cadastrar seu correio eletrônico junto a esta SEFAZ, para receber correspondências.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **206854.0002/21-6**, lavrado contra BASF S.A., devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$15.531.792,96**, acrescido da multa de 60%, prevista 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, 09 de fevereiro de 2022.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - RELATOR