

A. I. Nº - 217359.3001/16-0
AUTUADO - MAGNESITA REFRATÁRIOS S.A.
AUTUANTE - ITAMAR GONDIM SOUZA
ORIGEM - IFEP – DAT/SUL
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 07/06/2017

1^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0075-01/17

EMENTA: ICMS. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES DE MERCADORIAS ORIUNDAS DE OUTRAS UNIDADES DA FEDERAÇÃO DESTINADAS AO USO E CONSUMO DO ESTABELECIMENTO. É devido o ICMS relativo à diferença de alíquotas decorrente das aquisições interestaduais de materiais de uso ou consumo. Produtos relacionados não se enquadram como matéria-prima nem produtos intermediários. São classificados como peças de reposição, materiais, utensílios e ferramentas. Rejeitados pedidos de nulidade do auto de infração. O autuado é o responsável tributário mesmo já tendo alienado o estabelecimento antes da autuação. Descrição da função de cada item constante da autuação demonstra a finalidade e caracteriza o produto como material de uso e consumo. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O auto de infração em lide, lavrado em 30/06/2016, formaliza a exigência de ICMS no valor total de R\$571.989,85, em razão do autuado deixar de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas a consumo de estabelecimento (06.02.01), ocorrido nos meses de janeiro de 2014 a dezembro de 2015, acrescido de multa de 60%.

O autuado apresentou defesa das fls. 32 a 47 dos autos. Nega que os bens adquiridos sejam destinados ao uso e consumo do estabelecimento, mas destinados ao uso no processo produtivo de processamento de minério como matéria-prima, produtos intermediários e material de embalagem.

O autuado alega que este saldo escritural não é mais de titularidade da Magnesita Refratários S/A (CNPJ nº 08.684.547/0020-28). Referido estabelecimento foi alienado a outra pessoa jurídica, qual seja, a Magnesita Mineração S/A (CNPJ nº 00.592.603/0001-20), conforme contrato de compra e venda de estabelecimento (fls. 57 a 79), por meio do qual o estabelecimento mineral localizado em Brumado/BA foi vendido da Magnesita Refratários S/A para a Magnesita Mineração S/A.

Informa que trata-se de contrato de trespasso, tipicamente previsto no art. 1.144 do Código Civil como meio de alienação de estabelecimento. Este contrato de trespasso foi devidamente registrado nas Juntas Comerciais dos Estados da Bahia e de Minas Gerais, respectivamente no dia 1º de fevereiro de 2016, sob o nº 97534808, e em 2 de fevereiro de 2016, sob o nº 5694895, e publicado no dia 28 de janeiro de 2016, nos jornais Tribuna da Bahia, Diário Oficial da Bahia, Hoje em Dia e Diário Oficial de Minas Gerais, respectivamente nas páginas 11, 4, 13 e 1, nos termos do artigo 1.144 do Código Civil.

O autuado alega que, nos termos do art. 25 da LC 87/96, o saldo escritural pertence ao estabelecimento e não à pessoa jurídica. Logo, a alienação da propriedade do estabelecimento nada muda em relação aos créditos, que continuam atrelados ao estabelecimento. Diz que esse entendimento é confirmado pela autonomia dos estabelecimentos prevista no art. 11, §3º da LC

87/96, ou seja, os débitos e créditos de ICMS constituem respectivamente deveres e direitos autônomos do estabelecimento.

Por esta razão, explica que o saldo credor existente nos livros e registros de ICMS do estabelecimento não constam em quaisquer dos atuais livros e registros da Magnesita Refratários S/A. Todo o saldo credor, vinculado ao estabelecimento, encontra-se registrado em livros e registros que agora estão em nome da Magnesita Mineração S/A.

Entende que, como os créditos estão vinculados ao estabelecimento, o único sujeito passivo que terá seu saldo credor afetado pelo presente lançamento é o seu titular, que administra e opera a escrituração. Como a Magnesita Refratários S/A não mais ostenta essa qualidade, o lançamento perpetrado pelo presente Auto não repercutirá efeitos sobre ela, mas sobre outrem (Magnesita Mineração), motivo pelo qual deveria ter sido realizado em nome desta e não da ora Impugnante.

Assim, o autuado entende que o equívoco na indicação do sujeito passivo só pode ser corrigido mediante a feitura de novo lançamento, pois este erro é considerado de natureza material e afeta a relação jurídica instaurada e não meras formalidades, culminando em lançamento nulo por vício material, devendo ser cancelado este Auto de Infração.

O autuado reclama da classificação dada aos produtos como sendo de uso ou consumo, já que não há qualquer descrição da utilização de cada um destes bens, falecendo a devida motivação do ato administrativo. Entende que a falha na fundamentação da autuação é causa de nulidade e dificulta seu direito de defesa, porque não sabe as razões que levaram o fiscal a concluir que tais bens seriam de uso e consumo e não matérias-primas, produtos intermediários ou material de embalagem. Lamenta que não houve registro da visita técnica do autuante em que ele descrevesse as suas conclusões quanto à utilização de cada um dos bens.

No mérito, o autuado entende que, além das matérias-primas, dos produtos intermediários e de embalagem, não estão sujeitos ao diferencial de alíquotas aqueles materiais que, embora sejam classificados como ativo fixo, encontram-se diretamente ligados à atividade principal do estabelecimento, passando a integrar, junto com os outros, o custo direto da produção/revenda de bens. Acredita que o RICMS/BA exige o diferencial de alíquotas apenas sobre bens do ativo permanente alheios à atividade fim do estabelecimento. Cita decisão do Tribunal de Justiça da Bahia que considera como produto intermediário os materiais que participam de forma direta e efetiva do processo produtivo.

O autuado explica que desenvolve no estabelecimento atividade extractiva mineral das substâncias magnesita e talco e posterior beneficiamento das substâncias extraídas. Diz que na fase de extração se realiza o serviço de desenvolvimento, extração de estéril, abertura de acessos e preparação dos bancos para lavra. Ainda neste momento são realizadas as operações de perfuração, que permite identificar as áreas onde serão extraídos os minérios. Após a perfuração e extração, os minérios são transportados internamente e selecionados para a fase de britagem (caso do mineral magnesita) e para o peneiramento (caso do mineral talco).

Na fase da britagem, o mineral extraído da mina é processado pelo britador primário e em seguida sofre fragmentação complementar no britador secundário. É nesta fase que o minério é fragmentado até alcançar o tamanho adequado e ajustado de acordo com os parâmetros necessários para o processo de britagem e entrada na peneira.

Na fase de peneiramento, o minério passa por um processo de seleção por tamanho. Através de movimento vibratório, o minério passa por uma tela com respectiva malha e o material passante vai para o transportador de correia e posterior seleção manual. Após isto, o material selecionado segue para pilha de homogeneização e na sequência é transportado para os fornos, onde sofrem beneficiamento, passando a ser chamados de minério M10 e minério M30. Já o material não passante, chamado de rejeito, é transportado para a pilha de deposição, através de caminhões.

O autuado afirma que todos os bens que deram origem à presente autuação foram adquiridos para serem utilizados diretamente em todo este processo, cada um desempenhando uma função

essencial e indispensável ao exercício da sua atividade fim. Anexou um laudo técnico (fls. 124 a 289) com todos os bens autuados, descrevendo pormenorizadamente as suas respectivas utilizações, ilustrando o laudo com as fotos dos materiais.

Conclui que todos os bens autuados são usados diretamente na atividade-fim do estabelecimento e, como tal, não podem ser classificados como bens de uso e consumo. Cita como decisões a seu favor no âmbito do CONSEF os acórdãos 2^a JJF nº 0262-02/06 e 6^a JJF nº 0029-06/14

O autuado requer a realização de perícia técnica de engenharia em seu estabelecimento, com profissionais de mais de uma especialidade, nos termos do art. 5º, LV da Constituição e com fundamento no art. 123, §3º e art. 145 do RPAF, com a seguinte finalidade: a) descrever detalhadamente o processo produtivo e/ou as atividades desenvolvidas no estabelecimento; b) identificar todos os bens autuados; c) descrever como esses bens são aplicados no processo produtivo (usados na atividade fim) do estabelecimento.

Apresenta os seguintes quesitos a serem respondidos pela perícia:

1. Poderia o Sr. perito descrever o processo produtivo e/ou as atividades desenvolvidas no estabelecimento autuado?
2. Poderia o Sr. perito descrever as características de cada um dos bens autuados?
3. Qual a vida útil de cada um desses bens? Superior a um ano?
4. Em qual etapa do processo produtivo esses bens são aplicados?
5. Qual a aplicação desses bens nas respectivas etapas do processo produtivo? Qual a função dos mesmos na fabricação do produto final?
6. A ausência da aplicação desses bens implicaria alteração no processo produtivo descrito no Quesito 1?
7. Finalmente, diante de todo o acima exposto, pode-se afirmar taxativamente que, do ponto de vista técnico, esses bens fazem parte da atividade preponderante do estabelecimento?

O autuante apresentou informação fiscal das fls. 294 a 324. Explica que a autuação decorre da falta de pagamento do diferencial de alíquotas nas aquisições interestaduais de rolamentos, coreias, perfis u, tampão, chapa, rotor, bucha, rolo, alavanca, cone, dente, haste, tinta acrílica, etc.

Entende que não há nulidade no presente ato administrativo em razão do estabelecimento não pertencer mais ao autuado na época da ação fiscal. Esclarece que na época dos fatos geradores o estabelecimento pertencia ao autuado. Complementa que, de acordo com o art. 129 do CTN, o contribuinte efetivo é a Magnesita Refratários S.A. e o responsável tributário após o evento sucessório é a Magnesita Mineração S.A., que responderá pelos créditos tributários constituídos ou em constituição.

O autuante entende que, de acordo com o inciso II do art. 133 do CTN, a Magnesita Mineração S.A. responde subsidiariamente pelos tributos devidos pela Magnesita Refratários S.A. até a data do evento sucessório em 01/02/2016. Conclui que a autuação deve ser feita contra o contribuinte efetivo e não contra o responsável subsidiário por sucessão. Cita publicação do próprio representante legal do autuado em que expressa posição contrária à imputação de infração ocorrida no passado a uma nova pessoa jurídica formal e institucionalmente diversa da que praticou a infração, sob a direção de outras pessoas naturais.

Discorda também do pedido de nulidade em razão de suposta ausência de motivação sobre a utilização dos bens de uso e consumo que deram causa a presente autuação. Explica que os motivos estão indicados no documento anexado das fls. 05 a 10, denominado “Termo de visita à Magnesita Refratários S.A. para esclarecimentos técnicos quanto à utilização dos materiais abaixo elencados”, produzido após uma visita técnica acompanhada pelo Sr. Guimarino da Silva Leite, procurador do autuado, conforme documento à fl. 51.

O autuante esclarece que apenas foi incluído no auto de infração os produtos considerados peças de reposição dos equipamentos utilizados na linha de produção, assim considerados por serem partes indivisíveis ao uso do equipamento, como martelo, barras de aço, correias transportadoras, perfil de aço, eletrodo solda, rolamento, tampão de aço, chapa de aço, rotor, cone, haste, serra corte, etc. Relaciona todos os produtos que foram objeto do auto de infração das fls. 309 a 311.

O autuante trouxe na informação fiscal a definição de matéria prima e produtos intermediários. Matéria-prima é toda substância com que se fabrica alguma coisa e da qual é obrigatoriamente parte integrante. Produto intermediário é aquele que compõe ou integra a estrutura físico-química do novo produto, via de regra sem sofrer qualquer alteração em sua estrutura intrínseca.

O autuado sugere o confronto dos itens autuados (fls. 12 a 24) com o laudo apresentado pelo autuado das fls. 124 a 289. Discorda da interpretação dada pelo autuado ao Acórdão da 2ª JJF nº 0262-02/06, já que há negativa de cobrança de diferencial de alíquotas apenas sobre os produtos utilizados diretamente nas operações extrativas, que não faz parte da presente autuação. Discorda do entendimento de que o direito ao crédito fiscal depende da forma de contabilização. Entende que primeiro cada produto deve ser classificado quanto às suas características, para depois ser efetivada a sua contabilização.

O autuante não concorda com a realização de perícia técnica. Diz que o laudo apresentado pelo autuado e o termo de visita técnica por ele elaborado (fls. 05 a 10) são suficientes para dar o necessário entendimento do uso de cada produto. Requer a manutenção integral do auto de infração.

VOTO

Verifiquei que foram observados todos os requisitos que compõe o auto de infração, previstos no art. 39 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF), Decreto nº 7.629/99.

Rejeito o pedido de nulidade do auto de infração em razão de suposto erro na indicação do sujeito passivo. O presente auto de infração foi lavrado contra a Mineração Refratários S.A., pessoa jurídica responsável pelas obrigações tributárias geradas na época da ocorrência dos fatos geradores. O fato da empresa Magnesita Mineração responder subsidiariamente pelos débitos de responsabilidade da Mineração Refratários não implica em dizer que ela é a única responsável por esses eventuais débitos fiscais.

De acordo com o § 3º do art. 11 da Lei Complementar nº 87/96, estabelecimento é o local, privado ou público, edificado ou não, próprio ou de terceiro, onde pessoas físicas ou jurídicas exerçam suas atividades em caráter temporário ou permanente. Estabelecimentos não têm responsabilidades. Elas são das pessoas que utilizam esses locais para realizarem operações. Nenhum débito ou crédito pertencem a um estabelecimento, mas à pessoa responsável pelos atos geradores de obrigações. A autonomia do estabelecimento consiste na obrigação de escrituração das operações por local de operação.

A continuidade das atividades em um estabelecimento por outra pessoa jurídica implica em não incidência do ICMS na transmissão de seus estoques de mercadorias e bens de ativo e de uso e consumo, mas não exime a responsabilidade do alienante em relação aos atos praticados durante a sua atividade, apesar de responsabilizar subsidiariamente o sucessor pelas obrigações.

Rejeito também o pedido de nulidade em razão de suposta falta de motivação para considerar os produtos objetos da autuação como destinados ao uso ou consumo no estabelecimento do autuado. O autuante realizou visita técnica ao estabelecimento do autuado para verificar a forma de utilização dos diversos produtos adquiridos pelo autuado, elaborando relatório onde explica a função de cada um. A inclusão na autuação seguiu, segundo o autuante, a critérios que caracterizam os produtos como materiais de uso ou consumo.

Rejeito ainda o pedido de perícia técnica formulado pelo autuante. O processo produtivo foi

minuciosamente detalhado pelo autuado e pelo autuante. Os bens objeto da autuação de igual modo foram devidamente identificados e sua aplicação descrita com clareza, não restando dúvidas que merecessem a realização de perícia técnica.

No mérito, da análise dos itens constantes do demonstrativo das fls. 12 a 24, do laudo técnico trazido pelo autuado (fls. 124 a 289) e da descrição da função de cada item dada pelo autuante no termo de visita das fls. 05 a 10, concluo que os produtos relacionados no demonstrativo de débito referem-se a material de uso ou consumo do estabelecimento. São alavancas, martelos, barras, correias transportadoras, base metálica, chapas e placas de aço, tijolos, anéis em aço, massas para revestimento refratário, bancada em aço, hipoclorito usado para tratamento de água de uso humano, tampas de aço, selo de vedação em aço, rotor, calha, bucha em aço, caçamba em aço, haste em aço, palheta de aço, serra e produtos utilizados no tratamento de água industrial.

Não podem ser considerados matéria-prima nem produto intermediário, pois não integram o produto final e nem se desgastam em cada processo produtivo. O fato do autuado considerar eventualmente os materiais de uso e consumo constantes neste auto de infração como custo de produção não gera direito ao crédito fiscal nem exime do pagamento do diferencial de alíquotas.

A maioria dos itens se enquadra como peças de reposição e ferramentas e não pode gerar direito a crédito fiscal, posto que são materiais de uso e consumo, sendo devido o pagamento do diferencial de alíquotas nas aquisições interestaduais. O desgaste das peças de reposição e das ferramentas na transformação das matérias-primas em produtos finais não os torna matéria-prima ou produto intermediário. O tempo de vida útil varia de acordo com a função no processo de extração e transformação da matéria-prima em produto final.

Entendo não restar dúvida de que os itens constantes das fls. 12 a 24, composto por peças de reposição, materiais, utensílios e ferramentas, são materiais de uso e consumo.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **217359.3001/16-0**, lavrado contra **MAGNESITA REFRATÁRIOS S.A.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$571.989,85**, acrescido de multa de 60%, prevista no art. 42, II, "f", da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 05 de maio de 2017.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS - PRESIDENTE

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO - RELATOR

OLEGÁRIO MIGUEZ GONZALEZ - JULGADOR