

A. I. Nº - 298576.0015/17-9
AUTUADO - MAGNESITA MINERAÇÃO S.A.
AUTUANTE - LUIS CARLOS MOURA MATOS
ORIGEM - INFRAZ VITÓRIA DA CONQUISTA
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 20.08.2018

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0123-05/18

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 produtos intermediários. São classificados como peças de reposição e utensílios. Refeito o demonstrativo original e excluídos os valores relativos a item que já foi objeto de outro lançamento. Rejeitados os pedidos de nulidade do auto de infração. Indeferido o pedido de realização de perícia ou diligência fiscal tendo em vista que a descrição da função de cada item autuado possibilita identificar a classificação dos produtos. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O auto de infração lavrado em 04/12/2017 exige o valor de R\$73.137,84 em decorrência da falta de recolhimento do ICMS da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas a consumo de estabelecimento (2016) acrescido de multa de 60%.

Na defesa apresentada (fls. 13 a 37) o contribuinte destaca a sua tempestividade, descreve a infração, ressalta que os bens autuados já foram objeto do Auto de Infração 2985760011/17-3 e que a autuação se equivoca na classificação dos bens destinados a uso/consumo quando na verdade são produtos intermediários usados na exploração de minério.

Suscita a nulidade do lançamento por ausência de motivação sobre a utilização dos bens, por não explicitar porque são destinados a uso e consumo, sem descrever a utilização de cada um, falecendo a devida motivação do ato administrativo, nos termos do art. 196 do CTN e o exercício do direito de ampla defesa (CF; art. 5º. LV) e art. 15, I do RPAF/BA.

Suscita nulidade do lançamento também por erro na quantificação do crédito tributário e aplicação da alíquota do DIFAL equivocada, visto que o art. 155, §2º VII da CF prevê a incidência do ICMS da diferença entre a alíquota interna do Estado destinatário e a alíquota interestadual.

Afirma que a situação presente trata de operações entre o Estado da Bahia (destino) e os de Minas Gerais e São Paulo, cuja alíquota é de 7% que confrontado com as alíquotas internas de 17% e 18% resulta em diferenças de 10% ou 11%, que não foi a apurada conforme quadro a fl. 16.

Entende que caracteriza vício substancial (e não material) que não pode ser retificado, como decidido pelo Poder Judiciário (REsp 1162646/PR) motivo pelo qual deve ser declarada a nulidade.

Suscita a nulidade ainda sob o argumento de erro na quantificação do crédito tributário, por entender que na apuração do ICMS DIFAL foi incluído o imposto na sua base de cálculo aplicando o disposto no art. 17, XI da Lei 7.014/96, sem encontrar respaldo na Constituição Federal (artigos 146, III, 'a' e 155, §2º, XII, 'i') que remetem para a lei complementar *estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária* e o Estado da Bahia jamais poderia instituir por lei ordinária,

visto que a LC 87/96, que versa sobre o ICMS, desconhece a figura do diferencial de alíquotas, omitindo-se por completo em sua regulamentação.

Ressalta que o dispositivo da LC 87/96 que fixa a base de cálculo e determina a integração é o art. 13, §1º, I, que se refere às hipóteses previstas no *caput* do art. 13, **mas não se encontra a entrada de bens destinados ao uso e consumo e ativo imobilizado em operações interestaduais.**

Conclui que diante de inexistência de lei complementar específica que fixe a base de cálculo do ICMS DIFAL para fazer a integração do próprio imposto não é possível que a legislação estadual usurpe a atribuição da Constituição e lei complementar, motivo pelo qual deve ser declarado inválido o lançamento adotando a base de cálculo do art. 17, XI da Lei 7.014/1996.

Suscita a nulidade do Auto de Infração por duplicidade de exigência (*bis in idem*), visto que parte dos bens do presente lançamento (07 notas fiscais de nº 11169, 11402, 11427, 11466, 11436, 11528) já foi objeto de lançamento anterior (AI 2985760011/17-3), motivo pelo qual deve ser declarada nula a autuação.

Nesta mesma linha, suscita a nulidade do lançamento por ofensa ao art. 146 do CTN, visto que a fiscalização já tinha pleno e integral conhecimento de todas as aquisições interestaduais realizadas pela empresa e incluiu documentos que não se enquadram na norma, por se tratar de aquisição de produtos intermediários e não de uso e consumo.

Entende que o procedimento caracteriza erro de direito que não possibilita a revisão do lançamento conforme entendimento da *Súmula 227/TFR e decisões de Tribunais Superiores* (REsp 1130545/RJ, DJe de 22/02/2011). Transcreve texto de doutrinadores e afirma que nesta situação deve ser declarado nulo o lançamento, seja porque parte da presente autuação afronta o art. 146 do CTN, seja porque a outra parte ainda é objeto de lançamento em discussão administrativa.

No mérito, discorre sobre os incisos VII e VIII do § 2º do art. 155 da Constituição Federal com redação dada pela EC 87/15 que preveem o recolhimento do ICMS – DIFAL, cuja incidência recai sobre aquisições interestaduais de mercadorias na condição de consumidor final.

Discorre sobre a destinação de bens adquiridos que configura consumidor final: (a) materiais de uso e consumo, e (b) bens do ativo fixo “*que não participem do objeto principal do estabelecimento*”.

Manifesta que não há necessidade de recolhimento do ICMS - DIFAL sobre a aquisição de materiais que sejam empregados como matérias-primas, como bem intermediários ou de embalagem, por serem imprescindíveis ao objeto principal do estabelecimento, representando o custo direto da produção ou revenda de determinado bem.

Ressalta que o art. 305, §4º, III, “a” do RICMS/2012 e art. 4º da Lei 7.014/96 determinam o recolhimento do ICMS DIFAL somente quando o bem adquirido for destinado a uso/consumo ou ativo permanente (somente aqueles alheios à atividade-fim do estabelecimento).

Transcreve ementa da Apelação Cível 0020167-45.2008.8.05.0001/2012, julgada pelo Tribunal de Justiça da Bahia que se manifestou pelo entendimento de que as *bolas de moinho* importadas caracterizam-se como produtos intermediários no processo produtivo de *ouro*.

Em seguida descreveu as etapas desenvolvidas na atividade extractiva mineral das substâncias Magnesita e Talco e posterior beneficiamento das substâncias extraídas:

1) Extração: nesta fase se realiza o serviço de desenvolvimento, extração de estéril (parte não beneficiada), abertura de acessos e preparação dos bancos para lavra (retirada do minério da Mina). Ainda neste momento são realizadas as operações de perfuração (sondagem), 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).

2) Britagem: nesta etapa 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.

3) Peneiramento: neste estágio, 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.

Apresenta um fluxograma de produção à fl. 28 para identificar a utilização dos bens adquiridos em cada fase do processo produtivo e ressalta que o próprio autuante reconheceu no primeiro lançamento (AI 2985760011/17-3), que o DIFAL não incide sobre as operações ora autuadas, por se tratar de produtos intermediários, que geram direito ao crédito.

Diz que elaborou um laudo técnico, descrevendo a utilização dos bens autuado, ilustrando com fotos o que possibilita perceber a essencialidade no processo produtivo e a sua durabilidade:

- BOMBAS: Extrai o minério “talco” que passa por processo de britagem e peneiramento. Para facilitar o deslocamento da substância pelos equipamentos que realizam tais processos e evitar perdas da substância e excesso de poeiras, ao talco é adicionada certa quantidade de água, dando origem a uma mistura heterogênea denominada polpa, constituída de partículas sólidas em suspensão em um meio aquoso. Essa polpa é bombeada pelos equipamentos para se locomover e as máquinas responsáveis por tais movimentos são as bombas. Logo, elas têm contato direto com o produto, são fundamentais para a atividade-fim do estabelecimento e, por terem vida útil superior a 12 anos, são consideradas como bens do ativo.
- CAMISAS: A substância Magnesita passa por um processo de sinterização realizado dentro dos Fornos SK (fornos de sinterização). As partículas minerais e químicas ali inseridas são movimentadas por barras de arraste e tais movimentos são feitos por cilindros hidráulicos. As camisas são justamente o componente deste cilindro. Evidente, assim, que as camisas além de terem contato direto com as substâncias minerais, são essenciais para a realização e conclusão do processo de sinterização. E, como têm vida útil superior a 1 ano, são consideradas como bens do ativo.
- LIXADEIRAS: Algumas peças de equipamentos deformam-se com o uso e se oxidam ao longo do tempo. Para retirar as imperfeições delas e remover as camadas de carepa (óxido de ferro), a Impugnante se utiliza das lixadeiras. Assim, as lixadeiras prologam a vida útil dos equipamentos, por meio da sua constante manutenção. Logo, as lixadeiras são bens que integram o ativo permanente da Impugnante.
- ROTORES: Como dito, o processo de sinterização da magnesita ocorre dentro do Forno SK, por meio de combustão. Para tanto, é necessária a injeção de ar atmosférico dentro do forno, o que é feito pelo equipamento *Soprador Aerzen*. Os rotores é que permite que este soprador funcione, dando-lhe energia cinética e dinâmica.
- SERRAS CIRCULARES E TICO-TICO: Após a retirada do minério do solo, ele é levado para a planta para ser tratado e/ou beneficiado. A planta é estruturada em edificações civis, cujos alicerces são compostos por madeiras. Além disto, utiliza madeiras para montar tapumes (espécie de andaimes) usados para acesso aos fornos e demais equipamentos da planta da Impugnante (bombas, sopradores, etc) para neles ser realizada alguma atividade de reparo e manutenção. Tais madeiras são moldadas por meio das serras circulares e tico-tico, as quais nitidamente têm o condão de prolongar a vida útil dos ativos da Impugnante e, como tais, também devem ser consideradas bens do ativo.
- PENEIRAS VIBRATÓRIAS: Muito pouco precisa ser dito sobre as peneiras, bastando considerar que o “peneiramento” é justamente uma das fases do processo de extração e beneficiamento mineral desenvolvido pelo estabelecimento autuado. São através destas peneiras que os minérios são segregados pelas dimensões das suas partículas e seguem para pilha de homogeneização e na sequência é transportado para os fornos onde serão beneficiadas. Sua essencialidade para o processo extractivo mineral é evidente e, como tem vida útil de mais de 20 anos, é integrante do ativo permanente.
- REFIS DE VEDAÇÃO: São os equipamentos usados na vedação lateral das correias transportadoras, impedindo que o minério caia delas e seja perdido. O contato direto com o minério é evidente e, como têm vida útil de 1 ano, outra não pode ser a sua classificação senão de ativo permanente.
- PINHÃO: O pinhão é a peça que permite que o moinho de bolas seja acionado. Ele que faz o moinho girar, se movimentar, e o moinho é usado na atividade de moagem do minério magnesita. Assim, sem o pinhão, o moinho não se movimenta e o minério magnesita não é moído, impossibilitando o seu beneficiamento tal como explicado acima. Portanto, indiscutível a sua essencialidade para o trabalho desenvolvido pela Magnesita e ele deve ser substituído a cada 1,5 anos, revelando a sua característica de ativo permanente.

Afirma que todos os bens autuados são usados diretamente na atividade-fim do estabelecimento, têm vida útil superior a 1 ano, caracterizando como bens do ativo permanente e como tal, “geradores dos créditos glosados”, motivo pelo qual deve ser cancelada a multa lançada no Auto de Infração, a exemplo das decisões contidas nos Acórdãos JJF 0262-02/06 e JJF 029-06/14.

Transcreve parte do conteúdo do primeiro acórdão para distinguir a diferença entre bens de uso e consumo e produtos intermediários; as orientações contidas na IN SLT 01/2001 do Estado de Minas Gerais (fl. 32); decisões proferidas pelo STJ (AgInt no REsp 1486991/MT, DJe 21/06/2017; AgRg no REsp 1393151/MG/2014; REsp 1366437/PR/2013; AgRg Ag 929.077/SP/2008 e REsp 850.362/MG/2007).

Reafirma que os produtos objeto da autuação caracterizam-se como intermediários empregados diretamente na atividade fim da empresa e não na condição de consumidora final o que torna ilegítima a exigência fiscal do ICMS DIFAL.

Requer a realização de perícia fiscal, formulando quesitação à fl. 36, indicando como assistentes técnicos o Contador: Guimarino da Silva Leite, Idt. 3725847-80-SSPBA, CPF 453.239.845-20, CRC. BA-036420/O-1, residente a Rua Maranhão, 67, Jardim Brasil, CEP 46100-000, Brumado-BA e Cassandro Freitas de Matos: Casado, Engenheiro Metalurgista, RG: M4088191 SSP MG CREA: MG0000058144 D.

Requer acolhimento da defesa, declarando nulo o lançamento e, no mérito, julgar improcedente o lançamento para reconhecer a natureza de insumos dos bens objeto da autuação.

O autuante na informação fiscal (fls. 100/122) observa que a defesa é ampla e com base doutrinária, nulidades suscitadas sem efeitos práticos ou objetivos quanto ao cerne da questão.

Esclarece que o estabelecimento autuado dá continuidade à Magnesita Refratários S/A, (IE 077028887) situada na mesma unidade de produção que foi baixada em novembro/2016.

Lembrar que este auto de infração é consequência do não atendimento da intimação, (fl. 124), que determinou o recolhimento espontâneo do imposto, conforme AI 2985760011/17-3.

Quanto às nulidades suscitadas, transcreve o conteúdo da defesa e pontua que:

1. Ausência de motivação sobre a utilização dos bens: Estas solicitações são comuns em todos os AIs que envolve a empresa, porém a matéria em análise não depende de visitas técnicas, pois os elementos existentes nos autos são suficientes para o deslinde da questão, nos termos do art. 18, §2º do RPAF/BA;
2. Erro na quantificação do crédito tributário. Alíquota do DIFAL equivocada: Afirma que na planilha à folha 6, existe a coluna da “Alíquota na Origem”, mas por equívoco na fórmula, não foi compensado o crédito fiscal e procede a alegação do estabelecimento autuado. Refez a planilha que foi juntada à fl. 123, deduzindo os créditos de origem;
3. Erro na quantificação do crédito tributário. Base de cálculo não prevista em Lei Complementar: Transcreve o art. 142 do Código Tributário Nacional (CTN), ressaltando que a *atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional* e não possui competência para resolver a questão mencionada referente à Lei Complementar;
4. Nulidade do Auto por duplicitade de exigência (*bis in idem*) e Nulidade por ofensa ao art. 146 do CTN: Afirma que a extensa explicação objetiva confundir ou mesmo falta entendimento legal, visto que o auto nº 2985760011/17-3, que motivou a lavratura deste PAF, anexo a este PAF, nos termos do art. 42, II, “f” da Lei 7.014/96, “*Como o autuado tinha saldo credor, não haveria repercussão na cobrança do DIFAL. Assim, foi autuado por descumprir a obrigação tributária e ao mesmo tempo intimado (folha 124) para refazer o estorno dos lançamentos indevidos do seu saldo do crédito acumulado*”.

Quanto a notas não lançadas neste PAF, esclarece que decorre ter reconhecido que as mesmas não são de uso e consumo, conforme indicado na defesa da própria autuada, que transcreveu parte às fls. 109 a 111, relativo ao PAF 2985760011/17-3 para rever os itens citados:

Não incidência do DIFAL pela aquisição de materiais de embalagem.

Não incidência do DIFAL nas locações de bens.

Afirma que foi prontamente revisto, aceito e excluídas do PAF, tendo o autuado demonstrado no mínimo incoerência quando num momento solicita exclusão dos itens de embalagens e locação (correto e devido), e em outro momento reclama por não está sendo cobrado.

No mérito, quanto à exigência de ICMS-diferencial de alíquotas sobre aquisições de bens aplicados diretamente na atividade econômica do estabelecimento autuado, transcreve o conteúdo da defesa e afirma que traz conceitos esclarecedores para manter a autuação.

Argumenta que a descrição do processo produtivo, fotografias dos itens autuados ajuda a elucidar dúvidas existentes quanto à definição se são ou não destinados a uso e consumo e que o material por si só evidencia que são itens que se desgastam no processo produtivo, como por exemplo: rotor, lixadeira, camisa cilíndrica, bomba, pinhão refil, serra e peneira.

Quanto ao pedido de realização de perícia, manifesta ser desnecessária já que os elementos probatórios constantes dos autos são suficientes para elucidar a compreensão dos fatos.

Por fim, ressalta que o estabelecimento autuado é reincidente em descumprir obrigações tributárias, cometendo os mesmos vícios praticados anteriormente, conforme Acórdãos CJF 0069-11/17, JJF Nº 0075-01/17 e CJF 0323-11/17 que tratam de situações similares a este PAF.

Requer julgamento pela procedência parcial do Auto de Infração de acordo com a planilha refeita acostada à fl. 123 na qual foram deduzidos os devidos créditos da DIFAL.

Cientificado da informação fiscal (fl.128) o sujeito passivo manifestou-se às fls. 131 a 133.

Inicialmente comenta a autuação, razões expostas na defesa, informação fiscal afirmando que:

- A) Apesar de reconhecer o erro na quantificação do crédito tributário, ignorou que o erro na quantificação é insanável, por se tratar de vício substancial;
- B) Não foi reconhecido que parte dos bens já foram objeto do auto de infração lavrado anteriormente e para isso basta comparar os demonstrativos para certificar se de que das 17 operações, 07 estão em discussão no AI anterior o que caracteriza bis in idem;
- C) Houve reconhecimento de que operações que foram lançadas na autuação anterior foram excluídas pela fiscalização por reconhecer que não estavam sujeitas ao ICMS DIFAL, porém voltaram a ser autuadas;
- D) Quanto à nulidade por ausência de efetiva fiscalização, que foi feita com base em documentos fiscais e o autuante afirma ser desnecessária diligência ao estabelecimento, argumenta que se isso tivesse sido feito, não teria exigido o imposto sobre as mesmas notas fiscais que constam na autuação anterior, o que enseja a nulidade suscitada.
- E) No mérito, diz que a fiscalização acusa que os bens autuados são partes e peças, mas não é consumidor final dos produtos, cabendo aos julgadores determinar a realização de perícia para certificar-se que são utilizados no processo produtivo.

Reitera as nulidades suscitadas, realização de perícia e improcedência da autuação.

O processo foi encaminhado a fiscal estranho ao feito (fls. 137 a 139) que na nova informação fiscal transcreveu o art. 18, IV e §§1º e 2º do RPAF/BA, manifestando pela não nulidade da autuação, reafirmando a informação fiscal anterior e julgamento pela procedência parcial do AI.

VOTO

Inicialmente cabe apreciar as nulidades suscitadas. Quanto ao argumento de falta de motivação do lançamento, observo que a infração foi descrita indicando a falta de pagamento do ICMS da diferença de alíquota, com indicação dos dispositivos da legislação tributária infringidos e demonstrativo no qual foram relacionadas as notas fiscais escrituradas e descrição das

mercadorias adquiridas. Assim sendo, ao contrário do que foi aventado, os fatos apontados indicam o descumprimento da legislação do ICMS que implica em motivação do lançamento, motivo pelo qual fica rejeitada.

Quanto às nulidades suscitadas sob alegação de erro na quantificação do crédito tributário, tanto por não representar a diferença entre o porcentual da alíquota interna e interestadual, bem como da inclusão do imposto na sua base de cálculo observo que:

- 1) Com relação à primeira nulidade, constato que na planilha original de fl. 6, a fiscalização apurou a base de cálculo, aplicou a alíquota interna, porém não deduziu o “*ICMS Origem*” grafado. Isso foi reconhecido na informação fiscal, corrigindo o equívoco refazendo a planilha original. O autuado foi cientificado e se manifestou sobre a correção. Em se tratando de erro na constituição da base de cálculo, poderia se decretar a nulidade do lançamento como requerido pelo sujeito passivo o que implicaria em nova autuação. Entretanto, à luz do disposto nos artigos 283, § Único do novo Código do Processo Civil (Lei 13.105/2015) deve se dar aproveitamento aos atos praticados desde que não resulte prejuízo à defesa. Neste caso, foi efetuado o saneamento da inconsistência da apuração do valor exigido e dado conhecimento a outra parte que se manifestou no prazo concedido. Aplicando o disposto no art. 357, §1º do CPC considero que a finalidade da constituição do lançamento foi atendida, aproveitando os atos praticados sem ter implicado em prejuízo à defesa, motivo pelo qual afasto a nulidade suscitada;
- 2) Quanto à nulidade suscitada sob o argumento de que o disposto no art. 17, XI da Lei 7.014/96, não encontra respaldo na Constituição Federal, observo que o citado dispositivo introduzido pela Lei 13.373/2015 prevê que na apuração do ICMS DIFAL “*o montante do ICMS relativo à diferença de alíquotas integra a base de cálculo*”. Como a questão formulada implica em apreciação da constitucionalidade da legislação tributária, este órgão julgador não tem competência para tal finalidade nos termos do art. 167 do RPAF/BA, motivo pelo qual rejeito a nulidade suscitada.
- 3) No que se refere à nulidade suscitada sob o argumento de exigência em duplicidade, observo que a questão perpassa pela apreciação dos valores exigidos nesta autuação e a do AI 2985760011/17-3 o que conduz a apreciação do mérito, motivo pelo qual não acato a nulidade suscitada, mas será analisada quanto ao mérito;
- 4) Por fim, quanto à nulidade suscitada sob o argumento de que a fiscalização já tinha conhecimento das aquisições interestaduais de mercadorias realizadas e incluiu documentos que não se enquadram na norma, por se tratar de produtos intermediários e não de uso e consumo, observo que também esta apreciação se confunde com a questão de mérito, motivo pelo qual fica afastada a nulidade requerida, cujo argumento será apreciado quando da análise do mérito.

Inicialmente, consoante o art. 147, inciso II, alínea “b”, do RPAF/99, fica indeferido o pedido formulado pelo defensor para a realização de perícia fiscal, tendo em vista que na defesa apresentada foram indicados os produtos adquiridos que foram objeto da autuação e função dos mesmos na operacionalidade da empresa, fazendo-se acompanhar de fotografias, o que possibilita a formação da convicção do julgador. Logo, considero desnecessária a perícia requisitada, em vista das provas produzidas nos autos.

No mérito, o defensor alega que os bens adquiridos em operações interestaduais, são aplicados no processo produtivo e se caracterizam como produtos intermediários, conforme laudo apresentado e também que parte deles foi objeto de outro lançamento.

Quanto à exigência em duplicidade, verifico que na informação fiscal (fl. 109) o autuante esclareceu que em razão de possuir saldo credor, “*foi autuado por descumprir a obrigação tributária e ao mesmo tempo intimado para refazer o estorno dos lançamentos indevidos do seu saldo do crédito acumulado*” conforme intimação à fl. 124.

Pela análise dos elementos contidos no processo constato que:

- a) O AI 2985760011/17-3, lavrado em 29/06/2017, cuja cópia foi juntada à fl. 53 indica acusação de falta de recolhimento do ICMS-DIFAL (janeiro a dezembro/2016);
- b) A intimação de fl. 124 indica intimação para estornar crédito fiscal acumulado;
- c) Cópia da defesa daquela autuação transcrita pelo autuante (fls. 109 e 110) reporta-se a operações de aquisição de i) embalagens e de ii) locação de bens;
- d) As notas fiscais de nº 11169, 11402, 11427, 11466, 11436, 11528 contidas no demonstrativo do AI 2985760011/17-3 (fls. 57 a 60) estão contidas também no demonstrativo de fl. 6, relativo a este lançamento que relaciona as mesmas mercadorias (REFIL DEV COR TRA PUR).

Pelo exposto, assiste razão ao defendant, visto que restou comprovado que as mercadorias consignadas nas notas fiscais relacionadas no AI lavrado em 29/06/17 estão também contidas no presente lançamento, o que implica exigência em duplicidade.

Assim sendo, acolho o argumento defensivo e faço a exclusão dos valores exigidos relativos às mencionadas notas fiscais, o que será feito na planilha a ser apresentada no final do voto.

Quanto aos demais produtos que a empresa alega serem produtos intermediários e a fiscalização contesta que são bens de consumo, verifico que conforme descrição das fases desenvolvidas na atividade extractiva mineral e de beneficiamento das substâncias extraídas (Extração; Britagem e Peneiramento) observo que o laudo técnico indica que os produtos autuados:

- **BOMBAS:** Bombeia a polpa (mistura homogênea), entrando em contato direto com o produto, e tem vida útil superior a 5 anos, conforme fotografia à fl. 66.

Portanto, trata-se bem que é reposto de um equipamento que compõe o ativo imobilizado.

- **CAMISAS:** São componentes de cilindros hidráulicos que movimentam a substância Magnesita, com vida útil superior a 1 ano. Portanto trata-se de componentes que integram os cilindros hidráulicos (fl. 67).

- **LIXADEIRAS:** São utilizadas para retirar rebarbas, molda ou fazer acabamento de equipamentos, por meio da sua constante manutenção, com vida útil superior a um ano (fl. 68). Logo, se trata de bem do ativo utilizado de forma marginal ao processo de produção.

- **ROTORES:** Integra o equipamento *Soprador Aerzen* (*vida superior a 3 anos*). Conforme figura à fl. 74 trata-se de peça de reposição do soprador.

- **SERRAS CIRCULARES E TICO-TICO:** Utilizados para serrar madeiras que estruturaram edificações civis, montar tapumes (espécie de andaimes) e reparo e manutenção de equipamentos (vida útil superior a um ano). Logo, são bens de ativos utilizados à margem do processo de produção.

- **PENEIRAS VIBRATÓRIAS:** Utilizado no processo de beneficiamento mineral, segregando a dimensão das partículas que seguem para pilha de homogeneização (vida útil de mais de 20 anos). Conforme figura à fl. 69, trata-se de uma peça de reposição de bem que integra o ativo permanente.

- **REFIS DE VEDAÇÃO:** Este produto foi objeto de exigência fiscal no AI 2985760011/17-3. Os valores exigidos serão excluídos no demonstrativo a ser apresentado no final do voto, motivo pelo qual não será apreciado (submetido a outro julgamento);

- **PINHÃO:** Peça que aciona o moinho de bolas na atividade de moagem do minério. Conforme figura à fl. 70 trata-se de peça de reposição com vida útil superior a 1,5 ano.

Além desses produtos, foi exigido ICMS relativo à aquisição de Software, Gerenciamento TR consignado na nota fiscal 17.499 (fl. 89). Na foto juntada à fl. 77 foi ilustrado o equipamento no qual está instalado o soft.

Dessa forma, em se tratando de aquisição de software produzido por terceiros, trata-se de bem incorpóreo que deve ser classificado no ativo intangível que se submete a amortização ao longo do tempo de utilização do seu direito de uso. Consequentemente, não pode ser classificado como produto intermediário que participa do processo produtivo como entende o estabelecimento autuado, e cabível a exigência do ICMS da diferença de alíquota.

Pelo exposto, constata-se que os bens que foram objeto da exigência do ICMS da diferença de alíquota tratam-se de aquisições interestaduais de mercadorias que constituem peças empregadas na reposição de outras gastas que integram equipamentos da empresa, a exemplo de bomba, camisas, rotores, peneiras e pinhão, que se desgastam paulatinamente, sendo repostos em prazos superiores a um ano e não de produtos intermediários como alega o defendant, visto que não são consumidos na atividade de mineração, com afetação ou participação no processo de contato direto com as matérias-primas e consequente desgaste imediato.

Já outros produtos, a exemplo de lixadeiras, serra circular e serra tico-tico se caracterizam como bens do ativo que são utilizadas de forma indireta à margem do processo produtivo, mas não se desgastam diretamente no processo de extração e beneficiamento de minerais. Portanto, não são produtos intermediários como alega o estabelecimento autuado, visto que o seu desgaste ocorre de forma paulatina, com vida útil superior a um ano para reposição.

Em ambas as situações, não se tratam de produtos intermediários e cabível a exigência do ICMS da diferença de alíquota, conforme disposto no art. 305, §4º III, “a” do RICMS/2012 (art. 4º, XV da Lei 7.014/96).

Quanto às Decisões Judiciais trazidas ao processo, observo que algumas delas não têm correlação com os produtos objeto da autuação, a exemplo de *bolas de moinho utilizada* no processo produtivo de *ouro* (Apelação Cível 0020167-45.2008.8.05.0001/2012 TJBA), bem como as Decisões proferidas por Tribunais Superiores não vinculam as decisões proferidas por este Conselho Estadual de Fazenda.

Quanto ao pedido de cancelamento da multa, observo que a que foi aplicada é prevista no art. 42, II, “f” da Lei 7.014/96, e estando vinculada a descumprimento de obrigação tributária principal, este órgão julgador não possui competência para apreciar tal pedido a vista do disposto no art. 158 do RPAF/BA.

Por tudo que foi exposto, tomo como base o demonstrativo refeito pela fiscalização (fl. 123) e faço a exclusão dos valores relativos às aquisições de REFIL DEV COR TRA PUR consignadas nas notas fiscais de nºs 11169, 11402, 11427, 11466, 11436, 11528 que foram objeto de exigência do ICMS da diferença de alíquota também no AI 2985760011/17-3 (fls. 57 a 60) o que resulta em valor devido de R\$33.129,94.

Observo ainda que no demonstrativo original da fl. 6, foi apurado valor a ser exigido no mês de *dezembro/2016*, mas ao transportar para o do auto de infração foi grafado *setembro/2016*. Como os documentos fiscais se referem efetivamente a ocorrências no mês 12/2016, de ofício faço a retificação para este mês de acordo com o demonstrativo refeito pela fiscalização acostado à fl. 123.

Data	Mês	N. Fiscal	UF	Descrição do Item	DIFAL Devida
04/02/16	2	88219	MG	LIXADEIRA EL?T BOSCH GBR14CA	341,57
23/02/16	2	2906	MG	CAMISA CIL HID 0500MD00409	479,52
Subtotal					821,08
11/03/16	3	19493	SP	BOMBA PERIST WAT 2006500C	8.043,72
Subtotal					8.043,72
25/04/16	4	11169	MG	REFIL VED COR TRA PUR 10321A	0,00
Subtotal					0,00
13/05/16	5	17499	SP	SOFT PHD 1006001011	1.052,44
18/05/16	5	10703	MG	PINHÃO PERM 06300061	1.000,12
Subtotal					2.052,56

10/06/16	6	11402	MG	REFIL VED COR TRA PUR 10318A	
20/06/16	6	11427	MG	REFIL VED COR TRA PUR 10321A	
27/06/16	6	11466	MG	REFIL VED COR TRA PUR 10321A	
28/06/16	6	11436	MG	REFIL VED COR TRA PUR 10315A	
28/06/16	6	11436	MG	REFIL VED COR TRA PUR 10318A	
Subtotal					0
19/07/16	7	11528	MG	REFIL VED COR TRA PUR 10321A	
Subtotal					0
23/08/16	8	125236	MG	SERRA CIRC BOSGKS711	58,46
25/08/16	8	465901	MG	SERRA TICO-TICO 220V BOSCH GST75BE	59,81
Subtotal					118,26
21/12/16	12	6026	SP	ROTOR CPR VML AERZEN 15720200	7.424,41
21/12/16	12	6026	SP	ROTOR CPR VML AERZEN 15720200	7.424,41
23/12/16	12	7662	SP	PENEI VIBR 2000X3000MM MAVI	7.245,49
Subtotal					22.094,32
Total geral					33.129,94

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 298576.0015/17-9, lavrado contra MAGNESITA MINERAÇÃO S.A., devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$33.129,94**, 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, 17 de julho de 2018.

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - PRESIDENTE

EDUARDO RAMOS DE SANTANA - RELATOR

JOÃO VICENTE COSTA NETO - JULGADOR