

A.I. Nº - 298576.0011/17-3
AUTUADO - MAGNESITA MINERAÇÃO S.A.
AUTUANTE - LUÍS CARLOS MOURA MATOS
ORIGEM - INFAZ VITÓRIA DA CONQUISTA
PUBLICAÇÃO - INTERNET 22.03.2019

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0045-02/19

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. Parte dos 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. O Autuante refez os cálculos. A Autuada elidiu parte da infração. Infração parcialmente subsistente. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração lavrado em 29/06/2017, exige crédito tributário no valor histórico de R\$343.683,28, acrescido da multa de 60%, em razão da constatação da **INFRAÇÃO 01 – 06.02.01** – Deixou 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 do estabelecimento, no período janeiro a dezembro de 2016, acrescido de multa tipificada no art. 42, inc. II da Lei nº 7.014/96.

Enquadramento legal: Artigo 4º, inciso XV da Lei nº 7.014/96 c/c art. 305, §4º, inciso III, alínea “a” do RICMS/2012.

O autuado impugna o lançamento, fls. 16 a 34, inicialmente referindo-se a tempestividade da defesa, passado a relatar o teor da infração que motivou a autuação.

Diz que o equívoco da autuação está na classificação dos bens autuados, posto que se tratam de produtos intermediários usados no processo de exploração de minério, que é a atividade fim do estabelecimento. Portanto, não pode ser considerada consumidora final destes produtos, motivo pelo qual não há incidência do diferencial de alíquotas.

Preliminarmente argui nulidade do lançamento por ausência de motivação sobre a utilização dos bens em razão de não explicitar porque considerou que os mesmos seriam de uso e consumo e não produtos intermediários sem que haja descrição da utilização de cada um deles, falecendo a acusação da exigida motivação.

Explica que a ausência de fundamentação do lançamento é causa de nulidade pois, dificulta o direito de defesa porque não se conhece as razões que levaram o autuante a concluir que tais bens seriam de uso e consumo e não matérias-primas, produtos intermediários ou material de embalagem, sem o registro de uma visita técnica para embasar suas conclusões.

Cita o art. 196 do CTN para destacar que o dispositivo preserva a segurança jurídica ao permitir que sujeito passivo conheça em quais elementos se apoia o Fisco para realizar o lançamento, garantindo o exercício de seu fundamental direito de ampla defesa, previsto no art. 5º inc. LV da

Constituição Federal garantia contemplada, também no RPAF/99, quando impõe a forma escrita de todos os atos da fiscalização, incluindo aí as visitas técnicas no seu art. 15, inc. I.

Entende, dessa forma, que ausente documento impresso, datilografado ou manuscrito que formalize nos autos a visita técnica, é de se reconhecer a nulidade da autuação.

Passa a descrever as razões, que entende servirem para o cancelamento do auto de infração, em função da impossibilidade da exigência de ICMS-Diferencial de Alíquotas sobre aquisições de bens aplicados diretamente na atividade econômica do estabelecimento.

Cita e transcreve o teor dos incisos VII e VIII do §2º do art. 155 da Constituição Federal, redação dada pela EC 87/2015, que prevê o recolhimento do ICMS - Diferencial de Alíquotas, para ressaltar que é preciso que o adquirente das mercadorias oriundas de outros Estados seja contribuinte do ICMS e que faça tal aquisição na condição de consumidor final, para haver a cobrança do diferencial de alíquotas pelo Estado da Bahia.

Aduz que para saber se há ou não a incidência do ICMS - Diferencial de Alíquotas, a legislação reforça que é de fundamental importância a análise da natureza dos bens adquiridos, a fim de que possa ser definido se o adquirente de tais bens pode ou não ser considerado consumidor final, haja vista que o DIFAL não incidirá sobre toda e qualquer aquisição interestadual realizada pelo contribuinte, mas exclusivamente sobre aqueles adquiridos na condição de consumidor final.

Ressalta que o presente auto de infração foi lavrado porque a fiscalização entendeu que os materiais adquiridos seriam bens classificados como de uso/consumo ou destinado a consumidor final destes produtos, premissa essa, diz, ser equivocada quanto ao conceito de consumidor final dos bens adquiridos pelas empresas contribuintes de ICMS.

Para que o contribuinte seja considerado consumidor final de determinado bem, é necessário que os materiais por ele adquiridos não sejam empregados de forma direta na consecução de sua atividade-fim, acrescenta.

Alerta que os bens de uso e consumo são aqueles de vida útil pequena, cuja característica principal é a desvinculação da tarefa-fim do estabelecimento, como o material de escritório, produtos de limpeza, etc. Também existe outra classe de bens que, em algumas situações, são alheios à atividade-fim do contribuinte como por exemplo, bens do ativo fixo, cuja vida útil é superior a 12 meses, e que, dependendo de sua destinação, acabam não influenciando no processo produtivo ou na prestação de serviço do contribuinte, como ocorre com os veículos de transporte de pessoal e de diretores.

Afirma resumidamente que os bens adquiridos por contribuinte com características de consumidor final se distinguem como: os materiais de uso e consumo, e bens do ativo fixo que não participem do objeto principal do estabelecimento ressaltando que existe uma parcela de bens do ativo fixo que influi diretamente na tarefa-fim do contribuinte, sobre estes, haverá necessidade de recolhimento do ICMS – Diferencial de Alíquotas, pois, estes são alheios ao objeto principal do estabelecimento.

Assegura que não pode incidir o diferencial de alíquotas sobre a aquisição de materiais que sejam empregados como matérias-primas, como bem intermediários ou de embalagem. Isto porque, eles são bens imprescindíveis ao objeto principal do estabelecimento, representando o custo direto da produção ou revenda de determinado bem.

Complementa que as matérias-primas, os produtos intermediários e embalagem, não estão sujeitas ao diferencial de alíquotas, assim como os materiais que, embora sejam classificados como ativo fixo, encontram-se diretamente ligados à atividade principal do estabelecimento, passando a integrar, junto com os outros (matérias-primas, produtos intermediários e embalagem), o custo direto da produção/revenda de bens.

Assinala que os artigos 305, §4º, inc. III, alínea “a” do RICMS/12 e art. 4º, inc. XV da Lei nº 7.014/96, que reproduz, preveem o recolhimento do ICMS – Diferencial de Alíquotas somente quando o bem adquirido tratar-se de uso/consumo ou ativo permanente.

Cita e transcreve ementa do julgamento ocorrido em 14/05/2012, pelo Tribunal de Justiça da Bahia na Apelação Cível 0020167-45.2008.8.05.0001 - Relatora: Sara Silva de Brito - Primeira Câmara Cível, cujo entendimento comunga com os argumentos da presente defesa.

Conclui que resta demonstrado que aquele que adquire bens aplicados diretamente na sua atividade, seja ela comercial, industrial ou de prestação de serviços, não pode ser considerado consumidor final de tais bens. Assim sendo, uma indústria que adquire materiais de embalagem ou insumos para a produção de determinado bem, não será o consumidor final desta matéria-prima, mas sim, aquele que adquirir o bem já industrializado.

Desta forma, entende que a exigência do diferencial de alíquotas dependerá sempre da seguinte pergunta: “*Os bens adquiridos pelo contribuinte foram ou não utilizados de forma essencial na consecução de sua atividade-fim?*” Se a resposta for positiva, é indevido o pagamento do diferencial de alíquotas; se a resposta for negativa, é legítima a sua exigência.

Diz que no caso concreto a resposta é claramente positiva, ou seja, os bens são usados de forma essencial no processo produtivo, de modo a não se exigir o DIFAL.

Assevera que os bens adquiridos têm natureza de produtos intermediários/embalagem e que desenvolve atividade extrativa mineral de magnesita e talco para posterior beneficiamento destas, cujas fases de produção descreve em três etapas: 1) extração; 2) britagem; e, 3) peneiramento, demonstrando graficamente por meio de fluxograma ilustrativo do processo de produção.

Destaca que grande parte dos bens, objeto da 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.

Elaborou e apresenta laudo técnico atestando o emprego dos bens alcançados pela autuação, descrevendo pormenorizadamente as suas respectivas utilizações, (Doc. 02), onde, segundo infere, fica demonstrada a essencialidade e desgaste destes bens no processo produtivo.

Descreve, como exemplo, alguns itens que foram agrupados por categoria e características semelhantes, deixando evidente que se tratam produtos intermediários ou embalagens, porque atuam diretamente no processo produtivo, conforme segue.

- i) ANÉIS – vedam o maquinário usado no processo de beneficiamento); barras que integram o equipamento britador se fixam aos rotores);
- ii) CANECAS/CAÇAMBAS – usadas no transporte interno dos minerais extraídos;
- iii)CORREIAS TRANSPORTADORAS – por onde passam os minérios;
- iv)ELEMENTOS FILTRANTES – aplicados na etapa de flotação do minério;
- v) MANDÍBULAS PARA BRITADORES - responsáveis pela trituração do mineral, cuja característica comum é o desgaste durante o processo produtivo.

Conclui que demonstrou que quase todos os bens autuados são usados diretamente na atividade-fim e como tal, não podem ser classificados como bens de uso e consumo.

Afirma que a questão não é nova para o CONSEF haja vista que o órgão já reconheceu que bens usados diretamente no processo de extração e beneficiamento mineral devem ser considerados insumos industriais ou materiais intermediários.

Acrescenta trechos de ementas de julgamentos - Recurso Voluntário - Acórdão 2ª JF nº 0262-02/06 - A. I. Nº 278999.0003/06-7 – 13/07/2010 e Recurso de Ofício – Acórdão da 6ª JF nº 0029-06/14 - A. I. Nº 206888.0038/13-6 – 18/08/2014, para demonstrar o entendimento sobre a matéria pelo CONSEF e destaca que o primeiro acórdão tece importante consideração de como distinguir bens de uso e consumo dos produtos intermediários, para o que deve ser considerado se a contabilização do mesmo é feita como custo de produção, caso em que deve ser considerado produto intermediário.

Diz que o Conselho de Contribuintes de Minas Gerais concorda, também, que as correias transportadoras, um dos bens aqui debatidos, incluem-se como produtos intermediários e não em bens de uso e consumo. Transcreve o Acórdão nº 21.312/17/2ª, julgado em 01/02/2017.

Cita a Instrução Normativa – IN SLT nº 01/2001 do Estado de Minas Gerais onde assegura o crédito fiscal de diversos bens tratados no presente lançamento.

Relata que o STJ recentemente ratificou seu posicionamento em repudiar a conceituação restritiva dos fiscos de conceder apenas o crédito – quando bem adquirido se incorpora ao produto final ou é imediatamente consumido na atividade do estabelecimento.

Afirma que o Tribunal salientou que o que importa, para qualificar um bem como produto intermediário é a sua essencialidade na atividade-fim desenvolvida, pouco importando se foi consumido integral e imediatamente. Dessa forma, diz que o STJ considera, com fundamento na Lei Complementar nº 87/96, que um bem será intermediário quando ele for indispensável/fundamental para a execução das atividades empresariais, ainda que seu desgaste não seja imediato, podendo ser gradativo.

Realça que o entendimento já havia exposto em 2014 quando o Min. Humberto Martins relatou o Acórdão proferido no AgRg no REsp 1393151/MG e negou o direito de um supermercado creditar-se do ICMS pela aquisição de sacolas plásticas justamente por compreender que as sacolas não são essenciais e indispensáveis para a atividade do supermercado, mas uma simples cortesia dada a seus clientes.

Cita outro caso ocorrido em 2013 de um fabricante de papel, oportunidade que o STJ reformou decisão do tribunal local que considerou que telas, mantas e feltros não geravam direito ao crédito ICMS sob argumento de serem bens de uso e consumo porque seu consumo não era imediato. Os bens foram considerados como intermediários na medida em que são essenciais para a atividade social daquela recorrente, motivo pelo qual assegurou-lhe o direito ao crédito.

Conclui que não sendo consumidora final, não há incidência do diferencial de alíquotas sobre a aquisição dos bens, tal como determinam o RICMS/2012 (art. 305, §4º, III, ‘a’) e a Lei nº 7.014/96 (art. 4º, XV), demonstrando a ilegitimidade da acusação fiscal ao exigir o ICMS - Diferencial de Alíquotas sobre bens que se aplicam diretamente à sua atividade-fim.

Diz que parte dos bens adquiridos e que o fisco pretende exigir o ICMS – diferencial de alíquotas são materiais de embalagem, como sacos, lacres de embalagem, etiquetas, etc., não são bens de uso e consumo, portanto, não cabe a exigência.

Argumenta que as etiquetas e rotulações dos produtos são indispensáveis para a organização da atividade da empresa, além de serem, inclusive, exigidas em lei para determinados fins. Como exemplo, cita o Regulamento do IPI e transcreve o art. 213, inc. V, §1º, art. 216, parágrafo único e art. 219. Este último artigo determina que *“A falta de rotulagem, marcação ou numeração, quando exigidas, bem assim do número de inscrição no CNPJ, importará em considerar-se o produto como não identificado com o descrito nos documentos fiscais (Lei nº 4.502, de 1964, art. 46, §2º, e Lei nº 9.532, de 1977, art. 37, inciso IV).”*

Complementa que a aquisição das etiquetas visa a atender exigências legais, logo é obrigada a assim proceder, pois a falta do uso das etiquetas é ilegal. Dessa forma, fica claro que as etiquetas adquiridas não podem ser classificadas como materiais de uso e consumo.

Afirma que sendo a utilização dos materiais de embalagem (sacos, vedações, etiquetas) exigência legalmente imposta, seja porque os bens aderem-se ao produto, a classificação dada pelo fisco de que correspondem a bens de uso e consumo não procede, pois, como salientado, são indispensáveis para a consecução da atividade fim da empresa, devendo esta Junta de Julgamento julgar improcedente o lançamento também neste ponto.

Enfatiza que também não está sujeita a cobrança do ICMS – Diferencial de Alíquotas as operações decorrentes de locações de bens, como o são os representados pelas notas fiscais emitidas pela GERAFORÇA LOCAÇÃO E COMÉRCIO DE EQUIPAMENTOS LTDA., já que o DIFAL só é exigível quando se tratar de operação que destine bem a consumidor final, o que pressupõe transferência de titularidade/domínio da coisa, configurando a circulação jurídica tributável pelo ICMS.

Na locação não ocorre esta troca de titularidade, a qual continua sendo de propriedade do locador e que concede ao locatário apenas o direito de uso mediante contraprestação, tal como conceitua o art. 565 do Código Civil, que reproduz.

Conclui que não havendo, a circulação jurídica da coisa, não há falar-se na exigência do DIFAL, cujo entendimento do STJ no julgamento em 02/05/2013 do RESP 1364869/MG, sobre a matéria, se aplica ao caso, ementa que transcreve e destaca que *“a mera reposição de peças em bem locado pelo contribuinte não representa circulação jurídica da mercadoria, porquanto não induz à transferência da propriedade ou da posse da coisa. Trata-se apenas de manutenção indispensável do bem, sem a qual o objeto de locação perde sua utilidade, constatando-se, ao fim, que a propriedade permanece incólume pelo locador. Não há, portanto, troca de titularidade a ensejar o fato gerador do ICMS”*

Requer a realização de perícia técnica de engenharia no estabelecimento, nos termos do art. 5º, inc. LV da Constituição, com fundamento no art. 123, §3º e art. 145 do RPAF/99, com as seguintes finalidades: **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:

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?”

Indica como assistentes técnicos, todos com endereço profissional no estabelecimento autuado:

Contador: Guimarino da Silva Leite, Bel. em Ciências Contábeis, casado, documento de Identidade nº 3725847-80 SSPBA, CPF nº 453.239.845-20, CRC. BA-036420/O-1, com endereço na Rua Maranhão, 67 – Bairro Jardim Brasil, CEP 46100-000 Brumado – BA

Assistente Produção: Cassandro Freitas de Matos: Casado, Engenheiro Metalurgista, RG: M4088191 SSP MG CREA: MG0000058144 D.

Por fim, requer que seja acolhida a presente impugnação, para declarar a nulidade do lançamento e, no mérito, se a tanto se chegar, julgar improcedente o lançamento para reconhecer a natureza de insumos dos bens objeto da autuação e, por consequência, declarando-se a não incidência do diferencial de alíquotas do ICMS nas operações autuadas.

O autuante presta a informação fiscal às fls. 243 a 257 esclarecendo inicialmente que a autuada manteve as mesmas práticas de desobediências às normas tributárias cometidas pela empresa anteriormente ocupante da mesma área, a Magnesita Refratários S. A., cuja inscrição estadual foi baixada em novembro de 2016, perpetrando os mesmos vícios conforme descritos no Acórdão JJF nº 0075-01/17 e CJF nº 0069-11/17, que trata de situação similar a este auto de infração.

Diz que o laudo técnico, ora apensado aos autos é o mesmo apresentado pela antecessora nos julgamentos referidos.

Afirma que a autuada apresenta defesa com ampla citação doutrinária, acerca de nulidade ou cancelamento sem efeitos práticos no caso concreto.

Quanto a arguição de nulidade devido à falta de visita técnica, assegura que se trata de justificativa comum em todos os autos de infração que envolvem a empresa autuada.

Assegura que a ação fiscal se fundamenta no laudo técnico apresentado, fls. 53 a 93 e o termo de visita, que foi objeto de outro auto de infração, cuja cópia anexa às fls. 258 a 263, cujos conteúdos corroboram no entendimento de que os itens, objetos da autuação, se tratam de uso e consumo, portanto, totalmente ineficaz o pedido de nulidade.

Quanto aos questionamentos da defesa nos itens 4.1 e 4.2, que tratam se bens os adquiridos são destinados ao uso e consumo do estabelecimento ou destinados ao uso no processo produtivo no processamento do minério como matéria-prima, produtos intermediários e material de embalagem, observa que por equívoco, foram adicionados itens de embalagem e material de locação na planilha como item de uso e consumo.

Reconhece o lapso e elabora nova planilha denominada: PLANILHA DA FALTA DE PAGAMENTO DA DIFAL PARA USO E CONSUMO – DEFESA, fls. 267 a 270, excluindo os itens citados, permanecendo os bens adquiridos que foram empregados no processo produtivo na condição de bens destinados ao consumo final. Alguns outros itens são peças de reposição dos equipamentos utilizados na linha de produção, como por exemplo: correias transportadoras, rotor, cabo de aço, tesoura de aço.

Apresenta a PLANILHA ITENS DE USO E CONSUMO, fls. 264 a 266, onde procurou confrontar os itens objetos da autuação, detalhados pelo Laudo Técnico ou Termo de Visita, constatando, no entanto, que nem todos itens foram mencionados, fato que não inviabiliza a análise, visto que alteram apenas medidas, sendo que a nomenclatura já dirime quaisquer dúvidas.

Sugere o confronto dos itens objetos da autuação, fls. 05 a 09, com os itens listados no laudo apresentado pela autuada, fls. 54 a 92, juntamente com o Termo, fls. 258 a 263, e a PLANILHA ITENS DE USO E CONSUMO, fls. 264 a 266, para ficar patente e evidente que se tratam de itens de uso e consumo posto que se desgastam com tempo.

Descreve os conceitos já pacificados em Acórdão mencionado na defesa.

MATÉRIA PRIMA: “É, em geral, toda a substância com que se fabrica alguma coisa e da qual é obrigatoriamente parte integrante. Exemplos: o minério de ferro, na siderurgia, integrante do ferro-gusa; o calcário, na industrialização do cimento, parte integrante do novo produto cimento; o bambu ou o eucalipto, na indústria de celulose, integrantes do novo produto - papel, etc.”

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. Exemplos: pneumáticos, na indústria automobilística e dobradiças, na marcenaria, compondo ambos os respectivos produtos novos (sem que sofram qualquer alteração em suas estruturas intrínsecas) - o automóvel e o mobiliário.”

PEÇA DE REPOSIÇÃO DE MÁQUINAS E EQUIPAMENTOS: “São todas as partes indivisíveis necessárias ao uso do equipamento.”

Acrescenta que o Laudo Técnico – ITENS PARA CLASSIFICAÇÃO DE CRÉDITO, fls. 54 a 92, apresenta descrição e fotos, que corroboram com a infração, por comprovar que os itens se desgastam no processo produtivo.

Reconhece a procedência dos argumentos da defesa tratadas nos itens 4.3 e 4.4, e elabora nova planilha onde foram excluídos os itens de embalagem e de locação.

Por fim opina pela procedência parcial do Auto de Infração, reafirmando que os itens existentes na PLANILHA DA FALTA DE PAGAMENTO DA DIFAL PARA USO E CONSUMO – DEFESA, (fls. 267 a 270), temas já pacificados por esta corte.

A autuada volta a se manifestar apresentando novas razões às fls. 277 e 278, onde acentua que o equívoco ficou patente e reconhecido pelo autuante, visto que uma visita ao local teria afastada qualquer cobrança dos itens referentes a locação e que a inclusão de itens reconhecidos pela

própria fiscalização como indevida, entendendo assim, que não houve uma fiscalização regular, fato que enseja a nulidade do lançamento.

Destaca que no mérito, o autuante admite a exclusão no lançamento os valores de locação e materiais de embalagens, recalculando o valor do crédito tributário. Entretanto, não excluiu o ICMS – Diferença de Alíquotas sobre tesouras de aço, e barras que foram locadas, itens constantes na nota fiscal nº 007.072, emitida pela GERAFORÇA LOCAÇÃO E COMÉRCIO DE EQUIPAMENTOS LTDA., onde encontram-se contemplados vários outros produtos.

Volta a requerer perícia para esclarecer que os bens adquiridos são do ativo permanente ou são bens intermediários, visto que o autuante, na informação fiscal apenas repete seu entendimento de que se tratam de peças e partes, sem se manifestar quanto a questão do uso dos bens.

Conclui a manifestação, reiterando o pedido de provimento da impugnação para julgar improcedente o lançamento, tendo em vista que os argumentos da fiscalização não foram capazes de afastar os fundamentos jurídicos e documentos probatórios da nulidade do auto de infração.

O autuante apresenta nova informação fiscal à fl. 283, admitindo que houve equívoco, conforme menciona a autuada, fl. 278, refaz e apresenta nova PLANILHA DA FALTA DE PAGAMENTO DA DIFAL PARA USO E CONSUMO – DEFESA, fls. 284 a 289, e volta a opinar pela procedência parcial do auto de infração mantendo a informação fiscal às fls. 243 a 270.

Nova manifestação é apresentada pela autuada às fls. 293 e 294, onde afirma que mesmo reconhecendo os equívocos e refazendo os cálculos do valor cobrado no auto de infração, permanece a cobrança da parcela controversa que discute a finalidade dos bens e volta a requerer perícia para esclarecer a questão.

Reitera o pedido de provimento da impugnação para julgar improcedente o lançamento.

O autuante presta nova informação, afirmando que mantém a procedência parcial do auto de infração conforme informação fiscal prestada às fls. 243 a 270 e 283 a 287.

É o relatório.

VOTO

O presente auto de infração exige imposto e multa, em virtude do não recolhimento do ICMS decorrente da diferença entre alíquotas internas e interestaduais, referentes a aquisições de materiais destinados ao uso e consumo do próprio estabelecimento.

Preliminarmente consigno que foram observados na lavratura do auto de infração todos os requisitos exigidos no art. 39 do RPAF/99.

A autuada preliminarmente arguiu a nulidade do lançamento, alegando ausência de motivação, ao afirmar que o autuante não abordou a utilização dos bens, elencados na infração e também, em razão de não explicitar porque considerou que os mesmos seriam de uso e consumo e não produtos intermediários, sem que haja descrição da utilização de cada um dos itens.

Também protestou pela falta de registro de visita técnica por parte do autuante, argumentando não ser possível se fazer um juízo de valor sobre a natureza do bem sem a sua investigação no contexto do processo produtivo do estabelecimento.

Em seguida faz referência ao art. 15, inc. I do RPAF/99, que entende ter sido descumprido pelo autuante, quando não registrou o termo de visita técnica ao estabelecimento. Entretanto, cabe registrar que o supracitado dispositivo do RPAF/99, diz respeito ao que deve ser observado na lavratura dos atos e termos processuais e na prestação de informações de qualquer natureza.

Neste particular constato que o lançamento cumpriu integralmente o que determina o RPAF/99, pois, o auto de infração foi lavrado através de sistema eletrônico de processamento de dados; constam em todos os papéis de trabalhos e demonstrativos; a localidade e a denominação ou sigla da repartição, a data, a assinatura do fiscal autuante, seguindo-se o seu nome por extenso, o cargo e número do seu cadastro funcional.

Destarte, não assiste razão a autuada, uma vez que o lançamento observou todos os requisitos previstos na norma, para validade e consequente produção de efeitos, especialmente quanto à observância do art. 39, do RPAF/99, tendo o atuante produzido os competentes demonstrativos, devidamente entregues ao sujeito passivo, o qual compareceu em sede de defesa, abordando com clareza e precisão todos os aspectos do lançamento realizado, demonstrando ter plena ciência dos motivos da autuação, não se podendo falar em cerceamento de defesa.

O atuante demonstrou que utilizou o termo de visita técnica, elaborado pelo Auditor Fiscal Itamar Gondim Souza, fls. 258 a 263, expedido em 2016, onde esclarece a utilização de materiais pelo estabelecimento, que relaciona. Portanto, o termo de visita técnica associado ao laudo técnico apresentado, suprem perfeitamente a necessidade de maiores esclarecimentos acerca dos itens arrolados na autuação.

Não obstante a arguida inexistência de termo de visita técnica nos autos, destaco que a eventual falta de visita técnica não seria razão para decretar a nulidade arguida, uma vez que a legislação não faz tal exigência.

Rejeito, ainda, o pedido de perícia técnica formulado pelo autuado, com amparo no art. 147, inc. II, alínea “b”, do RPAF/99, haja vista, que o processo produtivo da empresa foi minuciosamente explicado, tanto pelo atuante, como pelo próprio autuado, em sua peça defensiva às fls. 16 a 34, e no Laudo Técnico que anexou às fls. 54 a 92.

O referido laudo, além de detalhar o processo produtivo, faz a devida identificação dos bens, objetos da autuação, e descreve suas aplicações com clareza, não restando, dessa forma, dúvidas para o julgador formar sua convicção, sendo desnecessária a realização de perícia técnica.

Ultrapassadas as questões preliminares, passo a analisar o mérito, que para melhor compreensão da questão é importante conhecer que a autuada é uma empresa inscrita no cadastro de contribuintes do ICMS na condição normal exercendo a atividade principal codificada no CNAE-Fiscal 899199 - Extração de outros minerais não metálicos não especificados anteriormente.

A autuada em sua defesa alega que aquele que adquire bens aplicados diretamente na sua atividade, seja ela comercial, industrial ou de prestação de serviços, não pode ser considerado consumidor final de tais bens, oferecendo como exemplo, alguns itens que foram agrupados por categoria e características semelhantes, deixando evidente que se tratam produtos intermediários ou embalagens, porque atuam diretamente no processo produtivo.

O atuante na informação fiscal admite os equívocos e processa a exclusão dos itens que considerada indevida a autuação. Para tanto, refez os levantamentos, conforme PLANILHA DA FALTA DE PAGAMENTO DA DIFAL PARA USO E CONSUMO – DEFESA, fls. 284 a 289.

Resta, portanto, a discussão acerca de itens: ANEL DE MOAGEM, BARRA DEFLETORA, BARRA DE IMPACTO, BOLA METÁLICA, CORREIAS TRANSPORTADORAS, ELEMENTOS FILTRANTES, HASTES, PEÇAS MONTADA NO BRITADOR, REVESTIMENTOS, TELA PENEIRA e TELA DE PROTEÇÃO, REFIL VEDANTE.

Seguindo entendimento consolidado no CONSEF de que os itens ANEL DE MOAGEM, BARRA DEFLETORA, BARRA DE IMPACTO, BOLA METÁLICA, CORREIAS TRANSPORTADORAS são itens que a autuada entende se tratar de bens do ativo imobilizado, portanto, que devem ser excluídos da exigência fiscal conforme Acórdão CJF nº 0323-11/17, CJF nº 0348-12/17, CJF nº 0401-12-17 e JJF nº 0187-01/17.

Quanto aos outros itens PEÇAS MONTADA NO BRITADOR, REVESTIMENTOS, TELA PENEIRA, REFIL VEDANTE e TELA DE PROTEÇÃO, a exigência fiscal se apresenta correta, haja vista que se trata de peças que não entram em contato com os minerais e os seus desgastes não decorrem da participação na extração, mas sim do funcionamento das máquinas e equipamentos de que fazem parte, portanto, sendo devida a cobrança do ICMS – Diferencial de Alíquotas, conforme entendimento do CONSEF externado nos Acórdão CJF nº 0167-12-11, CJF nº 0295-11/07, CJF nº 0323-11/17, CJF nº 0246-1103.

A tributação do ICMS – Diferencial de Alíquota está tipificada na Constituição Federal, no seu artigo 155, § 2º, incisos VII e VIII. No Estado da Bahia, instituída a exigência na Lei nº 7.014/96 no art. 2º inciso IV.

A norma está regulamentada no RICMS/12 assim definido no art. 305, §4º, inciso III:

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

(...)

III - o valor correspondente à diferença de alíquotas:

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

b) nas utilizações de serviços de transporte ou de comunicação iniciados em outra unidade da Federação e não vinculados a operações ou prestações subsequentes sujeitas ao imposto;

Por tudo examinado e exposto, verifico que o direito assiste parcialmente ao autuado, na perspectiva de que alguns itens lançados na autuação são utilizados como materiais de consumo do próprio sujeito passivo, e não como insumos, indispensáveis ao processo produtivo, cujos valores foram excluídos dos levantamentos pelo autuante, decisão esta que acolho, excluindo também os itens considerados bens do ativo imobilizado.

É oportuno registrar, ainda, que as decisões judiciais e administrativas de outros órgãos não podem servir de amparo para alterar o entendimento aqui externado no presente voto, visto que as mesmas não vinculam o Estado da Bahia. Somente através de decisão judicial, no caso concreto em que o autuado seja parte, ou através de ação de efeitos “*erga omnes*”, estará a Bahia obrigada a adotar posição distinta da legislação que fundamenta o lançamento e o presente voto.

Portanto, acatada as alterações patrocinadas pelo autuante nas duas informações fiscais que lhe oportunizaram revisar os valores considerados na exação, assim como as exclusões acima relacionadas, resta devido o recolhimento do ICMS-Diferença de Alíquotas, conforme demonstrativo de débito a seguir.

Infração 01 – 06.02.01

| Ocorrência | Vencimento | Base de Cálculo | Alíquota % | Multa % | Valor Histórico |
|-------------------|-------------------|------------------------|-------------------|----------------|------------------------|
| 31/01/2016 | 09/02/2016 | 0,00 | 17,00 | 60,00 | 0,00 |
| 28/02/2016 | 08/03/2016 | 6.572,53 | 17,00 | 60,00 | 1.117,33 |
| 31/03/2016 | 09/04/2016 | 55.746,47 | 17,00 | 60,00 | 9.476,90 |
| 30/04/2016 | 09/05/2016 | 101.370,53 | 17,00 | 60,00 | 17.232,99 |
| 31/05/2016 | 09/06/2016 | 6.101,76 | 17,00 | 60,00 | 1.037,30 |
| 30/06/2016 | 09/07/2016 | 261.605,00 | 17,00 | 60,00 | 44.472,85 |
| 31/07/2016 | 09/08/2016 | 76.524,56 | 18,00 | 60,00 | 13.774,42 |
| 31/08/2016 | 09/09/2016 | 115.174,11 | 18,00 | 60,00 | 20.731,34 |
| 30/09/2016 | 09/10/2016 | 5.562,94 | 18,00 | 60,00 | 1.001,33 |
| 31/10/2016 | 09/11/2016 | 13.003,44 | 18,00 | 60,00 | 2.340,62 |
| 30/11/2016 | 09/12/2016 | 12.305,72 | 18,00 | 60,00 | 2.215,03 |
| 31/12/2016 | 09/01/2017 | 3.300,00 | 18,00 | 60,00 | 594,00 |
| Totais | | 657.267,07 | | | 113.994,11 |

Pelo exposto, voto pela PROCEDENCIA PARCIAL do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **298576.0011/17-3**, lavrado contra **MAGNESITA MINERAÇÃO S.A.** devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento

do imposto no valor de **R\$113.994,11**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “f” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a”, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, redação atual da alínea “a” do inciso I do caput do art. 169 dada pelo Decreto nº 18.558, de 17/08/18, com efeitos a partir de 18/08/18.

Sala das Sessões do CONSEF, 27 de fevereiro de 2019.

JORGE INÁCIO DE AQUINO – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

JOSÉ ADELSON MATTOS RAMOS – RELATOR

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR – JULGADOR