

A. I. N° - 298943.0001/17-7
AUTUADO - GERDAU AÇOS LONGOS S.A.
AUTUANTES - MARCOS ANTONIO MOURA CRISÓSTOMO e MARCÍLIO JOSÉ AMORIM DOS SANTOS
ORIGEM - IFEP INDÚSTRIA
PUBLICAÇÃO - INTERNET 05.10.2018

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0137-02/18

EMENTA: ICMS. 1. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DE CRÉDITO. MATERIAL DE USO E CONSUMO. a) AQUISIÇÕES INTERNAS. Valores ajustados na Informação Fiscal por exclusão de brindes adquiridos para distribuição gratuita. Infração parcialmente caracterizada. **b) AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS.** Valores ajustados na Informação Fiscal por exclusão de brindes adquiridos para distribuição gratuita. Infração parcialmente caracterizada. **2. TRANSFERÊNCIAS INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS. BASE DE CPALCULO SUPERIOR AO PERMITIDO. a) Entradas de Mercadorias.** Glosa de Crédito. **b) Saídas de Mercadorias.** Recolhimento a menos. Erro na determinação da base de cálculo do imposto. Apenas as despesas com matéria-prima, matérias secundários, mão-de-obra e acondicionamento, compõem o “custo de produção” para transferência de mercadorias entre estabelecimento de um mesmo contribuinte (LC 87/96: art. 13, § 4º, II). Infrações subsistentes. **3. RECOLHIMENTO A MENOS. ENTRADA DE ENERGIA ELÉTRICA. CONEXÃO E USO DOS SISTEMAS DE TRANSMISSÃO. ERRO NA DETERMINAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO.** O valor do ICMS compõe e integra a sua própria base de calculo. O benefício fiscal tem por base o valor da operação integrada do imposto calculado à alíquota cheia. Infração caracterizada. **4. FALTA DE RECOLHIMENTO. DIFAL MERCADORIAS DESTINADAS AO ATIVO FIXO OU A USO E CONSUMO.** Infração reconhecida. Indeferido pedido de perícia. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Auto de Infração, lavrado em 27/09/2017, para exigir o crédito tributário em razão das seguintes irregularidades:

INFRAÇÃO 1 – 01.02.02 – Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento, nos meses janeiro a dezembro de 2014, 2015 e 2016, no valor de R\$1.570.777,23, com aplicação de multa de 60%, prevista no Art. 42, VII, “a”, da Lei nº 7.014/96;

Complemento: A Autuada utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a materiais de uso ou consumo, conforme Demonstrativos extraídos do Sistema Integrado de Fiscalização - SIAF, e Relat: 1) Crédito Indevido - Material de Uso e Consumo - Resumo do Débito; 2) Crédito Indevido - Material de Uso e Consumo- Resumo por Item; 3) Crédito Indevido - Material de Uso e Consumo -Lista de Notas Fiscais / Itens, todos anexados a este PAF. Todavia, para este último relatório (3), considerando o excessivo número de páginas consta anexado apenas a primeira e

ultima páginas, sendo apresentado na sua inteireza no formato .pdf, gravado em mídia óptica anexo, com termo de recebimento e autenticação digital obtido através do uso do algoritmo hash MD5 (Message Digest 5), como meio válido de comprovação de integridade, juntamente com o Relatório de Auditoria do Roteiro, anexo deste PAF.

INFRAÇÃO 2 – 01.02.72 – Utilizou indevidamente crédito fiscal do ICMS, nas operações de transferência para estabelecimento pertencente ao mesmo titular, com base de cálculo superior ao estabelecido na legislação, nos meses de junho, setembro a dezembro de 2014, janeiro a dezembro de 2015, janeiro a junho, agosto e setembro de 2016, no valor de R\$628.274,93, com aplicação de multa de 60%, prevista no Art. 42, VII, “a”, da Lei nº 7.014/96;

Complemento: Nas operações de entradas em transferências interestaduais entre estabelecimentos pertencentes ao mesmo titular localizado em outra unidade da Federação, em valores superiores ao custo da mercadoria produzida, assim entendida a soma do custo da matéria prima, material secundário, mão-de-obra e acondicionamento, a luz do § 8º, II do art. 17 da Lei 7.014/96, e em conformidade com os Demonstrativos das Entradas em Transferências Acima do Custo, anexo ao PAF.

INFRAÇÃO 3 – 03.02.08 – Recolheu a menor ICMS em decorrência de erro na determinação da base de cálculo do imposto nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, nos meses de agosto de 2014 e junho de 2015, no valor de R\$18.167,08, com aplicação de multa de 60%, prevista no Art. 42, II, “a”, da Lei nº 7.014/96;

Complemento: Nas operações de saídas em transferências interestaduais entre estabelecimentos pertencentes ao mesmo titular localizado em outra unidade da Federação, em valores inferiores ao custo da mercadoria produzida, assim entendida a soma do custo da matéria prima, material secundário, mão-de-obra e acondicionamento, a luz do § 8º, II do art. 17 da Lei nº 7.014/96, e em conformidade com os Demonstrativos de Saídas em Transferência Abaixo do Custo, apenso ao PAF.

INFRAÇÃO 4 – 03.02.12 – O contribuinte recolheu a menor ICMS incidente sobre a conexão e uso dos Sistemas de Transmissão na entrada de Energia Elétrica no seu estabelecimento consumidor ligado a rede básica. Em decorrência de erro na determinação da Base de Cálculo, nos meses de janeiro a dezembro de 2014, 2015 e 2016, no valor de R\$537.931,14, com aplicação de multa de 60%, prevista no Art. 42, II, “a”, da Lei nº 7.014/96;

Complemento: Por não ter incluído os encargos de uso e encargos setoriais, devido pela conexão e uso do sistema de transmissão e distribuição nas entradas de energia elétrica no seu estabelecimento, além de erro na inclusão do ICMS na sua própria base de cálculo, em conformidade com os Demonstrativos de Recolhimento a Menor de Energia Elétrica e Relatórios de Encargos de Uso do Sistema de Transmissão e Encargos Setoriais dos Consumidores, emitidos pela Operador Nacional do Sistema Elétrico (ONS), apenso ao PAF.

INFRAÇÃO 5 – 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, nos meses de janeiro a dezembro de 2014, 2015 e 2016, no valor de R\$1.356.955,01, com aplicação de multa de 60%, prevista no Art. 42, II, “f”, da Lei nº 7.014/96;

Complemento: A Autuada quando utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a materiais de uso ou consumo adquiridos em outras unidades da federação (Infração 1.02.02), automaticamente deixou de recolher o ICMS decorrente da diferença entre a alíquota interna e a interestadual incidentes nestas operações, conforme Demonstrativos extraídos do Sistema Integrado de Fiscalização - SIAF: 1) Débito do Diferencial de Alíquota - Resumo do Débito (DIFAL); 2) Crédito Indevido - Material de Uso e Consumo - Lista de Notas Fiscais / Itens (informa também valor do DIFAL para aquisições em outros estados), todos anexo deste PAF. Todavia, para este último relatório (2), considerando o excessivo número de páginas consta anexado apenas a primeira e ultima páginas, sendo apresentado na sua inteireza no formato

pdf, gravado em mídia óptica anexo, com termo de recebimento e autenticação digital obtido através do uso do algoritmo hash MD5 (Message Digest 5), como meio válido de comprovação de integridade, juntamente com o Relatório de Auditoria do Roteiro, anexo deste PAF.

INFRAÇÃO 6 – 06.05.01 – Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo e/ou consumo do próprio estabelecimento, nos meses de março, junho a dezembro de 2014, fevereiro a abril, junho a setembro de 2015, janeiro a abril, junho, agosto, novembro e dezembro de 2016, no valor de R\$286.841,32, com aplicação de multa de 60%, prevista no Art. 42, II, “f”, da Lei nº 7.014/96;

Complemento: O contribuinte apurou e recolheu a menor o ICMS incidente sobre a diferença de alíquota de mercadorias quando oriundas de outras unidades da Federação, em diversos períodos de apuração, conforme Demonstrativo de Diferença de Recolhimento DIFAL e Demonstrativo de Cálculo da DIFAL por NFe, em anexo, utilizando por base comparativa as informações da Escrituração Fiscal do Sistema Público de Escrituração Digital SPED.

O autuado através de representante devidamente habilitado apresentou defesa nas fls. 148 a 180. Reproduz as infrações, diz que evidenciará que as infrações 1 a 5 não merecem prosperar e que pagará o valor da reconhece a infração 6.

Preliminarmente, suscita nulidade do Auto de Infração por entendê-lo pautado em falsas premissas para as infrações 1 e 5, já que as operações autuadas são insumos de sua produção, que geram direito ao crédito tomado pela Impugnante e não materiais de uso e consumo.

Para a infração 2 aponta a falsa premissa de que a base de cálculo utilizada pela autuada é superior à permitida pela legislação, tendo em vista que o conceito de custo utilizado pela fiscalização é restritiva e não condiz com a normas de contabilidade sobre a matéria.

No que tange à infração 4, salienta que o Agente Fiscal se louvou unicamente no fato de que não teria a autuada incluído o ICMS na base de cálculo do próprio imposto, sem observar que, na verdade, se assim tivesse agido, o valor do ICMS a recolher seria muito maior que a diferença apurada, o que inquina de flagrante nulidade a presente autuação.

Diz que o aplicador da norma deve assumir postura consentânea com os postulados básicos que regem o Sistema Tributário Nacional, os quais se encontram explícita ou implicitamente contidos na disciplina fixada pela Constituição Federal de 1988 e que a autoridade fiscal incorreu em flagrante abuso em relação aos direitos e garantias fundamentais do contribuinte, como de fato se verifica no presente caso.

Acrescenta que a previsão legal de utilização da presunção não pode transmutar-se em instrumento para o exercício de mero arbítrio, pois o Auto de Infração é baseado em falsas premissas presumindo a ocorrência de supostas irregularidades, que não correspondem à realidade. Chama atenção para os princípios constitucionais da legalidade, tipicidade cerrada, imparcialidade, verdade material, presunção de inocência até prova em contrário e segurança jurídica.

Destaca que a regra básica a ser observada pelo Fisco não é outra senão a de que a existência do fato conhecido que gera a presunção deve ser inequivocamente comprovada. Pede que seja o lançamento anulado. Afirma que não pode o aplicador da norma tributária, olvidar que o tributo só pode ser validamente exigido quando um fato se ajusta rigorosamente a uma hipótese de incidência tributária. Reitera que a SEFAZ não pode considerar ocorrido um fato imponível exclusivamente por mera ficção ou presunção dos fatos abstratamente descritos na hipótese de incidência tributária.

Frisa que o lançamento está sob a égide da segurança jurídica, bem como de seus consectários (estrita legalidade, tipicidade cerrada, ampla defesa, presunção de inocência até prova em contrário etc.) e que o Fisco não pode, sob pena de nulidade, adotar critérios próprios (subjetivos), em substituição aos permitidos pela Constituição.

Colaciona excerto doutrinário de ROQUE ANTONIO CARRAZZA (CARRAZZA, Roque Antônio. *Curso de direito constitucional tributário*. P. 448), referente à percuciência e pertinência em relação à matéria versada.

Afirma ter demonstrados vícios insanáveis que viciam o lançamento e requer a anulação da exigência fiscal.

No mérito, no item “III.1 – DA IMPROCEDÊNCIA DO AI QUANTO ÀS INFRAÇÕES 1 E 5 – DO DIREITO AO CRÉDITO DE ISCMS SOBRE INSUMOS E DA IMPOSSIBILIDADE DA EXIGÊNCIA DE DIFERENCIAL DE ALÍQUOTAS”, fala que o cerne da discussão gira em torno da legitimidade do creditamento de ICMS feito pela autuada quando da aquisição de mercadorias que se consomem no processo industrial (insumos), bem como da possibilidade de se exigir diferencial de alíquota em aquisições interestaduais referentes a operações de aquisição de insumos.

Destaca ter conhecimento do direito de crédito fiscal relacionado às compras de matérias prima e que não lhe é permitido usar o crédito oriundo de compras de material de uso e consumo, nos termos do art. 33 da Lei Complementar nº 87/96.

Informa que procedeu ao pagamento de todos os itens de mercadorias que se caracterizam como materiais de uso e consumo do estabelecimento, conforme planilha de fl. 152 e juntou, posteriormente, os comprovantes de pagamento correlatos.

Afirma que os demais materiais foram objeto de creditamento legítimos, pois são provenientes das compras de “insumos”, materiais que são empregados diretamente nos produtos que são vendidos e que se desintegram na produção, o que isso significa que mencionados “insumos” não materiais de uso e consumo.

Diz que o ICMS pelo não cumulativo, isto é, o imposto da compra deve ser abatido em cada operação posterior de saída, de tal forma, que só ao final o imposto seja pago em sua totalidade, evitando desta forma o efeito “cascata”. Esclarece que desde a Constituição anterior a de 1988 a sistemática era essa e não havia qualquer tipo de restrição com relação ao crédito do contribuinte. Argui que durante a vigência da Constituição anterior, em decorrência da pressão dos Estados, foi aprovada a Emenda nº 23/83, mais conhecida como Passos Porto, através da qual ficou definido que a “isenção ou não incidência não implicará crédito para compensação com o montante devido nas operações ou prestações seguintes”, exceto no caso de existência de lei dispondo o contrário.

Salienta que toda a alteração surgida com a Emenda nº 23/83 relacionada com o ICMS foi mantida na Constituição atual aprovada em outubro de 1988, conforme estabelecido pelo art. 155, II da Carta Magna – reproduz.

Diz não existir qualquer dúvida com relação à impossibilidade do aproveitamento do crédito do ICMS no caso da isenção e não incidência, uma vez que a Constituição Federal veda expressamente, deixando uma possível reversão por parte do próprio Estado, através de lei específica, o que nunca aconteceu. Ou seja, pontua que a CF, ao disciplinar o ICMS, determinou categoricamente através do artigo 155, §2º, I, como seria efetuado o sistema da não cumulatividade, deixando claro que as únicas ressalvas seriam com relação à isenção e não incidência.

Afirma que deve ficar bem claro que à Lei Complementar cabe apenas e tão somente operacionalizar a sistemática da não cumulatividade, não podendo de forma alguma fazer qualquer tipo de restrição que venha conflitar com a Carta Magna.

Entende não restar dúvida que sob o prisma da Constituição Federal, é legítimo o direito da autuada em se aproveitar do crédito apurado referente aos insumos empregados no processo produtivo da empresa. Para sustentar o entendimento reproduz o art. 19 da LC nº 87/96,

Sustenta que em respeito à Constituição Federal e à Lei Kandir, o Estado da Bahia internalizou em sua legislação o art. 309 do RICMS/BA que admite expressamente o creditamento ora pleiteado, ratificando os dispositivos legais da Lei Kandir e a Carta Magna. Entretanto, em flagrante ofensa

ao texto constitucional e toda legislação vigente, a Fazenda do Estado da Bahia, através de seus fiscais, vem entendendo pela impossibilidade da utilização do crédito do valor do ICMS destacado em documento fiscal referente à aquisição de insumos empregados no processo produtivo da empresa.

Chama a atenção ao fato de que os créditos estornados pelo Fiscal não são relacionados com a compra de materiais de uso e consumo, este sabidamente proibido pela legislação vigente e diz que a exigência de estorno de crédito do ICMS é sobre insumo, ou seja, materiais que são utilizados no processo produtivo do material fabricado e, que, no caso em tela, se consomem com a fabricação da mercadoria.

Registra que o Superior Tribunal de Justiça – STJ (AgRg no AREsp 142.263/MG, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 19/02/2013, DJe 26/02/2013; REsp 1090156/SC, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 10/08/2010, DJe 20/08/2010; REsp 1175166/MG, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 16/03/2010, DJe 26/03/2010), órgão responsável pela uniformização da jurisprudência pátria, já se pronunciou sobre a possibilidade de creditamento dos insumos relativos a produtos intermediários que são utilizados no processo produtivo. Cita outras decisões proferidas pelo C. Superior Tribunal de Justiça (REsp 1366437 / PR - DJe 10/10/2013), que há muito tempo reconhece o direito creditório no qual a empresa pretende fazer jus aos créditos de ICMS oriundos das compras de insumos que se consomem no seu sistema produtivo. Junta posicionamento da Ministra ELIANA CALMON, no acórdão proferido no REsp 1.090.156/SC.

Salienta que, de acordo com a Exma. Ministra não se pode definir de forma objetiva as mercadorias e serviços considerados insumos para fins de vedação ou autorização de crédito de ICMS, pois a definição de insumo dependerá do objeto social de cada contribuinte.

Faz notar que, de acordo com a atual jurisprudência, uma vez comprovado que as mercadorias ou serviços adquiridos pelo contribuinte são indispensáveis ao desenvolvimento de seu objeto social, o que no caso analisado diz ser inequívoco, serão caracterizados como insumos, gerando, portanto, direito ao crédito de ICMS. Mais ainda, são consumidos em virtude de contato direto na área de fabricação, conforme adiante será demonstrado.

Afirma ser pacífico no âmbito do C. Superior Tribunal de Justiça o reconhecimento que a Lei Complementar nº 87/96 ampliou as hipóteses de creditamento de ICMS, condicionando o aproveitamento dos créditos relativos às aquisições de produtos intermediários apenas à comprovação de que os mesmos são utilizados para a consecução das atividades que constituem a finalidade da empresa constante em seu objeto social.

Conclui que são legítimos os créditos constantes da Infração 1 do Auto de Infração, pois surgiram em decorrência de insumos que foram comprados com tributação do ICMS, são utilizados no processo produtivo e geram produtos que são tributados pelo ICMS por ocasião das vendas.

No item “III.1.1. DA DESCRIÇÃO DA ATIVIDADE DESENVOLVIDA NA EMPRESA e DOS MATERIAIS USADOS” descreve o Impugnante descreve o processo produtivo com o intuito de fazer entender as suas particularidades.

Assinala que é pessoa jurídica de direito privado que tem por atividade o ramo da fabricação de aço, produzindo ampla gama de produtos que atendem, principalmente, a construção civil e o setor metal-mecânico. Na filial fiscalizada existem três áreas produtivas, quais sejam: (1) Aciaria; (2) Laminação; (3) Trefilaria; (4) Treliça; (5) Acabamento e (6) Processo de Corte e Dobra.

Afirma que adquiriu insumos através das operações autuadas, que foram totalmente desintegrados no processo produtivo e como foram operações tributadas pelo ICMS, o este crédito é legítimo.

Informa como os materiais ora analisados são empregados no processo produtivo, qual seja, a Siderurgia, conforme abaixo:

ACIARIA - a sucata coletada através de um processo de reciclagem que atua em todo o Estado da Bahia e é carregada num forno elétrico juntamente com demais matérias primas, onde se realiza o processo de fusão e fabricação do aço a 1.600°C. Após a fusão, o aço líquido é transportado para o forno panela onde se realiza o ajuste da composição química. O processo seguinte é chamado de Lingotamento Contínuo, onde se realiza a solidificação do aço, gerando o produto chamado tarugo. O tarugo é enviado para a Laminação através de carros transportadores.

LAMINAÇÃO - o tarugo sofre deformação física a quente por compressão entre dois cilindros, diminuindo a área de sua seção em passes sucessivos. Através desse processo que são produzidos os vergalhões para a construção civil através do Thermex, permitindo que o vergalhão seja soldável e, assim, diminuindo as perdas para os clientes na utilização do produto. Também é produzido na Laminação o fio máquina, matéria prima para a trefilaria.

TREFILARIA O ARAME CA60 - é produzido a partir do fio máquina (bitolas 5,5 até 8 mm) para obter arame nas bitolas entre 4,2 a 6,0 mm. O fio máquina passa pelo decapador, cuja função é retirar a carepa do arame durante a passagem em rolos, é lubrificado pelo sabão e reduzido seu diâmetro na sua passagem na fieira.

TRELIÇA O ARAME CA 60 - é acondicionado em estocadores ou carretéis, sendo primeiramente desbobinado no *pay off* passando por rolos endireitadores, (parte deles são dobrado em formato de senoides) e puxados pelo carro de avanço para o cabeçote de solda, onde são soldados gerando o formato da treliça, que é composta por 03 fios retos e 02 senuzoides. Após sua formação, as treliças são formatadas em feixes de 60 peças.

ACABAMENTO - o vergalhão CA50 nervurado em rolos é puxado e endireitado pelos rolos da endireitadeira. Após a obtenção do número correto de barras, realiza-se uma amarração automática do sub feixe. Este é transportado para a dobradeira onde junto com outros sub feixes serão dobrados, amarrados e armazenados no galpão.

CORTE E DOBRA - o vergalhão sofre mais uma etapa de industrialização, sendo cortado e dobrado nas medidas solicitadas.

Diz que diante da descrição detalhada dos processos produtivos, mostram esclarecidas as fases que compreendem o processo industrial e produtivo da Impugnante, e de forma exemplificativa foram mencionados alguns materiais que foram objeto das glosas e, com isso, evidenciar que se consomem e se desgastam no processo produtivo, já que são submetidos a elevadíssimas temperaturas.

Afirma que caberia à fiscalização se atentar cuidadosamente ao processo produtivo aqui mencionado, respeitando suas particularidades, principalmente pelo fato de estarmos diante de um processo muito bruto e agressivo, devendo esta peculiaridade ser considerada para a análise dos insumos já que se desgastam num prazo curto de tempo devido ao contato com altíssimas temperaturas e condições desfavoráveis.

Destaca que os produtos glosados pela Fiscalização são, entre outros, os abaixo listados:

GRUPO DE MATERIAIS	Soma de ICMS + DIFAL
CORREIAS	74.860,89
INIBIDOR	63.070,35
CABO ACO	39.439,18
BICO SPRAY	24.347,95
CORRENTES	18.705,02
PAINEL REFRIG	13.281,97
BICO GUIA	9.385,06
ROLDANA	6.540,16
GUIAS	5.033,08
GAXETAS	4.889,68

SENSOR FLUXO	3.470,80
SENSOR TEMPERATURA	3.111,21
BICO CORTE	2.069,20
REFRATARIOS	1.742,08
TERMOPAR	400,26
ESQUADRO	190,85
NAVALHA	158,49

Nesse contexto, algumas características de qualidades são analisadas utilizando-se, por exemplo, alguns dos itens objeto da glosa do crédito, como. TERMOPAR (utilizado para medir temperatura); LIXA ROTATIVA, LIXA METAL (utilizado para desgaste e acabamento de amostras). Aduz que são materiais que se consomem, se desgastam, ou perdem suas propriedades essenciais pelo contato direto ou mediato, ou interligado no processo produtivo e quando não consumidos no ato, necessitam de troca periódicas.

Seguindo, pontua outras situações:

- DISTRIBUIÇÃO/CONDUÇÃO DE ÁGUA e GASES

Devido o acelerado desgaste, dano ou perda das qualidades dos condutos, necessitam reparos e/ou substituição de itens, tais como: MANGUEIRAS, FLANGES, ADAPTADORES, BUCHAS, DUTOS, INIBIDORES, ETC.

- CONTROLE INDUSTRIAL

Nesse setor, aplicam-se itens, tais como: MEDIDORES DE PRESSÃO, VAZÃO, CALOR, TEMPERATURA, ETC.; SENSORES.

- LOCOMOÇÃO INDUSTRIAL DOS PRODUTOS E MATÉRIAS PRIMAS

Nesse setor, aplicam-se itens, tais como: CORREIAS E CORRENTES TRANSPORTADORAS, GUIAS, CABOS DE AÇO, MANCAIS, ROLAMENTOS, ROLOS, RODAS, LIGAS, CARROS, MOTORES, ANEIS, ETC.

- REFRATÁRIOS

Sem especificá-los, diz que muitos dos materiais objeto da glosa são também utilizados no revestimento interno do forno elétrico, do forno de panela e do distribuidor e sofrem acentuado desgaste pela passagem do aço na sua superfície.

Frisando que os itens citados são exemplificativos; que está produzindo material complementar em relação aos demais itens objeto da glosa, ressalta que, em caso de dúvida quanto ao conceito dos produtos creditados, a fiscalização deveria ter diligenciado “in loco” ou solicitado perícia, pois, segundo ele, qualquer outra forma, como a feita no caso, produz insanável vício ao AI.

Reafirma a legitimidade dos créditos constantes da Infração 1 do Auto de Infração, pois surgiram em decorrência de insumos que foram comprados com tributação do ICMS, se consomem no processo produtivo e geram produtos que são tributados pelo ICMS por ocasião das vendas e pugna pela realização de perícia técnica, nos termos do art. 145 Decreto nº 7.629/1999, por profissional munido de conhecimentos específicos de engenharia, descrevendo o processo de industrialização e utilização dos produtos, cujos créditos foram glosados.

Indica assistente técnico o Sr. OSVANDIR RICARDO SILVA GASPAS, brasileiro, casado, contador, CPF nº 278.393.380-20, CI nº. 2010458715, residente e domiciliado na Rua Victor Silva, 135, Bairro Camaquã, na cidade de Porto Alegre/RS, CEP 91.910-170, cujos telefones para contato são (51) 3323-8591 e (51) 3323-2197.

Formula os seguintes quesitos preliminares, requerendo a apresentação de quesitos complementares posteriormente:

- Descreva o Sr. Perito o processo de industrialização da autuada, informando e discorrendo sobre suas características e referindo cada uma de suas etapas.

- Descreva o Sr. Perito os produtos cujos créditos foram glosados pela Autoridade Fiscal, informando a aplicação dada pela Impugnante e, sendo o caso, o tempo que levam para serem consumidos no processo de industrialização.
- Informe o Sr. Perito se os produtos referidos no item anterior são consumidos e essenciais ao processo de industrialização da autuada.

Pede pelo reconhecimento da perícia devido ao grande volume de produtos, a análise pormenorizada destes se torna inviável.

No item “III. 1.3 – DA AUSÊNCIA DE DIFERENCIAL DE ALÍQUOTA A SER RECOLHIDO REFERENTE ÀS OPERAÇÕES OBJETO DA INFRAÇÃO 5”, fala que o diferencial de alíquota nada mais é do que uma regra de tributação onde o destinatário apura em benefício de seu Estado o ICMS correspondente à diferença entre a alíquota interestadual e a interna, quando das aquisições de mercadorias, bens ou serviços oriundos de outros Estados e destinados ao seu uso, consumo, integração ao ativo permanente ou que não estejam vinculados a uma saída subsequente tributada.

Aduz que as operações objeto da “Infração 05” versam sobre mercadorias cujo crédito foi glosado através da “Infração 01”, ou seja, tratam-se de insumos adquirido para utilização no processo produtivo.

No item “III. 1.4 – PRODUTOS DESTINADOS À DISTRIBUIÇÃO DE BRINDES”, destaca que parte dos créditos glosados na Infração 1 do presente Auto de Infração se refere a produtos adquiridos pela Impugnante destinados à distribuição como brindes para distribuição gratuita aos clientes, não fazendo parte de seu estoque.

Reproduz o art. 389 do RICMS/BA, que prevê expressamente o direito ao crédito da mercadoria adquirida para distribuição de brindes.

Destaca que os as Notas Fiscais dos produtos adquiridos para distribuição como brindes objeto da planilha em anexo (Doc. 03) foram devidamente escrituradas com crédito do imposto e sua saída foi objeto de emissão de Nota Fiscal de Saída, caracterizando a regularidade do creditamento efetuado e requer o imediato cancelamento da Infração 1 em relação aos produtos objeto da planilha em anexo.

Sustenta que com exceção das operações objeto do pagamento parcial, os demais produtos glosados na Infração 1 e, por consequência, os valores exigidos a título de DIFAL na Infração 5 devem ser integralmente cancelados, nos termos aduzidos no presente tópico.

No item III.2 – INFRAÇÃO 2 – DA CORRETA FORMACÃO DA BASE DE CÁLCULO NAS OPERAÇÕES DE ENTRADA EM TRANSFERÊNCIA ENTRE ESTABELECIMENTOS DA IMPUGNANTE”, reproduzindo o artigo 13, § 4º da Lei Complementar nº 87/96 a base de cálculo do ICMS nas transferências interestaduais de mercadorias e a disposição contida no §4º do art. 13 da Lei Complementar nº 87/96, e o art. 17, II, 8º, da Lei nº 7.014/96, discorda do entendimento do autuante, pois, ao contrário do que ele pretende, o conceito de custo de produção trazido pelos citados dispositivos legais não pode ser utilizado de forma taxativa, tendo em vista que confere interpretação restritiva ao conceito de “custo de produção”, divergente daquele conferido pela contabilidade à expressão porque, diz, o conceito conferido pelo direito privado aos “custos de produção” abrange gastos gerais (depreciação, aluguéis, conversação e limpeza, informática, EPI's e uniforme) e manutenção (materiais e serviços), valendo-se daquilo que está estabelecido na norma contábil.

Ressalta que o art. 110 do CTN preceitua que a lei tributária não pode alterar a definição, o conteúdo, o alcance e, principalmente os conceitos de institutos de direito privado para fins de tributação. Desta forma, sustenta que com fundamento de validade no art. 146, III da Constituição Federal, o art. 110 do CTN veda qualquer tentativa de alteração de conceitos provenientes do direito privado para imposição de exigência tributária.

Informa que o conceito de “custo de produção” é definido pelo direito privado, mais especificamente pelas normas gerais de Contabilidade, que regulamenta a matéria em análise.

Destaca que os itens 8 e 11 da NPC (Norma de Procedimento Contábil) nº 2 do IBRACON (Instituto dos Auditores Independentes do Brasil) – reproduzidos, são definidos claramente os conceitos de “custo” e “custo de produção”.

Discorre que nos termos do entendimento conferido pelo IBRACON à matéria, entendem-se como “custo de produção” os incorridos e necessários na produção de determinado bem até a etapa em que estiver finalizado para comercialização. Quanto aos bens em estoque produzidos pela empresa, considera-se “custo de produção” o somatório dos gastos com matéria-prima, mão-de-obra direta e outros gastos fabris (mão-de-obra indireta, energia, depreciação, etc.).

Transcreve excerto doutrinário de Eliseu Martins (MARTINS, Eliseu. Contabilidade de Custos, São Paulo, Ed. Atlas, 1996, cap. 2, p. 46.), definindo o conceito de “custos de produção” para afirmar que se conjugando o disposto no art. 110 do CTN a partir de uma interpretação sistemática do conceito de “custos de produção” trazido pelas normas gerais de Contabilidade, conclui-se que o conceito de “custo de produção” do art. 13 da LC 87/96 e §8º da Lei nº 7.014/96 não é taxativo, consubstanciando-se em norma exemplificativa.

- DEMONSTRAÇÃO DA APLICAÇÃO DO CRITÉRIO DO CUSTO CONTÁBIL

Pontua que a nota fiscal emitida de PE para a BA - destaca que o preço unitário é o preço de custos incluindo o ICMS de 12% ($R\$1.748,74/0,88/100$) = 1,9872079208. Junta tela dos dados gerais (fl. 167-v). Diz que a formação do custo contábil, vem ser o somatório dos gastos com matéria-prima, mão-de-obra direta e outros gastos fabris (mão-de-obra indireta, energia, depreciação, etc.), conforme o exemplo do custo do produto 109003248 – na filial 1410 – PE – CNPJ: 07.358.761/0051-28.

Para a nota fiscal da BA com destino ao PE - destaca que o preço unitário é o preço de custos incluindo o ICMS de 12% ($R\$1.569,64/0,88/100$) = 1,78368189384. Junta tela dos dados gerais (fl. 168-v). Diz que a formação do custo contábil, vem ser o somatório dos gastos com matéria-prima, mão-de-obra direta e outros gastos fabris (mão-de-obra indireta, energia, depreciação, etc.), conforme o exemplo custo do produto 108500124 – na filial 1401 – PE – CNPJ: 07.358.761/0005-52.

Fala que a partir da análise dos exemplos acima demonstra que o sistema operacional da empresa reflete as disposições das normas contábeis aplicáveis e são utilizadas tanto para Notas Fiscais de Saídas com destino ao Estado da Bahia, e deste Estado com destino às demais unidades da Federação. Acrescenta que detalhando o conceito de “custo de produção”, e comprovada a formação da base de cálculo das mercadorias dentro das normas contábeis que regem a matéria, resta evidente a legalidade da formação da base de cálculo das mercadorias objeto da “Infração 2”, bem como que a limitação imposta pela fiscalização no Auto de Infração impugnado sobrepõe as disposições normativas existentes sobre a matéria, em evidente afronta à legislação (arts. 110 CTN e 146 da Constituição Federal).

Requer o integral cancelamento da Infração 2.

No item III. 3 – INFRAÇÃO 3 – DA CORRETA FORMAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO NAS OPERAÇÕES DE SAÍDA EM TRANSFERÊNCIA ENTRE ESTABELECIMENTOS DA IMPUGNANTE” diz que, conforme aduzido no item “III. 2 – Infração 2”, utiliza o conceito contábil derivado do direito privado para a formação da base de cálculo nas transferências interestaduais de mercadorias, nos termos do disposto no art. 110 do CTN e 146 da CF/88.

Esclarece que o sistema operacional da empresa reflete as disposições das normas contábeis na formação da BC nas transferências interestaduais de mercadorias, tanto de entrada como de saída do estabelecimento e que, conforme item que exemplifica, a diferença encontrada resulta da equivocada utilização do preço de custo do mês anterior como BC pela fiscalização, quando deveria ter utilizado o preço de custo do mês em referência, conforme foi informado no curso da fiscalização.

Colando telas, detalha exemplos da planilha do fisco utilizando o custo de maio/15 para NF emitida em junho, ressaltando que o valor de R\$1,78 se refere ao custo utilizado na NF, composição de custos enviada para o mês 06/2015 (R\$ 1.569,64), acrescido de impostos

(R\$1.569,64/0,88/1000=R\$ 1,78), foi assim utilizado pelo fisco: R\$1.609,09 (R\$1.650,70 – R\$32,17 – 12,53) que se refere ao custo do mês 05/2015, excluindo gastos gerais e manutenção, e com a utilização do preço do mês anterior ao que deveria ter sido utilizado.

Planilha de cálculo do fisco – utilizando o custo de maio/15 para a Nota Fiscal emitida em junho:

DATA	NF	CNPJ	UF	Nº	CÓD.	DESCRIÇÃO	UNID	QUANT.	CFOP	VL ITEM	VL UNIT.	BC	ALÍQ.	ICMS	CUSTO	CUSTO	DIFERENÇA	ICMS
				ITE											APRESENTADO	COM ICMS	DE CUSTO	ICMS
															EM KG	UNITÁRIO	DEVIDO	
16-jun-15	263932	07.358.761/0051-28	PE	3	108500124	1010AN RL1,3t (Div.	KG	2.579,00	6151	4.600,11	1,78	4.600,11	12	552,01	1.606,09	1,83	0,05	13,96

Demonstração da composição do custo do produto – enviada para o fisco durante a fiscalização:

Mês/Ano	Cód	Descr	MP	Pessoal	Energ	Mat Espec	Gastos Ger	Manut	Total	Custo apresentado + ICMS em TON
05/2015	108500124	FIO MAQ 6,3mm 1010AN RL1,3t	1.482,81	67,58	41,96	13,74	32,17	12,53	1.650,79	1,88
06/2015	108500124	FIO MAQ 6,3mm 1010AN RL1,3t	1.455,13	34,62	37,95	9,83	23,14	8,97	1.569,64	1,78

Mostra a comprovação da apuração do custo no sistema, juntando tela de demonstração, fl. 170-v.

Sustenta novamente que, utiliza o conceito de “custo de produção” dentro das normas contábeis que regem a matéria, que abrange gastos gerais (depreciação, aluguéis, conversação e limpeza, informática, EPI's e uniforme) e manutenção (materiais e serviços), resta evidente a legalidade da formação da base de cálculo das mercadorias objeto da Infração 3, bem como que a utilização eletiva do preço de custo de mês anterior ao da operação analisada sobrepõe as disposições normativas existentes sobre a matéria, em evidente afronta à legislação (arts. 110 CTN e 146 da Constituição Federal). Requer o integral cancelamento da Infração 3.

No item “III. 4 – INFRAÇÃO 4 – DA NÃO INCIDÊNCIA DO ICMS SOBRE OS ENCARGOS DE CONEXÃO E USO DOS SISTEMAS DE TRANSMISSÃO DE ENERGIA ELÉTRICA E DA CORRETA FORMAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO”, afirma haver erros nos cálculos efetuados pela fiscalização. Repisa que a suposta diferença de ICMS apurada não é oriunda da falta de inclusão do ICMS na base de cálculo do próprio imposto, mas de diferença apurada em razão de erro no procedimento de cálculo efetuado pelo Sr. Fiscal.

Cola tela do demonstrativo da infração e diz que para chegar nessa diferença, o fisco procedeu ao seguinte cálculo:

$$VTN/0,73 (100\% - 27\%) = BCPD$$

$$BCPD - 48\% = BCE$$

$$BCE * 27\% = ICMS DEVIDO$$

***Legenda:**

VTN - Valor total da nota fiscal

0,73 - (100% - 27% da alíquota do ICMS)

BCPD - Base de Cálculo com o ICMS por dentro.

48% - redução da base de cálculo

BCE - Base de Cálculo efetiva

Salienta que a fiscalização realizou o cálculo por dentro sem considerar que a operação possui redução de base de cálculo e apenas posteriormente aplicou a referida redução, o que ocasionou a majoração da exação. Contudo, diz que no cálculo do ICMS por dentro, referente a operações com redução de base de cálculo, faz-se necessário encontrar o fator com redução para inclusão por dentro, para posteriormente calcular o ICMS. Dessa forma, o cálculo correto a ser feito pelo Sr. fiscal seria o abaixo detalhado:

$$VTN/0,8704 = BCPD$$

$$BCPD * 27\% = ICMS DEVIDO$$

***Legenda:**

VTN - Valor total da nota fiscal

$0,8704 - (27\% - 48\% = 12,96 \rightarrow 100\% - 12,96\% = 87,04 \text{ ou } 0,8704)$

BCPD - Base de Cálculo com o ICMS por dentro.

Fala que ao verificar os cálculos, o multiplicador da base de cálculo utilizado pelo Sr. Fiscal está errado, pois não considerou a redução da base de cálculo. Ora, existindo previsão de redução da base de cálculo em 52%, resulta em base de cálculo tributável de 48%, que aplicado o percentual de 27% resulta em percentual de 12,96 %.

Segundo o autuante, o montante correto a ser recolhido seria R\$1.388.964,96, contudo a empresa teria recolhido apenas R\$ 851.033,83, tudo porque a fiscalização utilizou método de cálculo sem base legal, configurando-se nítida manobra para aumento da arrecadação, violando o princípio da legalidade.

Sustenta que não há que falar em erro na determinação da base de cálculo em decorrência da não inclusão do ICMS na própria base do imposto, sendo que há erro de apuração do Sr. Fiscal, que ao proceder aos cálculos do imposto, o fez de maneira equivocada.

Registra que o TJBA já julgou caso idêntico ao aqui discutido, nos autos da Ação Anulatória nº 0542817-19.2014.8.05.0001, tendo se posicionado favoravelmente à tese da Impugnante, pela aplicação da redução da base de cálculo tanto para o cálculo do imposto por dentro quanto para o cálculo do imposto efetivamente devido, conforme parte que reproduz da decisão que diz anexar (Doc. 04), mantida pelo TJ, razão pela qual o entendimento do autuante seria equivocado.

No item III.2. 2 – DA INCIDÊNCIA DO ICMS SOBRE A ENERGIA ELÉTRICA E DA IMPOSSIBILIDADE/ILEGALIDADE DE INCLUIR NA BASE DE CÁLCULO OS ENCARGOS SETORIAIS E OS ENCARGOS DE TRANSMISSÃO”, argumenta que a regra matriz constitucional para a exigência do ICMS encontra-se prevista no art. 155, II da CF, que outorgou aos Estados a competência para instituição do Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e Prestação de Serviços de Transporte e de Comunicação, sendo que a circulação envolvendo energia elétrica, a hipótese de incidência da exação encontra-se insculpida no artigo 155, inciso II, § 3º, da Magna Carta, eis que considerada como “mercadoria” para fins de incidência do imposto.

Aponta que a LC nº 87/96, prevê a incidência do ICMS sobre as operações de circulação (fornecimento) de energia elétrica, contudo, a partir da outorga de competência para a instituição do ICMS sobre tais operações, resta-nos saber qual o real alcance de sua incidência, já que a CF/88 e a LC 87/96 não determinam que a remuneração pela disponibilização do uso do sistema de rede seja adicionado à base de cálculo do ICMS incidente sobre o fornecimento de energia elétrica.

Salienta que em que pese a total inexistência de lei que disponha sobre a possibilidade de inclusão na base de cálculo do ICMS - energia dos encargos setoriais e de transmissão, o CONFAZ, por meio do Convênio CONFAZ 117/04, alterado pelo Convênio CONFAZ 142/13, determinou a base de cálculo do ICMS - energia com a inclusão de tais encargos. Alega que o CONFAZ possui atribuições e competências limitadas e bem definidas na Constituição (art. 155, inciso XII, alínea g) e no Convênio ICMS 133/97 (art. 3º22), ou seja, para questões envolvendo isenções, convênios, incentivos fiscais, sugestões de rotinas e harmonização tributária e outras questões ligadas ao estabelecimento e cumprimento de obrigações tributárias acessórias, não lhe sendo outorgada competência, sequer extraordinária, para estabelecer base de cálculo do ICMS.

Defende que tal raciocínio decorre, ainda, do princípio da estrita legalidade tributária (art. 150, I, CF/88 c/c art. 97, inciso II e § 1º, do CTN), por intermédio do qual os elementos configuradores da exação (subjettivos e objetivos) devem ser instituídos mediante competente norma primária – lei em sentido estrito.

Neste sentido, entende que a competência do CONFAZ se limita à viabilidade de estabelecer os parâmetros legais segundo os quais os entes federados, dotados de competência tributária para instituir o ICMS, possam, com amparo no Convênio, legislar acerca da matéria com a sua efetiva instituição. Portanto, diz, se o CONFAZ só pode editar convênios e outros atos de menor hierarquia normativa, normas tributárias complementares às leis tributárias, que tratem de

isenção, anistia, incentivos, etc., normas estas benéficas aos contribuintes, e outros atos relativos a obrigações acessórias (sem repercussão econômica), jamais poderá fazer incluir os encargos setoriais e de transmissão na base de cálculo do ICMS, situação que agrava a exação e demonstra-se fora dos limites de sua competência, por não tratar de benefícios e que não possui respaldo legislativo. Mormente por não se revestir o convênio enquanto norma tributária primária (lei em sentido estrito), haja vista não emanar do Poder Legislativo, na forma do artigo 100, do CTN, o que inviabiliza a instituição de base de cálculo.

Assim, afirma, ainda que se cogite não ter havido extrapolação de competência com a consequente validação interpretativa do Convênio ICMS 117/04, o que somente se aventa para demonstrar que tal entendimento não viabilizaria a exação pretendida, a ratificação do aludido Convênio padece de vícios insanáveis no caso concreto, por não ter sido observada a estrita legalidade, haja vista que a ratificação decorreu de Decreto Executivo (Decreto nº 9.760/96 – art. 1º, inciso XVIII e alterações posteriores) e não norma primária emanada do Poder Legislativo, como determina o artigo 150, inciso I c/c artigo 97, inciso II e § 1º, do CTN, que reproduz.

Isto porque, sendo a base de cálculo, ao lado da alíquota, elemento quantitativo da obrigação tributária, qualquer alteração na mesma, no sentido de alargamento, consubstancia-se em majoração da carga tributária, como bem expressa o § 1º, do artigo 97, do CTN. Assim, somente lei poderia alterar a base de cálculo do ICMS – energia para fazer integrar a mesma, além do custo da operação envolvendo a tradição efetiva da mercadoria, os encargos setoriais, isso se fosse juridicamente viável tais inclusões na hipótese de incidência do ICMS, o que já se verificou sobejamente não sê-lo.

Para que não reste qualquer dúvida acerca do acerto da tese jurídica esposada na presente Impugnação, diz ser imperioso alinhar algumas definições e conceitos sobre a energia elétrica e o seu fornecimento, especialmente do conceito jurídico de energia elétrica. Para o caso, transcreve lições de Clever M. Campos (CAMPOS. CLEVER M. *Introdução ao Direito da Energia Elétrica*. São Paulo, Ícone, 2001. P. 45) e doutrina acurada de Walter T. Álvares.

Seguindo, diz que somente é passível de incidência do ICMS o negócio jurídico no qual ocorra a transmissão de um direito, condicionada a incidência ao momento em que ocorrer a sua efetiva tradição no mundo fenomênico e somente sobre a mesma. Negócios jurídicos nos quais não ocorra a efetiva tradição onerosa do bem não se encontram dentro dos limites constitucionais da regra-matriz de incidência, configurando, por tal motivo, hipótese de não incidência tributária.

No caso da energia elétrica, dadas suas peculiaridades, fala que a eleição da saída da eletricidade – energia elétrica – de suas fontes de geração ou transmissão não se demonstra adequada para o desiderato da incidência. Tal saída ocorre sem discriminação do seu usuário, uma vez que a corrente flui pelas linhas de transmissão em condições de ser consumida por quem quer que a elas tenha acesso. O negócio jurídico travado entre as geradoras de energia, as transmissoras e as concessionárias (distribuidoras propriamente ditas) somente se aperfeiçoa no ato da entrega efetiva da energia presente na rede de distribuição ao consumidor final (consumidor livre no caso concreto).

Ressalta que o ordenamento jurídico é bastante claro quanto ao marco de tempo em que se dá por ocorrido o fato gerador da circulação da mercadoria “energia elétrica”.

Reproduzindo o art. 12, I, da LC 87/96, diz que este e o inciso XII do citado artigo, regulam o aspecto temporal do fato gerador do ICMS.

Expressa que o ato que gera a incidência do ICMS é a circulação da mercadoria “energia elétrica” e não a colocação à disposição do consumidor do uso do sistema de distribuição e, tampouco, a instalação e a manutenção dos pontos de conexão, isto porque a contratação de determinado montante de uso desse sistema, associada à instalação e à manutenção do ponto de conexão, não implica a transferência da propriedade da mercadoria energia elétrica. Sustenta que a incidência do ICMS só ocorre na operação de compra e venda de energia, devendo o imposto recair somente sobre esse valor e não sobre o simples uso do sistema de distribuição, tampouco a instalação e a

manutenção dos pontos de conexão.

Declara que é inquestionável a incidência do ICMS sobre o fornecimento da energia elétrica. Entretanto, não há como ampliar o fato gerador do imposto em se tratando de contrato complementar ao de fornecimento de energia, o qual disponibiliza, apenas, o sistema para distribuí-la. Disse que a instituição do efetivo fornecimento da energia elétrica como base de cálculo do ICMS é reforçada pelas alterações implementadas pelo modelo do setor elétrico, em que a parcela correspondente ao acesso aos sistemas de rede foi integralmente extraída do preço do fornecimento (consumo) de energia elétrica e passou a ser regulada de forma autônoma. Apenas o preço pactuado no contrato de compra e venda de energia elétrica aos consumidores é base de cálculo do ICMS.

Aduz que, inclusive, a instituição do efetivo fornecimento da energia elétrica como BC do ICMS é reforçada pelas alterações implementadas pelo modelo do setor elétrico, em que a parcela correspondente ao acesso aos sistemas de rede foi integralmente extraído do preço do fornecimento (consumo) de energia elétrica e passou a ser regulada de forma autônoma, razão pela qual afirma que apenas o preço pactuado no contrato de compra e venda de energia elétrica aos consumidores é base de cálculo do ICMS, até porque as concessionárias de distribuição e de transmissão, na atividade de disponibilização do uso da sua rede para viabilizar a aquisição de energia pelo consumidor livre junto ao fornecedor de sua escolha, não praticam qualquer operação de compra e venda de energia elétrica.

Transcreve excertos de doutrina no sentido de que os encargos setoriais e de uso não podem compor a base de cálculo do ICMS e repisa que somente há incidência do ICMS sobre energia elétrica se de fato houver uma "situação jurídica" pela efetiva circulação de energia elétrica no estabelecimento consumidor, e o fato se dá com o efetivo consumo e somente esse, e, não apenas pela remuneração do uso efetivo ou potencial dos sistemas de transmissão e outros denominados encargos setoriais.

Reitera que os encargos setoriais, dos quais fazem parte a Tarifa de Uso do Sistema de Transmissão – TUST, CTEEP, ONS, PROINFA e CDE não são pagos pelo consumo efetivo da energia elétrica, pois tais encargos setoriais decorrem da utilização da rede de transmissão de energia elétrica (TUST), conexão, desenvolvimento energético (CDE), desenvolvimento de energias renováveis (PROINFA) e reembolso de diferenças na geração (CCC) e não do fornecimento de energia propriamente dito, nem do seu efetivo consumo. Assim, não podem ser enquadradas enquanto mercadorias ou serviços a compor a base de cálculo do ICMS, como quer a Fiscalização.

Sustenta que não merece prosperar a presente autuação, vez que o ICMS apenas poderá incidir sobre o efetivo fornecimento da energia elétrica e não sobre os encargos setoriais e os encargos de uso e transmissão.

No item III. 4 – DA JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS ADMINISTRATIVOS E JUDICIAIS SOBRE O ASSUNTO, colaciona jurisprudências sobre a matéria (TJ MG - Número do 1.0024.08.246202-9/001 - Numeração 2462029- Relator: Des.(a) Dárcio Lopardi Mendes. Relator do Acórdão: Des.(a) Dárcio Lopardi Mendes - Data do Julgamento: 26/01/2012. Data da Publicação: 13/02/2012; STJ - AgRg nos EDcl no REsp 1267162/MG, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 16/08/2012, DJe 24/08/2012; STJ, Segunda Turma, AgRg no REsp 1.075.23-MG, j. 04.06.2013, Rel. a Min. ELIANA CALMON; AgRg no REsp 1359399/MG, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 11/06/2013, DJe 19/06/2013; REsp 1649658/MT, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 20/04/2017, DJe 05/05/2017).

Afirma que na análise das decisões proferidas pelo STJ, verifica-se que o entendimento deste órgão é pela impossibilidade da inclusão de encargos do setor, devendo o ICMS incidir apenas a efetiva circulação da mercadoria.

Requer o total cancelamento da Infração 4, tendo em vista a forma de cálculo adotado pelo autuante quanto à inclusão da BC do valor do imposto ser equivocada e afrontar o entendimento

do TJ BA sobre a matéria, bem como ao do STJ quanto ao fato de que os encargos de uso e os encargos setoriais não compõem a BC do ICMS incidente sobre a energia elétrica.

No item IV – DAS PROVAS, diz que em atenção ao princípio da eventualidade e admitindo-se a eventual necessidade de produção de provas durante a tramitação do presente processo, protesta pela produção de todos os meios de prova em direito admitidas, em especial a juntada de novos documentos que venham a ser necessários para o total saneamento dos fatos.

Ao fim, requer:

- Preliminarmente, seja reconhecida a nulidade apontada, que inquina o lançamento de vício insanável, acarretando assim o cancelamento do presente Auto de Infração;
- Quanto ao mérito, nos termos das razões expostas, e na hipótese remota de não ser acolhida a alegação de nulidade, requer seja cancelado o presente Auto de Infração lavrado pela Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia, diante da sua manifesta improcedência.
- Protesta provar o alegado por todos os meios de prova em direito admitidos, em especial, por meio da prova documental, além daquelas que seguem anexas.

Nas fls. 200/207, constam os comprovantes dos pagamentos das infrações 1 e 5 (parcial) e 6 (total).

Ao final requer que sejam realizadas as intimações em nome das Dras. Taciana Almeida Gantois. Inscrita na OAB/SP nº 353.890 e Ana Cristina de Castro Ferreira, inscrita na OAB/SP sobre o nº 165.417, ambas com escritório na Alameda Santos nº 1940 – 9º andar – Cj. 92 – CEP 01418-102, São Paulo – SP, Telefone (11) 2050-3434, sob pena de nulidade.

Às fls. 209/227, os autuantes prestam a Informação Fiscal.

Quanto à preliminar de nulidade sob alegação de que o AI se funda em falsa premissa, informam que não merece guarida, uma vez que o lançamento fiscal se deu com base em informações e documentos registrados no Sistema Público de Escrituração Digital - SPED, alimentado pelas informações prestadas pela Autuada, reconhecendo a ocorrência do fato gerador da obrigação principal, originando para a Fazenda Pública o dever de cobrar.

Informam que a autuada tratou a infração 1 em conjunto com a infração 5, sustentando que em relação a estas reconhece a procedência parcial, juntando cópia de documentos de arrecadação estadual (fls. 199 a 207).

Em relação a infração 1, argumentam que o recolhimento decorre do entendimento da Autuada que se trata de materiais de uso e consumo do estabelecimento, concordando, portanto, com a cobrança. Em relação aos demais itens dizem que o Impugnante entende ilegítimo o lançamento asseverando que se trata de insumos, materiais que são empregados diretamente nos produtos vendidos e que se desintegram na produção. Entretanto não discrimina os itens que entende como material de uso ou consumo do estabelecimento ou insumos na definição da Autuada.

Entendem que todos os itens autuados na infração 1, são bens de uso e consumo do estabelecimento. Embora a Autuada não tenha apresentado o rol de itens que entende por insumo, afirma que esta é uma palavra genérica que não se contém na norma de regência. O elenco dos itens autuados revela que se cingiram a itens classificados como motores, bombas, partes e peças, ferramentais, equipamentos de proteção individual, cabos, fardamentos, material elétrico, materiais de manutenção rolamentos, parafusos dentre outros, que jamais poderiam se caracterizar como insumo da produção na dicção da Autuada, muito menos como matéria prima ou produto intermediário. Ainda para a infração 1, entendem que assiste razão a Defesa quando sustenta nas folhas 164 e 165 do PAF, que os produtos adquiridos destinados a distribuição como brindes CFOP 1910 e 2910 foram equivocadamente incluídos no rol dos códigos fiscais de operação para este roteiro de auditoria de crédito indevido de bens de uso e consumo, no Sistema Integrado de Auditoria Fiscal - SIAF. Excluindo os CFOP retro e refazendo os cálculos, ajustam o valor da infração 1 para R\$1.555.866,83.

Quanto a infração 5, a despeito da exclusão dos CFOP 2910 no SIAF, informam não ter havido alteração do valor cobrado, em face das operações com brindes restringir-se a aquisições internas sob o código CFOP 1910.

Esclarecem que todo o trabalho da auditoria foi precedido de análise da produção junto a prepostos indicados pela Autuada, principalmente em razão de que no período de execução da fiscalização as atividades de aciaria, laminação, trefilaria, treliça e acabamento (conforme descrito as fls. 158 e 159 do PAF), encontravam-se desativadas, restando apenas o processo de corte e dobra como atividade industrial do Autuado. As reuniões para esclarecimento ocorreram na sede da empresa Gerdau, tudo conforme mensagens eletrônicas trocadas, ata registro de reunião fl. 39, bem como relatório de auditoria para o roteiro de crédito de ICMS constante das fls. 37 e 38.

Para a Infração 1, requerem pela exigência parcial do valor ajustado para R\$1.555.866,83, conforme “Demonstrativo do Crédito Indevido - Material de Uso e Consumo - Resumo Débito(IF).pdf”, e demais relatórios/Demonstrativos constante da mídia óptica que anexam.

Quanto a infração 2, (utilização de crédito fiscal do ICMS, nas operações de transferência para estabelecimento pertencente ao mesmo titular, com base de cálculo superior ao estabelecido na legislação), falam que o Impugnante afirma que a Autoridade Fiscal teve equivocada interpretação a respeito do conceito de “custo de produção”, para fins de apuração da base de cálculo do ICMS nas transferências interestaduais de mercadorias, por entender que o art. 13, da LC 87/96 e §8º da Lei nº 7.014/96 não é taxativo, e conjugado com o art. 110 do CTN traz uma interpretação sistemática do conceito de “custos de produção” dado pelas normas gerais de Contabilidade, como sendo como sendo o somatório dos gastos com matéria-prima, mão-de-obra direta e outros gastos fabris (mão-de-obra indireta, energia, depreciação, etc.).

Dizem que apesar do esforço da Impugnante para afastar a infração em tela, sua tese não pode prosperar, tendo em vista que nas operações interestaduais entre estabelecimentos da mesma empresa deverá ser adotado como valor da base de cálculo o custo de produção, assim definido em lei: o custo da matéria-prima, material secundário, mão-de-obra e acondicionamento, definido no art. 13, da Lei Complementar nº 87/96.

Afirmam ser patente que nas operações de transferências de mercadoria entre estabelecimentos fabricantes e sua filial, no Estado da Bahia, a base de cálculo deve ser o “custo da mercadoria produzida”, elencado de forma taxativa na LC citada. Logo, tal custo não pode ser definido como um custo apenas contábil, ou mesmo “industrial” e sim como um custo específico para apuração da base de cálculo do ICMS nas transferências interestaduais de produtos fabricados. O custo ao qual faz referência o legislador não é o custo contábil, mas um conceito específico para uma finalidade também específica: base de cálculo das transferências interestaduais.

Registram que demonstraram na planilha apresentada pela própria Autuada, anexa ao PAF em meio magnético fl. 141, recibo fls. 137 do PAF que o custo considerado pelo autuantes foi aquele estabelecido pelo art. 13, §4º, inciso II da LC.

Asseveram que resta devidamente demonstrado nos autos que os elementos de custo formadores da base de cálculo prevista no art. 13, §4º, inciso II, da LC 87/96 estão claramente identificados na planilha apresentada: *“1) matéria-prima (materiais de produção principais); 2) materiais secundários (materiais de produção suplementares ou secundários); 3) Acondicionamento (material de embalagem); e 4) Mão-de-obra (direta e indireta), que são os quatro elementos de custo de produção que, somados os seus valores, formaria a base de cálculo do ICMS nas operações interestaduais de transferência de produtos industrializados, sendo que os demais componentes do custo de produção ficaram excluídos dessa base de cálculo por imposição taxativa da LC 87/96”*.

Salientam que esse posicionamento é uníssono da jurisprudência do Conselho de Fazenda Estadual – CONSEF (A-0443-12/17; A-0453-12/17; A-0324-12/15) e mantêm a exação do valor integral da infração.

Em relação a infração 3, resumem a alegação defensiva quanto ao uso do conceito contábil custo derivado do direito utilizado pela empresa para formação da BC nas transferências interestaduais de mercadorias e que a fiscalização deveria ter utilizado o preço de custo do mês em referência e não do mês anterior.

Reiteram que o conceito de custo de transferência é o positivado no art. 13, §4º, inciso II, da LC 87/96, já devidamente explicitado quando da informação fiscal da infração 2, inclusive com citação de farta jurisprudência predominante do CONSEF.

No que tange a metodologia de utilização do custo do mês anterior para apurar a base de cálculo nas transferências interestaduais, frisam sua correta aplicação ao caso, inclusive com respaldo da jurisprudência administrativa. Junta decisão da 1ª CJF (A-0372-11/17).

Aduzem que os produtos são fabricados em larga escala, o que demanda a utilização de altíssimas quantidades de matérias-primas, materiais secundários e de acondicionamento, além de maciça mão de obra. Diante de tais circunstâncias, o trabalho de apuração dos custos de produção da autuada torna-se tarefa altamente complexa, razão pela qual não lhes parece razoável, para não dizer impossível, que a empresa possa apurar o custo que será utilizado no mesmo mês das operações de transferências. Assim, perguntam: como pode a empresa realizar transferências por exemplo no dia 5 de junho e utilizar o custo do mês de junho como base de cálculo das transferências?

Afirmam que inexistem razões para afastar a infração 3, e o valor exigido deve ser mantido na sua totalidade.

No que pertine à infração 4, dizem que a alegação defensiva é que a fiscalização errou na apuração da BC, pois seria impossível incidir ICMS sobre encargos setoriais e os encargos de uso e transmissão, visto que o imposto somente incide sobre o efetivo fornecimento da energia elétrica.

Salientam que a fiscalização utilizaram a expressão: “ $ICMS = VO / (1 - ALÍQ) * (1 - PRBC) * ALÍQ$ ”, considerando a fórmula básica de tributação ($ICMS = BC * ALÍQ$), pois é de se esperar que qualquer redução de base de cálculo prevista venha repercutir a partir do imposto apurado, de forma a reduzi-lo na mesma proporção da redução da base de cálculo, ou seja 52%, pois o comando legal que veicula o benefício fiscal, quando se refere expressamente a “redução da base de cálculo” determina de plano a redução da base de cálculo pré-existente (considerando a tributação plena).

Assim, resta indubitável que inicialmente deve ser apurada a base de cálculo na tributação normal para a espécie, ou seja, composta do imposto calculado com a alíquota de 27%, para em seguida, sobre ela aplicar a redução determinada de 52%, obtendo assim uma tributação efetiva de 12,96%.

Explicam que ao realizar a apuração como pretende o Impugnante, implica em incidência do ICMS energia elétrica com uma alíquota de 12,96%, sem nenhum respaldo legal, já que o art. 16, II, “i” combinado com art. 16-A da Lei nº 7.014/96, define 27% (ALÍQ. DE 25% + 2% FUNDO DE PROBREZA), como sendo a alíquota aplicada nas operações autuadas, pois, somente após esse claro dimensionamento do imposto normalmente devido é que se pode, efetivamente, aferir o benefício fiscal da redução de base de cálculo.

Reproduzem ementas de decisões do CONSEF nesse sentido, em processos que a própria Gerdau figura no polo passivo (AI 273167.0002/12-2 – A-0220-03/13 e A-0056-11/14). Reproduz o Acórdão nº 0220-03/13.

Assim, afirmam, resta patente a correta apuração da base de cálculo do ICMS devido nas operações de entradas de energia elétrica.

No tocante a não incidência do ICMS sobre encargos setoriais e encargos de transmissão também não assiste razão à Autuada, pois o fornecimento do insumo energia elétrica é um fato econômico indissociável da sua transmissão e, por conseguinte, este, um custo adicional a ser pago necessariamente pelo destinatário, numa relação entre principal e acessório.

Salientam que o instrumento utilizado nessas operações é o Contrato de Uso do Sistema de Transmissão (CUST) ou o Contrato de Uso do Sistema de Distribuição (CUSD), como se verifica da Resolução Nº 281/99 da ANEEL. A remuneração devida denomina-se, conforme o caso, Encargo de Uso do Sistema de Transmissão ou Encargo de Uso do Sistema de Distribuição, e seu cálculo parte de valores de base fixados ou aprovados pela Agência Reguladora (a Tarifa de Uso do Sistema de Transmissão - TUST e a Tarifa de Uso do Sistema de Distribuição - TUSD), cujo faturamento desses encargos, no caso concreto, constam nos relatórios fornecidos pelo Operador Nacional do Sistema anexo em meio magnético ao Auto de Infração, conforme recibo do arquivo digitalizado, fl. 138 do PAF.

Ressaltam que no caso em apreço o fato gerador do ICMS em questão diz respeito à circulação jurídica da energia elétrica fornecida ao consumidor "livre".

Reproduzindo excerto doutrinário de Roque Carraza a respeito, argumentam que em razão de sua peculiar realidade física, sabe-se que a circulação da energia elétrica se dá com a ocorrência simultânea de sua geração, transmissão, distribuição e consumo, concretizando-se em uma corrente elétrica que é acionada quando do fechamento do circuito físico existente desde a fonte geradora até a unidade do usuário. Essa realidade física revela que a geração, a transmissão e a distribuição formam o conjunto dos elementos essenciais que compõem o aspecto material do fato gerador, integrando o preço total da operação mercantil, não podendo qualquer um deles ser decotado da sua base de cálculo. Aditam que esse também é o entendimento dos julgados CJF 0056-11/14 e JJF 00220-03/13 apresentados acima e do Superior Tribunal de Justiça (RE - RECURSO ESPECIAL Nº 1.163.020 - RS (2009/0205525-4) - RELATOR: MINISTRO GURGEL DE FARIA - RECORRENTE: RANDON S/A IMPLEMENTOS E PARTICIPAÇÕES).

Frisam que nos julgados do CONSEF alhures apresentados e contra a própria Autuada, os julgadores consideraram a base de cálculo do ICMS devido por com valor correspondente aos encargos setoriais TUST (Taxa de utilização da rede de transmissão de energia elétrica), Conexão, Desenvolvimento Energético (CDE), Desenvolvimento de Energias Renováveis (PROINFA) e Reembolso de Diferenças na Geração (CCC), pagos em decorrência da utilização, por parte daquele, da rede base de transmissão e distribuição de energia elétrica.

Reproduzindo ementas de julgamentos do CONSEF, acrescentam que o Convênio ICMS 117/2004, que disciplina o cumprimento de obrigações tributárias em operações de transmissão e conexão de energia elétrica no ambiente da rede básica estabelece como base de cálculo do imposto, o montante correspondente a soma dos valores da conexão e encargo de uso do sistema de transmissão pagos às empresas transmissoras, e quaisquer outros encargos inerentes ao consumo da energia elétrica, ainda que devidos a terceiros, ao qual deve ser integrado o montante do próprio imposto. Junta entendimento do CONSEF (A-0178-01/16; A-0145-03/13).

Portanto, dizem, o que se observa é que o procedimento de entrega da energia elétrica ao consumidor, que ocorre por meio de uma rede interligada, é um todo indissociável, devendo ser atribuído um tratamento unitário ao sistema, todo custo despendido para a entrega da energia elétrica, que será efetivamente consumida, deve integrar a base de cálculo do ICMS (geração, transmissão e distribuição), de forma que o imposto há de ser calculado sobre o preço praticado na operação final.

Ante o exposto e com base no entendimento sedimentado do CONSEF, pugnam pela exigência integral da infração 4.

Quanto a Infração 5, conforme explanado quando mencionaram a Infração 1, requerem a cobrança integral desta infração.

No tocante a infração 6, observam que a autuada juntou documento de arrecadação estadual dando conta da quitação da infração (fls. 199 a 207), devendo a cobrança ser integralmente mantida.

Requerem a procedência parcial do Auto de Infração, considerando a modificação do montante da Infração 1.

Às fls. 234/246, a autuada se manifesta acerca da Informação Fiscal. Repete a arguição preliminar de nulidade aduzida na Defesa.

No mérito, ainda, quando às infrações 1 e 5 (crédito indevido de ICMS referente a aquisição de material para uso e Consumo e ausência de recolhimento do difal nas aquisições de mercadorias adquiridas em outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento), fala que os autuantes consideraram que os itens autuados se tratam de materiais que não se caracterizam como insumos para produção, matéria prima ou produto intermediário e que a fiscalização reconheceu que os produtos adquiridos como brindes (CFOPs 1910 e 2910) que foram incluídos equivocadamente na autuação, e que, excluídos os mencionados CFOPs e reduziram o valor da infração para R\$1.555.866,83. Já na infração 5, não houve alteração do valor.

No entanto, destaca que as aquisições de brindes não se restringiram às aquisições internas, sendo que o correto seria deduzir do montante original em cobranças do valor das notas fiscais excluídas constante no anexo (Doc. 01), o que equivaleria o valor de R\$5.440,11, resultando no valor de R\$1.351.514,90.

Diz que os autuantes mantiveram o valor total da Infração 5 da Informação Fiscal de fls. 210/211, colando o escrito pelos autuantes na citada informação, mas no Demonstrativo refeitos, cujas cópias recebeu, o valor remanescente consta R\$ 1.351.514,90 que se acha deduzindo-se o da exclusão, no entanto, utiliza argumentação contraditória ao afirmar que as operações com brindes se restringiram às operações internas. Requer a dedução do valor das NFs excluídas da planilha anexada na Informação Fiscal, referente à Infração 5, pois elas são de aquisições interestaduais e aduzem que, quanto ao valor remanescente das infrações 1 e 5, diz não merecer prosperar em face de os créditos serem legítimos. Repete as alegações aduzidas na Defesa.

No que tange à infração 2, reafirma a divergência da interpretação entre ele e os autuantes a respeito do conceito de “custo de produção”, para fins de apuração da base de cálculo do ICMS nas transferências interestaduais de mercadorias. Argui que a interpretação fiscal é contrária aos conceitos da contabilidade. Repete o fundamento da inicial quanto aos arts. 146, III, da CF e 110 do CTN. Reproduz entendimento da SEFAZ-MG, publicado pela Consulta de Contribuinte nº 147/98 – PTA nº 16.00010849-05. Transcreve Decisão Normativa CAT-5, de 15/06/2005 em observância ao determinado pela legislação do Estado de São Paulo.

Em relação à infração 3, traz as mesmas razões da peça inicial e reafirma que a fiscalização utilizou o preço do custo do mês anterior como base de cálculo do ICMS, quando deveria ter utilizado o preço de custo do mês em referência.

No que pertine à infração 4, também repisa as razões da impugnação. Reafirma haver erro na apuração do cálculo do imposto, pois que o ICMS ocorre na operação de compra e venda de energia, sendo que o imposto recai somente sobre esse valor e não sobre simples uso do sistema de distribuição, tampouco a instalação e a manutenção dos pontos de conexão.

Ao fim, com reconhecimento parcial das infrações 1 e 5 e pagamento integralmente da 6, requer o conhecimento da impugnação e cancelamento e improcedência do Auto de Infração

Requer que sejam realizadas as intimações em nome das Dras. Taciana Almeida Gantois. Inscrita na OAB/SP nº 353.890 e Ana Cristina de Castro Ferreira, inscrita na OAB/SP sobre o nº 165.417, ambas com escritório na Alameda Santos nº 1940 – 9º andar – Cj. 92 – CEP 01418-102, São Paulo – SP, Telefone (11) 2050-3434, sob pena de nulidade.

Nas fls. 255/267, constam extratos de reconhecimento/pagamento parcial e total, respectivamente, das infrações 1, 5 e 6.

VOTO

Como acima relatado, o presente Auto de Infração conduz 06 (seis) infrações pelas quais exige o valor de R\$ 4.398.946,71.

Examinando os autos constato estar o PAF consoante com o RICMS-BA e com o RPAF-BA/99, pois

o lançamento resta pleno dos essenciais pressupostos formais e materiais e os fatos geradores do crédito tributário constam claramente demonstrados.

Assim, considerando que: a) conforme recibo de fls. 07, 15, 32, 34, 36, 39 (Ata de reunião das Autoridades fiscais com prepostos do sujeito passivo), 41, 43, 45, 80, 83, 89, 92, 94, 96, 135, 136-140, 229-230 e 232, cópia do Auto de Infração e dos papéis de trabalho indispensáveis para o esclarecimento dos fatos narrados no corpo do auto foram entregues ao contribuinte; b) na lavratura do Auto de Infração foi devidamente cumprido o disposto no art. 142 do CTN, bem como nos artigos 15, 19, 26, 28, 30, 38, 39 (em especial quanto ao inciso III e §§, 41, 42, 43, 44, 45 e 46, do RPAF; c) o processo se conforma nos artigos 12, 16, 22, 108, 109 e 110 do mesmo regulamento; d) as infrações estão claramente descritas, corretamente tipificadas e têm suporte nos demonstrativos e documentos fiscais autuados, emitidos na forma e com os requisitos legais (fls. 30-39, 40-43, 44-80, 81-89, 90-94, 95-135 e CDs de fls. 141 e 228); e) as infrações estão determinadas com segurança, bem como identificado o infrator, constato não haver vício a macular o PAF em análise.

Ademais, tendo em vista: a) as disposições da seção XV do RICMS-BA que disciplina a Escrituração Fiscal Digital – EFD (arts. 247 a 256); b) que no curso da fiscalização e antes da lavratura do AI o sujeito passivo foi exaustivamente instado a esclarecer e corrigir dúvidas e/ou incorreções constatadas nos prévios procedimentos de natureza tributária a seu cargo e informadas ao fisco - como atestam as intimações fiscais de fls. 16 a 28 e Ata da Reunião sobre Crédito Indevido ICMS: Material de Uso e Consumo de fl. 39 -, rejeito o pedido de nulidade formulado.

Tendo em vista que na última manifestação (fls. 234-246) o Impugnante reconhece que todas suas alegações de fato foram acolhidas pelo autuante por ocasião da Informação Fiscal – inclusive a exclusão de NFs relativas às aquisições de brindes que somam o valor de R\$ 5.440,11, na Infração 05, restando em lide apenas questões de direito que não dependem de conhecimento especial de técnico – pois, como veremos, a matéria em lide possui jurisprudência administrativa firme no âmbito deste CONSEF e, por considerar suficientes para a formação de minha convicção os elementos contidos nos autos, com fundamento no art. 147 do RPAF, indefiro o pedido de perícia, bem como o de diligência, ainda que este não tenha sido expressa e claramente formulado.

De mais a mais, além da descrição da atividade desenvolvida pelo sujeito passivo e da aplicação dos itens objeto da glosa do crédito fiscal utilizado por conta da aquisição feita pelo Impugnante no ponto III. 1. 1 da Defesa ser suficiente para convencer-me da desnecessidade de diligência ou perícia, observo que a ata da reunião entre os autuantes e prepostos do sujeito passivo registra que a reunião acordada e efetivada objetivou esclarecer a aplicação dos materiais e creditamento do ICMS diante da impossibilidade de visita à planta, pois a mesma está parcialmente desativada.

Tendo em vista a extinção do crédito fiscal a ela relativo por pagamento (extratos nos autos), não há lide acerca da Infração 6.

De pronto, ressalto tratar-se de exação fiscal relacionada a tributo originalmente sujeito a lançamento por homologação (CTN: art. 150) em que a legislação atribui ao sujeito passivo a prática de todos os atos de valoração da obrigação tributária, inclusive o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, cabendo a esta apenas homologar os atos de natureza fiscal do contribuinte no prazo decadencial. Nesse caso, ainda que sobre a obrigação tributária não influam quaisquer atos anteriores à homologação, praticados pelo sujeito passivo ou por terceiro, em sendo praticados, os atos são, porém, considerados na apuração do saldo porventura devido e, sendo o caso, na imposição de penalidade, ou sua graduação (§§ 2º e 3º do artigo 150 do CTN).

Neste caso, cabe também destacar que o procedimento do qual resultou o AI deu-se mediante aplicação de regulares roteiros de Auditoria Fiscal utilizando-se o Sistema Integrado de Fiscalização – SIAF que executando roteiros de auditoria, sem alterá-los, organiza os dados contidos nos arquivos eletrônicos da Escrituração Fiscal Digital - EFD elaborada e transmitida

aos entes tributantes pelo próprio sujeito passivo, bem como nas suas NF-es de entradas e saídas e demais informações acerca da sua movimentação empresarial, integrantes da base de dados da SEFAZ.

O art. 123 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal da Bahia – RPAF informa que a impugnação relacionada com a situação que constitua o objeto da lide deverá ser impugnada de uma só vez, apresentando-se, nessa oportunidade, toda a prova documental a sustentar suas alegações, precluindo o direito para tanto, salvo: I - fique demonstrada a impossibilidade de sua apresentação oportuna, por motivo de força maior; II - se refira a fato ou a direito superveniente; III - se destine a contrapor fatos ou razões posteriormente trazidos aos autos.

Compulsando os autos observa-se que todas as infrações decorrem de incongruências detectadas em documentos produzidos pelo próprio sujeito passivo, corroboradas por vastas e específicas provas oportunamente aportadas pelas Autoridades fiscais para constituir o AI e que, pela extensão e detalhamento das manifestações defensivas, o sujeito passivo exerceu seu direito de defesa na forma indicada no dispositivo legal acima citado, compreendendo todos os aspectos da exação fiscal e sem qualquer óbice por parte das Autoridades autuantes.

Ressalto que, ainda que dela pudesse prescindir sem prejuízo a direito do contribuinte, o procedimento fiscal contou com intensa participação do sujeito passivo.

É que tendo em vista a colaboração determinada pelo art. 6º do Código do Processo Civil (que subsidiariamente se aplica ao processo administrativo) e especificada em direitos e deveres do administrado (arts. 3º e 4º da Lei nº 9.784/99 - regula o processo administrativo no âmbito federal, mas, por tratar matéria similar, também se aplica ao processo administrativo dos demais entes federativos), seja na fase contenciosa, em face da previsão constitucional do art. 5º, LIV e LV da CF/88, seja na fase procedimental culminada pelo lançamento, formalidade que estabelece a relação jurídica, vê-se que a exação fiscal em apreço ocorreu com ampla interação da Autoridade Fiscal autuante com o sujeito passivo.

Nesse sentido, cabe matizar que a colaboração e cooperação mútua existe em face do princípio da confiança e boa-fé que devem reinar entre a autoridade fiscal e o contribuinte, já que em face da ordem constitucional vigente, ambos estão estreitamente ligados com noções éticas, expedindo diretrizes comportamentais pautadas em valores reinantes na moral e bons costumes que orientam o agir da Administração Pública e que balizam o comportamento do contribuinte, pois os atores envolvidos na relação obrigacional tributária respondem pela incolumidade do patrimônio alheio, ou seja, a Autoridade fiscal pelo patrimônio particular e o administrado pelo patrimônio do público em geral, representado pelo bem e interesse comum, razão maior de existência do Estado e que a Administração, por comando da própria sociedade, tem a irrenunciável função de concretar.

É que, como já dito, o art. 123 do RPAF assegura o direito de impugnar o AI de uma só vez, oportunidade em que o sujeito passivo deverá pontuar e apresentar todas as provas que lhe favoreçam, sustentando seu direito. E isto, repito, aconteceu neste caso.

Ocorre que, com a inserção da Escrituração Fiscal Digital (EFD) pelo Ajuste SINIEF 02/09 e prevista no art. 247 do RICMS/2012, toda escrituração fiscal do contribuinte passou a ser feita por ele em ambiente digital que se culmina no Sistema Público de Escrituração Digital (SPED), administrado pela Receita Federal e compartilhado com as administrações tributárias estaduais. Neste aspecto, o autuado está obrigado à escrituração fiscal digital usando o SPED, único formato legal de escrituração fiscal-contábil para efeito de prova a favor do autuado, desde 01/01/2011.

Tal sistema consiste na centralização da sistemática do cumprimento das obrigações - principais e acessórias transmitidas pelo contribuinte às administrações tributárias e aos órgãos

fiscalizadores, utilizando-se da certificação digital para fins de assinatura dos documentos eletrônicos, garantindo assim a validade jurídica dos mesmos apenas na sua forma digital.

Assim, a atual sistemática das informações fiscais tem a finalidade de possibilitar ao fisco o conhecimento e o direto acesso à movimentação empresarial no que diz respeito às obrigações tributárias do contribuinte, de modo a que os procedimentos tributários regidos pelo princípio da inquisitorialidade, à exemplo do lançamento tributário, possam ser levados a cabo unilateralmente pela Administração ativa, até sem a necessidade da participação do contribuinte, em certos casos.

Nesse contexto, é fato que a regular EFD oferece a possibilidade para o fisco atuar de ofício no sentido de homologar ou não as prévias atividades do contribuinte com respeito ao ICMS e, quando a EFD se apresentar insuficiente para o exercício de auditoria fiscal, a Autoridade fiscal pode solicitar ou intimar o contribuinte para apresentação de documentos e informações complementares, como aconteceu nesse caso. A amplitude e intensidade da interação entre as Autoridades fiscais e prepostos do contribuinte, denotam o empenho das Autoridades fiscais para levar excelência à auditoria entabulada.

Pois bem, a Infração 01 se refere a uso indevido de crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de material que os autuantes acusam ser material para uso e consumo do estabelecimento e o Impugnante sustenta ser, na maioria, “insumos”, material que diz empregado diretamente nos produtos que vende e que se desintegram na produção. Portanto, a maior parte do crédito glosado teria sido usada legitimamente. Digo maior parte porque, conforme demonstrativo que faz em sua peça de defesa (fl. 152) do valor da Infração (R\$ 1.570.777,23), o Impugnante reconhece a procedência de R\$ 87.343,25.

Também para essa infração que o Impugnante defende conjuntamente com a Infração 5 que trata da mesma situação, porém por aquisições em outras unidades da Federação, existe alegação que os autuantes indevidamente incluíram a aquisição de brindes destinados à distribuição gratuita a seus clientes, cujo crédito usou com fundamento no art. 389 do RICMS-BA. Os autuantes acolheram tal alegação e ajustaram o valor das infrações, conforme expressam na Informação Fiscal (fl. 213) e CD-R de fl. 228.

Conforme demonstrativos de fls. 30-39 (parcial) e constantes de forma integral nos CDs de fls. 141 e 228, constando em grande número (10.135), os itens objeto da lide que resta nessas infrações. São anéis, casquilhos, filtros de óleos, válvulas, sensores, motores, bombas, partes e peças de maquinarias, ferramentas, equipamento de proteção individual, cabos, fardamento, material elétrico, rolamentos, parafusos, mangueiras, dentre outros.

O sujeito passivo em suas razões de defesa, questionou as bases e critérios técnicos que os autuantes respaldaram o entendimento de que os materiais indicados nos demonstrativos estariam enquadrados na classificação jurídica de “*materiais de uso e consumo*”, uma vez que sequer foi verificada as peculiaridades da sua atividade econômica.

Discorreu sobre o direito ao crédito na seara do ICMS, direito de berço constitucional e cuja denominação encontra espelho no princípio da não-comutatividade, insculpido no artigo 155, § 2, inciso I, da CF/88. Atribuiu aos autuantes apego a um “*conceito particular de material de uso e consumo*”, a fim de viabilizar autuação. Sustentou que seu direito ao crédito encontra respaldo na Constituição Federal e no próprio RICMS-BA.

Reproduziu os conceitos de materiais intermediários para aduzir que a não utilização dos materiais listados no presente PAF importam na inviabilidade da fabricação do produto final siderúrgico, atividade econômica do autuado.

Essa matéria não é novidade no âmbito deste CONSEF, inclusive tendo por figurante no polo passivo esse mesmo contribuinte. Cito, por exemplo, o Acórdão CJF Nº 0264-12/14 que não deu provimento ao Recurso Voluntário que impetrou contra a decisão da 1ª JF no Acórdão Nº 0016-01/14, sobre o mesmo tema e apuração realizada através do A. I. Nº 298943.0100/12-4. De outros contribuintes são, por exemplo, os Acórdãos CJF Nº 0167-12/11 e CJF Nº 0289-11/12.

Pois bem, ao observar tanto a descrição dos produtos elaborada pelos autuantes, nos seus demonstrativos e que dão suporte à exigência fiscal, quanto a descrição dos produtos colacionada aos autos pelo autuado na bem especificada e detalhada explicação acerca do processo produtivo do estabelecimento autuado em sua peça de defesa, com a indicação de que todos os materiais estariam vinculados ao processo de industrialização, constato que o descritivo relaciona os mesmos produtos constantes dos demonstrativos elaborados pelo fisco, indicando a função e o local da aplicação no processo produtivo e a periodicidade em que são substituídos. Do exame, resta inequivocamente evidenciado que todos os materiais arrolados nos demonstrativos finais ajustados por ocasião da Informação fiscal e denominados “CRÉDITO INDEVIDO – MATERIAL DE USO OU CONSUMO – RESUMO POR ITEM”, são classificados como sendo materiais de reposição, necessários à manutenção e funcionamento das instalações de produção, decorrente do desgaste natural do seu uso. São, portanto, de fato, materiais de uso e consumo, não se confundindo, em absoluto, com os materiais intermediários, que direta e intrinsecamente estão vinculados ao processo fabril do sujeito passivo.

Para demonstrar que se afiguram nitidamente caracterizados como material de uso e consumo, sendo incabível a apelação da defesa em enquadrá-los como material intermediário enumero como exemplo dos itens arrolados no levantamento fiscal, as mercadorias a seguir especificadas com as respectivas descrição da participação do processo produtivo do estabelecimento autuado: **SENSOR DE TEMPERATURA, SENSOR FLUXO IFM SI5010, SENSOR FLUXO REF SI5006 IFM SAIDA RELE** - *materiais utilizados para detecção de nível do produto e matéria prima dentro de silos de armazenagem, desgaste pelo contato direto com material abrasivo*; **ROLAMENTO SKF 305428DA** - *material utilizado para realizar o movimento circular dos equipamentos mecânicos e elétricos (motor, compressores, rolos, bombas), desgaste devido exposição a temperatura de aproximadamente 400 ° C, poeira, sua falha ou ausência acarreta a parada do laminador*; **REPARO CIL HMI25 PITTINI 1097314/102** - *material utilizado para reparar os cilindros da treliça, sofre desgaste devido ao ambiente agressivo e particulado (limalha) seu desgaste se dá devido saturação do mesmo pelo movimento repetitivo*; **LUVA 12NPT AISI304 2000LBS** - *peça metálica que realiza a conexão das mangueiras de refrigeração das gaiolas do laminador com as linhas de água, sua ausência ou falta impede a refrigeração das mesmas, desgasta-se pelo atrito com as mangueiras*; **ELETRODO COBRE REF 3078 SCHLATTER** - *material utilizado para soldar máquinas e equipamentos que estão inseridas no processo industrial, para compensação de desgaste provocados pelo contato direto com o produto, desgasta-se por consumo*; **BUCHA DES SMS 6499790 6499800 8 EXCENT** - *peça utilizada permitir o deslizamento do eixo sobre o mancal, garantindo o movimento circular do eixo e redução do atrito, material empregado na bomba que refrigera o laminador (conformação mecânica), sua ausência impede a operação da bomba*, **ELET CL41 CG65** - *utilizada na transmissão de energia para os motores elétricos das gaiolas da laminação, desgasta-se pelo uso contínuo, na sua falta/falha para a produção do vergalhão*; **TAMPA PARA MANCAL** - *utilizado para fazer a proteção dos eixos pinhão das gaiolas do laminador, desgasta-se por uso, na sua falta/falha pode gerar danos materiais e interrupção do processo*.

O material intermediário caracteriza-se pelo seu emprego diretamente no processo de industrialização, integra o novo produto ou, embora não integrando o novo produto, é consumido imediata e integralmente no curso da industrialização. Os materiais intermediários têm que ser utilizados na linha de produção, e não em linhas marginais, complementares ou independentes, devendo ser essenciais e indispensáveis para se obter o produto final, e serem consumidos a cada etapa produtiva, exaurindo-se imediata, gradativa e progressivamente no processo fabril. Aliás, este tem sido a interpretação do inciso II do art. 29 da Lei 7.014/96, adotada nos reiterados julgados sobre essa matéria pelas Câmaras de Julgamento Fiscal deste Conselho, como os acima referenciados.

Logo, não vejo desvirtuamento a conceito particular de material de uso e consumo ou menosprezo à importância de tais materiais na atividade econômica siderúrgica do autuado, de

modo que a sua pretensão não encontra guarida na Constituição Federal, na Lei Complementar do ICMS ou na legislação do imposto desse Estado da Bahia.

Resta evidenciado que os itens arrolados no levantamento fiscal, objeto da glosa do crédito fiscal utilizado, não integram o produto final, não atuam intrinsecamente no processo produtivo e, sequer, comporta discussão de essencialidade na obtenção do produto final, não ensejando, assim, o crédito do ICMS manejado pelo autuado.

Resta indubitado, portanto, que os materiais, objeto da autuação não legitimam o uso do crédito como alega o Impugnante, pois não participam do processo de fabricação como elementos integrantes do produto final e não são indispensáveis à sua composição. São, de fato, materiais de uso e consumo do estabelecimento, cuja utilização dos créditos fiscais decorrentes das suas aquisições é indevida.

Em suma, reafirmo que o entendimento assente neste CONSEF estribado na legislação de regência é de que são materiais de uso e consumo quando a sua utilização não tem relação direta com a produção, ou seja, participam de forma indireta, pois, apesar de indispensáveis, seu consumo no processo produtivo não resulta em integração ao produto final produzido. É o caso, por exemplo, dos materiais destinados à manutenção dos equipamentos que visam assegurar a continuidade da atividade produtiva.

Em face do expendido e verificadas as peculiaridades da atividade fabril do autuado, acordo com o posicionamento dos autuantes, constatando que os bens objeto da glosa do crédito e que remaneceram no demonstrativo final que suporta a infração 01 se enquadram como bens de uso no estabelecimento autuado.

Reitero, pois, que os as aquisições arroladas no levantamento fiscal que apura esse item da autuação, a exemplo de SENSORES DE TEMPERATURA, ELETRODOS, BUCHAS, ESCOVAS, ROLAMENTOS, REPARO, LUVA, etc., não são passíveis de crédito fiscal, no caso concreto, eis que, de acordo com o inciso I do artigo 33 da Lei Complementar nº 87 de 13 de setembro de 1996, apenas a partir de 1º de janeiro de 2020, a aquisição de mercadoria destinada ao uso e consumo darão direito ao uso de crédito de ICMS (redação dada pela LC nº 138, de 29/12/2010).

Infração subsistente no valor ajustado de R\$ 1.555.866,83.

A Infração 2 trata do uso indevido de crédito fiscal do ICMS, nas operações de transferência para estabelecimento pertencente ao mesmo titular, com base de cálculo superior ao estabelecimento na legislação.

A alegação defensiva é que interpretando equivocadamente o conceito de “custo de produção” para fins de apuração da BC do ICMS nas transferências interestaduais de mercadorias, as Autoridades fiscais produziram um improcedente crédito fiscal, já que o sujeito passivo teria corretamente apurado o imposto das operações mediante a utilização dos “custos de produção” que as normas gerais de Contabilidade apresentam.

À sua vez, os autuantes sustentam a pertinência da exação fiscal, pois, para as operações de transferências interestaduais de mercadorias tributáveis, o custo de produção a ser adotado é o definido no art. 13, da LC 87/96, qual seja: o custo da matéria-prima, material secundário, mão-de-obra e acondicionamento.

Para esta infração, a lide se cinge à questão da formação do custo de produção e os demonstrativos de suporte da autuação constam das fls. 40-43, parcialmente, e do CD de fl. 141, integralmente (455 páginas).

Como a matéria da infração anterior, a que envolve esta infração também já foi exaustiva e reiteradamente apreciada no âmbito deste CONSEF, a ponto de não haver discordância de julgados quanto ao entendimento de que a Lei Complementar nº 87/96 de forma expressa e restritiva determina qual a base de cálculo a ser aplicada nas transferências entre estabelecimentos do mesmo titular. Como precedentes, cito os Acórdãos CJF nºs 0239-02/12, 0266-

11/09, 0012-11/10, 0231-12/12 e 0289-12/12, e mais recentemente, os Acórdãos CJF nºs 0324-12/15, 0443-3/12/17 e 0453-12/17.

É que a Constituição Federal de 1988 (doravante CF/88) determinou expressamente as matérias que deveriam ser tratadas por meio de lei complementar específica para este tributo, demonstrando também a preocupação de que determinadas matérias não fossem tratadas por via de leis ordinárias dos Estados ou do Distrito Federal, o que poderia, aí sim, criar conflitos entre tais entes e insegurança jurídica para os contribuintes, ou seja, ela atribuiu à lei complementar o papel de fixar os pilares sobre os quais devem apoiar a instituição e a arrecadação do ICMS.

No que se refere ao valor tributável, o artigo 155, § 2º, inciso XII, alínea “i”, da CF/88, determina:

“Art. 155.

(...)

§ 2.º O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte:

(...)

XII - cabe à lei complementar:

(...)

fixar a base de cálculo, de modo que o montante do imposto a integre, também na importação do exterior de bem, mercadoria ou serviço”.

Ressalte-se que o termo verbal empregado pelo constituinte para estabelecer a competência da lei complementar em matéria de base de cálculo, “fixar” que, segundo o Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa (FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. século XXI. São Paulo: Nova Fronteira, 1999. Verbete próprio. Versão eletrônica.), significa “*determinar, prescrever, firmar, assentar, estabelecer, tornar firme, estável*”.

Frise-se que “determinar”, significa “*delimitar, fixar, definir, precisar, decretar, especificar*”, terminologia alheia ao sentido de “exemplificar”, como pretende o Impugnante.

Dentre as matérias cuja normativa o art. 155, § 2º, inciso XII, da Constituição Federal encomenda à Lei Complementar, está a base de cálculo do ICMS, sendo que tal disposição constitucional, a qual regula especificamente o ICMS, guarda total simetria com o comando inserto no artigo 146 da CF/88, que, ao tratar dos “princípios gerais” do sistema tributário, prevê:

“Art. 146. Cabe à lei complementar:

(...)

III - estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre:

a) definição de tributos e de suas espécies, bem como, em relação aos impostos discriminados nesta Constituição, a dos respectivos fatos geradores, bases de cálculo e contribuintes;”.

Percebe-se, então, a harmonia do texto constitucional ao prescrever as atribuições da lei complementar em matéria tributária, tanto no âmbito geral (encampando todos os tributos), quanto no específico, relacionado ao ICMS, posto que ambos comandos legais referem que à lei complementar compete “definir” ou “fixar” a base de cálculo, de modo que no âmbito do ICMS existe a clara intenção constitucional de evitar os conflitos de competência, realçando o caráter nacional do imposto.

Indiscutível para mim, que a CF/88 reservou à lei complementar a função impositiva de delimitar os contornos da base de cálculo, vinculando o Legislativo e o Executivo dos Estados à sua estrita observância por ocasião da criação e cobrança do ICMS.

Em obediência ao texto constitucional, a Lei Complementar nº 87/96, no § 4º do Art. 13, fixou expressamente a base de cálculo nas transferências interestaduais entre estabelecimentos do mesmo titular, trazendo três hipóteses de dimensão da materialidade do tributo, dos quais nos interessa, especificamente, aquele contida no seu § 4º, que diz respeito às transferências realizadas por estabelecimento fabricante do produto objeto da remessa para outro estabelecimento do mesmo titular:

“Art. 13. A base de cálculo do imposto é:

(...)

§ 4º Na saída de mercadoria para estabelecimento localizado em outro Estado, pertencente ao mesmo titular, a base de cálculo do imposto é:

(...)

II - o custo da mercadoria produzida, assim entendida a soma do custo da matéria-prima, material secundário, mão-de-obra e acondicionamento;”

Dessa forma, observa-se que a base de cálculo se submete ao regime da reserva legal – reserva de lei complementar, por força do comando constitucional, e não poderia ser diferente.

No tocante à alegação de que tal redação seria meramente exemplificativa (matéria-prima, material secundário, mão-de-obra e acondicionamento), quanto à aplicabilidade deste regramento, observo que já se encontra pacificado ao âmbito da doutrina, bem como na jurisprudência que tais rubricas são exaustivas, não admitindo interpretação extensiva em qualquer situação, e de qualquer outro sentido. Ao amparo de tal assertiva, menciono decisão do Supremo Tribunal Federal, exarada no RE nº 79452-RS, conforme voto o Min. Marco Aurélio Melo: “... obviamente que se o legislador quisesse tratar os elementos de custo definidos no Art. 13, § 4º, II, da LC nº 87/96 como exemplificativos, a boa técnica legislativa indicaria a adoção dos vocábulos ou expressões “tais como”, “a exemplo de”, e nunca adotaria a expressão ‘assim entendido como’”.

Além disso, o comando contido no artigo 13, § 4º, da Lei Complementar nº 87/96 é específico e taxativo, não admite nenhum outro tipo de custo além dos elencados, por uma questão de política tributária entre os entes federados. Logo, outros custos relativos, por exemplo, a manutenção, depreciação, amortização, frete (CIF), energia elétrica, combustível, etc., devem ser expurgados para efeito de determinação da base de cálculo legal, implicando no subsequente estorno do respectivo crédito fiscal, conforme constante do lançamento tributário realizado.

Por tais razões, não concordo nem acolho tal arguição.

Impende abordar que se a própria Lei Complementar nº 87/96, tendo a mesma valoração e sendo expressamente determinada pela CF/88 para determinar taxativamente a efetiva base de cálculo limitada a alguns itens dos custos de produção, especificando literalmente a soma do custo da matéria-prima, material secundário, mão-de-obra e acondicionamento, não há falar em afronta ao às normas gerais da Contabilidade, nem ao art. 110 do CTN, tampouco ao princípio da não cumulatividade, pois tem por fundamento a manutenção da unicidade da Federação, cláusula pétrea e princípio constitucional que não pode ser prejudicado com desequilíbrio na distribuição da receita tributária.

Dessa forma, na hipótese do remetente ter destacado o ICMS em valor superior ao devido, cabe ao adquirente utilizar o imposto correto, legalmente previsto, sob pena de glosa, uma vez que o ICMS destacado na nota fiscal só gera crédito ao estabelecimento destinatário das mercadorias dentro do limite legal estabelecido, consoante previsto nos artigos 93, § 5º, inciso II e 97, inciso VII do RICMS/97, sendo que agindo da maneira como a Recorrente vem se pautando impõe ao Estado da Bahia a absorção de um crédito fiscal superior àquele efetivamente devido, devendo adequar-se a tais artigos regulamentares que assim regem a matéria:

“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:

(...)

§ 5º Somente será admitido o crédito fiscal do valor do imposto corretamente calculado:

(...)

II - quando, em operação interestadual, a legislação da unidade federada de origem fixar base de cálculo superior à estabelecida em lei complementar ou em convênio ou protocolo, ou quando o imposto houver sido recolhido com base em pauta fiscal superior ao valor da operação.

Art. 97. É vedado ao contribuinte, ressalvadas as disposições expressas de manutenção de crédito, creditar-se do imposto relativo à aquisição ou à entrada, real ou simbólica, de mercadorias no estabelecimento, bem como aos serviços tomados, qualquer que seja o regime de apuração ou de pagamento do imposto:

(...)

VIII - nas situações do § 5º do art. 93, relativamente à parte excedente;”.

Ante a hipótese do remetente ter destacado ICMS em valor superior ao devido, por ocasião da realização de operação de transferência de mercadorias em operações interestaduais, cabe ao adquirente utilizar o imposto correto, legalmente previsto, sob pena de glosa, uma vez que o imposto devidamente destacado na nota fiscal, só pode gerar crédito ao destinatário das mesmas, respeitando o limite legal estabelecido.

Assim, as alegações postas não procedem, tendo a exigência de glosa de crédito fiscal decorrente de valor de base de cálculo a mais nas operações de transferências entre estabelecimentos pertencentes ao mesmo titular a devida e necessária base legal, em razão da Lei Complementar nº 87/96 especificar os custos de produção, como: matéria-prima, material secundário, mão-de-obra e acondicionamento, na forma apurada pelo autuantes nos autos, nos quais cotejam os custos unitários nos termos legais, por produto, em relação aos custos de transferências consignados nas notas fiscais, ou seja, após expurgar custos indevidamente agregados à base de cálculo de transferências, de modo a restar apenas os taxativamente admitidos pelo Ar. 13 da LC nº 87/96.

Em conclusão, o crédito apropriado pela recorrente é indevido, porquanto incorporou somas referentes a custos não autorizados pela Lei Complementar. Malgrado ser estadual a competência legislativa do ICMS - e, por isso, as legislações não baianas não aqui repercutem quanto conflitam com a normativa desse Estado -, não é menos verdade que a legislação tributária de cada Estado deve guardar estrita obediência às regras e limites exarados pela norma complementar, e pela Constituição Federal, conforme se extrai de decisão do STJ, no julgamento do Recurso Especial nº 707.635-RS, pela sua 1ª Turma, tendo como Relator o Ministro José Delgado, publicado no DJ em 13 de junho de 2005, já mencionada anteriormente:

“TRIBUTÁRIO. ICMS. ARROZ BENEFICIADO. PRODUTO INDUSTRIALIZADO. TRANSFERÊNCIA DE UM ESTABELECIMENTO PARA OUTRO DO MESMO CONTRIBUINTE. BASE DE CÁLCULO.

- 1. A definição da base de cálculo do ICMS é matéria reservada à Lei Complementar, em face da dicção do art. 146, III, "a", da CF.*
- 2. A fixação da base de cálculo de produto industrializado para fim de ICMS, quando sai de um estabelecimento para outro do mesmo contribuinte, para outro Estado, pelo art. 13, § 4º, II, não pode ser modificado por regra estadual.*
- 3. Arroz beneficiado é produto industrializado.*
- 4. A base de cálculo do ICMS, quando o arroz industrializado é enviado para estabelecimento do mesmo contribuinte em outro Estado é o custo da mercadoria, assim entendida a soma do custo da matéria prima, material secundário, mão-de-obra e acondicionamento.*
- 5. Impossibilidade de pauta fiscal.*
- 6. Homenagem ao princípio da legalidade.*
- 7. Recurso do Estado do Rio Grande do Sul improvido.”*

E em conclusão, transcrevo parte do voto então proferido, relativo a tal tema:

“Sobre o assunto, em debate, há de se considerar que:

- a) a definição da base de cálculo do ICMS é matéria reservada à Lei Complementar, em face da dicção do art. 146, III, "a", da CF;*
- b) a LC nº 87 de 13.09.96, em seu art. 13, impera de modo absoluto, não podendo lei estadual reduzir ou ampliar o seu alcance;”*

Infração subsistente no valor de R\$ 628.274,93.

A Infração 3 diz respeito a recolhimento a menos de ICMS em decorrência de erro na determinação de base de cálculo **nas saídas** de mercadorias regularmente escrituradas. Os demonstrativos da infração constam nos autos às fls. 44-80 e no CD de fl. 141, onde as diferenças

de custo unitário e o consequente imposto tido indevido constam das duas últimas colunas do citado demonstrativo.

Semelhantemente à da infração 2, a alegação defensiva é que o contribuinte autuado utiliza o conceito contábil derivado do direito privado para formar a BC das transferências interestaduais de mercadorias tributáveis, nos termos do disposto no art. 110 do CTN e 146 da CF/88, de modo que no procedimento fiscal os autuantes deveriam ter utilizado o preço de custo do mês em referência, como diz devidamente informado durante a fiscalização e não do mês anterior. Também detalha em exemplo utilizando um e o outro critério, a motivação das diferenças apuradas pelos autuantes. No mais repete os argumentos dados à Infração 2, dizendo que o custo que apura dentro do mês da transferência, dentro das normas contábeis que regem a matéria, abrangem os gastos gerais (depreciação, alugueis, conversação e limpeza, informática, EPI's e uniforme), além de manutenção (materiais e serviços).

À sua vez, os autuantes reiteram o conceito de custo de formação da BC, cujos itens, taxativamente, o art. 13, § 4º, II, da LC 87/96, admite. No que tange à metodologia de utilização do custo do mês anterior para apurar a BC para as transferências interestaduais, transcrevendo ementa a respeito, afirmam que a forma pela qual resultou o valor exigido tem respaldo na jurisprudência administrativa do CONSEF.

A lide neste quesito reside em dois aspectos: a) quanto aos itens que devem conter nos “custos de produção” para efeito de formação da BC das mercadorias a serem transferidas; b) qual o mês de referência para os custos sejam computados.

Para o primeiro aspecto, pelas razões já aduzidas na apreciação da infração anterior, a razão assiste aos autuantes, pois este, repito é o entendimento consagrado e sedimentado pela jurisprudência administrativa deste CONSEF, como antes já visto e exposto nas reiteradas decisões precedentes.

Resta, então, para o segundo aspecto, ver a qual das partes em conflito cabe a razão: se ao fisco que considerou para o cálculo os custos dos itens taxativos expressos no art. 13, § 4º, II, da LC 87/96, reproduzido no art. 17, § 8º, II, da Lei nº 7.014/96, registrados pelo sujeito passivo no mês imediatamente anterior ao da transferência, ou ao Impugnante que diz utilizar para cálculo da BC o custo que registra relativo à produção do mesmo mês em que efetuou as saídas para outras filiais fora da Bahia, por transferências dos produtos que produziu.

Pois bem, pelo número de operações das quais originou este AI, depreende-se que os produtos transferidos são fabricados em larga escala, o que, como afirmam os autuantes, efetivamente demanda a utilização de grandes quantidades de matérias-primas, materiais secundários e de acondicionamento, além de grande mão de obra. Isso implica em uma apuração de custo de produção bastante complexa, razão pela qual, afirmam, “não nos parece razoável, para não dizer impossível, que a empresa possa apurar o custo que será utilizado no mesmo mês das operações de referências”.

Observe que, reiterando a argumentação defensiva nesse sentido, na manifestação posterior à ciência acerca da Informação Fiscal, o Impugnante declara o seguinte: “Neste contexto cumpre ressaltar que, ao contrário do que alegou o Fiscal autuante em sua manifestação, é possível realizar operações de transferência no início do mês e utilizar o custo deste mesmo mês como base de cálculo das transferências. Isto porque, os custos dos produtos são atualizados no dia 01 de cada mês, sempre que houver atualizações” (fl. 243).

Ora, ponderadamente analisando as respectivas afirmativas, convenço-me de que neste aspecto, a razão também assiste aos autuantes porque se os preços são atualizados a cada dia primeiro de cada mês de referência, por obvio entre uma e a outra afirmativa, a possibilidade de atualização do custo em cada dia primeiro de cada mês, apenas pode ocorrer tendo por base a apuração de custo mensal apurada no mês imediatamente anterior ao de ocorrência das operações de transferência, como defendem os autuantes.

Infração subsistente no valor de R\$ 18.167,08.

A Infração 4 decorre de recolhimento a menos de ICMS incidente sobre a conexão e uso dos Sistemas de Transmissão na entrada de Energia Elétrica no seu estabelecimento consumidor ligado a rede básica, em decorrência de erro na determinação da BC. Os demonstrativos constam às fls. 81-89 e do CD-R de fl. 141.

A alegação defensiva é que no procedimento fiscal os autuantes erraram no cálculo da autuação fazendo incidir o ICMS sobre os encargos setoriais e os encargos de uso e transmissão, uma vez que, no entendimento do Impugnante, o imposto apenas pode incidir sobre o efetivo fornecimento da energia elétrica.

À sua vez, tendo em vista que o valor do imposto integra sua própria BC ($ICMS = BC \times ALÍQ.$), salientam que consideraram a expressão: $ICMS = VO / (1 - ALÍQ.) \times (1 - PRBC) \times ALÍQ.$ Isto porque qualquer redução de BC legalmente prevista há que partir do imposto apurado com a alíquota cheia, de modo a reduzi-lo na mesma proporção da redução prevista legalmente para a sua BC, ou seja, no caso, 52%, uma vez que o benefício fiscal expressa “redução da BC”, determina a redução de uma BC pré-existente.

No que concerne à incidência do ICMS sobre os encargos setoriais e encargos de transmissão, com acerto, as Autoridades fiscais defendem que o fornecimento do insumo energia elétrica e sua transmissão são fatos complementares, indissociável entre eles para que o uso da energia produza seus efeitos econômicos que implica em um custo único cujo preço único e integral de ambos é necessariamente bancado pelo destinatário, numa relação mesma relação jurídica.

A matéria dessa infração também já foi exaustiva e reiteradamente apreciada no âmbito deste CONSEF, inclusive, contra esse mesmo sujeito passivo. Cito como precedentes, o Acórdão CJF Nº 0056-11/14, razão pela qual, por referir-se a caso idêntico, reproduzo aqui o voto decisivo do citado acórdão:

Com a reestruturação, houve o desmembramento em quatro segmentos distintos: geração, comercialização, transmissão e distribuição de energia elétrica, e os grandes consumidores, apenas estes, passaram a ter a opção da compra junto a qualquer produtor, contratando com a distribuidora seu transporte até as instalações industriais consumidoras (ambiente livre - ACL).

A transmissão e fornecimento na sistemática anterior eram contratados junto ao mesmo agente, de forma que sempre incidiu o gravame sobre ambas.

Após a mudança, não houve alteração no que se refere ao método de suprimento de energia elétrica. Constatou-se somente o desmembramento dos contratos, com a criação do SIN (sistema interligado nacional), o qual dotou a atividade econômica de segmentos autônomos e interligados entre si, operando em regime de compartilhamento.

O marco regulatório do setor energético nacional teve como objetivos incentivar competição entre os agentes do mercado, estimular inovações, eficiência e minimização de desperdícios, sem almejar alterações na tributação.

O acolhimento da tese recursal significaria afronta ao princípio da isonomia tributária, porquanto privilegiaria os contribuintes de grande porte, que têm condições de contratar livremente no ACL – ambiente de contratação livre, desonerando o mesmo, em detrimento da contratação regulada (ACR – ambiente de contratação regulada), do qual fazem parte as pessoas, físicas ou jurídicas, de menor capacidade, consoante passarei a expor.

A Lei nº 10.848/2004, que consolidou o marco regulatório no setor energético pátrio, dispõe, entre outras matérias, sobre a compra e venda de energia elétrica. Nessa Lei, assim como no Decreto que a regulamentou (nº 5.163/2004), está prevista a coexistência de dois ambientes de contratação: um livre (ambiente de contratação livre – ACL) e outro regulado (ambiente de contratação regulada – ACR).

Os consumidores que adquirem energia no ACL são denominados de “consumidores livres”. Segundo Antônio Ganim, consumidores livres “são aquelas empresas consumidoras que estão legalmente autorizadas a escolher o seu fornecedor de energia elétrica, dentre aqueles que lhes oferecerão melhores preços e condições”. Para tanto, consoante se observa, devem preencher determinados requisitos legais.

De acordo com a legislação vigente, podem ser enquadradas como consumidores livres:

- a) unidades consumidoras com carga maior ou igual a 3.000 KW, atendidas em tensão maior ou igual a 69 KV, ou aquelas instaladas após 07/07/1995 com demanda maior ou igual a 3.000 KW, atendidas em qualquer tensão, sendo que esses podem comprar energia de qualquer agente de geração ou comercialização de energia;

- b) unidades consumidoras com demanda maior que 500 KW, atendidas em qualquer tensão, desde que adquira energia elétrica proveniente das fontes referidas no §5º do art. 26 da Lei nº 9.427/1996, com a nova redação dada pela Lei nº 11.943, de 2009. Esse tipo de comprador é classificado pela Aneel como “consumidor especial”.

É importante registrar que todo consumidor “nasce cativo”. Ingressar no denominado mercado livre, portanto, é uma opção colocada à disposição dos que preenchem os requisitos legais acima apontados.

No ACR, o adquirente de energia é denominado “cliente cativo”. São todos aqueles que, a despeito de preencherem os requisitos legais, não optaram pela condição de consumidor livre (consumidores potencialmente livres, mencionados no tópico anterior), ou os que não podem optar por tal condição. Em outras linhas, pode-se dizer que, de regra, “cativos” são os compradores residenciais, indústria e comércio de pequeno porte etc.

Os clientes “cativos” adquirem obrigatoriamente energia elétrica da concessionária de distribuição a cuja rede estejam conectados, sujeitando-se às tarifas regulamentadas pela Aneel. Por se tratar de contratação regulada, esse tipo de consumidor – o “cativo” – não pode escolher o estabelecimento gerador que lhe disponibilizará a energia, nem exerce a liberdade contratual (para fixação de preço, por exemplo), tal como acontece nos contratos celebrados no âmbito do mercado livre (ACL).

Além do acima exposto (tese recursal contrária ao princípio da isonomia tributária), o fornecimento de energia elétrica é um negócio jurídico que não pode ser segregado da transmissão. Por conseguinte, esta última caracteriza-se como custo, numa relação entre principal e acessório, legitimada no contrato de uso do sistema de transmissão (CUST) ou no contrato de uso do sistema de distribuição (CUSD), nos termos da Resolução 281/1999 da ANEEL (art. 10, §§ 1º, 2º, 3º e 4º).

Com efeito, a TUST é a remuneração pelo uso das linhas de transmissão, vinculada, para fins tributários, ao fornecimento da energia.

O procedimento fiscal encontra amparo no art. 571-B do RICMS/1997 c/c Convênio ICMS 117/2004, celebrado no âmbito do CONFAZ. Eventuais excessos ou supostas usurpações de competência levadas a efeito por órgãos dos quais emanam a legislação não podem ser apreciados neste foro, o que afirmo com supedâneo no art. 167, III, Decreto nº 7.629/1999 (RPAF/BA).

O ICMS-ST (substituição tributária) emana dos arts. 7º e 8º da Lei Estadual nº 7.014/1996. Previsto, na situação específica, na cláusula primeira do Convênio ICMS 117/2004 (exigência sobre a conexão e uso do sistema de transmissão na entrada de energia elétrica no estabelecimento consumidor ligado à rede básica).

Com respeito ao cálculo do gravame, deve ser aplicada a alíquota de 27%, para sobre o resultado utilizar-se a redução de 52% (carga resultante de 48%).

Seguindo o exemplo adotado pelo recorrente, considerando o valor da operação - VO, ou preço sem ICMS no patamar de R\$100,00, com a tributação normal (base de cálculo - BC integrando o próprio imposto) e a alíquota de 27%, ter-se-ia a BC de R\$133,99. Aplicando-se sobre a BC a alíquota de 27% teremos o ICMS de R\$36,99. Este é o resultado da aplicação normal do imposto: $ICMS = VO / (1 - ALÍQUOTA) \times ALÍQUOTA$.

Nos termos do art. 80, I, “a” do RICMS/1997, é reduzida a BC em 52% nas operações com energia elétrica destinada às classes de consumo industrial e rural. Tomando-se a BC acima, de R\$136,99, com a redução de 52% obtém-se R\$65,76, que à alíquota de 27% resulta no ICMS de R\$17,75, valor maior do que o citado pelo sujeito passivo no Recurso e na peça de defesa (R\$ 12,96; fls. 222/413).

No que tange ao Recurso de Ofício, resultante da desoneração verificada no julgamento da infração 2 (falta de recolhimento do ICMS incidente sobre a entrada de energia elétrica no estabelecimento, em caso de posição devedora no mercado de curto prazo, relativo às liquidações junto à Câmara de Comercialização de Energia Elétrica - CCEE ou ao Mercado Atacadista de Energia – MAE), os autuantes, após a análise dos argumentos e relatórios da impugnação e das manifestações do contribuinte, observaram que a CCEE incorreu em equívocos de informações, o que ensejou a correta revisão dos demonstrativos, da qual resultou o valor residual de ICMS de R\$ 1.267,47, concernente ao período de março a agosto de 2010 (fl. 344).

Por tudo quanto exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO dos Recursos de Ofício e Voluntário.

Acolho, pois, o entendimento acima esposado para também considerar a Infração 4 subsistente no valor original de R\$ 537.931,14.

A Infração 5, igual que a Infração 1, dela apenas difere por tratar de uso indevido de crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de material em outras unidades da Federação. Possuem as mesmas bases de sustentação teórica quanto à divergência de enquadramento do material no processo produto dos produtos finais fabricados pelo estabelecimento autuado. Os demonstrativos de

suporte constam dos autos às fls. 94-94 (parcial) CD de fl. 141 (integral original) e CD de fl. 228 (integral ajustado na Informação Fiscal).

Portanto, meu convencimento sobre a questão de direito esposado para a Infração 1 também serve a esta infração.

Do valor original dessa infração, conforme demonstrativo que produz na Defesa (fl. 152) o Impugnante reconhece devido o valor de R\$ 69.006,57.

Na manifestação acerca da Informação Fiscal o Impugnante alerta que com relação ao valor remanescente da Infração 5, embora na Informação fiscal os autuantes tenham acolhido a alegação defensiva quanto aos bens tido como adquiridos para uso e consumo, mas são brindes destinados à distribuição gratuita aos seus clientes (CFOB 1910 e 2910, fl. 212), excluindo-os da infração o valor de R\$ 5.440,11 (fl. 236), declarou mantido o valor original da infração (fl. 213), quando o valor ajustado e exposto no demonstrativo do CD correspondente aos ajustes efetuados por ocasião da Informação Fiscal é R\$ 1.351.514,90.

Neste ponto, a razão assiste ao Impugnante, pois, verificando no demonstrativo “Crédito indevido – Material de uso ou consumo – Lista de notas fiscais/itens (informa também valor do DIFAL para aquisições em outros estados), constante do CD-R de fl. 228, confirma-se que em face da exclusão referida, o valor remanescente é R\$1.351.514,90.

Infração subsistente no valor ajustado de R\$ 1.351.514,90.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, alterando-se apenas os demonstrativos de débito originais das infrações 01 e 05, conforme abaixo:

DEMONSTRATIVO DE DÉBITO					
Data Ocorr	Data Vencto	Base de Cálculo	Aliq %	Multa %	Valor ICM S AJUSTADO
Infração 01					
31/01/14	09/02/14	1146182,88	17	60	194.851,09
28/02/14	09/03/14	1098208,29	17	60	186.695,41
31/03/14	09/04/14	427223,35	17	60	72.627,97
30/04/14	09/05/14	496120,59	17	60	84.340,50
31/05/14	09/06/14	521139,06	17	60	88.593,64
30/06/14	09/07/14	476163,29	17	60	80.947,76
31/07/14	09/08/14	563181,59	17	60	95.740,87
31/08/14	09/09/14	588208,18	17	60	99.995,39
30/09/14	09/10/14	444782,65	17	60	75.613,05
31/10/14	09/11/14	658214,53	17	60	111.896,47
30/11/14	09/12/14	444721,12	17	60	75.602,59
31/12/14	09/01/15	182583,18	17	60	31.039,14
31/01/15	09/02/15	295445,65	17	60	50.225,76
28/02/15	09/03/15	226573,00	17	60	3817,41
31/03/15	09/04/15	183374,12	17	60	31.173,60
30/04/15	09/05/15	170487,35	17	60	28.982,85
31/05/15	09/06/15	113951,35	17	60	19.371,73
30/06/15	09/07/15	147374,29	17	60	25.053,63
31/07/15	09/08/15	287607,41	17	60	48.893,26

31/08/15	09/09/15	179776,00	17	60	30.561,92
30/09/15	09/10/15	104663,65	17	60	17.792,82
31/10/15	09/11/15	47636,59	17	60	8.098,22
30/11/15	09/12/15	86490,82	17	60	14.703,44
31/12/15	09/01/16	79105,24	17	60	13.447,89
31/01/16	09/02/16	12027,35	17	60	2.044,65
28/02/16	09/03/16	9083,65	17	60	1.544,22
31/03/16	09/03/16	3911,53	17	60	664,96
30/04/16	09/04/16	15603,00	17	60	2.652,51
31/05/16	09/05/16	59134,71	17	60	10.052,90
30/06/16	09/07/16	6376,47	17	60	1.084,00
31/07/16	09/08/16	18762,88	17	60	3.189,69
31/08/16	09/09/16	7237,00	17	60	1.230,29
30/09/16	09/10/16	15560,76	17	60	2.645,33
31/10/16	09/11/16	8069,76	17	60	1.371,86
30/11/16	09/12/16	7509,12	17	60	1.276,55
31/12/16	09/01/17	19667,41	17	60	3.343,46
TOTAL DA INFRAÇÃO					1.521.166,83
Infração 05					
31/01/14	09/02/14	1085247,94	17	60	184.492,15
28/02/14	09/03/14	704044,59	17	60	119.687,58
31/03/14	09/04/14	386593,53	17	60	65.720,90
30/04/14	09/05/14	365308,53	17	60	62.102,45
31/05/14	09/06/14	539007,47	17	60	91.631,27
30/06/14	09/07/14	403535,24	17	60	68.600,99
31/07/14	09/08/14	487839,12	17	60	82.932,65
31/08/14	09/09/14	563090,59	17	60	95.725,40
30/09/14	09/10/14	265134,59	17	60	45.072,88
31/10/14	09/11/14	735819,18	17	60	125.089,26
30/11/14	09/12/14	366924,71	17	60	62.377,20
31/12/14	09/01/15	158058,53	17	60	26.869,95
31/01/15	09/02/15	292734,53	17	60	49.764,87
28/02/15	09/03/15	126659,59	17	60	21.532,13
31/03/15	09/04/15	161045,12	17	60	27.377,67
30/04/15	09/05/15	80020,24	17	60	13.603,44
31/05/15	09/06/15	114578,35	17	60	19.478,32
30/06/15	09/07/15	183269,06	17	60	31.155,74
31/07/15	09/08/15	188528,00	17	60	32.049,76
31/08/15	09/09/15	90958,47	17	60	15.462,94
30/09/15	09/10/15	178413,76	17	60	30.330,34
31/10/15	09/11/15	52027,29	17	60	8.844,64
30/11/15	09/12/15	114841,59	17	60	19.523,07
31/12/15	09/01/16	38513,18	17	60	6.547,24

31/01/16	09/02/16	9979,65	17	60	1.696,54
29/02/16	09/03/16	10047,06	17	60	1.708,00
31/03/16	09/03/16	7010,35	17	60	1.191,76
30/04/16	09/04/16	14942,88	17	60	2.540,29
31/05/16	09/05/16	95055,18	17	60	1.6159,38
30/06/16	09/07/16	9816,00	17	60	1.668,72
31/07/16	09/08/16	27314,76	17	60	4.643,51
31/08/16	09/09/16	13471,94	17	60	2.290,23
30/09/16	09/10/16	25568,65	17	60	4.346,67
31/10/16	09/11/16	14921,53	17	60	2.536,66
30/11/16	09/12/16	10325,06	17	60	1.755,26
31/12/16	09/01/17	29441,41	17	60	5.005,04
Total da Infração					1.351.514,90

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 **298943.0001/17-7**, lavrado contra **GERDAU AÇOS LONGOS S.A.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$4.343.896,20**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, incisos II, “a” e “f” e VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologado os valores já recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 24 de agosto de 2018.

JORGE INÁCIO DE AQUINO – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO/RELATOR

ARIVALDO LEMOS DE SANTANA – JULGADOR

LUÍS ROBERTO DE SOUZA GOUVEA – JULGADOR