

A. I. Nº - 206891.0010/18-8
AUTUADO - ARCELORMITTAL BRASIL S.A.
AUTUANTES - PAULO CEZAR DA SILVA BRITO, EUZIANE GOUVEIA DA SILVA e MARCOS ANTONIO DA SILVA CARNEIRO
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 31/10/2019

4^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0163-04/19

EMENTA: ICMS. BASE DE CÁLCULO. RECEBIMENTO DE PRODUTOS POR TRANSFERÊNCIA DE ESTABELECIMENTO PERTENCENTE AO MESMO TITULAR, SITUADO EM OUTRA UNIDADE DA FEDERAÇÃO, COM PREÇO SUPERIOR AO CUSTO DE PRODUÇÃO. GLOSA DO CRÉDITO FISCAL EXCEDENTE. A imputação diz respeito ao parâmetro fixado pelo art. 13, § 4º, inciso II, da Lei Complementar nº 87/96. Não importa o “conceito de custo contábil” segundo a técnica dos manuais de contabilidade. Para integrar a base de cálculo do ICMS nas saídas, em transferência, de mercadoria destinada a outro estabelecimento do mesmo titular situado em outro Estado deve prevalecer o “conceito legal” do custo da mercadoria produzida expressamente veiculada no dispositivo normativo. Não é todo e qualquer custo de produção que integra a base de cálculo, de acordo com o regramento supracitado da Lei Complementar nº 87/96. A base cálculo é constituída, tão somente pela soma do custo da matéria prima, material secundário, mão de obra e acondicionamento. Excluídos do lançamento, entretanto, as parcelas relacionadas à energia elétrica e refratários por se constituírem, em relação as empresas do ramo de siderurgia, como materiais intermediários. Não acolhidas as preliminares de nulidade. Mantida a penalidade aplicada. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em referência teve sua expedição ocorrida em 10/05/2018 com o objetivo de reclamar crédito tributário na ordem de R\$231.944,40, mais multa de 60% prevista pelo Art. 42, inciso VII, alínea “a” da Lei nº 7.014/96, em face da seguinte acusação relacionada ao exercício de 2014: “*Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS, nas operações interestaduais com base de cálculo fixada pela unidade federada de origem, superior a estabelecida em lei complementar, convênios ou protocolo*”.

Consta, a título de complemento, a seguinte informação: “*O presente trabalho tem amparo nas decisões do Superior Tribunal de Justiça (STJ), do Conselho de Fazenda do Estado da Bahia (CONSEF) e na Lei Complementar nº 87/96 (art. 13, § 4º, II), que, no caso deste Auto de Infração, diz respeito à verificação da BASE DE CÁLCULO (CUSTO DA MERCADORIA PRODUZIDA) nas OPERAÇÕES INTERESTADUAIS envolvendo PRODUTOS INDUSTRIALIZADOS (em outras unidades da Federação) que foram FABRICADOS EXCLUSIVAMENTE PELA EMPRESA, ATRAVÉS DOS ESTABELECIMENTOS REMETENTES, e TRANSFERIDOS para a FILIAL localizada neste ESTADO.*

Trata-se de ESTORNO DE CRÉDITO FISCAL DE ICMS em decorrência de ERRO NA DETERMINAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO NAS OPERAÇÕES DE TRANSFERÊNCIAS INTERESTADUAIS com consequente

pagamento de ICMS a menor que o devido, tudo em consonância com o detalhamento registrado no próprio corpo do Auto de Infração”.

Regularmente notificado do lançamento, o autuado, por intermédio de seus patronos, ingressou com a Impugnação de fls. 51 a 80, onde inicialmente faz uma breve análise dos fatos destacando que os autuantes entenderam que o comando contido no art. 13, § 4º, II da Lei Complementar 87/96 seria bastante específico e não admite nenhum outro tipo de custo além dos elencados no referido dispositivo legal, o que motivou a expurgar certos gastos para efeito de determinação da base de cálculo, implicando no consequente estorno do respectivo crédito fiscal.

Neste rumo pontua que os autuantes decidiram excluir da base de cálculo objeto das transferências interestaduais as rubricas referentes a “*Materiais Manutenção*”, “*Água*”, “*Deprec. Amortiz.*”, “*Serviços Fixos*”, “*Serviços Manutenção*”, “*Deprec/Amort. Recir*”, “*Provisão de Frete*”, “*Energia Elétrica*”, “*MAP Refratários*”, “*MAP. Eletrodos*”, “*MAP Cilindros Disco*”, “*MAP Gaes Comb*” e “*MAP Outros*”.

Com isso sustenta que o cerne da matéria envolve, pois, a interpretação do art. 13, § 4º, II, da Lei Complementar nº 87/96, delimitador da composição da base de cálculo do ICMS em operações interestaduais de circulação de mercadorias – custo da mercadoria produzida -, cujo rol foi tomado pela fiscalização estadual como taxativo, em interpretação restritiva. Desta maneira advoga que o lançamento não merece prosperar em razão de que:

- (1) seguiu estritamente o que determina o art. 13, § 4º, II, da Lei Complementar nº 87/96 (Lei Kandir), pois qualquer interpretação restritiva deste dispositivo é incompatível com a materialidade constitucional do imposto se se trata de circulação de mercadorias, a base deve ser o custo real);
- (2) seguiu rigorosamente o que determinava a legislação do estado de origem, por isso, nos termos da CF/88, negar o crédito, é negar a boa-fé, a confiança na lei fiscal e ferir de morte o princípio constitucional da não cumulatividade e
- (3) ainda que assim não fosse os autuantes desprezaram diversos itens que são claramente matéria-prima e produtos secundários, não passando sequer pelo crivo mais restritivo na interpretação do o art. 13, § 4º, II, da Lei Complementar nº 87/96. Como não considerar que os produtos a seguir citados não se enquadram em material secundário? Água, energia elétrica, materiais refratários, eletrodos, Cilindros de Laminção, gás mistura/combinação, manutenção, reparos e ainda “outros custos” como produtos químicos, bobinas de trefilação, cubas, transporte interno de empilhadeiras, armazenagem e movimentação de matéria-prima, embalagens e embalagens retornáveis.

Em seguida pontuou que os argumentos exibidos pelo Estado desconsideram que, em Direito Tributário, sob risco de desbotamento dos rígidos marcos delimitadores das competências tributárias, a base de cálculo assume uma função veritativa ou confirmadora do fato gerador, a ponto de ser mandatória a correspondência entre a base de cálculo e a materialidade do tributo, enquanto que o valor da base de cálculo em ICMS corresponde ao “valor da operação”, que, para as transferências enfocadas, deve corresponder ao custo contábil real (a composição da base de cálculo deve espelhar a baixa da mercadoria no ativo do estabelecimento que promove a saída, isto é, deve considerar o seu valor real, e não um valor subdimensionado).

Conclui o resumo dos fatos aqui apresentados ressaltando que é de prevalecer à interpretação de que o rol do art. 13, § 4º, II, da Lei Complementar nº 87/96 é exemplificativo e segue o conceito de custo real contábil, na linha do que têm reconhecido os estudiosos e Fiscos estaduais, enquanto que o princípio da não cumulatividade determina que os valores exigidos na etapa antecedente da cadeia de circulação devem ser abatidos da tributação que recai sobre a operação subsequente, enquanto que, se, por exigência de Estados de origem, em interpretação constitucionalmente adequada do art. 13, § 4º, II, da Lei Complementar nº 87/96, a base de cálculo em operações interestaduais deve espelhar o custo contábil real de produção das mercadorias, é ilegítimo que o

Estado da Bahia se imiscua nessa relação jurídico-tributária travada entre Estado de origem e particular, penalizando este último.

Sustenta que tem absoluta convicção de que não agiu contrária aos ditames legais, de modo que o suposto crédito tributário se deve muito mais a um entendimento equivocado da Fiscalização, frontalmente contrário ao que determina a LC 87/96, bem como da desconsideração dos custos aplicados por outros estados (guerra fiscal).

Após as questões acima enfocadas de maneira preambular, passou a arguir, em preliminar a nulidade da autuação por ausência de análise individualizada da funcionalização dos materiais componentes do custo da mercadoria produzida e inobservância ao devido processo administrativo, Art. 5º, LIV e LV, da CR/88 e Arts. 129, § 1º, inciso III, e 130, II, da Lei nº 3.956/1981.

Diz que entende que o estado de destino não tem competência para questionar a base de cálculo imposta pelo estado de origem, contudo, *ad argumentandum*, se o Estado da Bahia entende que pode realizar esta glosa, deveria ter trazido aos autos as razões para não considerar os itens dentro da base de cálculo da LC 87/96.

Pontua que no caso vertente o Auto de Infração padece de vícios de motivação, não tendo descrito as aplicações dos bens adquiridos no contexto do processo siderúrgico autuado ou sequer apresentado os critérios balizadores do trabalho fiscal, frisando que os autuantes não especificaram os motivos pelos quais determinados gastos não integrariam, no seu entendimento, o “custo da mercadoria produzida” e não se enquadrariam na soma do custo da matéria-prima, material secundário, mão-de-obra e acondicionamento, apenas afirmado, de forma genérica, pela impossibilidade de sua inclusão na base de cálculo, implicando no subsequente estorno do respectivo crédito fiscal.

Cita que no caso concreto os autuantes estornaram créditos legítimos de ICMS, exigindo ainda o pagamento de ICMS, simplesmente por ter realizado classificação equivocada dos gastos incorridos, sem adentrar no que importa à discussão, ou seja, a maneira como são empregados na usina siderúrgica integrada, procedimento este que lhe impede que possa se defender da forma devida, contrariando o seu direito de defesa, assegurado no altopiano constitucional – art. 5º, LV: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

Após citar doutrina, requer seja declarada a nulidade do crédito tributário impugnado, porque irregularmente constituído, com preterimento de direitos e garantias fundamentais do contribuinte dessumidos do devido processo constitucional (art. 5º, LIV e LV, da CR/88; arts. 129, § 1º, III e 130, II, da Lei nº 3.956/1981).

No tópico seguinte intitulado “Da ausência de comprovação da utilização indevida de crédito fiscal de ICMS. Vício capaz de contaminar as exigências consubstanciadas no auto de infração. Necessário refazimento da conta gráfica do contribuinte”, destaca que apesar de a fiscalização tributária imputar-lhe a acusação de utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, nas operações interestaduais, com base de cálculo fixada pela unidade federada de origem superior a estabelecida em Lei Complementar, Convênios ou Protocolos, com o consequente pagamento de ICMS a menor que o devido, não há que se confundir, pois, a utilização indevida do crédito fiscal de ICMS com a falta de recolhimento do imposto.

Nesse sentido, sustenta que a constatação da utilização indevida do crédito fiscal só seria possível mediante a recomposição da conta gráfica e que se trata de obrigação legal do fisco estadual na determinação do montante devido no momento do lançamento (art. 142, do CTN), vinculada à técnica de confronto de créditos e débitos adotada pela lei para apuração mensal do ICMS, na forma do art. 20 da Lei Complementar nº 87/96. Ademais, trata-se de exigência expressa do art. 146, § 1º, do Decreto nº 6.284/97, que transcreveu.

Após discorrer a respeito da sua tese argumentativa, considera que simplesmente exigir o valor do crédito escriturado, como se imposto fosse, não encontra respaldo na legislação do ICMS, pois

estaria tornando a aquisição de mercadoria o fato gerador do imposto, desconsiderando as regras de apuração previstas na legislação e o princípio da não-cumulatividade, que impõe a compensação entre débito e crédito.

Desta forma considera que consagrado estaria o enriquecimento sem causa do Poder Público, pois se a empresa não se beneficiou daquele crédito, não houve redução do tributo a pagar, assim, mantida a exigência contida no auto de infração, consagrado estará o bis in idem, razão pela qual sustenta que é de se ter como improcedente a exigência do imposto tal como efetuada, sendo necessária a determinação de reformulação do crédito exigido, mediante recomposição da conta gráfica, como determinam as regras de apuração do imposto devido previstas no RICMS/BA, mediante regular intimação acerca da reformulação ao contribuinte, a fim de que possa acompanhar o procedimento, em respeito aos princípios do contraditório e da ampla defesa.

Em seguida passou a expor o que denomina de “RAZÕES PARA O CANCELAMENTO DAS EXIGÊNCIAS FISCAIS”, destacando no item 01 a “inexistência de previsão legal da glosa de créditos imposta pela fiscalização em atenção ao princípio da legalidade”.

A este respeito ressalta a absoluta carência de legalidade da glosa dos créditos escriturados ante a inexistência de previsão legal da glosa de créditos imposta pela Fiscalização, visto que os dispositivos invocados pelos mesmos na motivação da autuação - art. 13, § 4º, II, da LC 87/96; art. 309, § 7º do RICMS (Decreto nº 13.780/2012) – além de não constituírem preceitos sancionatórios, não trazem autorização ao Estado da Bahia para promover a glosa dos créditos de ICMS que escriturou.

Após outras considerações jurídicas a este respeito requer seja declarada a improcedência do crédito tributário, em razão da falta de previsão legal dos motivos invocados pelos autuantes para promover a glosa dos créditos escriturais apropriados pelo contribuinte, com ferimento aos princípios da legalidade, da não surpresa e da não cumulatividade do ICMS, sob pena de contrariedade e negativa de vigência aos arts. 5º, II; 37; 150, I; 155, § 2º, I, todos da CR/88; e 3º e 97, do CTN.

No tópico seguinte que denomina “Da flagrante violação à Constituição Federal pela Fiscalização Estadual. Impossibilidade de ato unilateral de Estado membro declarar a constitucionalidade de ato normativo realizado por outros entes federados, ainda que fora do âmbito do CONFAZ. Guerra fiscal. Necessária observância ao artigo 110 do CTN” destaca que a chamada guerra fiscal atinge o presente caso, pois a interpretação do artigo 13, § 4º, II, da Lei Complementar nº 87/96 dada pelo Estado da Bahia é distinta de outros Estados, principalmente aqueles remetentes das mercadorias, observando que, para o presente caso, as operações questionadas pelo Fisco dizem respeito às transferências interestaduais de mercadorias entre as unidades industriais da empresa autuada, com origem nos Estados de São Paulo e Minas Gerais.

Sustenta que, nesse sentido e tendo em vista que o direito de crédito do estado de destino vincula-se tão somente ao “montante cobrado” nas operações anteriores (art. 155, §2º, I, da CR/88), não pode, portanto, o Estado de destino, questionar ou sequer ir contra o que está previsto em lei, estando sujeito ao ferimento do Pacto Federativo, Estado Democrático de Direito, e, igualmente, à segurança jurídica, afirmando que cumpriu perfeitamente o que lhe impõe a legislação do Estado de origem, a única na qual se vincula o direito ao crédito, não sendo possível a glosa dos créditos de ICMS escriturados na entrada efetivada, sob pena de violação ao princípio da legalidade (arts. 5º, II; 37; 84, IV, e; 150, I, da CF/88).

Cita que de acordo com o art. 43, IV “a”, 4, Parte Geral do RICMS-MG/2002, bem como o art. 13, § 4º, II, da Lei Complementar nº 87/96, a base de cálculo na saída de mercadorias do Estado de Minas Gerais é o custo da mercadoria produzida, não podendo, em nenhuma hipótese, ser inferior ao entendido como a soma do custo da matéria-prima, do material secundário, da mão de obra e do acondicionamento, sendo que, por igual, não é outro o entendimento do Fisco do Estado de São Paulo, conforme se constata pela leitura da Decisão Normativa (DN) CAT nº 05/2005, que afasta a

interpretação taxativa, tanto do art. 13, § 4º, II da Lei Complementar nº 87/96, quanto do art. 43, IV “a”, 4, Parte Geral do RICMS-MG/2002.

Neste sentido, sustenta que em consonância com a legislação dos estados de origem, a base de cálculo do ICMS relativamente às operações interestaduais deve abranger não somente os gastos previstos na literalidade do art. 13. § 4º, II, da LC nº 87/96, mas também os gastos incorridos com depreciação, manutenção, material de limpeza e energia elétrica, todos questionados pelo Fisco baiano. Além disso, a base de cálculo não pode ficar aquém das possibilidades econômicas de mensuração do fato gerador do ICMS nas transferências interestaduais, resumindo que o contribuinte não pode deixar de incluir custos para a colocação do produto na condição de ser transferido, ou seja, não pode adotar custo específico para as transferências interestaduais, inferior ao custo real apurado.

Após outras considerações de cunho jurídico a respeito desta linha de interpretação, citar doutrina e decisão do STJ no RMS 31.714 conclui este tópico da defesa requerendo seja declarada a integral improcedência das exigências fiscais, pois **(i)** vedada à possibilidade do Estado de destino em deliberar individualmente a constitucionalidade da legislação do Estado de origem; **(ii)** em razão da obrigatoriedade da utilização do custo real na determinação da base de cálculo do imposto nas transferências interestaduais com produtos industrializados, em face da interpretação sistemática do art. 13, § 4º, II, da Lei Complementar nº 87/96 e da legislação dos Estados de Origem (art. 43, IV “a”, 4, Parte Geral do RICMS-MG/2002); **(iii)** em razão da manifesta boa-fé do contribuinte, efetivando, desse modo, o princípio da proteção da confiança e da segurança jurídica.

A seguir, passou a se reportar a respeito “*Da adequada interpretação do art. 13, § 4º, II, da LC 87/96*”, onde resume as premissas adotadas pelos autores para efeito do lançamento, as quais considera equivocadas, destacando que:

I - Conquanto haja previsão legal de incidência do ICMS sobre transferências entre filiais na LC 87/96, o STJ já sumulou o entendimento de que inexiste fato gerador do imposto em tais operações, dada a ausência de mudança de titularidade, e, consequentemente, de circulação jurídica de mercadoria (Súmula 166);

II - De todo modo, e agindo conservadoramente, a empresa sempre destaca e recolhe o imposto sobre tais operações, o fazendo segundo o custo contábil, dimensão que abrange o custo de transferência exposto na LC 87/96, como, aliás, é o entendimento de uma série de Estados da Federação;

III - Não há qualquer ganho financeiro ou fiscal por parte da empresa além da redução de riscos de autuação caso não destacasse e recolhesse o imposto;

IV - Face esse contexto, a presente atuação é o retrato vivo da insegurança jurídica que assola este país, pois a empresa calcula a base de cálculo do ICMS na forma da Lei Complementar e conforme determina o estado de origem, mas o estado de destino entende que outra é a base de cálculo e insiste em estornar os créditos, ou seja, a empresa corre sério risco de pagar duplamente, o que não pode ser concebido num Estado Democrático de Direito;

V - Não há sentido jurídico algum – ainda que se admita a tributação nas transferências entre estabelecimentos do mesmo titular – que a base de cálculo seja inferior ao custo contábil, obrigando a criação de uma contabilidade paralela e sem lógica para tais casos.

Nesse sentido, menciona que parece evidente que (a admitir uma tributação nas transferências entre estabelecimentos do mesmo titular) a base de cálculo no caso em questão deverá ser o valor do custo contábil e não uma parcela inferior a isso! Se assim não for, parte do custo incorrido no Estado de origem servirá de base de cálculo no Estado de destino, indo contra tudo que os próprios Estados sempre defenderam até hoje.

A partir daí, fez uma digressão sobre o conceito de custo contábil para, num segundo momento, cuidar-se do custo de transferência específico da LC 87/96.

A respeito de custo contábil, citou lições de respeitáveis Mestres, pronunciamento técnico, legislação do IRPJ, para concluir que, à luz do tanto quanto discorreu e salvo disposição expressa em contrário, um dispositivo de lei que invoque o conceito de custo para a avaliação de um item

do ativo deve ser entendido como aludindo ao custo contábil, apurado segundo o método do custeio por absorção.

No que diz respeito à questão posta na Lei Complementar 87/96, observa que esta traz uma base de cálculo genérica para a transferência entre estabelecimentos dentro do mesmo Estado, sejam eles de mesmo titular ou de titular distinto, transcrevendo seus arts. 12 e 13.

Para as transferências interestaduais entre estabelecimentos do mesmo titular, diz que a LC nº 87/96 trouxe base de cálculo própria, conceituada de acordo com características específicas e expressamente enunciadas no art. 13, § 4º, que não se limitou, nessa hipótese, a defini-la como valor da operação, sendo que o seu inciso II, aplicável para as transferências originárias de estabelecimentos industriais – na visão da fiscalização reduz o conceito de custo próprio da contabilidade, pois desconsidera na sua formação diversos custos, principalmente os indiretos, para resumi-lo aos custos com matéria-prima e material secundário (espécies de custos de aquisição), mão de obra e acondicionamento (espécie de custos de produção), mas considera óbvio que os termos ali constantes são meramente exemplificativos, isto porque se assim não o fossem, a LC nº 87/96:

a - Ficaria aquém das possibilidades econômicas de mensuração do fato gerador do ICMS nas transferências interestaduais, pois deixaria de incluir na base de cálculo vários custos para a colocação do produto na condição de ser transferido (adotar-se-ia um critério de custo específico para as transferências que são inferiores ao “custo de produção” apurado pelas normas gerais da contabilidade);

b - Tal procedimento feriria de morte, o pacto federativo, pois custos incorridos naquele estabelecimento não seriam inclusos e, com isso, a base de cálculo do ICMS daquele estabelecimento seria quantificada a menor.

Assevera, portanto, que do ponto de vista contábil, o custo transferido será aquele apurado de acordo com o sistema integrado da empresa e servirá de parâmetro para todos os fins, não admitindo que a tese dos autuantes vingue, pois se isso ocorrer, será mais um caso gravíssimo de ferimento ao Pacto Federativo, ao Estado Democrático de Direito, bem como a segurança jurídica, pois a empresa será responsável por recolher valores em duplicidade (uma vez que já recolhido no estado de origem) e, como se não bastasse, a própria não cumulatividade, pois a empresa somente está se creditando daquilo que pagou no estado de origem.

Passou a discorrer a respeito da interpretação conjunta do art. 13, §4º, II, da LC 87/1996 com o art. 110 do CTN, onde mais uma vez citou doutrina aliada a argumentos jurídicos a este respeito, para concluir que se o imposto é exigido no Estado de origem a partir da interpretação conjunta do art. 13, § 4º, II, da LC 87/1996 com o art. 110 do CTN, tomando-se o respectivo rol de componentes do custo de produção como exemplificativo, é dever do Estado da Bahia, por força do princípio constitucional da não cumulatividade, admitir os créditos escriturados pelo estabelecimento destinatário, que não pode suportar a tributação em cascata, sem poder repassá-la aos contribuintes de fato. Observa, ainda, que o princípio da não cumulatividade determina que o imposto exigido na origem seja creditado no destino, razão pela qual não pode suportar o ônus decorrente do conflito de interpretação da legislação tributária entre os Estados de origem e destino.

No item seguinte, passou a se referir ao que denomina de adequada natureza jurídica dos itens glosados pela fiscalização, onde discorre sobre a classificação jurídico-contábil dos itens glosados pela fiscalização, eis que fazem parte do custo da mercadoria produzida, assim entendida a soma do custo da matéria-prima, material secundário, mão de obra e acondicionamento, nos termos artigo 13, § 4º, II, da Lei Complementar nº 87/96.

Neste sentido, menciona que os autuantes em interpretação restritiva acerca do “Custo da Mercadoria Produzida”, excluíram da base de cálculo objeto das transferências interestaduais as seguintes rubricas: “Materiais Manutenção”, “Água”, “Deprec. Amortiz”, “Serviços Fixos”,

“Serviços Manutenção”, “Deprec/Amort. Recir”, “Provisão de frete”, “Energia Elétrica”, “MAP Refratários”, “MAP Eletrodos”, “MAP Cilindro Disco”, “MAP Gases Comb”, “MAP Outros”.

A este respeito, esclarece que no contexto do processo produtivo siderúrgico há diversas transformações químicas e físicas constantes e contínuas. Assim, não é admissível entender que as rubricas glosadas pela fiscalização não fazem parte do custo da mercadoria produzida, eis que tais materiais são utilizados no processo produtivo da filial de origem da ArcelorMittal, devendo ser considerados, portanto, legítimos produtos intermediários.

Desta maneira, passou a explicar e a detalhar o emprego da água em seu processo produtivo, a qual está presente em diversos setores do processo industrial siderúrgico, como altos-fornos, lingotamento contínuo, laminação, aciaria e central térmica, inclusive entrando em contato com o bem sob fabricação. É evidente que a água se faz primordial para a consecução e o alcance do produto final elaborado – ou seja, sem os quais, consumidos imediatamente, a empresa não poderá obter o produto final com a qualidade que lhe é peculiar.

No tocante à energia elétrica consumida, por sua vez, a esmagadora maioria se destina à realização da sua atividade-fim, vale dizer, é empregada na execução do processo industrial siderúrgico, servindo não apenas como força-motriz ao maquinário, mas também se convertendo em energia térmica, ficando nítido o caráter de insumo do processo produtivo, nos termos do art. 20 da Lei Kandir, mencionando ainda que destina ínfima parcela da energia elétrica que adquire ao abastecimento de setores administrativos e à iluminação interna e externa dos seus edifícios.

No tocante aos materiais refratários adquiridos pelo estabelecimento autuado, perfazem todos os elementos do conceito de produtos intermediários: são essenciais para o processo produtivo siderúrgico em que aplicados; são consumidos de forma imediata e integral, inclusive em contato físico com o produto siderúrgico em elaboração, restando exauridos em sua finalidade após um curto período de vida útil. Em sua específica aplicação na siderurgia, caracterizam-se como isolantes térmicos, sendo empregados no revestimento dos fornos a fim de viabilizar a fusão do produto siderúrgico em fase de elaboração. Sem a necessária atuação dos materiais refratários (a) não se atingiria a temperatura correta para o processo produtivo, e, (b) o material do ativo imobilizado (fornos) se fundiria com o próprio aço em fabricação.

Os eletrodos para solda, por sua vez, revestem os rolos pelos quais transitam as peças de aço sob elaboração e também fazem parte do custo da mercadoria produtiva. Considerando que o aço nas áreas de lingotamento contínuo e laminação a quente atingem temperaturas superiores a 1000° C, os rolos que transportam as peças de aço se degradariam instantaneamente caso não recebessem proteção (anteparo) que intermedia o contato com o metal em alta temperatura.

Em relação aos Cilindros de Laminação, são aplicados na Gerência de Laminação a Frio de Siliciosos e Gerência de Laminação de Inoxidáveis. Os cilindros formam um conjunto que trabalha tencionando, pressionando as placas de aço com o intuito de reduzir a espessura pela utilização da força física, preparando o material para as próximas fases de industrialização, recebendo todos os impactos das carepas que soltam das placas e, por isso, sofrem as maiores danificações e são retirados constantemente.

Quanto ao gás mistura/combinação, este tem a função de manter a temperatura nos fornos exatamente nos níveis necessários para a produção da placa de aço. Isso porque, as placas de aços precisam ser reaquecidas a uma temperatura precisa e no complexo processo de produção do aço não há margens para erros ou aproximações.

Acrescenta que os custos com manutenção e reparos de bens aplicados na produção estão albergados pela rubrica da LC 87/96 de “material secundário”, enquanto que em “outros custos”, encontram-se valores significativos atribuíveis a produtos químicos, bobinas de trefilação, cubas, transporte interno de empilhadeiras, armazenagem e movimentação de matéria-prima, embalagens, embalagens retornáveis, que são exemplos de itens que compõem o custo da matéria-prima, ou do material-secundário ou acondicionamento, que, por sua vez, também

fariam parte da base de cálculo do ICMS nas transferências interestaduais segundo o conceito de custo adotado pela LC 87/96.

Após citar em seu socorro alguma decisões oriundas deste órgão julgador, observa que a própria fiscalização, seguindo recentes decisões que excluíram da cobrança os itens MP Antracito, “MP Coque”, “MP Carvão”, “MP Fundentes” por entenderem que fazem parte da base de cálculo objeto das transferências interestaduais, entende que itens como água, energia elétrica, materiais refratários, eletrodos, Cilindro de laminação, Gás Combustíveis e manutenção e reparos e ainda “outros custos” devem receber o mesmo tratamento da fiscalização, posto que legitimamente tidos como matéria prima ou material secundário, razão pela qual pugna pela improcedência integral do crédito tributário.

No item seguinte, passou a se reportar a respeito de Laudos Técnicos produzidos pela Pricewaterhouse Coopers Auditores Independentes, o qual solicitou com o fito de diagnosticar as principais práticas e procedimentos adotados por suas unidades produtivas situadas em São Paulo, Minas Gerais e Espírito Santo, na apuração das bases de cálculo de ICMS em operações de saída de mercadorias para estabelecimentos no Estado da Bahia, o qual, ao seu entendimento, permitiu a identificação das rubricas do custo que compõem as bases de cálculo, além da avaliação dos componentes dos custos considerados na apuração das bases de cálculo do ICMS nas operações de transferência, sendo que, como resultado do trabalho, foram apresentadas conclusões comparativas, entre os componentes que utiliza na determinação da base de cálculo do ICMS nas operações interestaduais e aqueles que seriam aceitos pela Lei Complementar nº 87/96 e pelas legislações dos Estados de São Paulo, Minas Gerais e Espírito Santo.

Em seguida, referiu-se ao que considera caráter confiscatório da penalidade, observando que, no presente caso, a fiscalização imputou penalidade no percentual de 60% sobre o valor do imposto a recolher, com fulcro no art. 42, VII, “a”, da Lei 7.014/96.

Cita recente decisão do Supremo Tribunal Federal, (STF, RE 754.554/GO, Rel. Min. CELSO DE MELLO, j. 21.08.2013, DJe 27.08.2013) assentando como limite do não confisco na aplicação de penalidades tributárias o patamar de 25% do valor do tributo, razão pela qual requer o cancelamento da penalidade aplicada, sob pena de afronta ao princípio do não confisco (art. 150, IV, da CR/88), e, caso não se decida pelo cancelamento da penalidade exigida, *ad argumentandum*, necessário ao menos reduzi-la para patamares mais razoáveis, menos restritivos de direitos fundamentais do contribuinte, mais adequados às circunstâncias do caso e à finalidade sancionatória imbuída no dispositivo legal, expurgando-a do excesso inconstitucional.

Em conclusão, diz esperar pela procedência desta impugnação, com o cancelamento do crédito nela consubstanciado ou, quando menos, sejam excluídos os autênticos materiais secundários. Subsidiariamente, requer o cancelamento ou, quando menos, a redução, da penalidade aplicada, em respeito ao princípio do não confisco, na esteira da jurisprudência sedimentada pelo Supremo Tribunal Federal.

Requer, por fim, o cadastramento do nome dos advogados EDUARDO FRAGA, OAB/BA nº 10.658, com endereço na Travessa Santa Bárbara, 04, Ed. Aliança Comercial, 9º andar, Comércio, CEP 40.015-190, Salvador/BA, e SACHA CALMON NAVARRO COËLHO, OAB/MG nº 9.007, para fins de recebimento das intimações no presente feito, sob pena de nulidade (artigo 272, § 5º, do NCPC/15 – aplicado subsidiariamente ao processo administrativo).

Os autuantes prestaram Informação Fiscal, conforme fls. 142 a 163, onde inicialmente efetuaram considerações iniciais, destacando que o objetivo desta Informação Fiscal é procurar identificar e quantificar a base de cálculo do ICMS na hipótese de transferência de produtos industrializados para filiais localizadas em outras unidades da Federação, de modo que, didaticamente, se compreenda os lindes da controvérsia ora instalada na esfera administrativa do contencioso fiscal.

Citam que para uma construção lógica sobre a questão objeto deste Processo Administrativo Fiscal é imprescindível analisar as diversas nuances que envolvem essa matéria, a começar pelo veículo normativo que o legislador deve utilizar para se encontrar ou apurar o valor monetário objeto de tributação nessas situações.

Nesta ordem, consideram imperiosa a colação da definição positivada em nosso ordenamento jurídico, observando que o art. 155, § 2º, XII, “i” da CF/88 é específico para o ICMS e estatui que cabe à lei complementar fixar a base de cálculo desta espécie tributária, e, de igual modo, o art. 146, III, “a” impõe o emprego de idêntico veículo normativo quando da definição de bases de cálculo para os impostos de um modo geral, ao tempo em que, neste esteio legal, em obediência, portanto, ao contido na Carta Magna, a Lei Complementar nº 87/96, no art. 13, § 4º, II, prescreve que a base de cálculo do ICMS, nas transferências interestaduais de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo contribuinte, deve corresponder ao custo da mercadoria produzida, assim entendida a soma do custo da matéria-prima, material secundário, mão-de-obra e acondicionamento.

Citam que, à luz do que consta nos referidos dispositivos mencionados, pode-se concluir, sem resquício de dúvidas, que a lei complementar listou (fixou) os elementos de composição do valor tributável para efeito do ICMS, ou seja, definiu e elegeu os elementos de custos de produção que devem ser somados para se encontrar a base de cálculo do ICMS nessas operações, enquanto que, em função da clareza solar da dicção do texto normativo inserto na Lei Complementar, não escapando, portanto, a qualquer tipo de inteleção ampliativa, a legislação do Estado da Bahia, por exemplo, tanto na Lei instituidora do ICMS de nº 7.014/96, no seu art. 17, § 7º, II, quanto no Regulamento do ICMS Baiano (art. 56, inciso V, letra “b”) traz essa mesma definição, ou seja, repete literalmente o que consta da Lei Complementar nº 87/86.

Observam que, quanto aos seus impactos, as empresas que transacionam em mais de um Estado não podem olvidar da compreensão do real sentido e alcance da regra prevista no art. 13, §4º, II da LC 87/96, para não destacar ICMS a mais (quando da emissão das notas fiscais de transferências interestaduais) e recolher aos cofres do Estado de origem valor maior que o devido, pois, no conjunto das operações entre os mesmos titulares e em decorrência do princípio constitucional da não-cumulatividade, o contribuinte sempre pagará o mesmo valor de imposto.

Consideram que a importância deste fato deve ser sublinhada pelo simples fato de que, se incorrer em erro, ou seja, se pagar imposto a menos para qualquer ente tributante, possíveis implicações financeiras poderão ocorrer, haja vista que o Fisco tenderá a utilizar os meios ao seu alcance para ter de volta o que lhe pertence.

Após transcreverem o que consta no corpo do Auto de Infração, registram que, em nenhum momento, foram contestados os cálculos e/ou os valores constantes dos demonstrativos anexos ao presente processo administrativo fiscal.

No que diz respeito às questões preliminares, isto é, alegação de “ausência de análise individualizada da funcionalização dos materiais componentes do custo da mercadoria produzida”, dizem que esta análise mencionada pelo autuado foi feita por provocação da própria ao contratar Auditores Independentes da Empresa de Consultoria PricewaterhouseCoopers (fls. 18 a 40 deste processo), observando que neste material, os Auditores da Price concluíram (“DOS RESULTADOS ALCANÇADOS”) ser devido ao Fisco o montante de R\$ 156.732,30 (fl. 30).

Destacam que houve a devida justificativa com relação à exclusão de itens na composição da base de cálculo legal de transferência interestadual (fls. 40, 40v e 41), onde se afirmou serem itens enquadrados como insumos ou material de consumo, portanto, não integrante do conceito de matéria prima, material secundário, mão de obra ou de acondicionamento e que, ainda, à fl. 28 existe a declaração de que em compra de insumos, segundo orientação da Receita Federal do Brasil, deve constar três dos quatro elementos da base de cálculo prevista no art. 13, § 4º, II, da LC 87/96, enquanto que o quarto elemento da BC seria a mão de obra, ou seja, os demais itens de

custo dos produtos de fabricação própria consignados na DIPJ não poderiam ser considerados como integrantes da BC apontada da referida LC.

Quanto à questão relacionada à ausência de comprovação da utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, mencionam que ao se creditar em valores maiores que o devido, o autuado fez a apuração e pagamento de ICMS a menos, pois sua conta corrente mensal implicava sempre valores a serem pagos ao Fisco.

Ao adentrarem ao mérito, reportam-se inicialmente ao item 3.1. Das alegações de “flagrante violação da CF; de obediência às legislações Mineiras e de São Paulo; do caráter exemplificativo do artigo 13, § 4º, inciso II, da Lei Complementar nº 87/96 e da Legalidade da Utilização do Efetivo Custo de Produção para Base de Cálculo do ICMS”.

Neste sentido, observam que a autuação foi baseada na planilha de custo de produção apresentada pela própria empresa autuada, que o fez tanto em meio físico, quanto em meio eletrônico, onde consta a discriminação dos itens dos custos de produção, por código de produto, tudo com base na abertura do custo dos produtos de fabricação própria previstos tanto na Ficha 04 A da DIPJ ou no Registro L210 da ECF.

Desta maneira, citam que em consonância com a mencionada LC 87/96 e com inúmeras decisões deste Conselho de Fazenda e em especial a do Superior Tribunal de Justiça (STJ), assim como do esclarecimento contido no parecer da Procuradoria Geral do Estado da Bahia (PGE/BA), foi considerado, para a definição da correta base de cálculo prevista no art. 13, § 4º, II da LC 87/96, o somatório de matéria prima, acondicionamento, material secundário e mão de obra.

No entanto, observam que o autuado alega que teria o direito de formar a base de cálculo para as operações de transferências de produtos industrializados para filiais localizadas em outras unidades da Federação com a utilização da interpretação dada pelas legislações do Estado de Minas Gerais e de São Paulo, com a inclusão, portanto, de todos os elementos de custo de produção, pois os mesmos são imprescindíveis para se chegar ao produto final, frisando que, nesse sentido o autuado tem que obedecer em primeiro lugar, ao que está prescrito expressamente na nossa Constituição Federal e, ato contínuo, ao que prevê a Lei Complementar do ICMS, na forma que passou a explanar.

Com isso, voltaram a mencionar que na realização da auditoria, foi utilizado como parâmetro para a definição da base de cálculo o somatório dos custos de matéria-prima, material secundário, mão de obra e acondicionamento, pontuando que o comando contido no art. 13, § 4º, inciso II da Lei Complementar 87/96 é bastante específico e não admite nenhum outro tipo de custo, além dos elencados acima.

Isto posto, sustentam que os gastos com manutenção, depreciação, amortização, frete CIF e outros citados, devem ser expurgados para efeito de determinação da base de cálculo legal, implicando no subsequente estorno do respectivo crédito fiscal.

No tocante a questão relacionada à definição de efeitos tributários pela lei tributária e referência a institutos de direito privado/societário/empresarial, nas normas tributárias, tomaram como pressuposto válido o fato de que a Lei Complementar 87/96 fixou ou elegeu taxativamente, os elementos de custo de produção (matéria-prima; mão de obra; material secundário; e acondicionamento), que, somados, formarão a base de cálculo do ICMS nas operações de transferências interestaduais de produtos industrializados, cita que lhes resta nesta oportunidade, colher o que existe na doutrina e nas normas gerais de Direito Tributário (em especial nos artigos 109 e 110 do Código Tributário Nacional), com o fito de construir a melhor exegese quanto ao conceito desses elementos de custo de produção, passando a se debruçar sobre esta questão consoante se vê a partir da fl. 146v , nos itens 3.1.2,1 e 3.1.2.2 da Informação Fiscal.

Em seguida, passaram a discorrer a respeito das Normas da Ciência Contábil (Contabilidade de Custos) ou de outros institutos de Direito Privado/Direito Empresarial, onde efetuam uma profunda análise a respeito de custo de produção industrial, citando doutrina, fazem uma análise

específica em relação ao frete CIF e destacam, mais uma vez, que os elementos de custo formadores da base de cálculo prevista no art. 13, § 4º, II, da LC 87/96 estão claramente identificados: 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).

Observam que estes seriam sem sombra de dúvidas os quatro elementos de custo de produção que, somados os seus valores, formaria a base de cálculo do ICMS nas operações interestaduais de transferências de produtos industrializados. Os demais componentes do custo de produção, incluindo a energia elétrica, ficariam excluídos dessa base de cálculo por imposição taxativa da Lei Complementar 87/96.

A este respeito mencionam Súmula nº 12 do Conselho de Contribuintes da Secretaria da Receita Federal do Brasil, publicada no Diário Oficial da União, de 26/09/2007, Seção I, p. 28:

“Não integram a base de cálculo do crédito presumido da Lei nº 9.363, de 1996, as aquisições de combustíveis e energia elétrica uma vez que não são consumidas em contato direto com o produto, não se enquadrando nos conceitos de matéria-prima ou produto intermediário.” (destaques acrescidos).

Acrescentam que corrobora com este entendimento o ínclito Prof. Creso Cotrim, obra citada no corpo da Informação Fiscal, ao ratificar que a legislação define custo para transferência com os elementos que já conhecemos (art. 13, §4º, II da LC 87/96) e a inclusão da energia elétrica na composição da base de cálculo do ICMS só será possível se houver alteração na legislação vigente.

Enfatizam que o STJ, em vários julgados, reafirmou essa orientação e firmou jurisprudência no sentido de que a energia elétrica, combustíveis e lubrificantes não representam insumo, matéria-prima, nem produto intermediário, pois não se incorporam nem são consumidas em contato direto com o produto, enquadrando-se, portanto, no conceito de “bens de uso e consumo” (AgRg no RE 731885 – PR – Rel. Ministro Luiz Fux, DJ de 20/03/2006; RESP 518656-RS – Rel. Min. Eliana Calmon, DJ de 31/05/2004; AgRg no AG 623105-RJ, Rel. Min. Castro Meira, DJ de 21.03.2005; AgRg no RE 826689-RJ – Rel. Min. Francisco Falcão, DJ de 22/06/2006).

Concluem esse tópico sustentando que energia elétrica (e outras formas de energia), lubrificantes e combustíveis também não se enquadram nos conceitos de produtos intermediários, nem de materiais secundários, tampouco no de matéria-prima.

Em seguida, passaram a apontar e a discorrer a respeito do que consideram como impropriedades contidas na legislação do Estado de Minas Gerais (art. 43, § 2º, incisos I a IV do Regulamento do ICMS), pois mencionada pelo autuado, e na do Estado de São Paulo contida na Decisão Normativa CAT-5 de 15/06/2005, também citada pelo autuado, conforme fls. 154 e 155 dos autos.

No tópico seguinte, passaram a transcrever diversas decisões originárias deste CONSEF relacionadas a Autos de Infração de natureza idêntica ao que ora se examina, com destaque para a questão envolvendo energia elétrica, manutenção e depreciação, para se posicionarem no sentido de que ao contrário do afirmado pelo autuado, a contabilidade de custos tem definido que matéria-prima é o material principal do processo produtivo, enquanto que material secundário é a matéria-prima secundária no processo produtivo.

Pontuam ainda que, reforçando esse entendimento, o parágrafo único do art. 51 da Lei nº 4.825/89 citado pelo autuado, considera na composição dos insumos (gênero) as espécies denominadas “matérias-primas”, “materiais secundários” e demais “bens intermediários” utilizados durante o processo de industrialização de um determinado produto, significando dizer que faz uma clara separação de materiais secundários de bens intermediários, pois os dois não se confundem.

Ponderam que, da mesma forma, o Supremo Tribunal Federal (STF) já decidiu que a energia elétrica não é INSUMO no processo produtivo e sim um bem de CONSUMO ou que é consumido no processo produtivo: RE 573217 AgR / SC, para o IPI; e AI 813994 AgR / SP e AI 761990 AgR / GO, estes dois últimos para o ICMS, cuja ementa transcreveu, bem como posicionamento do STJ

concernentes ao RECURSO ESPECIAL Nº 1.109.298 - RS (2008/0279009-9) RELATOR : MINISTRO CASTRO MEIRA e RECURSO ESPECIAL Nº 707.635 - RS (2004/0171307-1) - de 13.06.2005, TRANSITADA EM JULGADO EM NOVEMBRO DE 2005, também transcritos.

Passos seguintes, passaram a transcrever Parecer nº 2014.407815-0 da Procuradoria Fiscal da Procuradoria Geral do Estado da Bahia, em função da mencionada decisão do STJ sobre a questão da formação da base de cálculo questionada na impugnação – custo da mercadoria produzida x valor correspondente à entrada mais recente.

Após efetuarem uma análise ao que denominam de Análise Perfunctória sobre o método do custeio por absorção e sobre a metodologia empregada em função de determinação do CONSEF, utilizada quando da elaboração do presente Auto de Infração, a qual, dizem discordar, entretanto objetivando uma maior celeridade processual os demonstrativos que elaboraram contemplam o entendimento do CONSEF, razão pela qual concluem pugnando que o Auto de Infração seja julgado totalmente procedente.

Em 18/10/2018, o presente PAF foi encaminhado por este relator à Coordenação Administrativa do CONSEF como apto para inclusão em pauta para julgamento.

Entretanto, em 04/02/2019, o autuado ingressou com a petição de fls. 167 a 169, Processo SIPRO nº 037965/2019-2, onde destacou que no entender dos autuantes, amparados por uma suposta interpretação restritiva do art. 13, § 4º, II da Lei Complementar nº 87/96, a base imponível do ICMS, nas transferências interestaduais de produtos industrializados, seria o custo da mercadoria produzida, limitado ao somatório do custo da matéria-prima, material secundário, mão de obra e acondicionamento, excluídos outros componentes do seu custo real e sem conceituar cada item acima.

Assim, pontuou que os autuantes decidiram por excluir da base de cálculo objeto das transferências interestaduais as rubricas referentes a Materiais de Manutenção, água, depreciação e amortização, serviços fixos, serviços manutenção, depreciação/amort. recir, provisão de frete, energia elétrica, MAP eletrodos, MAP cilindro disco, MAP gases comb., MAP outros, por entenderem, sumariamente, que não integram o custo da mercadoria produzida, motivando a glosa dos créditos tomados.

Contudo, destacou que diante da edição da Lei nº 14.016/2018 e visando reduzir a litigiosidade, optou pelo pagamento parcial do débito, aceitando como devida apenas a glosa quanto aos seguintes itens: serviços fixos, depreciação/amortização, serviços variáveis, materiais de manutenção, serviços de manutenção e despesas ger/recic, de acordo com DAE anexo, fl. 170, no valor principal de R\$158,575,11 e total recolhido de R\$175.336,69 consoante se encontra expresso no Relatório de Pagamento do PAF, fl. 173.

Com isso, requereu que o PAF fosse baixado em diligência para reformular o crédito tributário e, em relação aos demais itens em discussão, água, provisão de frete, energia elétrica, MAP refratários, MAP Eletrodos, MAP cilindro disco, MAP gases comb e MAP outros, considera imperiosa a análise por este órgão julgador a respeito da necessidade de consideração de tais componentes no custo da mercadoria produzida a título de material secundário.

Acrescentou que, conforme decisões sobre o assunto, o CONSEF já vinha decidindo, de forma pacificada, pelo reconhecimento dos custos de produção relacionados aos itens MP Antracito, MP Carvão e MP Fundentes, (PAFs 2068910019177, 2068910017/16-6, 2068910012/16-4 e 2068910018/16-2), e que, este órgão ampliou a análise e recentemente também passou a reconhecer os custos de energia elétrica e refratários (PAFs 206891.0017/17-4 – 1ª Câmara e 206891.0018/17-0 – 2ª Câmara), mencionando, ainda, votos vencidos que consideram os produtos água, cilindro/disco, eletrodos e gases combustíveis como materiais secundários (PAFs 206891.0017/17-4 – 1ª Câmara e 206891.0018/17-0 – 2ª Câmara).

Concluiu, requerendo que o PAF fosse convertido em diligência para reformular o crédito tributário ante aos fatos acima suscitados.

Na sessão de julgamento realizada no dia 06/06/2019, a 4^a Junta de Julgamento Fiscal decidiu por converter o presente PAF em diligência à Infaz de origem, nos termos a seguir reproduzidos:

De acordo com o despacho constante à fl. 165v o presente PAF foi considerado por este relator em 18/10/2018 como apto para inclusão em pauta para julgamento, tendo em vista a conclusão da fase de instrução com base nos documentos presentes nos autos àquela data.

O PAF foi pautado para julgamento na sessão realizada nesta data, isto é, 06/06/2019, oportunidade em que o representante do autuado, presente à sessão de julgamento, questionou a respeito da petição que houvera protocolado em 04/02/2019, a qual, apesar de ter sido anexado aos autos após a conclusão da sua instrução, só foi dado conhecimento a este relator na assentada do julgamento.

Este fato motivou a conversão do PAF em diligência tendo em vista a citação pelo autuado a respeito de recentes decisões deste CONSEF considerando que a energia elétrica e os refratários devem ser considerados como produtos intermediários, a exemplo dos Acórdãos nº 0347-11/18 da 1^a Câmara de Julgamento Fiscal, e 0395-12/18 da 2^a Câmara de Julgamento Fiscal.

Em vista disto deliberou esta 4^a Junta, na assentada do julgamento do presente PAF nesta data, por convertê-lo em diligência à Infaz de origem no sentido de que os autuantes elaborem novo demonstrativo do débito considerando os itens “MAP Refratário” e “Energia Elétrica” no custo de produção, ou seja sem os expurgos que efetuaram no lançamento inicial.

Após o atendimento da presente solicitação deverá ser dado ciência ao autuado, fornecendo-lhe cópia deste pedido de diligência e do seu resultado, oportunidade em que deverá ser concedido ao mesmo o prazo de 10 (dez) dias para manifestação, se assim o desejar.

Ao final, o processo deverá retornar ao CONSEF para conclusão da instrução e posterior julgamento.

Em atendimento a diligência supra, os autuantes se pronunciaram às fls. 182 a 185, onde destacam as rubricas que foram excluídas inicialmente da base de cálculo das transferências interestaduais para fim de cálculo dos créditos fiscais, destacando que anteriormente o CONSEF pediu para refazer os demonstrativos sem a exclusão da base de cálculo dos valores atinentes as rubricas “MP antracito”, “MP Coque”, “MP Carvão” e “MP Fundentes” e, agora, solicita a exclusão de “energia elétrica” e MAP Refratários”.

Pontuaram que, apesar de discordarem dessas exclusões, pois não consideram tais componentes como produtos intermediários/secundários, pois estes são aqueles que compõem o produto final ou são consumidos direta e integralmente no processo produtivo, enquanto que aqueles produtos se desgastam no processo produtivo de forma parcial e podem ser reutilizados por meses, não tendo o condão de serem tratados como intermediários pois assumem o conceito de uso e consumo, apresentando em seguida uma pesquisa que realizaram em relação aos produtos autuados que não se incorporam ao produto final para efeito de serem considerados como matéria prima ou material secundário.

Citam que estão anexando Decisões do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia que atestam que a energia elétrica não deve ser incluída na base de cálculo das transferências interestaduais e, que, estão apresentando os novos demonstrativos contemplando o pedido de diligência formulado, apesar de não concordarem, cujo crédito reclamado originalmente no valor de R\$231.944,40 fica reduzido para R\$177.178,91, conforme resumo à fl. 196.

O autuado foi cientificado do inteiro teor da diligência fiscal realizada, e se pronunciou conforme fls. 208 a 214, onde, a rigor, repetiu os argumentos defensivos já apresentados em suas manifestações anteriores, destacando, entretanto, que não foi possível acessar o conteúdo do CD Room que lhe foi entregue juntamente com o resultado da diligência, porém manifestou sua ciência a respeito das reformulações efetuadas pelos autuantes e renova seus argumentos pela necessidade de cancelamento integral do saldo remanescente, tendo em vista que o direito de

crédito do estado de destino vincula-se tão somente ao “montante cobrado” nas operações anteriores art. 155, § 2º, I da CR/88, não podendo, assim, o Estado de destino questionar ou sequer ir contra o que está previsto em lei, estando sujeito ao ferimento do Pacto Federativo, Estado Democrático de Direito, e, igualmente, à segurança jurídica.

Após tecer outras considerações, onde, a rigor, repete seus argumentos jurídicos já trazidos aos autos, conclui pugnando pela improcedência integral do crédito tributário remanescente, e, ainda, o cancelamento ou a redução da penalidade aplicada, em respeito ao princípio do não confisco.

VOTO

A questão envolvida nos presentes autos diz respeito à acusação de que houve por parte do autuado utilização indevida de créditos fiscais no montante de R\$231.944,40 no decorrer do exercício de 2014, nas operações interestaduais de transferências de mercadorias fabricadas por outro estabelecimento do próprio autuado, cuja base de cálculo utilizada nessas operações foi superior à prevista pelo Art. 13, § 4º, inciso II da Lei Complementar nº 87/96. Em consequência e para efeito de adequação dos valores de base de cálculo para efeito de crédito fiscal pelo estabelecimento do autuado, os autuantes, com base na planilha de custo apresentada pelo autuado, efetuaram os expurgos das rubricas a seguir indicadas pelo fato das mesmas, apesar de estarem registradas pelo estabelecimento do remetente como custo de produção, não se enquadram no rol da base imponível do ICMS nas transferências interestaduais, à luz do dispositivo retro mencionado. Foram estas as rubricas expurgadas pelo autuante, de forma individualizada e por cada documento fiscal: “Materiais Manutenção”, “Água”, “Deprec. Amortiz”, “Serviços Fixos”, “Serviços Manutenção”, “Deprec/Amort. Recir”, “Provisão de frete”, “Energia Elétrica”, “MAP Refratários”, “MAP Eletrodos”, “MAP Cilindro Disco”, “MAP Gases Comb”, e “MAP Outros”.

De maneira que, como visto, o cerne da matéria ora em discussão envolve a interpretação do Art. 13, § 4º, inciso II da Lei Complementar nº 87/96, onde o autuado defende que os autuantes firmaram um entendimento restritivo, dispositivo este que se constitui como delimitador da composição da base de cálculo nas operações interestaduais a título de transferências de mercadorias, o qual assim se apresenta:

“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. (grifos acrescidos. (...)

Preliminarmente o autuado suscita a nulidade do Auto de Infração por entender que estão ausentes uma análise individualizada da função dos materiais componentes do custo da mercadoria produzida. Não é isto que vejo nos autos visto que os documentos de fls. 40, 40v e 41 atestam que no curso da ação fiscal, o autuado foi questionado a esclarecer a função desses materiais que foram objeto do expurgo, o qual prestou as devidas explicações, as quais, com base nela, levou os autuantes a se convencerem que tais produtos não se enquadram na regra prevista pelo mencionado Art. 13, § 4º, inciso II da Lei Complementar nº 87/96. Portanto considero que os critérios balizadores para os autuantes excluirem da base de cálculo os produtos acima citados, decorreu da própria explicação apresentada pelo autuado, razão pela qual afasto esta arguição de nulidade.

Outro argumento de nulidade suscitado pela defesa diz respeito a ausência de comprovação da utilização indevida de crédito fiscal. Vejo que também se trata de um argumento que não se sustenta na medida em que os créditos foram escriturados mensalmente pelo autuado, situação

esta que repercutiu diretamente na apuração do saldo do imposto em cada período, se devedor ou credor. Considerando que, segundo informado pelos autuantes, durante todo o período abrangido pela fiscalização a conta corrente fiscal do autuado sempre apresentou saldo devedor, isto é, imposto a recolher, é evidente que houve repercussão no recolhimento, sendo desnecessário o refezimento da conta gráfica do autuado, conforme pleiteado pela defesa. Afasto, portanto, este argumento de nulidade.

Ao adentrar as questões atinentes ao mérito da autuação, destaco que a matéria envolvida nos presentes autos é recorrente neste órgão julgador administrativo que já possui um entendimento consolidado e sedimentado acerca desta matéria. Por esta razão e pelo fato de coadunar, em princípio, meu entendimento com as reiteradas decisões do CONSEF, peço vênia para transcrever excertos de votos prolatados em decisões pretéritas, contra o mesmo autuado, as quais passo a citar:

Acórdão nº 0436-12/17 da 2ª CJF referente ao Auto de Infração nº 2068910016/16-0 lavrado contra o próprio autuado:

(...)

No mérito, quanto à alegação empresarial de que a fiscalização utilizou uma metodologia equivocada para apuração do custo relativo às operações de transferências, é importante destacar que a LC 87/96 foi explícita ao definir a base de cálculo para a operação, conforme se lê em seu art. 13, abaixo reproduzido.

“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 (grifos acrescidos).

..."

Primeiramente, é importante que se diga que o texto da lei não se limitou a referir-se ao custo, mas avançou, especificando componentes dessa variável patrimonial e fazendo uso de uma enumeração taxativa que resultou em restringir as partes do custo que devem compor a base de cálculo nas operações de transferência interestadual.

De fato, fez referência a apenas quatro “classes” de custos que compõem o custo total. Ora, essa forma de se referenciar ao custeio deixa transparecer uma atitude influenciada por determinada corrente teórica, cujo critério classificatório nos dá pistas que acabam por conduzir a compreensão acerca da base de cálculo aplicável a essas operações. A eleição (pelo legislador) de quatro categorias conceituais, usualmente tratadas na doutrina, dá-nos pistas e nos orienta acerca de qual teria sido a sua intenção. Isso porque a referência feita a partes de um todo quer significar que a base de cálculo a ser utilizada nas operações de transferência (diferentemente do que defende o sujeito passivo) deve abranger apenas uma parcela dos custos, mas não a sua totalidade, senão seria despicienda a sua enumeração. Essa é, sem dúvida, uma primeira conclusão a que se pode chegar.

Não se trata, consequentemente, de uma exemplificação, já que as classes citadas não são exemplos de custo (entendido aqui na sua totalidade), mas efetivamente se apresentam como partes dele, as quais devem ser somadas, segundo a literalidade do texto.

Assim, a despeito de toda a divergência que a matéria enseja, não se cogita da hipótese de utilizar o custo total como base de cálculo para as transferências interestaduais, prevista na norma da lei complementar 87/96.

Ademais, considerando que a lei referiu-se a “classes” e não a “itens” de custos, é possível afirmar que tais classes compõem uma classificação teórica cujo conteúdo pode ser garimpado na literatura. Senão vejamos, embora não se tenha precisão do conceito manejado pelo legislador, um segundo esforço na delimitação desse significado exige reconhecer que as quatro classes de custeio referidas pela lei situam-se, todas, dentro da categoria dos “custos diretos”, pois é usual na doutrina contábil a referência às matérias-primas, à mão-de-obra, ao material de embalagem e ao material secundário como subdivisões dos custos diretos de fabricação.

Vejamos, por exemplo, o que nos afirma Manoel Valenti:

“Tomemos, por exemplo, uma indústria de móveis de madeira que fabrica vários produtos. Para fabricar uma mesa, essa indústria tem como custos diretos:

Matéria-prima: madeira.

Materiais secundários: dobradiças, pregos, cola, verniz e lixa ...

Mão-de-obra: salários e encargos do pessoal que trabalha diretamente na produção”

O professor Cláudio Sameiro discorre nesse mesmo sentido, ao descrever as categorias em que se divide o custo direto:

“Elementos Básico de Custos

Basicamente, os componentes de custo industrial podem ser resumidos em três elementos:

- MD – Materiais diretos (matéria-prima, material secundário, embalagens)
- MOD / MOI Mão-de-obra Direta e Indireta
- Gastos gerais de fabricação (energia elétrica, aluguéis, seguros, telefone, manutenção, lubrificante, etc).”

O professor René Gomes Dutra traz exemplos de custos diretos, conforme a seguir:

“... São exemplos de custos diretos matéria-prima direta e mão-de-obra direta, pois os próprios títulos indicam a classe a que pertencem, além de outros custos que podem ser enquadrados nessa classe. “

Eliseu Martins faz menção à relação entre o custo e o produto fabricado.

“Portanto, a classificação de Direto e Indireto que estamos fazendo é com relação ao produto feito ou serviço prestado, e não à produção no sentido geral ou aos departamentos dentro da empresa. “

É possível concluir, assim, que o legislador aderiu à tipologia traduzida como custos diretos/custos indiretos como o primeiro delimitador para apuração da base de cálculo. Ou seja, elegeram-se apenas algumas “classes” de custo integrantes, todas, da categoria (mais ampla) “custos diretos”. Tal atitude se explica pelo fato de que o Congresso Nacional tinha como pressuposto, ao emitir a norma, um sistema de não-cumulatividade do tipo “crédito-físico”, o que supõe que o creditamento admitido limita-se àqueles itens que se incorporam diretamente ao custo do produto acabado, inadmitindo aquele outros decorrentes de uma apropriação mediante rateio.

Os custos diretos têm como traço característico a ausência de necessidade de rateio, como afirma, uníssona, a doutrina especializada.

Segundo Roberto Biasio, referindo-se aos custos dos materiais:

“São os gastos relacionados com os materiais utilizados no processo produtivo. Podem ser diretos (quando forem identificados, de forma direta, os produtos que os consomem) ou indiretos (quando os materiais são usados de forma genérica, em vários produtos, sem a identificação de quanto é gasto em cada um, de forma específica).”

Ainda de acordo com Biasio, o conceito de custos diretos está diretamente associado à idéia de ausência de rateio.

“Para alocação dos custos aos produtos e/ou serviços é necessário primeiro identificar e separar quais são os custos diretos e quais são os indiretos. Os custos diretos, por serem facilmente identificáveis nos produtos que os consomem, são alocados diretamente aos respectivos produtos, sem a necessidade de qualquer tipo de rateio.”

Na doutrina de Cláudio Sameiro, a ausência de rateio também se configura em traço característico dos custos diretos:

“... podem ser diretamente apropriados aos produtos, bastando haver uma medida de consumo. São apropriados diretamente (sem rateio) aos produtos e são possíveis de serem identificados (matéria-prima, mão-de-obra, embalagens, etc). Em geral, identificam-se com os produtos e variam proporcionalmente à quantidade produzida”

O professor Manoel Valenti define, assim, os custos diretos:

“compreendem os gastos com materiais, mão-de-obra e gastos gerais de fabricação aplicados diretamente no produto. Esses custos são assim denominados porque seus valores e quantidades em relação ao produto são de fácil identificação. Assim, todos os gastos que recaem diretamente na fabricação do produto são considerados Custos Diretos.”.

O rateio (ou a sua ausência) é, também na doutrina de George Sebastião Guerra Leone, um elemento definidor da natureza do custo:

“Em resumo, o que se quer dizer é que a diferenciação entre custos diretos e indiretos é necessária para o cálculo mais realístico do custo de qualquer objeto, ...”

Todo item de custo que é identificado naturalmente ao objeto do custeio é denominado de custo direto.

Por outro lado, todo o item de custo que precisa de um parâmetro para ser identificado e debitado ao produto ou objeto do custeio é considerado um custo indireto. ...”

Assim, ainda que não seja possível definir, de forma precisa, a extensão conceitual da locução “custo da mercadoria produzida”, pode-se, contudo, compreender que se trata de apenas uma parcela do todo (o custo direto), mas jamais o custo total como pretende a recorrente.

Esse é o entendimento que foi consagrado pela jurisprudência deste Conseg, conforme acórdãos JJF Nº 0255-11/16, CJF Nº 0160-11/16, CJF Nº 0112-11/16, CJF Nº 0069-11/16 e CJF Nº 0067-11/16, cujas ementas se encontram transcritas abaixo.

“1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0255-11/16

EMENTA: ICMS. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. TRANSFERÊNCIAS INTERESTADUAIS ENTRE ESTABELECIMENTOS DA MESMA EMPRESA, COM BASE DE CÁLCULO SUPERIOR À LEGALMENTE PREVISTA. Operações de transferências interestaduais dos produtos fabricados pelo mesmo titular, entre estabelecimentos da mesma empresa. A base de cálculo é restrita ao custo de produção, assim definido em lei: matéria-prima, material secundário, acondicionamento e mão-de-obra, nos termos do art. 13, § 4º, II, da LC nº 87/96. Indevido a utilização de créditos fiscais pelo destinatário relativo à aplicação da alíquota interestadual sobre os demais elementos de custo de produção. Rejeitada a prejudicial de mérito do prazo decadencial. Decisão por maioria. Não acolhida as preliminares de nulidades. Decisão não unânime. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime.”

“1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0160-11/16

EMENTA: ICMS. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. TRANSFERÊNCIAS INTERESTADUAIS COM BASE DE CÁLCULO SUPERIOR À PREVISTA EM LEI COMPLEMENTAR. Para fins de utilização de créditos fiscais, nas transferências interestaduais entre estabelecimentos da mesma sociedade empresária, deverá ser adotado como valor da base de cálculo o custo de produção, conforme definido na legislação tributária em vigor: matéria prima, material secundário, acondicionamento e mão de obra. Infração caracterizada. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime.”

“1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0112-11/16

EMENTA: ICMS. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. TRANSFERÊNCIAS INTERESTADUAIS ENTRE ESTABELECIMENTOS DA MESMA EMPRESA COM BASE DE CÁLCULO SUPERIOR À LEGALMENTE PREVISTA. Para utilização de créditos fiscais, nas transferências interestaduais entre estabelecimentos da mesma empresa, deverá ser adotado como valor da base de cálculo o custo de produção, conforme definido na legislação do imposto: custo da matéria prima, material secundário, mão de obra e acondicionamento. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime.”

“1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0069-11/16

EMENTA: ICMS. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. TRANSFERÊNCIA ENTRE ESTABELECIMENTO AO MESMO TITULAR. OPERAÇÕES INTERESTADUAIS EFETUADAS COM BASE DE CÁLCULO SUPERIOR À LEGALMENTE PREVISTA. Para fins de utilização de créditos fiscais, nas transferências interestaduais entre estabelecimentos da mesma empresa, deverá ser adotado como valor da base de cálculo o custo de produção, conforme definido no art. 13, § 4º, II da LC 87/96: custo da matéria-prima, material secundário, mão-de-obra e acondicionamento. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão não unânime.”

“1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0067-11/16

EMENTA: ICMS. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. OPERAÇÕES INTERESTADUAIS. BASE DE CÁLCULO FIXADA PELA UNIDADE DA FEDERAÇÃO DE ORIGEM SUPERIOR À ESTABELECIDA

EM LEI COMPLEMENTAR, CONVÊNIOS OU PROTOCOLO. Fato demonstrado nos autos. A imputação diz respeito ao parâmetro fixado pelo art. 13, §4º, inciso II, da Lei Complementar nº 87/96. Não importa o “conceito de custo contábil” segundo a técnica dos manuais de contabilidade. Para integrar a base de cálculo do ICMS nas saídas, em transferência, de mercadoria destinada a outro estabelecimento do mesmo titular situado em outro Estado deve prevalecer o “conceito legal” do custo da mercadoria produzida expressamente veiculada no dispositivo normativo. Não é todo e qualquer custo de produção que integra a base de cálculo, de acordo com o regramento supracitado da Lei Complementar nº 87/96. A base cálculo é constituída, tão-somente, pela soma do custo da matéria-prima, material secundário, mão de obra e acondicionamento. A enumeração erigida pelo legislador específica taxativamente quais as rubricas que devem ser incluídas na base de cálculo. Infração subsistente. Não acatadas as preliminares suscitadas. Mantida a Decisão recorrida Recurso NÃO PROVIDO. Vencido o voto do relator. Decisão não unânime.”

Assim, deve prevalecer o entendimento de que a LC referiu-se a apenas uma parcela do custo.

(...)

Por oportuno trago também à colação excerto do Voto proferido pelo Julgador Arivaldo Lemos Santana, através do Acórdão JJF nº 0066-06/18 o qual foi mantido pela 2ª Câmara de Julgamento Fiscal conforme Acórdão CJF nº 0002-12/18, também contra o mesmo autuado:

(...)

Passando a analisar o arrazoado de defesa, asseguro não concordar com a afirmativa de que o lançamento do crédito fiscal em tela é exemplo de contradição citando a orientação da Súmula 166 do STJ que determina a não incidência de ICMS nas simples transferências entre estabelecimentos do mesmo titular, pois, fosse utilizado este preceito, teríamos um aumento considerável do valor a ser lançado, ou seja, objetivamente apenas uma pequena parte dos créditos foram glosados, se adotada a tese da defesa seriam glosados 100% dos créditos recebidos pela autuada. Ademais, é corrente o entendimento de que a referida Súmula está desatualizada posto que foi publicada no dia 23 de agosto de 1996, mês anterior a publicação da LC 87/96, e portanto, sua edição não levou em conta o inciso I do artigo 12 da Lei Complementar (LC) 87, de 13/09/1996, que determina que o ICMS será cobrado na “saída de mercadoria de contribuinte, ainda que para outro do estabelecimento do mesmo titular.

Não procede também a afirmativa da defesa de que os dispositivos invocados pela fiscalização na motivação da autuação – art. 13, § 4º, II, da LC 87/96; art. 17, § 7º, II, da Lei nº 7.014/96 – por não constituírem preceitos sancionatórios, não trazem autorização ao estado da Bahia para promover a glosa dos créditos de ICMS escriturados pela empresa, pois, a LC/87 é categórica ao determinar a correta base de cálculo das transferências em questão e a despeito do dispositivo da lei estadual indicado, tratar apenas das saídas originadas deste estado da Bahia, consta no campo de enquadramento da infração do Auto de Infração em tela que os Autuantes indicaram o dispositivo do RICMS constante do § 7º do Art. 309, o qual desautoriza o creditamento para além dos limites estabelecidos pela supramencionada LC 87/96. Além disto, o Art. 22-B da Lei nº 7.014/96, citada na peça vestibular põe uma pá de cal nesta questão. Portanto, resta descabido também a alegação de desrespeito ao Princípio da Legalidade, pois, conforme dispositivos retro alinhados, concluo que todo o procedimento fiscal se deu sob a égide da lei.

Entendo também, que ao contrário do que o defesa alega, é de suma importância o entendimento do estado de destino acerca da base de cálculo que deveria ter sido praticada pelo estabelecimento de origem das mercadorias, trata-se de aplicação de preceito constitucional delegado à lei complementar 87/96. De forma que o direito de crédito do adquirente não se vincula tão somente ao “montante cobrado” nas operações anteriores, mas, sobretudo ao valor correto cobrado, maiormente considerando as operações interestaduais, quando o demasiado valor cobrado na origem de outra UF, diminui sobremaneira o imposto a ser recolhido no estado de destino.

(...)

Não comungamos do argumento da defesa de que a restrição da possibilidade da recuperação pelo contribuinte da integralidade do imposto destacado nas notas fiscais de aquisição consistiria em violação ao princípio constitucional da não cumulatividade do ICMS, prejudicaria a neutralidade do ICMS e oneraria a indústria e o comércio, impedindo que o ônus financeiro do gravame alcançasse o consumidor final que é o contribuinte de fato, pois não é crível que o exercício do direito ao crédito não possa sofrer limitações legais. A restrição ao crédito está prevista na LC 87/96, portanto é perfeitamente exequível pelo fisco do estado da Bahia.

Entendo que a defesa se equivoca ao sopesar a discussão da base de cálculo conforme pretende a LC 87/96, a qual define o custo da mercadoria produzida para fins de base de cálculo nas transferências interestaduais, com o conceito de custo contábil, pois a referida LC não definiu custo e sim a base de cálculo do ICMS, por ser de sua competência, conforme notória disposição constitucional, portanto nenhum valor emprega a sua defesa e a discussão em tela ao trazer os comparativos com a doutrina da Ciência Contábil,

tratam-se de elementos absolutamente distintos, o custo contábil definido pela ciência contábil, e a base de cálculo definida para fins da incidência do ICMS. A empresa deverá continuar empregando o conceito contábil de custo para fins administrativos e fiscais de outra ordem, todavia deverá se ater a definição da base de cálculo prevista na LC 87/96 para fins de transferências interestaduais de mercadorias quanto à incidência do ICMS.

Discordo ainda da defesa quanto assevera que a interpretação do inciso II do § 4º do art. 13 da LC 87/96, que é dispositivo aplicável para as transferências originárias de estabelecimentos industriais, deva ter os termos ali constantes como meramente exemplificativos. Entendo absolutamente impertinente esta afirmativa, porquanto se não pretendesse distinguir os elementos da base de cálculo para fins de transferência em numerus clausus, não haveria necessidade de destaque do regramento em dispositivo próprio, pois se assim o fosse estaria apenas repetindo a regra geral, e fugiria do princípio de redação legislativa usual, de forma grosseira.

Entendo também, que esta interpretação adotada pelos Autuantes não fere o pacto federativo, pois a não inclusão dos custos incorridos naquele estabelecimento de origem, a despeito de que o fato de não serem inclusos, apenas torna a base de cálculo do ICMS daquele estabelecimento quantificada a menor se compara com suas operações de venda, mas em nada afetaria o pacto federativo, pois não identifico qualquer possibilidade de inferência neste sentido. Da mesma forma, não consigo admitir que o estado de destino fosse prejudicado pela adoção da base de cálculo adotada pelos Auditores, muito ao contrário, a desobediência a este entendimento, sim, tanto que resultou em lançamento de crédito de ofício para o estado da Bahia.

Quanto aos excertos da Decisão CAT 05/2005 do Estado de São Paulo, affirmando que este estado já reconheceu o caráter meramente exemplificativo dos componentes de custos enumerados no art. 13, § 4º, da LC 87/96, em nada muda meu opinativo, posto que esta decisão não se adéqua ao entendimento vigente e adotado pela legislação do Estado da Bahia, o qual entendo estar em consonância com o ordenamento pátrio.

A defesa questiona o método de arbitramento aplicado arguindo contra sua pertinência, porém não posso acolher seus argumentos, porquanto o procedimento adotado, de tudo que examinei, está livre de vícios. Os Autuantes fundamentaram o procedimento na legislação tributária federal e estadual e cuidaram de atender a todos os requisitos de formalidade prevista na legislação própria, circunstanciando a sua necessidade a partir da comprovação de absoluta impossibilidade de alcançar o fato imponível sem o adequado e pertinente uso do arsenal disposto no Art. 22-b da Lei nº 7.014/97 em consonância com o Art. 148 do CTN, sobretudo, considerando que a Autuada se negou a apresentar os elementos da composição de custo dos produtos transferidos, apesar de intimada por 24 (vinte e quatro) vezes.

Quanto a arguição da defesa acerca da multa aplicada de 60% sobre o valor do imposto a recolher (fixado por arbitramento), com fulcro no art. 42, VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, sobre o albergue do princípio do não confisco e seu consequente pedido de redução ou cancelamento, a despeito da concordância com o atendimento deste apelo, exarado pelos Autuantes, devo esclarecer que a Junta de Julgamento do CONSEF, não tem competência para apreciar este pleito, conforme preceitua a alínea “c” do inciso III do Art. 167 do RPAF.

De todo o exposto voto pela PROCEDÊNCIA TOTAL deste Auto de Infração.”

Desta maneira considero que os fundamentos esposados nos votos acima reproduzidos se adéquam perfeitamente aos argumentos ora apresentados pelo autuado e aqui analisados, razão pela qual os mantenho neste voto, exceto em relação a energia elétrica e refratários, conforme adiante me pronuncio.

Ademais, o comando contido no art. 13, § 4º, da Lei Complementar nº 87/96 é bastante específico e não admite nenhum outro tipo de custo além dos ali elencados, por uma questão de política tributária entre os entes federados. Logo, os gastos com “Materiais Manutenção”, “Água”, “Deprec. Amortiz”, “Serviços Fixos”, “Serviços Manutenção”, “Deprec/Amort. Recir”, “Provisão de frete”, “MAP Eletrodos”, “MAP Cilindro Disco”, “MAP Gases Comb”, e “MAP Outros”, devem ser expurgados para efeito de determinação da base de cálculo legal, implicando no subsequente estorno do respectivo crédito fiscal, tendo em vista que a definição da base de cálculo do ICMS é matéria reservada à Lei Complementar, em face da dicção do art. 146, III, “a”, da Constituição Federal.

Referindo-me especificamente a questão da energia elétrica consumida e refratários, que segundo alegação do autuado em sua grande parte é utilizada em seu processo industrial siderúrgico,

considero que é assegurado o direito ao crédito do ICMS quando utilizada no processo industrial, (art. 33, II, 'b' da LC 87/96), vejo que este órgão julgador não admitia que tais itens incorporassem a formação da base de cálculo das operações de transferências interestaduais, tendo sido prolatadas diversas decisões neste sentido. Entretanto, não se pode perder de vista que a estrutura de um plano de contas contábil se molda de acordo com as características de cada estabelecimento industrial, e, neste sentido, este órgão julgador, passou a admitir em julgamentos recentes, exclusivamente relacionados com empresas que atuam no ramo de siderurgia, a inclusão da energia elétrica e refratários na formação da base de cálculo das operações de transferências, a exemplo das decisões prolatadas em 2ª Instância pelas Câmaras de Julgamento através dos Acórdãos nº 0395-12/18 e 0347-11/18 onde houve o entendimento de que a energia é essencial ao processo produtivo, situação específica em siderurgia, repito, fato este que motivou a conversão do presente PAF em diligência para que estes itens fossem mantidos na base de cálculo das transferências e, consequentemente reduzido o valor do crédito reclamado.

Isto posto, e para consubstanciar o presente Voto, transcrevo abaixo excerto dos votos constantes nas decisões acima citadas:

Acórdão 0395-12/18 – 2ª Câmara de Julgamento Fiscal:

(...)

Em relação ao Recurso de Ofício, cabe destacar que a desoneração parcial da exigência fiscal decorreu da constatação efetuada pelo i. Relator da decisão da Junta de Julgamento Fiscal de que, alguns itens excluído do custo no levantamento efetuado pelos Autuantes, tratavam-se de matéria-prima, quais sejam “Antacrito”, “Coque”, “Carvão” e “Fundantes”, fato aduzido pelo Patrono do Contribuinte e constatado que, de fato, havia precedente pois tais produtos foram considerados como insumos por esta 2ª Câmara, no Acórdão CJF nº 0426-12/17.

De posse dessa informação, os Julgadores consultaram a Revista Brasileira de Energia, conforme atestam na decisão de piso, onde constataram a utilização desses itens como insumos no processo produtivo da indústria siderúrgica, e baixaram o feito em diligência para os Autuantes excluirem do lançamento os valores relativos à esses insumos.

Assim, considerando que, a reversão de tais itens ao custo dos produtos transferidos que resultaram em correção da base de crédito fiscal utilizada pelo Contribuinte nas transferências interestaduais de produtos entre estabelecimentos da mesma empresa, está correta, entendo que, embora ainda caiba reparo à autuação, a decisão recorrida deve ser mantida.

Portanto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício.

No que tange ao Recurso Voluntário a Recorrente alega que o auto de infração padece de graves vícios de motivação, entendido quem não considerou as aplicações dos insumos no contexto do processo siderúrgico da Recorrente.

Esclarece que no contexto do processo produtivo siderúrgico há diversas transformações químicas e físicas constantes e contínuas, o que impediria que as glosas levadas a efeito pelo fisco da Bahia pudessem ser mantidas.

Faz referência, entre outras, ao produto “Refratários” utilizados nos Altos Fornos que são completamente consumidos em cada etapa do processo produtivo da Recorrente e à energia elétrica também consumida na produção dos produtos de sua fabricação, indispensável ao moderno processo de industrialização do ferro metálico, devendo ser considerados legítimos insumos, integrando, assim, o custo da mercadoria produzida.

Portanto, entendo que, da mesma forma que a decisão de piso reverteu, acertadamente, o custo dos citados insumos à base de cálculo dos produtos objeto da transferência de outro estabelecimento da mesma empresa da Autuada, também considero que deve ser abatido da glosa do crédito objeto da exigência fiscal o custo dos refratários e da energia elétrica consumida no processo produtivo do Contribuinte.

(...)

Acórdão nº 0347-11/18 – 1ª Câmara de Julgamento Fiscal:

VOTO VENCEDOR (Recurso Voluntário)

(...)

Venho com a devida vênia divergir do voto do ilustre Relator, no que diz respeito apenas ao Recurso Voluntário. Em sua conclusão diz que “em face ao exposto, a infração imputada ao autuado subsiste em

parte, em relação aos itens (“Materiais Manutenção”, “Deprec. Amortiz”, “Serviços Manutenção”, “Outros Custos” e “Provisão de frete”.).

Embora essa conclusão crie uma dificuldade por conta de não dizer o que não está subsistindo, mas apenas o que subsiste, visto que a lista de itens glosados ser longa (energia elétrica, água, MAP disco, MAP eltododos, etc.) vou me ater não aos que subsistem, mas apenas aos itens que entendo não subsistirem, de forma a não ter esquecimento de eventuais itens que constem como sendo excluídos pelo Relator, e que este voto não venha a contemplar.

É que observando a listagem dos itens relacionados na autuação, salta aos olhos a questão da energia elétrica e dos refratários. Não houve comprovação no processo de larga utilização da energia elétrica no setor administrativo, mas tão somente no setor industrial, deixando de haver quaisquer segregações.

Pelo exposto, a energia elétrica é fonte de energia térmica que não apenas é indispensável no processo, mas age diretamente na transformação físico-química dos materiais que entram em processo de fundição do ferro para a produção do aço nos fornos, havendo uma analogia com o uso da energia elétrica no processo de fabricação de alumínio (que neste caso, em particular, atua diretamente no processo de eletrólise, influenciando diretamente a obtenção do alumínio). Assim, entendo que o uso da energia elétrica na siderurgia é compatível com a utilização do crédito fiscal previsto em Lei, como material secundário.

O mesmo ocorre com os refratários, que fazem o revestimento térmico dos fornos, e se desgastam continuamente e de forma relativamente rápida durante o processo de fabricação do ferro e dos aços na siderurgia.

No entanto, não vejo tais características por exemplo, nos eletrodos utilizados na solda, já que embora participem do processo de produção, atuam em linha marginal, como peças de reposição, após o desgaste natural pelo uso no processo de soldagem, e sequer entram em contato com o produto fabricado.

Quantos aos demais itens, como gás e água, o argumento é o da essencialidade. A questão envolvendo a diferenciação do que vem a ser produto intermediário não passa simplesmente pela essencialidade ou uso em processos industriais. Não é produto intermediário, aqueles que se destinam à manutenção ou preservação da vida útil do ativo da empresa, ou atuam marginalmente na linha de produção, como foi o caso dos eletrodos de solda acima citados.

A jurisprudência deste Conselho de Fazenda está fartamente ilustrada com julgamentos acerca dos produtos intermediários, que além de serem essenciais ao processo produtivo requerem que seu desgaste esteja vinculado ao contato direto com a produção, jamais atuando na linha marginal, como é o caso do gás utilizado para controle de temperatura dos fornos, ou da água para resfriamento, normalmente em momento posterior à produção ou na obtenção da têmpera, e não há que se falar em produto intermediário, se este é utilizado após o processo de fabricação.

Face ao exposto, dou PROVIMENTO PARCIAL ao Recurso Voluntário, com a exclusão da energia elétrica e dos materiais refratários.

(...)

Desta maneira e em consonância com o entendimento externado pelas Câmaras de Julgamento através das citadas decisões, concordo que, em relação aos estabelecimentos que atuam no ramo de siderurgia, a energia elétrica bem como os materiais refratários devem integrar a base de cálculo das operações de transferências. Registre-se, aliás, que ambas as decisões foram prolatadas em processos administrativos fiscais envolvendo o próprio estabelecimento autuado nesta lide.

Merece também registros dois fatos: o primeiro referente a manifestação pelo autuado de que não teve acesso ao CD Room com o conteúdo da diligência fiscal, entretanto considerando que a diligência foi encaminhada justamente para exclusão da autuação das parcelas relacionadas a energia elétrica e refratários, suscitados pelo próprio e, ainda, pelo fato do mesmo ter manifestado sua ciência a respeito da reformulação efetuada pelos autuantes no lançamento, não vislumbrei a necessidade de conversão do feito em nova diligência para entrega de nova mídia eletrônica ao autuado, pois a rigor, seria desnecessário.

O segundo ponto que registro diz respeito às sentenças do Tribunal de Justiça trazidas pelos autuantes quando da realização da diligência, destacando que estas são referentes a operações destinadas a estabelecimentos comerciais, enquanto que o novo posicionamento adotado pelo

CONSEF, acima registrado, refere-se exclusivamente a empresas que atuam no ramo de siderurgia.

Por oportuno, impende salientar que, apesar das argumentações trazidas pela Defesa pugnando pela improcedência do lançamento e, adiante, da parcela remanescente deste, vê-se que o Parecer da Pricewaterhouse Coopers, de fls. 18 a 39, solicitado pelo próprio autuado, reconhece como devido o valor de R\$156.732,30 conforme se verifica à fl. 30, o que significa que os próprios auditores independentes se convenceram de que a exigência fiscal é devida ao menos neste valor.

Quanto ao argumento de caráter confiscatório da multa aplicada, ressalto que a sanção pecuniária imposta decorreu diretamente da lei, mas especificamente do disposto no art. 42, inciso VII, alínea “a” da Lei 7.014/96, sendo vedado a este colegiado afastar a incidência da regra citada, sob pena de violação ao quanto disposto no art. 167, inciso I do RPAF, abaixo transscrito.

“Art. 167. Não se incluem na competência dos órgãos julgadores:

I - a declaração de inconstitucionalidade;

... ”

Por fim denego o pedido de redução da multa imposta, haja vista o fato de que a conduta infratora implicou em falta de recolhimento do tributo, isto é, descumprimento de obrigação principal, situação esta que foge da competência das Juntas de Julgamento, inclusive não encontra amparo na regra inserida pelo Art. 158 do RPAF/BA.

No que diz respeito ao pedido de cadastramento dos advogados que menciona para efeito de recebimento de intimações esta é uma providência administrativa que cabe ao setor competente atender, entretanto ressalto que as intimações relacionadas ao processo administrativo fiscal se pautam de acordo com o previsto pelo Art. 108 do RPAF/BA.

Em conclusão voto pela Procedência Parcial do presente Auto de Infração no valor de R\$177.178,91 de acordo com o demonstrativo de fl. 196, devendo ser homologados os valores pagos pelo autuado com os benefícios da Lei nº 14.016/2018, conforme extratos de pagamentos constantes às fls. 173 e 174.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **206891.0010/18-8**, lavrado contra **ARCELORMITTAL BRASIL S/A.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$177.178,91**, acrescido da multa 60%, prevista no art. 42, VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologados os valores já recolhidos com os benefícios da Lei nº 14.016/2018.

Sala das Sessões do CONSEF, 24 de setembro de 2019.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ – JULGADORA

JOÃO VICENTE COSTA NETO - JULGADOR