

A. I. Nº. - 206891.0036/18-7
AUTUADO - USINAS SIDERÚRGICAS DE MINAS GERAIS S/A. USIMINAS
AUTUANTES - MARCOS ANTONIO DA SILVA CARNEIRO, PAULO CÉSAR DA SILVA BRITO,
EUZIANE GOUVEIA DA SILVA
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 27/02/2020

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0018-03/20

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, nos termos do art. 13, § 4º, II da LC nº 87/96, e art. 17, § 7º da Lei nº 7.014/96. Refeito o lançamento para excluir da autuação os valores relativos às matérias-primas “MP Antracito”, “MP Coque”, “MP Carvão” e “Energia Elétrica”. Infração parcialmente elidida. Cálculo do débito efetuado em conformidade com as disposições legais e os ditames da ciência contábil. Não acatado pedido de redução ou cancelamento da multa aplicada. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 17/09/2018, exige ICMS no valor de R\$13.627.817,77, acrescido da multa de 60%, em decorrência da utilização indevida de crédito fiscal do imposto, com base de cálculo fixada pela Unidade Federada de origem, superior à estabelecida em Lei Complementar, Convênios ou Protocolos, (Infração 01.02.23), em relação aos meses de setembro de 2013 a dezembro de 2017. Trata-se de estorno de crédito fiscal em decorrência de erro na determinação da base de cálculo, nas operações de transferências interestaduais, com o consequente pagamento do ICMS a menos que o devido. Consta que o trabalho tem amparo nas decisões do STJ, do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, do CONSEF, e na Lei Complementar 87/96, art. 13, § 4º, II, que no caso do presente 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 de remetentes, e transferidos para a filial localizada neste Estado.

O sujeito passivo apresenta impugnação fls.86/100, através de advogados, procuração fls.104/105. Registra a tempestividade da defesa. Sintetiza os termos da autuação. Afirma impugnar o lançamento fiscal consubstanciado nas razões de fato e de direito a seguir aduzidas.

Afirma que conforme relato da autuação, não deveria ter sido incluído, na apuração da base de cálculo das operações, o preço de custo dos seguintes componentes: (a) materiais de manutenção, (b) combustíveis, (c) energia elétrica, (d) utilidades, (e) despesas e serviços administrativos, (f) depreciação e (g) carvão/coque. Esses gastos, conforme alega o Fisco, não se enquadra em nenhum dos conceitos de custos indicados no inciso II, § 4º, do art. 13 da LC nº 87/96.

No caso em lide, diz que apurou a base de cálculo dessas operações interestaduais em consonância com a legislação de Minas Gerais – Estado de origem dos produtos –, segundo a qual a base de cálculo do ICMS relativamente a essas operações, devem abarcar gastos incorridos com depreciação, materiais de manutenção, combustíveis e energia elétrica, todos questionados pelo Fisco baiano. Por essa razão, a presente autuação se fundamentou no art. 309, § 7º, do RICMS/BA.

Em consequência do suposto creditamento indevido, aplicou-se a penalidade prevista no art. 42, inciso VII, alínea “a”, da Lei nº 7.014/1996, correspondente a 60% do valor do crédito fiscal “*que não importe em descumprimento de obrigação principal*”.

Contudo, afirma que a autuação é insubsistente, pois: (a) Desconsiderou, para fins de apuração da base de cálculo das operações, diversos materiais que, por integrarem o produto final produzido ou por se consumirem no seu processo industrial, são efetivas matérias-primas e materiais secundários – caso dos itens: carvão, coque, energia elétrica, combustíveis e utilidades –, cujos preços de custos devem compor a base de cálculo do ICMS nas operações interestaduais entre estabelecimentos da mesma empresa, nos termos do art. 13, § 4º, inciso II, da LC nº 87/96; (b) no que concerne aos itens “depreciação” e “materiais de manutenção”, é certo que, ao inclui-los na base de cálculo das operações, o fez em atenção à legislação mineira, como também em observância ao “custo contábil de produção” adotado pelas empresas em sua contabilidade, razão pela qual é legítima sua manutenção na composição do preço de transferência; (c) subsidiariamente, ainda que se entenda pela manutenção de qualquer parcela da cobrança principal, o caso será de exclusão da penalidade aplicada, nos termos do art. 2º do Decreto-Lei nº 834/1969, considerando que o recolhimento do imposto na origem é incontroverso nestes autos.

Relata que é empresa atuante no setor siderúrgico, destacando-se nas atividades de produção e comercialização de aços planos em escala nacional. No exercício dessas atividades, realiza transferências de bens entre estabelecimentos de sua titularidade localizados em diversas Unidades da Federação, dentre elas Minas Gerais e Bahia.

Afirma que nessas transferências, o estabelecimento remetente paga ao Estado de origem, Minas Gerais, o ICMS devido, e o estabelecimento destinatário credita-se do seu valor contra o Estado de destino, no caso Bahia, como determina a legislação.

Entende que a autuação lastreia-se na suposta determinação equivocada da base de cálculo dessas operações que, por terem sido calculadas em valores superiores ao legalmente previstos, acabou por resultar em uma indevida minoração dos valores de ICMS recolhidos ao fisco baiano no período autuado. Em outras palavras: a empresa teria recolhido ICMS a maior em Minas Gerais, sendo que a Bahia não estaria obrigada a aceitar os créditos correspondentes a este *plus* indevido.

Notadamente, aduz conforme autuação, que o creditamento a maior levado a cabo pela empresa dever-se-ia à eleição de base de cálculo superior àquela prescrita pelo art. 13, § 4º, inciso II, da LC nº 87/96. No caso, foram incluídos no cômputo da base de cálculo os custos com (a) materiais de manutenção, (b) combustíveis, (c) energia elétrica, (d) utilidades, (e) despesas e serviços administrativos, (f) depreciação e (g) carvão/coque, componentes que, segundo o Fisco, não se enquadram nos conceitos indicados no inciso II de mencionado artigo.

Como visto, a Lei Complementar nº 87/96, em seu 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*”.

Nesse contexto, no caso a averiguação de que os créditos tomados são legítimos cinge-se à verificação do acerto da base de cálculo adotada pela empresa para a apuração do valor do ICMS devido ao Estado de origem, e, conseqüentemente, também para os créditos tomados no Estado de destino (a Bahia), como se passa a analisar.

Frisa que pela natureza dos materiais glosados: itens como “carvão”, “coque”, “energia elétrica”, “combustíveis” e “utilidades” classificam-se como matérias-primas e materiais secundários.

Destaca os conceitos de “matéria-prima” e “material secundário”, trazidos pela Instrução Normativa nº 052/2013 do Estado da Bahia. Comenta que de acordo com a Instrução normativa baiana, matéria-prima e/ou material secundário é tudo aquilo que (1) integra, de forma física ou química, o produto final produzido; ou (2) se consume, desgasta ou altera suas propriedades físicas no processo produtivo industrial.

Destaca que não é necessário que o material integre o produto final, mas que apenas seja consumido/desgastado nesse processo. Explica ser esse o caso de vários dos itens extirpados pela Fiscalização da base de cálculo das operações interestaduais em comento. Para comprovar essa alegação, anexa a presente peça impugnatória laudos técnicos específicos para cada componente desconsiderado pela Fiscalização (doc. nº 03), resumindo as principais características dos materiais a exemplo do carvão e coque. Nota que este CONSEF/BA, em julgado recentíssimo em que se discutia o mesmo fundamento da autuação em comento, reconheceu, o direito de empresa de siderurgia em computar, como cálculo do preço de custo para fins de apuração da base de cálculo, os gastos com carvão e coque.

Sobre os combustíveis, no que concerne às usinas de siderurgia, são utilizados no fornecimento de energia térmica, essenciais para a produção do aço. No alto-forno, por exemplo, para se atingir às altas temperaturas que levarão à produção de ferro gusa, imprescindível a utilização de combustíveis.

Explica que os combustíveis utilizados na produção do aço são os seguintes: Gás de Alto Forno (BFG), Gás de Aciaria (LDG), Gás de Coqueira (COG), Gás Natural (GN), Óleo derivado de Alcatrão (ODA) e Óleo Combustível (OL). O BFG e o LDG são combustíveis utilizados para obtenção das altas temperaturas no processo de coqueificação, que produz o coque, material essencial à produção do aço.

Quanto ao item “Utilidades”, explica que esse material nada mais é que produtos criogênicos ou gases do ar utilizados diretamente nos processos de redução (caso do nitrogênio e do oxigênio), refino do aço (caso do argônio e do nitrogênio) e tratamento térmico dos produtos laminados (caso do hidrogênio e do nitrogênio). Todos esses gases são fornecidos à Impugnante por uma empresa especializada em gases industriais através de gasodutos dedicados.

Observa que, os combustíveis e utilidades, apesar de não integrarem fisicamente o produto final do processo de industrialização, são componentes essenciais ao processo produtivo, além de serem consumidos integralmente nesse processo, enquadrando-se no conceito de material secundário estabelecido pela IN nº 052/2013.

No que tange a energia elétrica é utilizada no acionamento de todos os equipamentos utilizados ao longo da cadeia de produção do aço. Ou seja: é insumo essencial à atividade industrial, cuja ausência afeta o processo produtivo como um todo, já que esse sequer pode ser iniciado, e muito menos ainda concluído.

Aponta que o art. 93, II, “a”, 1 do RICMS/BA, concede o direito de crédito de cada estabelecimento, para compensação com o ICMS também quanto à energia elétrica consumida no processo industrial como insumo. Não há lógica, portanto, em sustentar que o Estado da Bahia concede o crédito fiscal da energia elétrica em sendo consumida no processo produtivo, entretanto não aceita classificá-la como custo direto na fabricação do produto nas transferências interestaduais, como faz a Instrução Normativa nº 052/2013. Sobre o tema cita julgamentos deste CONSEF/BA, reconhecendo a inclusão do custo energia elétrica no cômputo da base de cálculo das operações interestaduais, entre estabelecimentos da mesma empresa, em que pese a previsão da mencionada IN.

Conclui que sem o carvão e o coque, não há o que se falar em produção do ferro gusa; e os combustíveis, utilidades e energia elétrica, apesar de não integrarem fisicamente o produto final do processo de industrialização, são consumidos integralmente no processo produtivo, além de serem componentes essenciais nesse processo, o que justifica a sua classificação como material secundário, nos termos da Instrução Normativa nº 052/2013;

Reitera que estas exposições são um breve resumo dos laudos técnicos elaborados, bastante detalhados e explicativos quanto à funcionalidade desses materiais para a atividade industrial. O inteiro teor de tais laudos, que instruem a presente impugnação, confirma com maiores detalhes técnico o quanto exposto na presente manifestação.

Explica que o Estado de Minas Gerais (Estado de origem das mercadorias em referência) adota um entendimento diverso do que o estado da Bahia acerca do que deve compor o “custo da mercadoria”. É o caso da inclusão de itens como “depreciação” e “materiais de manutenção” no preço de custo das mercadorias produzidas. Transcreve o art. 43, IV “a”, 4, Parte Geral do RICMS-MG/2002.

De acordo com a legislação mineira, portanto, ao especificar o alcance do art. 13. § 4º, II, da LC nº 87/96, a base de cálculo do ICMS relativamente às operações interestaduais deve abarcar os gastos incorridos com depreciação, manutenção de materiais, utilizados para mensuração do “preço de custo de produção contábil”. Em resumo: segundo o Estado de Minas Gerais, 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. Reproduz o conceito de custo para a ciência contábil.

Nos termos da IAS 2, *“o custo dos estoques deve incluir todos os custos de aquisição, custos de transformação e outros custos incorridos para trazer os estoques a sua condição e localização atuais”*. O Pronunciamento Técnico CPC 16 (estoques), do Comitê de Pronunciamentos Contábeis, traz considerações elucidativas quanto ao tema.

Diz que o conceito de custo e o método para a sua apuração (custeio por absorção), de origem contábil, constituem hoje verdadeiros institutos jurídicos, positivados que foram pela LSA. Nesse viés, sabe-se que a depreciação é a perda de valor de um bem do ativo imobilizado da empresa por seu uso ou desgaste.

Afirma que a depreciação, considerada pela empresa na determinação da base de cálculo em discussão, foi exatamente a relacionada com os bens do ativo desgastados em razão da atividade industrial da empresa. Ou seja: o desgaste, no caso, está diretamente relacionado com a produção industrial da Impugnante. Para tanto, observa que a planilha em Excel apresentada pela Impugnante (doc. nº 04), a qual relaciona, exatamente, os custos glosados com a depreciação com os processos de “redução”, “aciaria” e “laminação” para a produção do aço.

Apresenta entendimento que a inclusão da depreciação como custo na aferição da base de cálculo contestada pelo Fisco Baiano está de acordo com a legislação do IR e com o conceito econômico de custo de produção. Esse entendimento é o que deve prevalecer em todas as legislações não podendo admitir-se a mudança do conceito de custo de produção para fins de aumento da arrecadação do Estado, em verdadeiro contexto de *guerra fiscal*.

Quanto aos Materiais de manutenção, afirma que por sua vez, são aqueles utilizados diretamente nas ações técnicas e administrativas destinadas a manter ou recolocar um componente, dispositivo, subsistema, unidade funcional, equipamento ou sistema que possa ser considerado individualmente, em um estado em que possa desempenhar a função requerida no processo industrial. É ver laudo técnico também elaborado especificamente para esse item (doc. nº 03 *cit.*).

Sintetiza que as premissas neste tópico elencadas, podem ser resumidas nos seguintes pontos: (a) a depreciação dos bens do ativo é contabilmente considerada como “custo de produção”, não havendo justificativa para extirpa-lo do cômputo da base de cálculo em operações interestaduais entre estabelecimentos da mesma empresa; (b) os materiais de manutenção considerados no cômputo do preço de custo pela Impugnante são essenciais na medida em que utilizados no reparo de equipamentos necessários para continuidade do processo industrial.

Conclui, portanto, que a inclusão da depreciação e dos materiais de manutenção como custo na aferição da base de cálculo contestada pelo Fisco Baiano está de acordo com a legislação do IR e com o conceito econômico de custo de produção. Esse entendimento é o que deve prevalecer em

todas as legislações não podendo admitir-se a mudança do conceito de custo de produção para fins de aumento da arrecadação do Estado.

Subsidiariamente, aduz a necessidade de exclusão da multa aplicada (cf. art. 2º do Decreto-Lei nº 834/1969). *Ad argumentandum*, na remota hipótese de manutenção total ou parcial da cobrança de principal, o caso será ao menos de exclusão total da penalidade aplicada.

Acrescenta que aplicabilidade da norma ao presente caso é patente. Ora, se o fisco baiano assevera que houve superavaliação dos créditos tomados pela empresa na Bahia relativamente a operações interestaduais, tal necessariamente implica na existência de prévio recolhimento “a maior” ao Estado de origem (Minas Gerais, no caso), sobre o qual não se questiona nestes autos.

Ao exposto, pede a procedência da Impugnação, cancelando-se o auto de infração epígrafado, com a consequente extinção dos créditos tributários nele consubstanciados e o arquivamento do processo fiscal instaurado, além do cancelamento, em qualquer caso, da multa aplicada no caso concreto.

Requer, por fim, o cadastramento do nome do advogado André Mendes Moreira, OAB/SP nº 250.627, com endereço na Avenida Angélica, nº 2220, 4º andar, Higienópolis, São Paulo/SP, CEP 01228.200, para fins de recebimento das intimações no presente feito, sob pena de nulidade.

A equipe de Autuantes presta informação fiscal fls.170/196. Afirmar que o objetivo desta 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.

Para uma construção lógica sobre a questão objeto deste Processo Administrativo Fiscal - PAF, diz ser imprescindível analisar as diversas nuances que envolve 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. Reproduz os dispositivos legais que sustentam a autuação fiscal.

Afirmar que 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. 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.

Aduz que do texto positivado ora exposto, pode-se concluir, 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.

Cita a legislação do Estado da Bahia, dizendo que 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. Comenta o acerto dos legisladores estaduais, que assim atuaram, em face da clareza da norma esculpida no inciso II, do parágrafo 4º, do artigo 13 da LC 87/96.

Quanto aos seus impactos, registra que as empresas que transacionam em mais de um Estado não podem olvidar do 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.

Comenta que a importância deste fato deve ser sublinhada porque, 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.

Reproduz a acusação fiscal. Diz constar do próprio corpo do Auto de infração sob comento, informações sobre o presente trabalho que tem amparo nas decisões do Superior Tribunal de Justiça (STJ), do Conselho de Fazenda do Estado da Bahia (CONSEF) e na Lei Complementar 87/96 (art. 13, § 4, 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.

Cita a Constituição Federal e a Lei Complementar 87/96, afirmando que do texto positivado 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.

Afirma que o texto normativo inserto na Lei Complementar, não escapa a qualquer tipo de intelecção 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.

Registra que 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.

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. Nesta senda, busca-se examinar, em outro contexto, qual é a correta partilha do ICMS entre os entes tributantes (Estados e Distrito Federal), nas operações de transferências interestaduais de produtos industrializados.

Reproduz os termos transcrito na descrição dos fatos do auto de infração. Explica que os gastos com manutenção, depreciação, amortização, frete (CIF, acaso existente), energia, combustível etc., devem ser expurgados para efeito de determinação da base de cálculo legal, implicando o subsequente estorno do respectivo crédito fiscal.

Registra que, em nenhum momento, foram contestados os cálculos e os valores constantes dos demonstrativos anexos ao presente processo administrativo fiscal.

O Autuado argui a nulidade sob alegação de cerceamento ao direito de defesa em virtude de que a infração não foi devidamente capitulada pelos Autuantes e de que não houve explicação sobre os critérios adotados para a exclusão de rubricas da composição da base de cálculo.

Explica que falece razão à defendente, pois o auto de infração é composto de três folhas, onde, nitidamente, está descrito, com riqueza de detalhes, a infração cometida e os procedimentos adotados na auditoria fiscal-contábil.

No mérito, informa que como está registrado no próprio corpo do auto de infração sob comento, a autuação foi baseada na planilha de custo de produção apresentada pela própria empresa autuada, que o fez tanto em meio físico (fls. Indicadas no índice), quanto em meio eletrônico, onde consta a discriminação dos itens dos custos de produção, por código de produto.

Assim sendo, em consonância com a mencionada LC 87/96 e com os julgados citados, em especial a decisão do STJ, 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 (rubricas estas listadas nos demonstrativos e no corpo do auto de infração sob apreciação).

No entanto, diz que a autuada 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 legislação do Estado 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. Ainda, assevera que a decisão normativa CAT 05/2005 de São Paulo reforça o entendimento da autuada.

Sobre a matéria frisa que a autuada 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 do art. 155, § 2º, XII, “i”, combinado com o art. 146, III, “a”, ambos da CF/88, que reproduz. Já a Lei Complementar no 87/96, em seu 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”.

Assim sendo, diz que na realização desta 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. Conclui 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).

Dessa forma, afirmam que os gastos com manutenção, depreciação, amortização, frete CIF etc., devem ser expurgados para efeito de determinação da base de cálculo legal, implicando o subsequente estorno do respectivo crédito fiscal.

Explicam que, tomando como pressuposto válido o fato de que a lei complementar 87/96 fixou ou elegeu taxativamente, literalmente, 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 transferência interestadual de produtos industrializados, resta-nos, 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.

Em suma, afirma que o instituto de direito privado/direito empresarial/contabilidade é “importado” pelo direito tributário, com a mesma conformação que lhe dá o direito privado, sem deformações, nem transfigurações. A compra, a venda, a locação, a prestação de serviço, a doação, a sociedade, a fusão de sociedades, o sócio, o gerente etc. etc. têm conceitos postos no direito privado, que ingressam na cidadela do direito tributário sem mudar de roupa e sem outro passaporte que não o preceito da lei tributária que os “importou”. Posto isso, acrescenta Luciano Amaro, inexistindo modificação do instituto de direito privado/direito empresarial/contabilidade pela lei tributária, ele ingressa, pois, no campo fiscal com a mesma vestimenta que possuía no território de origem.

Nessa linha de pensamento, afirma ser natural e lógico, em surgindo controvérsias e dúvidas, buscar a solução nas normas tributárias. Havendo silêncio destas, como ocorre no presente caso (LC 87/96), procura-se então guarida nas normas de direito privado, atentando, sempre, para a verificação do local onde estão inseridos os conceitos e normas do direito positivo, se em sede constitucional ou não. Caso estejam inseridas no texto da Carta Magna, nem mesmo o Direito Tributário infraconstitucional pode alterá-los. Nesta última hipótese, o local de pesquisa para a verificação do sentido e alcance da norma deve ser direcionado para o Direito Privado.

Diz que numa outra situação, não pode o legislador, para o caso abordado neste trabalho, dizer, de forma diferente do que está previsto no direito privado/direito empresarial/contabilidade, o que seja matéria-prima, mão-de-obra; material secundário e acondicionamento, haja vista que a

Lei Complementar 87/96, por mandamento da CF/88, com relação à formação da base de cálculo do ICMS, definiu, fixou os elementos de custo de produção que deverão compor ou formar a Base de cálculo, mas não conceituou o que seria cada um deles, isto é, o que se entende por matéria-prima, mão-de-obra, material secundário e acondicionamento. Para tanto, o correto é recorrer às normas da Ciência Contábil, da Contabilidade ou de outros institutos de Direito Privado.

Discorre sobre trabalho desenvolvido na Faculdade de Ciências Contábeis de São Paulo, que define os quatro elementos de custo de produção ou as rubricas listadas na Lei Complementar nº 87/96 (art. 13, § 4º, II), de forma bem simples e esclarecedora.

Analisa cada um dos componentes do custo no processo industrial. Com o objetivo de melhor contextualizar a questão sob exame e para uma melhor visualização dos elementos de custo de produção de uma empresa industrial, recorre ao magistério do ilustre mestre Leone (2006), onde pode ser verificada a classificação dos diversos elementos de custo, com o subsequente agrupamento dos mesmos, cujos excertos, reproduz.

Frisa que os elementos de custo formadores da base de cálculo prevista no art. 13, § 4º, II, da LC 87/96 estão claramente identificados nesta planilha: 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).

Sustenta 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 transferência de produtos industrializados. Os demais componentes do custo de produção ficariam excluídos dessa base de cálculo por imposição taxativa da Lei Complementar 87/96.

Sobre o tema reproduz publicação no Diário Oficial da União (D.O.U.), o Segundo Conselho de Contribuintes da Secretaria da Receita Federal do Brasil editou várias súmulas, dentre as quais destaca a de nº 12, determina que 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.

Diz que corrobora com este entendimento o Prof. Creso Cotrim (*Ob. cit.*), 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. Enfatiza 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 incorpora nem é consumida 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).

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

Comenta que, após uma leitura mais acurada do disposto acima, que os “materiais de produção principais” são as “matérias-primas” e os “materiais de produção não-principais” são os próprios “materiais secundários”. Ambos, matéria-prima e material secundário, são materiais diretos. Fazem parte, diretamente, do processo produtivo e se incorporam na mercadoria produzida. O mesmo poderia dizer para o material de embalagem ou acondicionamento, pois a mercadoria produzida não se apresenta para o mercado consumidor sem estar devidamente acondicionada ou sem a respectiva embalagem. Percebe-se, pois, que energia elétrica, combustíveis, material de manutenção, depreciação, frete (despesas de vendas) etc., segundo a clássica e a atual lição da

Ciência Contábil, não podem ser inseridos nos elementos de custos mencionados no § 4º, II, do art. 13 da LC 87/96.

Assevera que várias concepções teóricas existentes sobre o tema, como destacado, levam-nos ao mesmo ponto comum: que energia elétrica, combustíveis, material de manutenção, depreciação etc. não são enquadráveis pela Ciência Contábil nos elementos de custo denominados de matéria-prima, mão-de-obra, material secundário e acondicionamento. Em outras palavras: a vontade do Parlamento, ao aprovar esse regramento, foi no sentido de limitar, reduzir a formação da base de cálculo do ICMS nas transferências de produtos industrializados (ou mercadorias produzidas) para filiais localizadas em diferentes unidades da Federação, na forma do art. 13, § 4º, inciso II da Lei Complementar nº 87/96, definindo, taxativamente, literalmente, a parte que seria cabível a cada ente público da Federação.

Destaca impropriedades que entende contidas na legislação do estado de Minas Gerais, art. 43, § 2º, incisos I a IV do Regulamento do ICMS. Ressalta as impropriedades contidas na legislação mencionada pela Autuada, referente ao Estado de São Paulo, Decisão Normativa CAT-5 de 15/06/2005.

Aponta autos de infração de idêntica natureza lavrados contra o Autuado e julgados pelo CONSEF, como Acórdão CJF-0249-11/14, JJF 0093-01/15, JJF 0229-03/15, JJF071-04/17. Cita posicionamentos do STJ. Cita e anexa o Parecer Jurídico da PGE nº 2011/405993-0.

Sobre a Instrução Normativa 52/2013, frisa que por tratar-se de norma esclarecedora, interpretativa e também por ser norma a instituir novos critérios de apuração procedimental pode ser interpretativa.

Sobre o pedido de dispensa da multa aplicada diz que cabe ao CONSEF analisar se, ao editar a Instrução Normativa 52/2013, transcrita no corpo do Auto de Infração, não estaria a empresa amparada pela aplicação da regra do CTN que prevê a não aplicação de penalidade à infração nos casos de se tratar de lei interpretativa. Nesse sentido, cita e reproduz o disposto nos artigos 100, 106, inciso I, e 96, todos do CTN, que nos levaram a esse entendimento.

Isto posto, afirma ser de conhecimento de todos, que as Portarias, em algumas situações, e as Instruções Normativas são normas complementares ao Decreto. Da mesma forma, como a referida I.N. esclarece a matéria disciplinada, deixou claro se tratar de norma expressamente interpretativa, assim como diz respeito a uma norma procedimental que tem previsão de ser editada por meio de legislação, de acordo com o art. 144 do CTN. Afirma que a Impugnante tem o direito do benefício da dispensa da penalidade pelo cometimento da infração constante deste Processo.

Como demonstrado e comprovado apresenta entendimento do acerto do presente Processo Administrativo Fiscal, e solicita aos Julgadores para concluírem pela Procedência Total deste Auto de Infração.

No curso da instrução processual, foi constatado que em decisões recentes deste CONSEF, no caso de empresas de siderurgia, as seguintes mercadorias são tratadas como matéria prima: “MP Antracito”, “MP Coque”, “MP Carvão” e “MP Fundentes”, além da “Energia Elétrica”, que na indústria siderúrgica é compatível com a utilização do crédito fiscal previsto em Lei, como material secundário, visto que, o processo produtivo da indústria siderúrgica guarda peculiaridades em relação aos demais setores da atividade econômica. Sobre esta matéria, acolhem o procedimento da Autuada a respeito dos produtos citados, os Acórdãos A-0426-12-17, A-0436-12-17, A-0346-11-17 e A - 037-11-18.

Considerando que em sessão de julgamento, o patrono da Autuada reitera argumentos nesse sentido, após análise e discussão sobre a matéria, os membros da 3ª JJF decidiram converter em diligência à IFEP COMÉRCIO, fl. 205, para que os **Autuantes** elaborassem novo levantamento fiscal, incluindo como custo, os produtos “MP Antracito”, “MP Coque”, “MP Carvão” e “MP

Fundentes” e “Energia Elétrica”, caso tenham sido excluídos do levantamento inicial. Após este procedimento, elaborassem novo demonstrativo de débito.

Em seguida, a **IFEP COMÉRCIO** deveria fornecer cópia de todos os documentos gerados pela diligência, para que o Autuado pudesse se manifestar, querendo.

A diligência foi cumprida fls.210. A equipe de autuantes declarou que embora discordasse totalmente da solicitação da diligência, incluiu as verbas inerentes aos produtos “MP Antracito”, “MP Coque”, “MP Carvão” e “MP Fundentes” e “Energia Elétrica”, ficando o débito reduzido para R\$7.152.972,27, conforme novos demonstrativos elaborados e CD/mídia digital fls.211/219, contendo a integralidade dos ajustes realizados. Opina pela procedência parcial do Auto de Infração.

O Autuado se manifesta no processo fls.223/229. Afirma que a diligência foi acertadamente determinada, para que fossem incluídas na base de cálculo do imposto, as rubricas referentes ao carvão/coque e à energia elétrica, tornando legítimo o crédito tomado pelo contribuinte. Diz não merecer reparos os ajustes efetuados em diligência, uma vez que se alinham à legislação pertinente e ao posicionamento desta Corte.

Volta a se referir à conclusão de laudos técnicos juntados ao processo, bem como, a recentes decisões deste CONSEF, demonstrando que o procedimento da empresa autuada se alinha a estas decisões, a respeito da matéria ora em discussão.

Verifica que a diligência confirma a legitimidade dos créditos de ICMS quanto às rubricas referentes ao carvão / coque e à energia elétrica, devendo ser cancelada por este Conselho.

Reitera seu pleito da impugnação inicial quanto a legitimidade dos créditos tomados pelo contribuinte quanto às rubricas remanescentes: combustíveis, utilidades, depreciação e materiais de manutenção.

Manifesta sua concordância com as reduções efetuadas em sede de diligência fiscal e reitera seu pedido pela procedência integral da impugnação, acolhendo os argumentos atinentes às rubricas remanescentes, seja integralmente cancelado o auto de infração epígrafado, com a extinção dos créditos tributários nele consubstanciado, além do cancelamento, em qualquer caso, da multa aplicada ao caso concreto.

A equipe de autuantes presta nova informação fiscal fls.234/236. Informa que a manifestação sobre a diligência realizada, interposta pelo autuado, não contém argumentos novos, portanto ratifica a informação / diligência fiscal.

Informam ainda, que transcrevem decisão de consulta tributária efetuada ao fisco estadual do Estado do Rio de Janeiro, que se refere à caracterização e do sentido taxativo sobre os elementos que podem ser abarcados no conceito de produto intermediário e material secundário em conformidade com o inciso II, § 4º do art. 13 da LC 87/96, bem como, a discriminação do que seja cada uma delas, muito elucidativa, que traz ao processo, com a finalidade de clarear as decisões deste Colegiado.

Frisa que não obstante o pedido de exclusão por parte do CONSEF, dos elementos “MP Antracito”, “MP Coque”, “MP Carvão” e “MP Fundentes” e “Energia Elétrica”, o qual discorda, anexa cópia da consulta tributária, com excertos reproduzidos, solicitando a procedência do auto de infração pelo valor originalmente lançado.

VOTO

Embora o defendente não tenha alegado qualquer vício de forma no presente Auto de Infração que resultasse em sua nulidade, compulsando os elementos que compõem este processo, observo que se verifica, no próprio corpo do auto de infração, a descrição detalhada dos motivos que resultaram em sua lavratura. A descrição dos fatos, o enquadramento legal e os demonstrativos que acompanham o Auto de Infração, permitem o conhecimento da acusação imputada e do débito tributário lançado, possibilitando, assim, o pleno exercício do direito de defesa. O fato

descrito no Auto de Infração está materialmente comprovado no demonstrativo e CD acostados às fls. 08/16, onde o custo de produção da mercadoria foi confrontado com o valor da base de cálculo da transferência interestadual consignado em cada nota fiscal listada na autuação. Esse demonstrativo deixa claro que o defendente recebeu mercadoria em transferência com base de cálculo superior à fixada no art. 13, § 4º, II da LC nº 87/96, tendo se apropriado do crédito fiscal destacado nas notas fiscais.

Constatado que a sua composição, processamento e formalização se encontram em total consonância com o RICMS/2012, com a Lei nº 7.014/96 e com o RPAF-BA. Ou seja, o lançamento tributário contém todos os pressupostos materiais e essenciais, pois, a sua lavratura obedeceu ao disposto no art. 39 do RPAF/99, incorrendo quaisquer das hipóteses previstas no art. 18 do RPAF/99, capaz de inquirir de nulidade o lançamento de ofício.

No mérito, conforme a descrição dos fatos, o autuado foi acusado de utilização indevida de créditos fiscais de ICMS, atinentes a operações de transferências interestaduais de produtos industrializados, realizadas entre estabelecimentos de uma mesma empresa, efetuadas com a utilização de base de cálculo fixada na Unidade Federada de origem, em valor superior ao estabelecido na Lei Complementar nº 87/96. Observo que os demonstrativos acostados ao processo provam que os Autuantes apenas consideraram os custos previstos no art. 13, § 4º, II da LC nº 87/96, quais sejam: matéria-prima, material secundário, mão-de-obra e acondicionamento. Após extrair esses valores de planilhas apresentadas à fiscalização pelo próprio defendente, os auditores incluíram o valor do ICMS, e em seguida, efetuaram o confronto do montante apurado com o valor consignado nas notas fiscais de transferências para a Bahia. Desse confronto, ficou evidenciado que o valor empregado nas transferências listadas na autuação, era superior ao previsto no art. 13, § 4º, II da LC nº 87/96, e, em consequência, foi glosada a parcela que excedia ao previsto na citada norma, bem como, ficou demonstrada a correta apuração da base de cálculo do imposto lançado.

O defendente alegou, que no caso em discussão, teria incluído no cômputo da base de cálculo, os custos com (a) materiais de manutenção, (b) combustíveis, (c) energia elétrica, (d) utilidades, (e) despesas e serviços administrativos, (f) depreciação e (g) carvão/coque, componentes que em seu entendimento, se enquadram nos conceitos indicados no inciso II do mencionado artigo da LC 87/96. Disse que apurou a base de cálculo dessas operações interestaduais, em consonância com a legislação de Minas Gerais – Estado de origem dos produtos – segundo a qual, a base de cálculo do ICMS relativamente a essas operações, devem abarcar gastos incorridos com depreciação, materiais de manutenção, combustíveis e energia elétrica, todos questionados pelo Fisco baiano. Por sua vez, a fiscalização excluiu estes elementos, sob o entendimento de que não se encaixam na regra estabelecida no art. 13, § 4º, II, da LC nº 87/96, que reproduzo para melhor esclarecimento, visto ser esta, norma taxativa, no que concerne à composição do custo de mercadorias produzidas, *in verbis*:

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;

(...)

Os argumentos defensivos pertinentes à previsão legal para a glosa de créditos não merecem acolhimento, pois o direito à apropriação de crédito fiscal possui limites previstos em lei. No caso em tela, a Lei Complementar nº 87/96, no seu art. 13, § 4º, II, estabelece qual o valor da base de

cálculo do ICMS nas transferências interestaduais entre estabelecimentos de uma mesma empresa, e em consequência, do crédito a ser utilizado pelo estabelecimento destinatário.

Dessa forma, o valor do crédito fiscal utilizado a maior deve ser glosado, visto que a legislação posta, só admite a apropriação do crédito fiscal em valor corretamente calculado. No caso em tela, o imposto glosado foi apenas o que excedeu ao previsto na legislação.

Não vislumbro qualquer violação ao princípio da não-cumulatividade no presente lançamento tributário, já que o direito ao crédito fiscal foi respeitado, dentro da limitação imposta pela LC nº 87/96. Apesar da abalizada argumentação trazida pelo defendente, não cabe a este órgão julgador administrativo, conforme disposto no art. 167, inciso I do RPAF/99, apreciar questão da constitucionalidade dessa limitação legal.

O defendente alegou que as parcelas excluídas do custo dos produtos transferidos, estavam ligadas diretamente ao seu processo produtivo e, portanto, eram classificadas como insumos. Não acolho essa alegação, pois, independentemente de serem ou não, os custos glosados, classificados como insumos, a exigência fiscal está baseada em determinação contida no artigo 13, § 4º, inciso II da Lei Complementar nº 87/96, e no artigo 17, § 8º, II da Lei Ordinária Estadual nº 7.014/96, as quais, só admitem os custos referentes a “matéria-prima, material secundário, mão-de-obra e acondicionamento”.

Quanto às disposições contidas na legislação tributária emitida pelo Estado de Minas Gerais, saliento que não se aplica ao Estado da Bahia e não possui o condão de modificar o que está expresso na LC Nº 87/96 e na Lei nº 7.014/96.

A alegada boa-fé do defendente também não é capaz de elidir a acusação e nem de reduzir a multa, pois, nos termos do artigo 136 do CTN, a responsabilidade por infrações da legislação tributária independe da intenção do agente.

Comungando com o entendimento externado pelos Autuantes, e com reiteradas decisões deste CONSEF, considero que a interpretação desses dispositivos legais (art. 13, § 4º II, da LC 87/96 e art. 17, § 8º, II da Lei Estadual 7.014/96) deve ser feita de forma mais restritiva, ou literal.

O conceito de custo de produção, no ICMS, portanto, deve estar alinhado a uma interpretação teleológica que demonstra a sua vinculação a razões de política tributária, conforme foi ressaltado na Decisão exarada pelo Supremo Tribunal Federal, no RE 79452/RS.

Entendo que não se pode dizer que a apuração dos custos efetuada pela empresa, esteja incorreta do ponto de vista da ciência contábil. Entretanto, no caso em exame, para fins de fixação da tributação na origem e no destino das mercadorias, a legislação estabelece uma base de cálculo própria, albergando tão-somente os componentes previstos no art. 13, § 4º, II da LC 87/96, ou seja, a soma do custo da matéria-prima, material secundário, mão-de-obra e acondicionamento, devendo-se calcular o imposto sobre estas parcelas nas operações interestaduais, relativas a transferências entre estabelecimentos da mesma empresa.

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 apenas de uma parcela do todo (o custo direto), mas jamais o custo total como pretende o defendente.

Esse é o entendimento que foi consagrado pela jurisprudência deste CONSEF, 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 neste sentido.

Entretanto, no caso concreto, verifico que em decisões recentes deste CONSEF, no caso de empresas do ramo de siderurgia, as seguintes mercadorias são tratadas como matéria prima: “MP Antracito”, “MP Coque”, “MP Carvão” e “MP Fundentes”, além da “Energia Elétrica”, que na indústria siderúrgica é compatível com a utilização do crédito fiscal previsto em Lei, como material secundário, visto que, o processo produtivo da indústria siderúrgica guarda peculiaridades em relação aos demais setores da atividade econômica. Sobre esta matéria,

acolhem o procedimento da Autuada a respeito dos produtos citados, os Acórdãos A-0426-12-17, A-0436-12-17, A-0346-11-17 e A - 037-11-18.

De fato, o processo produtivo da indústria siderúrgica guarda peculiaridades em relação aos demais setores da atividade econômica, na medida em que a queima do carvão não se presta, simplesmente, a produzir energia térmica para o processo produtivo, mas principalmente, e de forma concomitante, age como elemento essencial à produção, liberando o carbono para dar liga ao aço, ou seja, age como elemento redutor (espécie de catalizador) para produzir ferro metálico a partir do minério de ferro.

O mesmo acontece com o Antracito, pois nada mais é do que uma espécie de carvão, guardando, o seu uso, as mesmas características. Conclusão semelhante se aplica aos fundentes, pois participam diretamente da reação, juntamente com o coque.

De igual forma, importante registrar, que se encontra pacificado inclusive com Parecer da PGE/PROFIS, no sentido de que a energia elétrica, utilizadas nas empresas industriais, compõe a base de cálculo do preço utilizado nas transferências interestaduais.

Sendo assim, os membros da 3ª JJF decidiram converter em diligência à IFEP COMÉRCIO, fl.205, para que os Autuantes elaborassem novo levantamento fiscal, incluindo como custo, os produtos “MP Antracito”, “MP Coque”, “MP Carvão” e “MP Fundentes” e “Energia Elétrica”, caso tivesse sido excluído do levantamento inicial e elaborassem novo demonstrativo de débito.

A diligência foi cumprida fl.210, e incluiu as verbas inerentes aos produtos “MP Antracito”, “MP Coque”, “MP Carvão” e “MP Fundentes” e “Energia Elétrica”, ficando o débito reduzido para R\$7.152.972,27, conforme novos demonstrativos elaborados e CD/mídia digital fls.211/219, contendo a integralidade dos ajustes realizados.

Constato que a exigência fiscal consubstanciada no presente Auto de Infração, está lastreada nos dispositivos legais citados neste voto, encontrando-se em consonância com os princípios constitucionais, inclusive em relação à não-cumulatividade do ICMS. Assim, concluo pela subsistência parcial da autuação, tendo em vista que foi apurado que o estabelecimento remetente proporcionou ao destinatário (autuado) um crédito fiscal a ser utilizado, maior do que o previsto na legislação, o que constitui um crédito fiscal indevido de acordo com o estabelecido no § 7º, do art. 309 do RICMS/2012.

Quanto à multa indicada na autuação, no percentual de 60%, não há reparo a fazer, pois a pena indicada no Auto de Infração é a prevista na alínea “a”, do inciso VII, do artigo 42 da Lei nº 7.014/96, para a irregularidade que foi apurada, não cabendo a este Órgão Julgador Administrativo apreciar aspectos referentes à constitucionalidade da legislação tributária estadual, conforme o já citado dispositivo regulamentar, inciso I, do artigo 167 do RPAF/99. Ademais, a multa poderá ter o seu percentual reduzido, a depender da data do pagamento do Auto de Infração, nos termos dos artigos 45 e 45-A da Lei nº 7.014/96.

O impugnante pediu, por fim, o cadastramento do nome do advogado André Mendes Moreira, OAB/SP nº 250.627, com endereço na Avenida Angélica, nº 2220, 4º andar, Higienópolis, São Paulo/SP, CEP 01228.200, para fins de recebimento das intimações no presente feito, sob pena de nulidade.

Saliento que, embora não seja obrigatória a comunicação de intimações e decisões ao advogado da empresa, mas sim à parte envolvida na lide, no endereço constante do seu cadastro junto ao Estado, nada obsta de que seu pleito seja atendido pelo setor competente deste CONSEF, enviando as intimações sobre o presente processo no endereço indicado.

Face ao exposto, entendo que o autuado não trouxe aos autos, qualquer fato ou prova que tivesse o condão de descaracterizar integralmente o presente lançamento de ofício.

Voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração, nos termos apurados pelos Autuantes após a realização da diligência fiscal.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **206891.0036/18-7**, lavrado contra **USINAS SIDERÚRGICAS DE MINAS GERAIS S/A. USIMINAS**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$7.152.972,27**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, VII, “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Esta Junta de julgamento Fiscal, recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art.169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 18.558, com efeitos a partir de 17/08/18.

Sala das Sessões do CONSEF, 11 de fevereiro de 2020.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS – RELATORA

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - JULGADOR