

PROCESSO - A. I. Nº 281078.0001/06-0
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - UNILEVER BRASIL LTDA.
RECURSO - RECURSO EXTRAORDINÁRIO – Acórdão 2ª CJF nº 0077-12/07
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
INTERNET - 24/09/2009

CÂMARA SUPERIOR

ACÓRDÃO CS Nº 0027-21/09

EMENTA: ICMS. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. IMPORTAÇÃO. ERRO NA APLICAÇÃO DA ALÍQUOTA. ÁLCOOL GRAXO C12C13 DENOMINADO NEODOL 23. RECOLHIMENTO A MENOS. Restou comprovado que o produto importado tem aplicação exclusiva como matéria-prima na formulação de detergentes, sendo o seu subproduto destinado à fabricação de cosméticos e similares. Infração improcedente. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Extraordinário apresentado pela PGE/PROFIS, previsto no art. 169, II, “c” do RPAF/99, pretendendo modificar o Acórdão CJF Nº 0077-12/07, prolatado pela 2ª Câmara de Julgamento Fiscal que, em Decisão unânime, deu provimento ao Recurso Voluntário e declarou prejudicado o Recurso de Ofício, julgando improcedente o Auto de Infração em epígrafe.

O Auto de Infração foi lavrado, em 15/02/2006, para cobrar ICMS, no valor total de R\$ 4.778.276,58, em razão das seguintes irregularidades:

1. Recolheu a menos o ICMS devido na importação de mercadoria do exterior, em razão de erro na aplicação da alíquota. Trata-se de erro na determinação da alíquota na importação de álcool, tendo sido aplicada a alíquota de 17% em vez de 27%. Lançado imposto no valor de R\$1.852.871,48.
2. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadoria adquirida com pagamento de imposto por antecipação tributária. Trata-se de importação de álcool, não destinado ao uso automotivo, tendo em vista que o produto adquirido para comercialização estava enquadrado no regime de substituição tributária. Lançado ICMS no valor de R\$2.925.405,10.

Por meio do Acórdão JJF Nº 0256-01/06, fls. 195 a 204, a 1ª Junta de Julgamento Fiscal (1ª JJF) julgou a infração 1 procedente, ao passo que a infração 2 foi declarada procedente em parte no valor de R\$298.534,68.

Considerando que o valor da desoneração do sujeito passivo ultrapassava o limite previsto no art. 169, I, “a”, “1”, do RPAF/99, a 1ª JJF recorreu de ofício de sua Decisão.

Inconformado com a Decisão exarada pela 1ª JJF, o contribuinte apresentou Recurso Voluntário, onde alegou, em apertada síntese, que o álcool em questão não se destinava ao uso automotivo e não estava enquadrado no regime de substituição tributária.

A PGE/PROFIS opinou pelo Não Provimento do Recurso Voluntário, pois entendia que para as operações em tela a alíquota prevista na legislação vigente à época era de 27%, e o produto em questão estava enquadrado no regime de substituição tributária.

Por meio do Acórdão CJF Nº 0077-12/07, fls. 245 a 254, o Recurso Voluntário foi provido e o Auto de Infração foi julgado improcedente, tendo ficado prejudicado o Recurso de Ofício. O ilustre relator da Decisão recorrida fundamentou o voto nos seguintes argumentos: o álcool importado

era empregado como matéria-prima na fabricação de detergentes, cosméticos e similares; o referido produto não se enquadrava no dispositivo do RICMS-BA que tratava do álcool destinado a uso automotivo; o espírito do legislador, ao tratar da antecipação tributária do álcool, voltava-se exclusivamente para os produtos destinados ao consumo automobilístico.

Por entender que a Decisão proferida pela 2ª CJF contrariava a legislação tributária estadual e os princípios gerais do Direito Tributário, os ilustres procuradores do Estado, Dr. José Augusto Martins Júnior e Dra. Maria Helena Cruz Bulcão, com arrimo no art. 169, II, “c”, do RPAF/99, interpuseram o presente Recurso Extraordinário.

Os procuradores afirmam que a tese sustentada na Decisão recorrida não merece guarida, pois não está embasada na legislação vigente. Sustentam que, para o deslinde da questão, deve ser aplicada a lei vigente à época da ocorrência dos fatos, segundo o princípio de que “o tempo rege o ato”. Frisam que o alcance da incidência da norma não poderia ter sido estendido sob o argumento de que esse era o “espírito da lei”.

Salientam que a fixação de alíquotas diferenciadas é viável, desde que fique adstrita aos princípios basilares de Direito Tributário. Mencionam que a variação de alíquota em patamar menor que a tida como paradigma caracteriza uma espécie de redução de base de cálculo e, como tal, não é passível de uma interpretação extensiva. Ressaltam que a norma em questão não trata de penalidade e, portanto, não há como se falar na aplicação do princípio da retroatividade da norma mais benéfica.

Ao concluir, os ilustres procuradores solicitam que seja reformada a Decisão recorrida, e que o processo siga até o seu final.

Notificado acerca da interposição do Recurso Extraordinário, o recorrido se pronunciou nos autos, fls. 278 a 301, alegando que a Decisão recorrida não merecia qualquer reparo.

Preliminarmente, o recorrido alega que a Câmara Superior do Conselho de Fazenda do Estado da Bahia, por falta de amparo legal, não pode reexaminar, em sede de Recurso Extraordinário, Decisão que “supostamente” conflita com princípios gerais do Direito Tributário. Sustenta que não houve, na Decisão da 2ª CJF, qualquer contrariedade à legislação, haja vista que os julgadores realizaram uma interpretação coerente da abrangência do art. 51, II, do RICMS-BA, dispositivo que diz ser aplicável apenas aos produtos destinados ao consumo automobilístico.

O recorrido destaca que, caso seja ultrapassada a questão da admissibilidade, o Recurso Extraordinário não deve prosperar, pois a 2ª CJF não lhe imputou uma nova alíquota, mas interpretou o disposto no art. 51, II, do RICMS-BA. Aduz que o previsto no art. 111 do Código Tributário Nacional não se aplica ao caso em tela.

Referindo-se à infração 1, o recorrido afirma que a exigência fiscal não procede, haja vista que o produto importado não é “álcool, não destinado ao uso automotivo”. Diz que as Declarações de Importação mostram que se tratava de “Neodol 23”, produto enquadrado na posição 3823.70.20 da Nomenclatura Comum do Mercosul (NCM), tendo como descrição “álcoois graxos (gordos) industriais”. Aduz que, nos termos do laudo técnico acostado às fls. 166 a 169, não há qualquer semelhança entre os “álcoois graxos” e o “álcool etílico ou etanol”. Diz que a palavra “álcool”, por si só, não significa uma substância química e, portanto, não deve ser utilizada para designar um produto, já que é uma função orgânica.

Salienta que os “álcoois graxos” e o “álcool etílico ou etanol” estão em diferentes Seções, Capítulos e Posições da TIPI (Tabela de Incidência do IPI). Diz que o produto importado, “álcool graxo”, não é o mesmo descrito pela autuante como sendo “álcool etílico”, o qual é tributado pela alíquota de 27%, nos termos do art. 51, II, “e”, c/c o art. 51-A, do RICMS-BA.

Após transcrever as modificações introduzidas na redação do art. 51, II, “e”, do RICMS-BA, o recorrido afirma que, a partir de 05.01.04, conforme foi dito no Acórdão recorrido, “o legislador alcançou todos os tipos de produto “álcool”, desde que dispostos na posição 22.07 da NCM.

Destaca que o produto importado não se encontrava nessa posição, mas sim na 3823.

Solicita que a Decisão recorrida, relativamente à infração 1, seja mantida, pois a alíquota de 27% nunca alcançou o produto importado – “álcoois graxos (gordos) industriais”.

Quanto à infração 2, o recorrido alega que o produto importado não está submetido ao regime de substituição tributária. Reitera que o “álcool” que consta no RICMS-BA é o previsto na posição 22.07 da NCM, e não o constante na posição 3823. Diz que não há como se aplicar o regime de substituição tributária ao produto importado, já que esse produto é comercializado para a Oxiteno Nordeste S/A, que o utiliza como matéria-prima. Sustenta que a Decisão da 2ª CJF também deve ser mantida no que tange à infração 2.

Ao finalizar o seu arrazoado, o recorrido solicita que seja negado seguimento ao Recurso Extraordinário interposto, por falta dos requisitos de admissibilidade. Caso assim não entenda este Conselho, requer que seja mantida a Decisão recorrida. Protesta pela sustentação oral e pede que as intimações sejam dirigidas ao endereço que declina.

Ao tomar conhecimento do Recurso Extraordinário interposto, a autuante apresentou pronunciamento, fls. 308 a 315, intitulado de “Informação Fiscal”.

Nesse pronunciamento, a autuante, referindo-se à infração 1, diz que o procedimento adotado pelo recorrido estava em desacordo com a legislação vigente à época. Aduz que, no exercício de uma atividade administrativa plenamente vinculada, lhe cabia aplicar a lei, a qual previa a alíquota de 27% para as operações listadas na autuação.

Sustenta a autuante que é extremamente difícil compreender as reais intenções do legislador na elaboração da norma, num determinado momento. Diz que a interpretação teleológica não é a melhor solução para o caso em tela, pois, a depender da perspectiva, pode-se chegar a conclusões inteiramente conflitantes. Afirma que, por ser um comando que fere frontalmente a lei, o posicionamento adotado pela 2ª CJF não merece prosperar.

Quanto à infração 2, a autuante diz que as operações arroladas na autuação tratam da importação de “álcool graxo CI2C13”, também chamado de “Neodol”, e, portanto, as importações deste produto se submetem à substituição tributária por antecipação, conforme o disposto nos artigos 61, X, c/c o 97, IV, “b”, 515-B e 515-C, I, todos do RICMS-BA.

Explica a autuante que a infração 2 não decorre da infração 1; pois esta se refere à alíquota aplicável ao “Neodol”, ao passo que aquela trata de uso indevido de crédito fiscal. Diz que qualquer álcool, independente da sua finalidade, está sujeito à antecipação tributária, por força do disposto no artigo 61, X, do RICMS-BA.

Ao concluir o seu pronunciamento, a autuante solicita que seja mantida a autuação.

Os ilustres representantes da PGE/PROFIS presentes à sessão de julgamento, doutor José Augusto Martins Junior e doutora Sylvia Maria Amoêdo Cavalcante, explicaram durante a sustentação oral que a matéria tratada neste Recurso Extraordinário abrangia apenas a infração 1.

VOTO

Trata-se de Recurso Extraordinário interposto pelos representantes da Procuradoria Geral do Estado – Procuradoria Fiscal, em que solicitam a reforma do Acórdão CJF nº 0077-12/07, para que, assim, se restaure a exigência fiscal referente à infração 1 e se dê prosseguimento ao processo.

O disposto no artigo 169, inciso II, alínea “c”, do RPAF/99, prevê que caberá “*Recurso Extraordinário, de competência da representação da Procuradoria Geral do Estado no CONSEF, quando a Decisão contrariar a legislação, as provas dos autos ou o entendimento manifestado em decisões reiteradas do CONSEF*”. Por seu turno, o artigo 172 do mesmo RPAF estabelece que o prazo para a interposição do Recurso Extraordinário é de 10 (dez) dias, contado da data da publicação da Decisão.

Analisando as peças processuais à luz desses citados dispositivos regulamentares, constato que o Recurso Extraordinário interposto pela PGE/PROFIS, deve ser acolhido, pois é tempestivo e tem amparo legal.

Na infração 1, objeto do Recurso Extraordinário, foi imputado ao recorrido o recolhimento a menos do ICMS devido na importação de mercadoria do exterior, em razão de erro na aplicação da alíquota cabível. Segundo a acusação, fora aplicada da alíquota de 17% em vez de 27%.

A mercadoria objeto dessa infração é o “álcool laurílico”, denominado comercialmente de Neodol 23. As importações dessa mercadoria abarcaram o período de janeiro a outubro de 2005. Dessa forma, ao citar ou transcrever legislação pertinente à matéria em discussão, utilizarei sempre a redação prevista à época da ocorrência dos fatos geradores.

Nas operações de importação de mercadoria do exterior, em princípio, o ICMS devido é apurado à alíquota de 17%, conforme previsto no artigo 15, I, “d”, da Lei nº 7.014/96, transcrito a seguir:

Art. 15. As alíquotas do ICMS são as seguintes:

I - 17% (dezessete por cento):

[...]

d) nas operações de importação de mercadorias ou bens do exterior;

Tendo em vista que o ICMS é um imposto que pode ser seletivo, em função da essencialidade da mercadoria, o legislador estadual ressaltou no artigo 16, II, “e”, da Lei nº 7.014/96, que:

Art. 16. Não se aplicará o disposto no inciso I do artigo anterior, quando se tratar das mercadorias e dos serviços a seguir designados, cujas alíquotas são as seguintes:

[...]

II - 25% nas operações e prestações relativas a:

[...]

e) óleo diesel, gasolina e álcool;

No Recurso Extraordinário interposto, a primeira razão apresentada para a reforma da Decisão recorrida é que a deliberação da 2ª CJF não estaria embasada na legislação vigente à época, mas sim em uma aplicação retroativa de norma que só passaria a vigor a partir de 01/10/05.

Examinando o voto exarado no Acórdão CJF Nº 0077-12/07, constato que a Decisão recorrida foi tomada com base na legislação vigente à época dos fatos, não havendo, assim, como se dizer que no referido voto tenha sido utilizada a aplicação retroativa de lei. A essência do voto proferido estava no convencimento do relator e dos demais integrantes da 2ª CJF de que a mercadoria em comento não se incluía entre as elencada na alínea “e” do inciso II do artigo 51 do RICMS-BA – ou alínea “e” do inciso II do artigo 16 da Lei nº 7.014/06.

Prosseguindo em seu Recurso Extraordinário, os ilustres procuradores defendem a tese de que, nos termos do artigo 111 do CTN, a legislação que define a alíquota de imposto deve ser interpretada de forma literal.

Para um melhor entendimento da questão, transcrevo a seguir o disposto no artigo 111 do CTN:

Art. 111. Interpreta-se literalmente a legislação tributária que disponha sobre:

I - suspensão ou exclusão do crédito tributário;

II - outorga de isenção;

III - dispensa do cumprimento de obrigações tributárias acessórias.

A tese recursal que propugna pela exclusiva interpretação literal do disposto na alínea “e” do inciso II do artigo 16 da Lei nº 7.014/96 está fundamentada na seguinte lógica: a utilização de uma alíquota menor que a prevista equivale a uma redução da base de cálculo, o STF definiu que a redução de base de cálculo é uma espécie de isenção parcial, o artigo 111 do CTN determina que se interpretará literalmente a legislação que verse sobre a outorga de isenção; portanto, a definição da alíquota do imposto deve ser interpretada literalmente.

Respeitosamente, entendo que essa conclusão está baseada em uma premissa falsa, pois a utilização de uma alíquota menor que a prevista não equivale e nem se confunde com a redução de base de cálculo, haja vista que, na apuração do imposto devido, alíquota e base de cálculo são variáveis distintas, independentes e de naturezas diversas. Ao contrário do afirmado à fl. 268, a variação da alíquota não altera a base de cálculo do ICMS, pois a alíquota e a base de cálculo são variáveis independentes.

No entanto, saliento que a criação desse raciocínio lógico serve para evidenciar o esforço interpretativo visando a inclusão da matéria pertinente a alíquotas dentre as hipóteses previstas no artigo 111 do CTN. Essa tentativa de incluir a definição de alíquota dentre as hipóteses previstas no citado artigo 111 não me parece a mais acertada, pois considero que itens ali discriminados são taxativos, e não meramente exemplificativos.

Em face do acima exposto, divirjo da tese elaborada pelos ilustres procuradores, uma vez que não vislumbro no artigo 111 do CTN a imposição da interpretação literal na definição de alíquota.

Todavia, comungando com a tese defendida pelo relator da Decisão recorrida, entendo que os produtos discriminados na alínea “e” do inciso II do artigo 16 englobavam apenas aqueles destinados ao uso automotivo. Como foi bem salientado na Decisão recorrida, *“o produto importado pelo recorrente tem aplicação exclusiva como matéria-prima, insumo na formulação de detergentes, e posteriormente, subproduto destinado à fabricação de cosméticos e similares”*.

Saliento que a Decisão recorrida está em perfeita consonância com o princípio constitucional da Seletividade do ICMS, pois, na alínea “e” do inciso II do artigo 16 da Lei nº 7.014/96, foram relacionados produtos (combustíveis automotivos) que, para fins de ICMS, eram considerados como supérfluos. Também observo que o relator da Decisão recorrida foi feliz ao considerar que todos os produtos arrolados na citada alínea “e” eram todos combustíveis automotivos, haja vista que a boa técnica legislativa manda agrupar em uma mesma alínea os produtos similares.

Por tudo quanto exposto acima, estou convicto que nas importações da mercadoria citada na infração 1 a apuração do ICMS era feita à alíquota de 17%, conforme consta na Decisão recorrida.

Voto, portanto, pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Extraordinário, para manter inalterada a Decisão recorrida.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da Câmara Superior do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Extraordinário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº 281078.0001/06-0, lavrado contra **UNILEVER BRASIL LTDA.**, e considerar **PREJUDICADO** o Recurso de Ofício interposto.

Sala das Sessões do CONSEF, 31 de agosto de 2009.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA – PRESIDENTE

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – RELATOR

SYLVIA MARIA AMOÊDO CAVALVCANTE – REPR. DA PGE/PROFIS