

PROCESSO	- A. I. Nº 281390.0012/09-2
RECORRENTE	- MINERCON – MINERAÇÃO E CONSTRUÇÕES S/A.
RECORRIDA	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO	- RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4ª JJF nº 0122-04/11
ORIGEM	- INFRAZ INDÚSTRIA
INTERNET	- 21/09/2012

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0259-12/12

EMENTA: ICMS. BASE DE CÁLCULO. ERRO NA DETERMINAÇÃO DO VALOR. REDUÇÃO INDEVIDA. OPERAÇÕES INTERNAS E INTERESTADUAIS. Mantida a exigência fiscal, tendo em vista a utilização do benefício, contrariando disposição contida no art. 82, inciso III do RICMS/BA. Infração subsistente. Indeferido pedido de diligência fiscal. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário contra a Decisão da 4ª Junta de Julgamento Fiscal que julgou Procedente o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 28/09/2010 para cobrar ICMS no valor de R\$ 39.455,19, em razão de utilização indevida do benefício da redução da base de cálculo, nos meses de janeiro a dezembro de 2007 e janeiro a dezembro de 2008, acrescido da multa de 60%.

Tem-se como esclarecimento que o lançamento se deve à aplicação da redução indevida da base de cálculo nas saídas de areia de brita e pó de pedra em desacordo com o Convênio ICMS 13/94.

O contribuinte apresentou Defesa às fls. 86e 92, pedindo pela improcedência da infração e, por parte do fiscal autuante, foi apresentado informação fiscal às fls. 129 a 130, dizendo que a redução da base de cálculo é específica para as saídas internas de pedra britada e de mão, não cabendo interpretação extensiva a outros produtos ou subprodutos, solicitando pela procedência do Auto de Infração.

Regularmente instruído, o processo foi a julgamento pela 4ª JJF, que decidiu, por unanimidade, pela procedência da exigência fiscal, com base nas considerações a seguir transcritas, *in verbis*:

"VOTO

O Auto de Infração em lide foi lavrado para exigir ICMS relativo a recolhimento a menos do ICMS, em decorrência da aplicação, de forma incorreta, da redução da base de cálculo nas saídas de materiais comercializados pelo contribuinte.

Observo que o autuado alega que os seus produtos têm diversas classificações e que de acordo com o tamanho do mineral, recebem denominações variadas, porém nunca perdendo sua essência, pretendendo que todos os materiais citados gozem do benefício fiscal. Para tanto, apresentou laudo técnico e acórdãos, afirmando ter evidenciado que os produtos apenas têm sua nomenclatura diferenciada pela granulometria, ou seja, pelo diâmetro do material rochoso submetido ao processamento industrial. Aduziu que a infração não pode prosperar, uma vez que todas as classificações da pedra britada discriminadas pela fiscalização como produtos diferentes daqueles contemplados pelo benefício, não consubstanciam a falta de recolhimento do ICMS, por gozarem de redução da base de cálculo. Pelo que requer que a autuação seja julgada improcedente.

Discordo do entendimento exposto pelo impugnante, pois a matéria em lide está claramente delineada nas disposições do art. 82 do RICMS-BA:

Art. 82. É reduzida a base de cálculo das operações com minerais:

... III - até 31/12/12, nas saídas internas de pedra britada e de mão, calculando-se a redução em 33,33% (trinta e três inteiros e trinta e três centésimos por cento) (Convs. ICMS 13/94). (grifos meus)

É certo as reduções de bases de cálculo são benefícios fiscais concedidos com o objetivo de diminuir a carga fiscal de determinados segmentos da economia, mas por ser uma espécie de isenção na modalidade parcial, interpreta-se literalmente a legislação que disponha sobre ela (art. 111 do Código Tributário Nacional).

É que na doutrina, as reduções de base de cálculo são comumente chamadas de isenções parciais. Pontes de Miranda ocupou-se da espécie:

“As isenções são totais e parciais. Dizem-se parciais as isenções que deduzem do percentual do imposto ou do imposto fixo. As isenções totais são preexcludentes da imposição: o imposto não recai no objeto ou no negócio jurídico a que se refere a regra jurídica de isenção”. (Miranda, Pontes de. Questões Forenses, Rio de Janeiro, Borsoi, tit. I, p. 50.

Souto Maior leciona que as isenções podem classificar-se em totais e parciais:

“As isenções totais excluem o nascimento da obrigação tributária enquanto que nas isenções parciais, surge o fato gerador da tributação, constituindo-se, portanto, a obrigação tributária, embora o quantum do débito seja inferior ao que normalmente seria devido se não tivesse sido estabelecido preceito isentivo”.

E arremata: “A isenção parcial consiste, mais propriamente, numa redução ou bonificação do débito tributário...” (Borges, José Souto Maior. Isenções Tributárias. p. 281).

As isenções podem reverter-se de diversas modalidades técnicas, segundo o elemento de quantificação da relação tributária que se utiliza para provocar o efeito liberatório desejado, podendo, assim, falar-se em bonificações na base de cálculo, nos tipos de gravame ou na alíquota. (idem, ibidem).

Ora, o art. 82, inciso III do RICMS-97, concede em operações de comercialização dentro do Estado da Bahia, redução de base de cálculo de 33,33%, apenas para pedra britada e de mão. O autuado, através de uma interpretação extensiva desse dispositivo, fez incidir a referida redução da base de cálculo nas operações internas de comercialização com areia de brita e pó de pedra, cujo ICMS a elas relativo lhe está sendo exigido neste auto como demonstrado nas fls. 08 a 81.

O autuado não contestou os valores apurados. Limitou-se a alegar que os materiais em questão estariam incluídos no inciso III do art. 82 do RICMS-BA.

Apesar do esforço expendido pela defesa no sentido de fazer incorporar outros produtos de sua exploração ao amparo da especificidade contida no dispositivo legal concedente do benefício fiscal, que expõe a redução da base de cálculo do ICMS restritamente aos tipos PEDRA BRITADA e PEDRA DE MÃO, por força da restrita interpretação que se deve dar ao dispositivo legal acima transcrito, não há como vingar a pretensão de extensão do benefício fiscal a outras mercadorias que o autuado explora e comercializa.

Ademais se evidencia nitidamente na presente situação que os produtos alcançados por essa infração não mais possuem as características originárias da pedra que lhe dera origem, haja vista que após a modificação realizada pelo contribuinte, suas peculiaridades físicas (granulométricas) e de aplicação comercial nada têm a ver com as expressamente descritas no diploma legal que concedeu o benefício fiscal. Este entendimento é o que consta, por exemplo, no acórdão CJF 0136-11/07.

Quanto ao pedido de diligência solicitado, observo que conforme art. 150, I do RPAF, diligência fiscal se destina a realização de ato por ordem da autoridade competente para que se cumpra uma exigência processual ou para que se investigue o respeito do mérito da questão, e consiste na pesquisa, sindicância, exame, vistoria, levantamento, informação, cálculo ou qualquer outra providência que vise à elucidação da matéria suscitada, que não requeiram conhecimento técnico especializado. Com fundamento no art. 147, I, “a”, do citado regulamento, indefiro o pedido formulado, tendo em vista que os elementos contidos nos autos são suficientes para formar minha convicção a respeito da questão tratada neste caso.

Considerando que, conforme transcrevemos acima, a matéria em questão e objeto do presente Auto de Infração está perfeita e claramente definida na legislação tributária, em especial, no RICMS-BA, analisando as provas autuadas estou plenamente convencido do cometimento da infração pelo contribuinte autuado, devendo, portanto, ser a autuação mantida integralmente.

No que se refere ao suposto efeito de confisco da multa por descumprimento de obrigação acessória, friso não ser da competência dos órgãos julgadores administrativos a declaração de constitucionalidade (arts. 157 a 159 e 167, I, RPAF/99), ao tempo que a ratifico porque é a prevista na legislação específica para a infração que aqui vejo restar caracterizada.

Voto pela procedência do Auto de Infração.

Inconformado com a Decisão proferida pela Primeira Instância, o contribuinte apresenta Recurso Voluntário (fls. 145 a 151), onde alega que a Decisão recorrida merece ser reformada, repisando

integralmente os argumentos apresentados na sua defesa inicial, bem como refaz todos os pedidos já postulados.

Alega que tem direito ao benefício fiscal inscrito no art. 82, III do RICMS, conforme o Convênio ICMS 13/94. Fala que a 4ª JJJ tive "*um entendimento restritivo sobre o benefício concedido no Convênio ICMS 13/94, aplicando-o em sua literalidade*". Fala que apresentou vasta documentação comprobatória com o fito de mostra que a literalidade da norma não se resume ao nome da mercadoria e sim a composição da mesma. Argumenta que "*Se um benefício fiscal é concedido a uma determinada mercadoria, neste caso, a alguns minerais, é dado ao composto mineral, e não simplesmente a nomenclatura deste*".

Cita e reproduz o art. 82, III do RICMS para alegar que "*o benefício fiscal foi concedido a uma série de minerais, incluindo-se a “pedra britada e de mão”, ao passo que o recorrente foi autuada por utilizar a redução na Base de Cálculo para saídas de areia de brita e pó de pedra*".

Explica que mesmo com nomenclaturas diversas, trata-se do mesmo composto mineral. Alega que "a areia de brita e o pó de pedra constituem-se no exato mesmo produto da pedra britada, sendo a diferença apenas uma questão técnica, que recai sobre a dimensão da rocha". Monta um quadro ilustrando que somente há diferença de tamanho entre os minerais, nos seguintes termos:

- Bloco de Pedra: Maior que 600 mm;
- Pedra Marroada: Entre 250 e 600 mm;
- Matação: Entre 75 e 250 mm;
- Brita: Entre 4,8 e 100 mm;
- Areia de Brita: Material Granular de dimensões entre 4,8 e 0,075 mm proveniente da fragmentação mecânica de rocha "Britagem";
- Pó de Pedra: Inferior a 6,3 mm.

Resume que a distinção está somente na peneira do produto, que separa e classifica a rocha de acordo com suas dimensões. Dessa forma, como se trata de mesmo produto, questiona qual seria a razão para a concessão do benefício fiscal para um e a vedação para outro. Fala que todos os materiais em questão destinam-se à construção civil, e que o objetivo do legislador era estimular esse setor. Assim, todas as versões deste mesmo produto merecem ser agraciadas com o benefício fiscal estabelecido no Convênio ICMS 13/94. Onde há a mesma razão, deve haver a mesma disposição.

Colaciona jurisprudência administrativa que toca o tema, para argumentar que não se pretende ampliar o alcance do benefício concedido, mas tentar explicar que "*a simples diferença na “peneira” do material não pode ser capaz de desvirtuar a sua natureza química ou comprometer a sua destinação*". Reitera o argumento de que a pedra britada e areia de brita constituem-se no mesmo composto e possuem a mesma destinação, sendo que a vontade do legislador não é desvirtuada com o aproveitamento da redução da base de cálculo em questão.

Alega que não cabe a autoridade fiscal restringir o alcance do benefício fiscal concedido pelo Convênio ICMS 13/94.

Assevera que a multa aplicada é ilegal. Reproduz o art. 42, II, 'a' da Lei nº 7.014/96 para afirmar que "*o citado dispositivo não se aplica à situação ora em análise, uma vez que a suposta falta de recolhimento tempestivo do imposto ocorreu em decorrência da utilização de instituto – benefício fiscal – legitimamente concedido, que afastava momentaneamente a obrigação tributária, ao possibilitar a redução da base de cálculo do imposto por um determinado período*".

Alega que o §7º do artigo 42 da Lei nº 7.014/96 prevê a possibilidade de cancelamento ou redução da multa aplicada por descumprimento de obrigações acessórias, desde que fique comprovado

que as infrações tenham sido praticadas sem dolo, fraude ou simulação e não impliquem falta de recolhimento do imposto.

Alega que mesmo admitida à aplicação da multa, é nítido o caráter confiscatório, ficando latente sua constitucionalidade, por afronta direta ao artigo 150, inc. IV da Constituição Federal, motivo pelo qual, acaso mantida deve ser reduzida.

Ao final, pede que seja conhecido e provido o presente Recurso, com a reforma da Decisão de piso, para que se julgue improcedente a autuação. Requer ainda o reconhecimento da improcedência da multa aplicada, em razão da utilização de benefício fiscal que autoriza a redução da base de cálculo do imposto, ou, alternativamente, que seja reduzida, haja vista a boa fé do recorrente.

Após, os autos foram encaminhados a PGE/PROFIS para exame. Ao exarar o Parecer de fls. 156 a 159, o ilustre representante da PGE/PROFIS, o procurador José Augusto Martins Junior, faz uma breve síntese do Auto de Infração e da irresignação tracejada no Recurso.

Considera que pela "*análise literal da dicção do art. 111 do Código Tributário Nacional, é possível extraír que o legislador sempre balizou o comando legal no sentido de que as normas atinentes à benefícios fiscais em sentido latu fossem sempre encartadas numa idéia de interpretação literal*". Afirma que interpretação literal não é conflituosa com outros métodos de hermenêuticas modulados em cada análise. Entende que "*a análise da hipótese vertente perpassa inevitavelmente por outro enfoque, ao sobrejo da análise meramente literal*".

Diz que o Convênio ICMS 1394 foi criado como um mecanismo de fomento à atividade da construção civil. Logo, neste cenário, avisa que o "*Acordo Interestadual em análise buscou tracejar novo mecanismo de desafogo a atividade da construção civil, reduzindo a tributação do principal insumo do setor, a brita, in casu o mais importante agregado artificial utilizado nas edificações*". Seguindo o seu raciocínio, o n. Procurador entende que "*configura-se absolutamente ininteligível a criação dum entrave, sob o argumento da interpretação literal, da concessão de redução de base de cálculo à pedra britada e de mão, não o estendendo às operações com areia de brita e pó de brita, materiais extraídos do mesmo produto.*" Neste ponto, assevera que, como bem pontuado pelo Recorrente, e ratificado por estudo realizado no Ministério de Minas e Energia, a brita é um agregado artificial, devidamente extraído em forma de blocos de rocha, que passam por diversos processos de fragmentação.

Aponta que não há razão lógica para se obstar a utilização do benefício da redução da base de cálculo pelo Recorrente, sob pena de "*se prestigiar tão-somente uma visão literal da norma, em detrimento de outros métodos de persecução de alcance normativo, em especial uma aferição teleológica e axiológica da gênese do comando legal*".

Ao final, opina pelo provimento do Recurso Voluntário.

Em seguida, o PAF foi encaminhado à procurador assistente Aline Souza Casali Bahia, que proferiu despacho de fl. 166, acompanhando integralmente os termos do Parecer exarado à fls 156 a 159.

VOTO

Trata-se de Recurso voluntário contra Decisão da 4ª JJF que julgou procedente a infração pela utilização indevida do benefício da redução da base de cálculo, nos meses de janeiro a dezembro de 2007 e janeiro a dezembro de 2008, acrescido da multa de 60%.

Indico que a matéria em lide foi tratada em recente julgamento, do dia 18.04.2012, no Acórdão CJF nº 0094-12/12, entre as mesmas partes e com os mesmos argumentos, tendo como Decisão a procedência da infração. Diante da flagrante identidade de fatos, compartilho o entendimento exarado no referido julgamento, transcrevendo a parte pertinente do voto proferido no citado Acórdão:

"O recorrente alega que, embora as determinações do art. 82, III, do RICMS conceda o benefício fiscal às saídas dos produtos "pedra britada e de mão" e que a autuação teve por base as saídas de bloco, areia de brita e pó de pedra, a questão somente se centrava nas nomenclaturas utilizadas, já que todos os produtos se tratam, a rigor, do mesmo composto mineral, cuja diferença somente se dar por uma questão técnica, que recai sobre a dimensão da rocha. Precisamente: a distinção destes produtos se dá apenas na peneira do produto, que separa e classifica a rocha de acordo com suas dimensões. Assim, se não houvesse alargamento, embora em seguida negue tal afirmativa dizendo que a simples diferença na "peneira" do material não pode ser capaz de desvirtuar a sua natureza química ou comprometer a sua destinação, do conceito dos produtos indicados no benefício fiscal, seria ele aleatório. Afora que o mesmo foi concedido para estimular a construção civil, fato que permitia concluir que, se o objetivo do legislador era estimular esse setor, todas as versões deste mesmo produto merecem ser albergadas pelo benefício fiscal.

O Estado, diante de circunstâncias e interesses da sua comunidade, pode particularizar segmentos econômicos. Desta forma, busca, por meios de suas políticas tributárias, fomentar a economia. Assim, o incentivo/benefício fiscal é um regime especial de tributação que envolve uma vantagem ou simplesmente um desgravamento fiscal perante o regime normal. Entretanto, fica ele condicionado ao cumprimento da norma estabelecida, que deve ser interpretada literalmente, pois, no caso, ela deve proteger o ente tributante para que tais incentivos não sejam ampliados, descaracterizando a sua finalidade e onerando o Estado. E esta situação resta expressamente especificada no art. 111, II, do Código Tributário Nacional – CTN. Em assim sendo, não são características intrínsecas de determinado produto ou mesmo a sua natureza química, ou se o benefício objetivou o fomento à construção civil, de maneira geral como intui o recorrente, que possuem o condão de alargar os produtos listados textualmente no benefício fiscal ora em lide.

Além do mais, o recorrente ainda alargou, por sua própria vontade, um benefício fiscal restrito ao âmbito deste Estado para promover saídas interestaduais.

E, para melhor esclarecer os fatos, transcrevo as determinações do art. 82, III, do RICMS/BA, modificada pelas Alterações nos 122, 130 e 132 (Decretos nos 11656/09, 11923/10 e 11982/10, respectivamente, para prorrogação do prazo de vigência do benefício):

Art. 82. É reduzida a base de cálculo das operações com minerais:

[...]

III - até 31/12/12, nas saídas internas de pedra britada e de mão, calculando-se a redução em 33,33% (trinta e três inteiros e trinta e três centésimos por cento) (Convs. ICMS 13/94).

Diante de tudo exposto, o recorrente pode utilizar do benefício fiscal tão-somente para as operações internas de saídas que realizar e, tão-somente, para os produtos pedra britada e de mão, não podendo aplicar o benefício a qualquer outro produto advindo de sua atividade exercida, o que me leva a manter a infração ora recorrida e como decidida pela JJF."

Em adendo aos argumentos esposados no voto acima transcrito, em que pese os argumentos do nobre Representante da PGE/PROFIS, vale mencionar que cada tipo de produto (pó de pedra, areia de brita, brita, matacão, pedra marroada, bloco de pedra) tem finalidade e aplicação específicas na construção civil, desde a construção de paredes em edifício, passando por blocos de concreto para até construção de diques e barragens, portanto, existe sim uma lógica para se obstar a utilização do benefício da redução da base de cálculo e a aplicação literal do Convênio ICMS 13/94, como preceitua o art. 111 do CTN.

Por tudo que consta nos autos, entendo que a infração 1 é totalmente procedente.

Por fim, quanto à multa aplicada, mesmo entendendo que o percentual é demasiadamente alto, ressalto que a multa indicada na autuação está prevista no art. 42, VII, "a", da Lei nº 7.014/96, para a irregularidade apurada, não cabendo a este colegiado apreciar a constitucionalidade (caráter confiscatório) desse dispositivo legal, segundo o art. 167 do RPAF/99.

Quanto ao pedido de dispensa ou redução de multa, saliento que por se tratar de sanção decorrente de descumprimento de obrigação principal, tal pedido ultrapassa a competência desta Câmara de Julgamento, consoante o art. 158 do RPAF/99. Poderá o autuado, querendo, solicitar à Câmara Superior deste CONSEF, a quem compete apreciar tal pedido, a dispensa da multa, observando os requisitos previstos no art. 159 RPAF/99.

Pelo exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, para manter inalterada a Decisão de primeiro grau.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2^a Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 281390.0012/09-2, lavrado contra **MINERCON – MINERAÇÃO E CONSTRUÇÕES LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$39.455,19**, acrescido da multa de 60%, prevista no inciso II, alínea “a”, do art. 42, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 27 de agosto de 2012.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

RODRIGO LAUANDE PIMENTEL – RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS