

A. I. N° - 206828.0014/12-0
AUTUADO - ARCELORMITTAL BRASIL S.A.
AUTUANTES - LUIZ CARVALHO DA SILVA
ORIGEM - IFEP – SUL
INTERNET - 29/08/2013

3^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0196-03/13

EMENTA: ICMS. 1. ALÍQUOTA. ERRO NA DETERMINAÇÃO. SAÍDAS DE PRODUTOS FABRICADOS POR ESTABELECIMENTOS NÃO PERTENCENTES À MESMA EMPRESA. Restou comprovado que as operações de saídas relacionadas na autuação e destinadas a microempresa, empresas de pequeno porte e ambulantes eram referentes a mercadorias industrializadas por estabelecimentos não pertencentes à mesma empresa, mas sim ao mesmo grupo empresarial. Nessa situação, não é cabível a aplicação da alíquota de 7%. Infração caracterizada. 2. LIVROS FISCAIS. RAICMS. ERRO NA APURAÇÃO DOS VALORES. Infração insubstancial. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. FALTA DE PAGAMENTO TEMPESTIVO DO IMPOSTO POR ANTECIPAÇÃO, NA AQUISIÇÃO DAS MERCADORIAS, TENDO, PORÉM, AS SAÍDAS SIDO TRIBUTADAS NORMALMENTE. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. MULTA. Uma vez comprovada a tributação regular nas operações subsequentes, torna-se inexigível o tributo; neste caso, convertendo-se a exigência relativa ao imposto não antecipado em multa equivalente a 60% do imposto pago intempestivamente, nos termos do art. 42, II, “d”, e § 1º, da Lei nº 7.014/96. Excluído do levantamento fiscal operações com mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária incluídas por equívoco, reduziu-se o débito. Infração parcialmente subsistente. 4. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE BENS DESTINADOS AO ATIVO IMOBILIZADO. O fato gerador deste imposto não se resume apenas à compra para revenda, conforme é previsto no art. 155, §2º, VII e VIII, da Constituição Federal; incide também na aquisição de bens destinados ao ativo permanente, conforme art. 2º, IV a Lei 7.074/96. Infração parcialmente caracterizada. Indeferido pedido de perícia e diligência. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

No auto de infração lavrado em 26/12/2012, foi efetuado lançamento ICMS e multa no valor total de R\$871.672,24, nas infrações a seguir relacionadas:

01 - Recolheu a menos o ICMS em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, nos meses de janeiro a dezembro de 2011, no valor de R\$345.892,59, sendo aplicada a multa de 60% sobre o valor lançamento.

02 - Efetuou o recolhimento a menos do ICMS em consequência de erro na apuração dos valores do imposto, no mês de janeiro de 2011, no total de R\$612,61, e acrescido da multa de 60% sobre o valor devido.

03 - Multa percentual de 60% sobre a parcela do imposto que deixou de ser paga por antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da federação, adquiridas com fins de comercialização e devidamente registradas na escrita fiscal, com saída posterior tributada normalmente, nos meses de janeiro a dezembro de 2011, no valor total de R\$520.726,04.

04 - Deixou de recolher o ICMS decorrente da diferença de alíquotas internas e interestaduais na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da federação, e destinadas ao ativo fixo do estabelecimento, em dezembro de 2011, no total de R\$4.441,00, acrescido de multa de 60% sobre o valor do lançamento.

O autuado apresentou impugnação ao lançamento às fls. 214 a 229, refutando-o com os seguintes argumentos:

Em relação à infração 01, depois reproduzir a alínea “c” do inciso I do art. 51 do RICMS-BA/97, observa que a hipótese da aplicação da alíquota minorada perfaz-se nas operações com mercadorias advindas de estabelecimentos industriais neste Estado por pessoas jurídicas submetidas ao regime normal de apuração, para micro, empresas de pequeno porte ou ambulantes, inscritos como tal.

Afirma que o benefício também alcança a filial atacadista que comercialize produtos industrializados por outro estabelecimento da pessoa jurídica de que faz parte, justamente em virtude da intenção legal em se privilegiar pessoas jurídicas estabelecidas no Estado, ainda que por empresas comerciais, e os destinatários que se utilizam de regime tributário simplificado (microempresas, empresas de pequeno porte e ambulantes). Redargui que ao equiparar a filial atacadista a estabelecimento industrial, não há indicação na norma de que somente os produtos industrializados pelo estabelecimento industrial do conglomerado daquela teriam redução.

Menciona que, de mera interpretação literal do texto, se observa que à filial atacadista cuja estrutura societária também envolva atividade industrial é tido como estabelecimento industrial, para fins de aplicação da alíquota prevista no referido dispositivo regulamentar. Sustenta não haver qualquer restrição quanto à circunstância da distribuição da mercadoria por atacadista para que a operação se utilize da alíquota de 7%, desde que esta tenha entre a gama de produtos que comercializa aqueles produzidos por sua unidade industrial e destino à microempresa, empresa de pequeno porte ou ambulante.

Afirma que, consoante consta do relatório fiscal, as operações questionadas foram realizadas a partir da filial atacadista da empresa industrial, conforme documentos societários a demonstrar o conglomerado industrial que diz ter anexado - doc. 03, não havendo na norma suscitada *discriminem* em relação às operações com mercadorias de pessoas jurídicas industriais por interposta pessoa jurídica industrial. Assevera que a norma é clara ao enquadrar na situação operações com (i) *mercadorias saídas de quaisquer estabelecimentos industriais situados neste Estado cujo imposto seja calculado pelo regime normal de apuração*, (ii) *destinadas a microempresas, empresas de pequeno porte e ambulantes*, sem restringir que a produção seja própria.

Observa que o §1º do art. 51 do RICMS-BA/97 especifica uma equiparação e não restringe a aplicação da alíquota de 7%, mas apenas prevê que também naquela situação ela poderá prevalecer: o atacadista também poderá utilizar a alíquota minorada se for filial de indústria e comercializar produtos desta, sem restringir, contudo, que comercialize somente os seus próprios produtos

Ressalta que o fato das mercadorias terem sido adquiridas de terceiros não invalida o “benefício”, à medida que as operações de saída se deram por filial atacadista, sujeita ao regime normal de apuração do imposto, de empresa industrial, a esta natureza equiparando-se, portanto, para empresas com regime tributário diferenciado, perfazendo todas as condições previstas na norma. Acrescenta ponderando que a finalidade da norma, a qual deve estar à frente de sua própria interpretação, não deixa de ser alcançada pelo fato da mercadoria industrializada remetida para empresas diferenciadas ter sido produzida por pessoa jurídica formalmente diversa daquela que diretamente as comercializa.

Arremata registrando que o foco da previsão favorecida são os destinatários das mercadorias, exigindo-se que os produtos destinados a microempresas, empresas de pequeno porte e ambulantes tenham seu valor reduzido em correspondente ao benefício resultante da adoção da alíquota de 7% em vez da de 17%, com indicação do “desconto” no respectivo documento fiscal, conforme indicado na norma de referência.

Destaca que conforme documentos fiscais que anexa, por amostragem, das operações de saída subsequentes realizadas com microempresas, empresas de pequeno porte e ambulantes que estes foram os beneficiários efetivos da aplicação da alíquota reduzida, constando, expressamente, como determina a Lei, no campo “Informações Complementares”, a circunstância de “Abatimento no preço unitário referente alíquota ICMS de 17% para 7% ...” (docs. 03, em anexo, por amostragem).

Arremata afirmando que foram cumpridos, nas operações objeto desse item da autuação, todos os requisitos exigidos pela norma para a utilização da alíquota de 7%, os quais enumera: a) é filial atacadista que tem, dentre os produtos que comercializa, aqueles produzidos por estabelecimento do conglomerado da pessoa jurídica a que pertence;b) é filial atacadista sujeita ao regime normal de apuração do ICMS; c) o destino dessas mercadorias, comercializadas diretamente pelo estabelecimento atacadista autuado, foram microempresas, empresas de pequeno porte e ambulantes;d) foi repassado para o adquirente, sob a forma de desconto, o valor aproximadamente correspondente ao benefício resultante da adoção da alíquota de 7% em vez da de 17%; e e) a informação quanto ao desconto constou de maneira expressa dos documentos fiscais.

Conclui requerendo a improcedência da autuação, ante a escorreita aplicação do percentual de 7% a título do ICMS.

Quanto à infração 02 esclarece que não ocorrerá qualquer vício a infirmar a apuração e pagamento do ICMS nas operações consubstanciadas nas Notas Fiscais nºs 23483, 23656 e 23487, em face da previsão estabelecida no artigo 87, inciso IV do RICMS-BA/97 que reproduz.

Observa que todos os produtos envolvidos nas operações que retratam têm classificação enquadrada em um dos códigos que transcreve, albergados pela norma interna que lhes garantiu redução da base de cálculo, operada mediante carga tributária de 12% sobre o valor da operação, o que foi efetivamente respeitado.

Frisa que este item da autuação promove a cobrança do valor que decorreria da aplicação da alíquota de 12% para 17%, quando, de fato, o encargo efetivamente devido é de 12%, na forma do inciso IV, do artigo 87, do RICMS-BA/97 que fora devidamente respeitado.

Requer a insubsistência do lançamento.

No que diz respeito à infração 03 ressalta que, ao elencar, indistintamente, todas as operações desenvolvidas no período compreendido entre janeiro e dezembro de 2011 de aquisição de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação com fins de comercialização como sujeitas, a fiscalização simplesmente não se desincumbiu da verificação da efetiva submissão das mesmas aos requisitos de sujeição ao regime de antecipação parcial do ICMS ou de avaliar situações específicas tratadas na legislação de regência que afastam sua aplicação.

Transcreve o teor do art. 12-A da Lei 7.014/96 e do art. 352-A do RICMS-BA/97 para fundamentar a exclusão da aplicação do regime de antecipação pelo adquirente nos casos de operações já subsumidas à substituição tributária.

Nesse sentido, exemplifica que está afastada da obrigatoriedade da antecipação parcial das mercadorias classificadas no código 7213.10.00 da NCM/SH, objeto de diversas das notas fiscais relacionadas no Demonstrativo do Cálculo da Multa, por se encontrar expressamente relacionada no Anexo Único do Protocolo ICMS 26/10. Acrescenta ponderando que, estando as operações auditadas sujeitas à substituição tributária propriamente dita por parte do remetente ao seu estabelecimento, situado neste Estado, conforme previsto em acordo a que aderiu desde 01/2010, resta excluída a ocorrência também da antecipação parcial por parte da adquirente.

Relata que a fiscalização descurando-se do §1º do art. 12-A da Lei 7.014/96, não cuidou, na forma que lhe compete ao teor do art. 142, do CTN, de efetivamente cumprir seu desiderato relativamente às operações listadas no anexo que sustenta esse item da autuação, mediante a confirmação da natureza das operações desenvolvidas *a posteriori*.

Afirma que substancial parcela das mercadorias comercializadas sujeitam-se a substituição tributária ou base de cálculo para o ICMS reduzida, consoante diversos Protocolos/Convênios vigentes. Acrescenta ressaltando que mesmo sendo legítima a cobrança do ICMS por substituição tributária do industrial, atacadista ou de outra categoria de contribuintes que realize operações interestaduais, a antecipação tributária em relação às mercadorias adquiridas afigura-se indevida no caso de venda do produto para consumidores finais, à medida que em se não havendo operação posterior, lhe não caberia a obrigação de antecipar, seja a substituição por antecipação, seja pela substituição propriamente dita, o tributo nestes casos.

Requer prova pericial, para demonstrar que as subsequentes operações desenvolvidas com relação às mercadorias listadas no comentado anexo, até porque não há dúvida de que mesmo em se configurando atacadista, não deixa, muitas das vezes, de promover vendas a consumidores finais.

Assevera que o ICMS devido relativamente à subsequente operação com as mercadorias adquiridas dos outros Estados da Federação foi adimplido inteiramente, de forma que, tendo sido concluída toda a cadeia de operações a partir da entrada da mercadoria no território baiano não remanesce oportunidade para se suscitar essa parcela de antecipação e, consequentemente, a multa acessória dela decorrente.

As multas previstas para o descumprimento de obrigações tributárias principais existem em função destas, e encontram fundamento de validade enquanto aquelas subsistirem, por ser elemento acessório à obrigação principal descumprida, criadas para estimular sua observância. Para corroborar esse seu entendimento cita trecho sobre sanção da lavra do jurista, Hugo de Brito Machado.

Reafirma que, encerrada da fase de tributação relativamente à adquirente da mercadoria, a razão de ser da incidência de dita penalidade não mais persiste, pois não há mais que se falar em obrigação de antecipar um tributo que, em verdade, já estará apurado com a operação de saída subsequente, restando, apenas, a própria obrigação principal a ser cumprida, ou não, como no caso. Prossegue asseverando que a obrigação legal de antecipar o tributo - de caráter precário e provisório - é logicamente incompatível com a obrigação de recolher o tributo apurado - de caráter definitivo -, com o término das operações por parte da adquirente relativamente àquela mercadoria e adimplemento da totalidade da obrigação tributária, em si. Remata pontificando que, mantida a exigência, ter-se-á desvirtuado a intenção da própria norma que estabelece o instituto, à medida que o que se tenciona proteger é, ao cabo, o não recolhimento do próprio tributo, obrigação esta sabidamente de maior importância do que a de antecipação.

Aponta que a fiscalização incorreu em erro na forma de cálculo, haja vista que a aferição da antecipação, valor sobre o qual foi calculada a multa, se deu com base na alíquota de 17% e não

sobre a diferença de alíquota interestadual, tendo sido omitida dedução do valor do imposto destacado no documento fiscal de aquisição, conforme artigo 352-A, do RICMS-BA/97.

Ratifica a impropriedade da forma de cálculo da multa aplicada, tida com base na suposta antecipação que deixou de ser recolhida, desconsiderou outro comando do mesmo dispositivo acima, esculpido no §2º, do art. 352-A, do RICMS-BA/97, no sentido de levar em conta as operações subsequentes para que “Quando a base de cálculo do imposto relativo à operação subsequente for reduzida, aquela do imposto antecipado será igualmente contemplada com referida redução”.

Questiona que, considerando que a fiscalização pretende a cobrança da multa equivalente a 60% do valor do imposto por antecipação, todas as regras previstas para o cálculo desta parcela deveriam ter sido obedecidas para aferição do valor que deixou de ser pago naquela ocasião - de mera antecipação, sobre o qual se calcularia a multa.

Relata que no Demonstrativo de Débito o cálculo da penalidade pretendida foi considerado o acréscimo moratório sobre a multa referente a este item da autuação desde a data da ocorrência das operações. Frisa que caso se confirme a penalidade, seu vencimento é de ser considerado a partir do seu lançamento de ofício e término do prazo concedido para pagamento, ou seja, janeiro de 2013, já que o Auto de Infração foi cientificado à empresa em 12/2012.

Ao cuidar da infração 04 que exige o diferencial de alíquotas na aquisição de mercadoria oriunda de outra unidade da Federação destinadas ao ativo fixo do estabelecimento autuado, referente à compra de “Balança Rodoviária Eletrônica de 60 Tons X 18 Mts”, utilizada para pesagem de produtos constante da Nota Fiscal n.º 5539, emitida em 16/11/2011 pela empresas, Balanças Saturno S.A. do Rio Grande do Sul, sustenta que procede a cobrança do valor histórico, a título de ICMS, de R\$4.441,00, decorrente da aplicação de alíquota de 10%, entendendo que “não lançou a diferença de alíquotas como outros débitos na apuração do ICMS do mês de competência, nem efetuou o pagamento avulso do ICMS correspondente”.

Observa que o cálculo realizado pela fiscalização desconsidera os percentuais efetivamente aplicáveis na entrada de sobredita mercadoria no território baiano, advinda do Estado do Rio de Janeiro, considerando os termos do Convênio ICMS 52/91 que dispõe em suas cláusulas primeira e quinta, cujo teor transcreve. Prossegue asseverando que, em se considerando a previsão expressa no Convênio, o diferencial de alíquotas na comercialização de equipamento industrial advindo de Canoas/RS para seu estabelecimento deveria ser calculado mediante alíquota de 3,66%, resultante da diferença do percentual de 5,14% aplicado na origem sobre o limite máximo estabelecido, para operações internas, de 8,80%. Remata firmando que não há como prevalecer a autuação na forma pretendida, haja vista ter a fiscalização ignorado a norma específica aplicável à espécie.

Assegura que há de se ter em conta que o valor efetivamente devido a título de ICMS, conforme demonstrativo a seguir, foi recolhido, à vista do comprovante em anexo (doc. 07), [DIFAL 8,80% - 5,14% (ICMS da origem) = 3,66% x R\$ 44.409,86 = R\$ 1.625,42]. Ressalta que dessa forma não há como prevalecer a cobrança do valor pretendido pela fiscalização.

Conclui requerendo o cancelamento da autuação.

Requer ainda que a multa da infração 03 seja recalculada para incidir sobre a diferença de alíquota interestadual e para alterar o termo inicial de fluência de juros sobre a mesma, bem como retificado o cálculo do valor atrelado à Infração 04.

Reitera o pedido de prova pericial, nomeando como seu assistente técnico o Sr. Bruno Magno Carvalho da Silva, contador, portador da Carteira de Identidade MG 15095783, inscrito no CPF sob o n.º 084.478.646-26, com endereço comercial na Avenida Carandaí, n.º 1115, 9º andar, Belo Horizonte, Minas Gerais, telefone de contato (31) 3219-1275. Indica, para tanto e atendimento às normas de regência do procedimento administrativo o seu endereço eletrônico: bruno.magno@arcelormittal.com.br.

O autuante apresenta informação fiscal às fls. 367 a 383, alinhando as seguintes ponderações.

Infração 01 - afirma inicialmente que inexiste dúvida alguma quanto à condição de filial atacadista de indústria do autuado e que não desconheceu este fato. Frisa que esta condição subjetiva afirmada pela impugnante não é objeto de questionamento, para a aplicação da alíquota favorecida de 7%, prevista no §1º, inciso I, da Lei Estadual 7.014/96 e reproduzido no art. 51, inciso “i”, alínea “c” do RICMS-BA/97.

Esclarece que se o estabelecimento auditado, filial da indústria ARCELORMITTAL BRASIL S/A transacionasse apenas com produtos fabricados pela mesma, o auto de infração objeto do presente processo não existiria, pois tais operações existem, foram analisadas e consideradas consentâneas com os dispositivos citados e outros afins.

Afirma que o autuado manifesta o entendimento de que, uma vez cumprido este requisito subjetivo (ser filial atacadista de indústria) pode praticar a alíquota reduzida para qualquer mercadoria por ela transacionada, inclusive aquelas oriundas de outras empresas, adquiridas para simples revenda. Pondera que o autuado não atentou a existência de outro requisito e agora de ordem objetiva, a saber: os produtos ou mercadorias merecedores da redução devem ser aqueles fabricados pela sua indústria, vale dizer, fabricados pela “empresa”. Prossegue asseverando que o autuado equivocou-se ao atribuir ao vocábulo técnico “empresa”, nitidamente empregado no texto no sentido de “sociedade empresária”, uma vez que na linguagem do direito empresarial “empresa” é conceituada como uma “atividade”, conforme se depreende do art. 966 do vigente Código Civil, o extensivo sentido de “estabelecimento do conglomerado da pessoa jurídica a que pertence”. Observa que nessa senda, o autuado aplicou a alíquota favorecida não só sobre as operações com mercadorias fabricadas pela sociedade empresária ARCELORMITTAL BRASIL S/A, mas, também sobre operações com mercadorias fabricadas ou oriundas de outras sociedades empresárias pertencentes, segundo se afirma, ao mesmo “conglomerado empresarial”.

Revela que por se tratar de norma redutora de carga tributária, a interpretação cabível é a literal, por força do disposto no art. 111 do CTN, e que por isso, não é cabível, como pretendeu o autuado, alargar o seu alcance para nela albergar operações que o legislador não contemplou. Assevera que nesse sentido não se pode entender como “conglomerado empresarial” o que legislador designou como “empresa” no sentido claro de âmbito da mesma “sociedade empresária”. Para corroborar seu entendimento, reproduz trecho da posição doutrinária em lições dos juristas, Hugo de Brito Machado e Mauro Luís Rocha Lopes.

Sustenta existir dúvida quanto a natureza jurídica do §1º, inciso I, da Lei nº 7.014/96 e do art. 51, inciso I, alínea “c” do RICMS-BA/97 normas que veiculam uma isenção parcial ao conferir às operações por ela individualizadas uma redução de alíquota de 17% (a regra geral) para 7% (regra excepcional).

Afirma que as mercadorias elencadas no Demonstrativo de apuração, fls. 08 a 160, não são fabricadas pela ARCELORMITTAL BRASIL S/A, como reconhece o autuado em diversas oportunidades ao longo de suas razões de defesa.

Esclarece que as sociedades empresárias meramente atacadistas (evidentemente não filiais de indústria) ao praticarem operações com microempresas, Empresas de Pequenos Porte e Ambulantes, são obrigadas a praticarem a alíquota cheia de 17%, eis que, tais operações não estão alcançadas pela citada norma redutora de carga tributária.

Explica que o legislador baiano não incluiu operações meramente comerciais realizadas por atacadistas no benefício porque, ao exercer sua competência específica, subordinando-se às finalidades do art. 170, inciso IX da Carta Magna, também elegera legitimamente como alvo o seu próprio desenvolvimento econômico industrial, excepcionando da alíquota cheia de 17% apenas as operações que tenham por destino aqueles entes empresariais, mas com origem em indústria ou, por extensão, suas filiais atacadistas. Diz serem evidentes os objetivos extrafiscais visados e conjugados.

Destaca que aplicar a alíquota de 7% para operações ditas “meramente atacadistas” é colocar-se em situação de vantagem fiscal indevida face às demais empresas meramente atacadistas, com violação frontal ao disposto no art. 5º caput c/c art. 150, inciso II, da CF (super princípio da isonomia), é pretender um tratamento desigual para uma situação igual.

Informa que o estabelecimento ora autuado já teve contra si lavrados os Autos de Infração de nºs 2693580002/11-9 e 2693580003/11-5, contendo infração idêntica, ambos julgados procedentes na primeira instância administrativa, conforme Acórdãos nº 244-01/11 de 24/08/2011 e nº 202-05/11 de 21/07/2011, da 1ª e 5ª JJF, respectivamente.

Infração 02 - assegura que diante dos Danfes anexados, fica demonstrado que as mercadorias comercializadas nas notas fiscais em questão estariam contempladas pelo benefício da redução da base de cálculo, de modo que a carga tributária, consequentemente, reduz-se a 12%.

Esclarece que o autuado incorreu em erro ao preencher o campo “Base de Cálculo do ICMS, no qual fez constar o valor dos produtos, sem a pretendida redução, cometendo, assim, infração de caráter formal.

Infração 03 - diz que não procede a alegação de que no levantamento fiscal não foi de verificado a submissão das mercadorias ao regime de antecipação tributária e tampouco deixou de observar as disposições regulamentares insculpidas nos artigos citados e reproduzidos da Lei 7.014/96 e do art. 352-A do RICMS-BA/97.

Sustenta que as verificações foram realizadas, objetivando excluírem-se todas as mercadorias sujeitas ao regime de antecipação ou substituição tributária propriamente dita. No entanto, reconhece que escapou do levantamento fiscal, tão-somente, as mercadorias classificadas na Nomenclatura Comum do Mercosul/Sistema Harmonizado - NCM/SH 7213, falha apontada pelo autuado. Acrescenta que esse código da NCM/SH, realmente, encontra-se no Anexo Único do Protocolo ICMS 26/2010, bem como no Anexo 88 do RICMS-BA/97, vigente a partir de 01/11/2011, portanto, as mercadorias nela classificadas sujeitam-se ao regime de substituição tributária, razão pela qual informa que procedera a devida exclusão de todos os itens nela classificados e elaborou, novos Demonstrativo do Cálculo da Multa e Demonstrativo de Débito, fls. 169 a 206.

Assegura que os elementos componentes do Demonstrativo do Cálculo da Multa, constituem a prova cabal de que o cálculo da multa obedece fielmente às regras estabelecidas para o seu cálculo, haja vista que as duas linhas de cabeçalho indicam claramente a fórmula e todos os elementos que a compõe, tais como o Valor do Produto, a Base de Cálculo do ICMS, a Alíquota de origem, o Crédito Fiscal, o Valor da Operação, a Base de Cálculo Reduzida (quando cabível), o Débito Fiscal, o valor da Antecipação Parcial que deveria ter sido recolhido e, finalmente, o valor de 60% sobre este último. Prossegue esclarecendo que esses elementos, e mais os indicativos do NCM/SH, dos documentos fiscais, dos respectivos emitentes e das datas de entrada, formam o conjunto de dados necessários e suficientes para demonstrar a completa obtenção dos valores que integram o item de autuação em apreço. Pondera ainda que a segunda linha do mencionado cabeçalho indica a correlação aritmética entre as diversas colunas que detêm valores, até desaguar no valor da multa. Explica que ao se selecionar qualquer linha do demonstrativo, o resultado encontrado será o mesmo proporcional para todas as demais, bastando efetuar corretamente a expressão algébrica indicada.

Assevera que foram observadas operações que gozam de redução de base de cálculo, a multa foi calculada sobre a diferença de alíquota interestadual” e com a “dedução do valor do imposto destacado no documento fiscal de aquisição”, eis que todas as regras pertinentes ao cálculo correto da antecipação tributária foram rigorosamente observadas, fato reconhecido, pela defesa ao afirmar que “todas as regras previstas para o cálculo desta parcela deveriam ter sido obedecidas para a aferição do valor que deixou de ser pago naquela ocasião - de mera antecipação, sobre o qual se calcularia a multa, o que, contudo, incorreu”

Informa que a legislação pertinente à antecipação parcial do ICMS não contempla averiguações quanto a operações subsequentes realizadas pelo autuado. Esclarece que é indiferente, no caso, que operações sejam destinadas a consumidor final ou não, mesmo porque não se trata de imposto devido por terceiros em operações subsequentes, mas de ICMS devido pelo autuado em função de sua responsabilidade própria.

Em relação à alegação relativa aos acréscimos moratórios sobre a multa, constantes do Demonstrativo de Débito, observa que se trata de exigência prevista em Lei e que sua cobrança obedece a comando do Sistema de Emissão de Auto de Infração - SEAI.

Infração 04 - afirma que não concorda com a interpretação dada pelo impugnante, razão pela qual mantém os termos da autuação, com base nas seguintes constatações.

Depois de reproduzir o teor do art. 69 e as alíneas “a” e “b” do inciso I de seu Parágrafo único, os incisos I e II do art. 72, e o inciso I do art. 77, todos do RICMS-BA/97, para explicar que a base de cálculo para o recolhimento da diferença de alíquotas do ICMS é o valor da operação, mas em se tratando de operações favorecidas com redução de base de cálculo estabelecida em Convênios, a base de cálculo reduzida será adotada também no cálculo da diferença, não se devendo acatar, contudo, para esse mister, reduções ou isenções ou não incidências sem amparo constitucional pela unidade federada de origem.

Observa que de acordo com o art. 77 e seu inciso I do RICMS-BA/97, é reduzida a base de cálculo das máquinas, aparelhos e equipamentos relacionados no anexo I do convênio 52/91, no entanto pondera que, apesar de figurar na Nota Fiscal nº 5.539, emitida pelo remetente Balanças Saturno S/A, Danfe, fls. 362, como classificada na NCM/SH 8423.30.90, a mercadoria Balança Rodoviária não figura no Anexo I do referido Convênio. Continua esclarecendo que o código NCM/SH 8423.30.90, fls. 320, refere-se a “*Báscula de pesagem constante de grão ou líquido; outros aparelhos de pesagem constante e ensacadores*”, definição que em nada se coaduna com Balança Rodoviária, uma vez que a expressão “pesagem constante” sugere vínculo a uma linha de produção na indústria.

Conclui requerendo que o Auto de Infração seja julgado parcialmente procedente, considerando-se parcialmente procedentes as alegações da defesa relativas à Infração 03, novos “Demonstrativo do Cálculo da Multa” e “Demonstrativo de Débito” que seguem anexados a esta informação fiscal, em razão da redução do valor histórico da referida infração de R\$520.726,04 para R\$479.196,08, e da consequente redução do valor do Auto de infração de R\$871.672,24, para R\$830.142,29, sendo que em relação aos itens 01, 02 e 04 do Auto de Infração mantém a autuação.

Em manifestação acerca da informação fiscal, fls. 427 a 435, o autuado repisa todos os argumentos articulado em sede defesa e reitera seus pleitos pela improcedência do Auto de Infração.

Em relação à infração 01 para refutar a jurisprudência do CONSEF acostada pelo autuante acrescenta a observação de que o fato de outras autuações envolvendo essa mesma matéria terem sido submetidos a julgamento administrativo não inibe o merecido conhecimento e debate nesta ocasião, especialmente diante dos argumentos ora apresentados.

No tocante à infração 02 acrescentou que restou demonstrado na informação fiscal que não há qualquer vício a infirmar a apuração e pagamento do ICMS nas operações consubstanciadas nas notas fiscais nº 23483, 23656 e 23487 referidas notas fiscais, em face da previsão estabelecida no art. 87, inciso IV, do RICMS-BA/97. Frisa que o autuante confirmou o erro da autuação ao frisar que “*de fato, diante dos DANFEs anexados, verifica-se, agora, que as mercadorias comercializadas nas notas fiscais em questão estariam contempladas pelo benefício da redução da base de cálculo, de modo que a carga tributária, consequentemente, reduz-se a 12%*”.

Arremata destacando que resta demonstrada a insubsistência desse item do lançamento, de forma que o demonstrativo reproduzido pela informação fiscal sem a retificação no sentido de anular essa exigência, não merece prevalecer.

Quanto à infração 03, depois de mencionar que o autuante informou que foram feitas todas as verificações necessárias para que fossem excluídas “as mercadorias sujeitas ao regime de antecipação ou substituição tributária propriamente dita.”, afirma que torna-se ainda mais evidente que a fiscalização, ao elencar, indistintamente, todas as operações realizadas no período compreendido entre janeiro e dezembro de 2011 de aquisição de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação com fins de comercialização, simplesmente não se desincumbiu da verificação, por completo, da efetiva submissão das mesmas aos requisitos de sujeição ao regime de antecipação parcial do ICMS ou de avaliar situações específicas tratadas na legislação de regência que afastam sua aplicação.

Acrescenta frisando que a vista de tais regras, o Fisco deixou de efetivamente cumprir seu desiderato relativamente às operações listadas no anexo que sustenta essa infração, mediante a confirmação da natureza das operações subsequentes, já que relevante parte das mercadorias comercializadas sujeitam-se a substituição tributária ou base de cálculo para o ICMS reduzida, consoante diversos Protocolos/Convênios vigentes.

Além disso, ainda que se tenha em mente ser legítima a cobrança do ICMS por substituição tributária do industrial, atacadista ou de outra categoria de contribuintes que realize operações interestaduais, a antecipação tributária em relação às mercadorias adquiridas afigura-se indevida no caso de venda do produto para consumidores finais, à medida que inexistindo operação posterior, não caberia a obrigação de antecipar, seja a substituição por antecipação, seja pela substituição propriamente dita, o tributo nestes casos.

Reitera seu pleito para realização de perícia para demonstrar as subsequentes operações desenvolvidas com relação às mercadorias listadas no comentado anexo, até porque não há dúvida de que mesmo em se configurando atacadista, não deixa, muitas das vezes, de promover vendas a consumidores finais.

No que diz respeito à infração 04, ressalta que não há como prosperar a alegação do autuante de que a “Balança Rodoviária Eletrônica de 60 Ton x 18 Mts”, não “figura no Anexo I do Convênio 52/91”, uma vez que “a NCM/SH 8423.30.90 refere-se a Básula de pesagem constante de grão e líquido; outros aparelhos de pesagem constante e ensacadores”, definição que em nada se coaduna com Balança Rodoviária (...”

Assegura que deve ser afastado qualquer tipo de dúvida quanto à mercadoria adquirida, tendo em vista que as figuras ilustradas pelo autuante na informação fiscal, fl. 382, trata-se de outros tipos de básculas (balanças), e a bem da verdade, existem no mercado diversos modelos além daqueles ora exemplificados na manifestação fiscal.

Sustenta que a Balança Rodoviária em questão é um aparelho de pesagem de grande porte, perfeitamente enquadrado na NCM/SH 8423.30.90, e, neste contexto, com a entrada dessa mercadoria no território baiano, o diferencial de alíquotas na comercialização de equipamento industrial advindo de Canoas/RS para seu estabelecimento deveria ser calculado mediante alíquota de 3,66%, resultante da diferença do percentual de 5,14% aplicado na origem sobre o limite máximo estabelecido, para operações internas, de 8,80%, respeitada a previsão contida no Convênio ICMS 52/91.

Não há, portanto, como prevalecer a autuação na forma pretendida também quanto a este item do Auto de Infração, haja vista ter a fiscalização mais uma vez ignorado a norma específica aplicável à espécie.

Conclui destacando que apesar das correções elaboradas pelo autuante para o cálculo do crédito decorrente da infração 03, reitera todos os fundamentos colacionados na sua impugnação, reiterando a prova pericial pleiteada e que, ao fim, seja totalmente cancelada a autuação.

O autuante tomou ciência da manifestação do impugnante, fl. 444, e não se pronunciou.

VOTO

Constato que o auto de infração foi lavrado em obediência as formalidades inerentes ao procedimento de fiscalização, com intimação para entrega dos documentos fiscais, identificação do sujeito passivo, descrição clara das infrações e do cálculo dos valores lançados nos demonstrativos, colacionando as provas obtidas. Assim, não vislumbro a existência de quaisquer vícios formais no Auto de Infração.

No tocante ao pedido de perícia fica indeferido o pedido, com base no art. 147, inciso II do RPAF-BA/99, tendo com vista que a prova pretendida não depende do conhecimento especial de técnicos, sendo desnecessária em vista de outras provas produzidas nos autos elementos constantes nos autos que se afiguram suficientes para as conclusões acerca da lide. Ademais, foi efetuada revisão pelo autuante em relação à infração 03, acatando parte das alegações defensivas.

Ultrapassada as questões preliminares e prejudiciais de mérito, passo ao julgamento de mérito.

A infração 01 trata do recolhimento a menos do ICMS em razão de erro na aplicação da alíquota de 7%, quando das operações de saídas de mercadorias destinadas a microempresas, empresas de pequeno porte ou ambulantes, conforme previsto no §1º do art. 51, I, “c”, RICMS-BA/97 (art. 16, I, “c”, Lei 7.014/96), uma vez que a redução da alíquota é cabível nas saídas diretamente do estabelecimento industrial ou do estabelecimento a este equiparado.

O sujeito passivo refutou a acusação fiscal sustentando que a redução é legítima, pois, ainda que, formalmente atacadista, o estabelecimento funciona como verdadeiro braço ou posto avançado de indústria, o que reforça sua natureza industrial, fazendo jus à redução de alíquota, nos termos da legislação.

O autuante informou que os produtos beneficiados são aqueles produzidos no estabelecimento industrial, equiparando-se a este, a filial atacadista que exerce o comércio de produtos industrializados por outro estabelecimento da mesma empresa; no caso, acusa o autuado de estender indevidamente o benefício às operações com mercadorias fabricadas ou oriundas de outras sociedades empresárias pertencentes ao mesmo “grupo empresarial”.

Para melhor entender o alcance do dispositivo que concedeu o benefício, oportuno transcrevê-lo:

“Art. 51. 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:

I - 7% nas operações com:

[...]

c) mercadorias saídas de quaisquer estabelecimentos industriais situados neste Estado cujo imposto seja calculado pelo regime normal de apuração, destinadas a microempresas, empresas de pequeno porte e ambulantes, quando inscritas como tais no cadastro estadual, exceto em se tratando de mercadorias efetivamente enquadradas no regime de substituição tributária (art. 353, II e IV) e de mercadorias consideradas supérfluas.

§1º Para efeito e como condição de aplicação da alíquota de 7%, em função do previsto na alínea “c” do inciso I deste artigo:

I - equipara-se a estabelecimento industrial a filial atacadista que exerce o comércio de produtos industrializados por outro estabelecimento da mesma empresa”.

II - o estabelecimento industrial ou a este equiparado na forma do inciso anterior obriga-se a repassar para o adquirente, sob a forma de desconto, o valor aproximadamente correspondente ao benefício resultante da adoção da alíquota de 7% em vez da de 17%, devendo a redução constar expressamente no respectivo documento fiscal.”

Resta evidente que a alíquota excepcional de 7%, nas saídas de estabelecimentos industriais com mercadorias destinadas a microempresas, empresas de pequeno porte e ambulantes, objetiva ao atendimento do princípio constitucional norteador da ordem econômica insculpida na Carta Constitucional do tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas e presentes no país (art. 170, IX, CF 88).

Tanto é assim que, como condição para aplicação da alíquota de 7%, em substituição a alíquota ordinária de 17%, o estabelecimento industrial ou seu equiparado, quando for o caso, deverá repassar a redução da carga tributária ao estabelecimento adquirente da mercadoria, a teor do inciso II, §1º do artigo retro transcrito.

A regra de redução da carga tributária não tem como destino o estabelecimento industrial, mesmo porque, o próprio comando normativo se encarrega de estender o benefício a outro estabelecimento que se lhe equipare; tampouco encontra limite em determinadas mercadorias ou produtos, posto que excetua apenas as saídas de mercadorias substituídas e as supérfluas. Logo o objetivo colimado pela norma é que o estabelecimento industrial ou sua filial atacadista, ao vender para a pequena empresa, faça-a a um preço menor, porque desonerado de parcela do tributo.

Crucial observar que toda a espécie de redução tributária revela conveniência na concretização de interesses, beneficiando situações merecedoras de tratamento privilegiado. No caso concreto, a redução da alíquota de ICMS de 17% para 7%, nas saídas de mercadorias de estabelecimentos industriais, situados neste Estado, destinadas a microempresas, empresas de pequeno porte e ambulantes, é benefício que atenua a carga tributária e viabiliza também a preocupação da Fazenda Estadual na sustentabilidade e preservação das micro e pequenas empresas.

Para fins de usufruir da redução do ICMS em questão, a filial atacadista que exerça o comércio de produtos industrializados por outro estabelecimento da mesma empresa, foi equiparada a estabelecimento industrial, por indicação do mesmo instrumento da legislação que distinguiu o benefício fiscal, art. 51, §1º, I, RICMS-BA/97.

Nesses termos, afigura-se impertinente a pretensão do autuado em alargar a abrangência do benefício, pois a redução de alíquotas retro referenciada contida na Lei 7.014/96 (art. 16, I, “c”) e no RICMS-BA/97 (§1º do art. 51, I, “c”) não alcança todos os produtos comercializados pelo autuado, mas apenas aqueles “produtos industrializados por outro estabelecimento da mesma empresa”, ainda que não tenha o texto firmado o advérbio de exclusão *apenas*, como é a alegação defensiva. O benefício fiscal ocorrerá nas saídas da indústria, quando comercializar para micro, pequenas empresas e ambulantes, estendido para a filial atacadista, equiparada à indústria, justamente porque faz o papel comercial da indústria.

Desta forma, não poderia o autuado entender que a equiparação valeria para comercialização de mercadorias oriundas de outras sociedades empresárias, valendo-se do entendimento extensivo e equivocado para abranger situações que não estejam contidas na norma.

Frise-se ainda que, em se tratando de matéria de nítido cunho excepcional à regra geral de incidência do imposto, as saídas com carga tributária reduzida não admitem interpretação extensiva, o recurso da analogia, nem integração por equidade, sendo vedado ao intérprete ampliar e mesmo restringir o alcance da norma, devendo limitar-se à sua textualidade, em homenagem ao próprio princípio legal. É o que expressamente disciplina o art. 111, Código Tributário Nacional - CTN.

Logo, a infração 01 é integralmente subsistente.

Quanto à infração 02 cuida do recolhimento a menos do ICMS em consequência de erro na apuração dos valores do imposto, o sujeito passivo sustentou em sua impugnação que as Notas Fiscais nºs 23483, 23656 e 23487 tratam de operações com mercadorias contempladas pelo

benefício da redução da base de cálculo de modo que a carga tributária, consequentemente, reduz-se a 12%, prevista no inciso IV do art. 78 do RICMS-BA/97.

Verifico mediante exame nas cópias dos respectivos Danfes acostados aos autos às fls. 297 a 299 que assiste razão ao autuado, uma vez que autuação exige a cobrança do valor decorrente da aplicação da alíquota de 12% para 17%, quando, de fato, o encargo efetivamente devido é de 12%, na forma do inciso IV, do art. 87, do ICMSR-BA/97, *in verbis*:

“Art. 87. É reduzida a base de cálculo:

IV - até 31/12/12, das operações internas com ferros e aços não planos a seguir indicados, de tal forma que a incidência do imposto resulte numa carga tributária de 12% (doze por cento) sobre o valor da operação (Conv. ICMS 33/96):

[...]

7217 fios de ferro ou aços não ligados 90 00 Outros

7313 00 00 arame farpado, de ferro ou aço; arames ou tiras, retorcidos, mesmo farpados, de ferro ou aço, dos tipos dos utilizados em cercas

7314 telas metálicas (incluídas as telas contínuas ou sem fim), grades e redes, de fios de ferro ou aço; chapas e tiras, distendidas, de ferro ou aço:

41 00 Galvanizadas

7317 00 tachas, pregos, percevejos, escápulas, grampos ondulados ou biselados e artefatos semelhantes, de ferro fundido, ferro ou aço, mesmo com cabeça de outra matéria, exceto cobre: 90 Outros”

Logo, concluo pela improcedência da infração 02.

No que diz respeito à infração 03, é exigida a multa percentual de 60% sobre a parcela do imposto que deixou de ser paga por antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da federação, adquiridas com fins de comercialização e devidamente registradas na escrita fiscal, com saída posterior tributada normalmente.

O impugnante refutou a acusação aduzindo que no levantamento fiscal foram incluídas operações com a mercadoria de código NCM/SH n.º 7213.10.00, sujeitas ao regime de substituição tributária expressamente relacionada no Anexo Único do Protocolo ICMS 26, de 20.01.2010.

Constatou nos autos que essa foi a única mercadoria objetivamente apontada pelo impugnante que fora incluída no levantamento fiscal sujeita ao regime de substituição tributária. Entretanto, esse óbice foi superado pela exclusão do levantamento fiscal de todas as operações com a mercadoria de código NCM/SH n.º 7213.10.00, promovida pelo autuante ao proceder a informação fiscal e revisar integralmente o levantamento fiscal em relação às mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, efetuando novo demonstrativo de apuração e de débito, fl. 384 a 422 que reduziu o valor da exigência para R\$479.196,08, cuja cópia foi dada ciência ao impugnante que ao se manifestar não apontou pontual e objetivamente qualquer inconsistência.

Aduziu também o sujeito passivo que a exigência da antecipação parcial afigura-se indevida no caso de venda do produto para consumidores finais, à medida em que, inexistindo operação posterior, não lhe caberia a obrigação de antecipar, seja a substituição por antecipação, seja pela substituição propriamente dita.

Saliento que é totalmente equivocado o entendimento esposado pelo impugnante, pelo que não há prosperar a sua pretensão, haja vista que inexiste qualquer vinculação entre a exigência da antecipação parcial e a natureza destinação das mercadorias nas operações subsequentes, se para consumidor final ou para mercancia. É o que claramente se depreende do teor do art. 12-A da Lei 7.014/96, *in verbis*:

“Art. 12-A. Nas aquisições interestaduais de mercadorias para fins de comercialização, será exigida antecipação parcial do imposto, a ser efetuada pelo próprio adquirente, independentemente do regime de apuração adotado, mediante a aplicação da alíquota interna sobre a base de cálculo prevista no inciso III do art. 23, deduzido o valor do imposto destacado no documento fiscal de aquisição.

§ 1º A antecipação parcial estabelecida neste artigo não encerra a fase de tributação e não se aplica às mercadorias, cujas operações internas sejam acobertadas por:

- I - *isenção;*
- II - *não-incidência;*
- III - *antecipação ou substituição tributária, que encerre a fase de tributação.*"

Logo, resta patente que as únicas restrições à exigência da antecipação parcial dizem respeito às operações com mercadorias, cujas operações internas sejam acobertadas por isenção, não-incidência e antecipação ou substituição tributária, que encerre a fase de tributação.

Quanto à alegação do sujeito passivo de que “caso seja a penalidade *in casu* mantida, a despeito do adimplemento integral da obrigação tributária principal, ter-se-á desvirtuado a intenção da própria norma que estabelece o instituto, à medida que o que se tenciona proteger é, ao cabo, o não recolhimento do próprio tributo, obrigação esta sabidamente de maior importância do que a de antecipação.”, não tem amparo legal. É fato que a antecipação parcial nas aquisições de mercadorias não sujeitas ao regime de substituição tributária para comercialização oriundas de outras unidades da Federação, uma vez comprovada a tributação regular nas operações subsequentes, torna-se inexigível o tributo. No entanto, nos termos do art. 42, inciso II, alínea “d”, e §1º, da Lei nº 7.014/96, é expressamente determinada a exigência da multa equivalente a 60% do valor da antecipação parcial não pago tempestivamente, nestes termos, como ocorreu no presente caso, afigura-se inteiramente consentânea a acusação fiscal.

Ante a não indicação objetiva de qualquer operação indevida ou inconsistência no novo levantamento fiscal elaborado pelo autuante, fls. 384 a 420, considero inócuo o registro do autuado: “É que substancial parcela das mercadorias comercializadas pela ora Impugnante sujeitam-se a substituição tributária ou base de cálculo para o ICMS reduzida, consoante diversos Protocolos/Convênios vigentes.” Eis que não passa de mera alegação desprovida que se apresenta de inequívoca comprovação.

No tocante à alegação do impugnante de que o cálculo da multa aplicada foi efetuado com base na alíquota de 17% e não sobre a diferença de alíquota interestadual, aduzindo que teria sido omitida a dedução do valor do imposto destacado no documento fiscal de aquisição, conforme artigo 352-A, do RICMS-BA/97, constato, ao compulsar o levantamento fiscal realizado pelo autuante, fls. 385 a 420, que não tem procedência, haja vista que o cálculo discriminado na planilha de apuração do valor da multa está correto e levou em consideração todas as variáveis envolvidas nas operações e acorde com a previsão legal.

Nestes termos, depois examinar e constar que nas correções e ajustes efetuados pelo autuante no novo demonstrativo de débito às fls. 384 a 422 foram expurgadas as operações sujeitas ao regime de substituição tributária ou com base de cálculo para o ICMS reduzida, acolho a redução nele consignada do débito da infração 03 para R\$479.196,08.

Concluo pela subsistência parcial da infração 03.

A infração 04 que cuida da falta de recolhimento do ICMS decorrente da diferença de alíquotas internas e interestaduais na aquisição interestadual de uma “Balança Rodoviária Eletrônica de 60 Ton X 18 Mts”, destinada ao ativo fixo do estabelecimento, conforme Nota Fiscal nº 5539, fl. 362, no valor de R\$44.409,86, remetida pela empresa Balanças Saturno S.A, do Rio Grande do Sul.

Em sede de defesa o impugnante reconheceu que é devida a cobrança da diferença entre as alíquotas interna e interestadual, no entanto refutou o cálculo efetuado pelo autuante para apurar o débito exigido, alegando que, com base nas Cláusulas Primeira e Quinta do Convênio ICMS 52/91 o valor devido é de R\$1.625,42, decorrente da utilização das alíquotas previstas no Convênio - [DIFAL 8,80% - 5,14% (ICMS da origem) = 3,66% x R\$44.409,86 = R\$1.625,42], e não o valor de 10%, R\$4.441,00, calculado pelo autuante.

O autuante manteve a autuação sob a alegação de que o código NCM/SH 8423.30.90 constante da Nota Fiscal nº 5539, refere-se a “*Báscula de pesagem constante de grão ou líquido; outros aparelhos de pesagem constante e ensacadores*” e que por isso, a “Balança Rodoviária Eletrônica de 60 Ton. x 18 Mts” não figura no Anexo I do Convênio ICMS 52/91, descabendo a redução da base cálculo pretendida pelo impugnante.

Ao compulsar os elementos que compõem esse item da autuação, e teor do aludido Convênio, constato que no item 13 do Anexo I – “MÁQUINAS, APARELHOS E EQUIPAMENTOS INDUSTRIALIS” do Convênio ICMS 52/91, que elenca “APARELHOS E INSTRUMENTOS DE PESAGEM, UTILIZADOS EM PROCESSO INDUSTRIAL”, consta no sub-item 13.02 com o produto “Básculas de pesagem constante de grão ou líquido” sob código NCM/SH 8423.30.90. Saliento que o termo “Báscula” é termo de metrologia encontrado no Dicionário Houais com o significado de “*balança com base horizontal para objetos pesados ou pessoas*”.

Logo, entendo que o código NCM/SH 8423.30.90 constante da Nota Fiscal nº 5539 para identificar a “Balança Rodoviária Eletrônica de 60 Tons x 18 Mts” adquirida pelo autuado é compatível, tanto com o item 13 do Anexo I “APARELHOS E INSTRUMENTOS DE PESAGEM, UTILIZADOS EM PROCESSO INDUSTRIAL”, quanto com o sub item 13.02, “Básculas de pesagem constante de grão ou líquido”. Portanto, deve ser alcançada pela redução da base cálculo prevista no Convênio ICMS 52/91.

Entretanto, verifico que o cálculo apresentado pelo autuado, acima explicitado, foi efetuado de forma equivocada, uma vez que ao aplicar o percentual de 3,33% previsto no Convênio ICMS 52/91, incidiu sobre o valor de R\$44.409,86, ou seja, com a base cálculo já reduzida, quando o correto é aplicar o percentual previsto sobre o valor da operação constante da nota fiscal que é R\$60.480,00.

Nestes termos, com a aplicação correta do percentual de 3,66% sobre o valor de R\$60.480,00, o valor do débito fica reduzido para R\$2.213,57. Devendo ser homologado o valor de R\$1.625,42, recolhido pelo impugnante consoante cópia de Dae colacionado à fl. 363 e constante no sistema de Arrecadação da SEFAZ.

Concluo pela subsistência parcial da infração 04 no valor de R\$2.213,57.

Do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do auto de infração.

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 206828.0014/12-0 lavrado contra **ARCELORMITTAL BRASIL S.A. LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$348.106,16**, acrescido da multa de 60%, prevista no artigo 42, II, “a”, “b”, e “f”, da Lei 7.014/96, e dos acréscimos moratórios, bem como da multa por descumprimento de obrigação tributária acessória no valor de **R\$479.196,09**, prevista no art. 42, II, alínea “d” da mesma lei, e dos acréscimos moratórios, conforme dispõe a Lei nº 9.837/05, homologando os valores recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 14 de agosto de 2013.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - RELATOR

HELCÔNIO DE SOUZA ALMEIDA - JULGADOR