

PROCESSO - A. I. Nº 2691910002/14-5
RECORRENTE - ARCELORMITAL BRASIL S/A
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JJF nº 0130-03/15
ORIGEM - IFEP - DAT/SUL
PUBLICAÇÃO - INTERNET 23/11/2015

1 CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0315-11/15

EMENTA: ICMS. ALÍQUOTA. ERRO DE APLICAÇÃO. VENDAS DE MERCADORIAS POR ESTABELECIMENTO ATACADISTA FILIAL DE INDÚSTRIA A CONTRIBUINTES MICROEMPRESAS, EMPRESAS DE PEQUENO PORTE E AMBULANTES. MERCADORIAS PRODUZIDAS POR TERCEIROS. A adoção da alíquota de 7%, por estabelecimento atacadista filial de indústria, nas vendas a microempresas, empresas de pequeno porte e ambulantes, inscritos como tais no cadastro estadual é condicionada a que as mercadorias tenham sido produzidas pela própria empresa. Exegese do artigo 16 da Lei nº 7.014/96. Inaplicável o benefício quando as vendas se referirem a mercadorias produzidas por terceiros, inclusive empresa do mesmo “grupo empresarial”. Não acolhidas as preliminares de nulidade. MULTA. Falta de competência deste Conselho para apreciar a constitucionalidade de Lei. Determinação contida no artigo 167 do RPAF. Rejeitadas as preliminares de nulidade. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário, interposto contra a decisão proferida pela 3ª JJF que julgou Procedente o Auto de Infração em referência, lavrado em 30/06/2014, com o objetivo de exigir do ora Recorrente crédito tributário no valor histórico de R\$ 462.890,68, em razão utilização indevida de crédito fiscal no período compreendido entre julho de 2012 a dezembro de 2013.

Consta da descrição dos fatos que o sujeito passivo deu saída de mercadorias adquiridas de terceiros para micro empresas e empresas de pequeno porte tributando-as à alíquota de 7% (sete por cento), procedimento que infringiu o quanto disposto nos artigos 15, 16 e 16-A da Lei n.º 7.014/96.

Após a apresentação da defesa (fls. 53/68) e prestação de informações fiscais, a fase de instrução foi concluída, tendo os autos sido submetidos à apreciação pelo órgão julgador de primeira instância que assim decidiu na assentada de julgamento datada de 17/06/2015.

VOTO

Inicialmente, não acolho as preliminares de nulidades suscitadas pelo impugnante. Constatado que, apesar de constar no Demonstrativo de Débito do Auto de Infração a alíquota de 17%, de fato, a apuração do imposto devido foi realizada com aplicação da alíquota correta, ou seja, 10%, conforme se verifica no Anexo ao Auto de Infração. Inexiste a alegada falta de liquidez. A descrição dos fatos se apresenta clara, além do que os demonstrativos que acompanham o Auto de Infração foram entregues em cópia ao autuado, verificando-se que estes discriminam detalhadamente os dados necessários para compreensão da acusação fiscal pelo contribuinte.

Observo que os valores mensais apurados às fls. 05 a 30, que totalizam R\$462.890,68, foram transportados para o Auto de Infração, fls. 01 e 02, e para os Demonstrativos de Débito, fls. 03 e 04, corretamente, não havendo qualquer alteração nos valores. Efetivamente, apenas por uma exigência técnica do Sistema

Automatizado Emissor de Auto de Infração – SEAI, os Demonstrativos de Débitos são elaborados utilizando a alíquota de 17 %. Entretanto, o imposto que está sendo exigido, de fato, corresponde à diferença entre a alíquota empregada pelo autuado, no caso 7 %, e a considerada como devida pelo Fisco, no caso 17%, não havendo, portanto, a exigência de imposto com base na alíquota de 17 %.

Ainda em preliminar, o autuado arguiu a nulidade da autuação, por considerar que a descrição do fato foi feita de forma genérica, permitindo interpretações distintas. Diz que não houve motivação para a lavratura do Auto de Infração e que não estão presentes nos autos elementos suficientes para se determinar com segurança a infração.

Não há como prosperar essa arguição defensiva, haja vista que a descrição do fato apurado foi feita de forma clara e objetiva. Ademais, o Auto de Infração está acompanhado de demonstrativos – cujas cópias foram entregues ao autuado – que elucidam e discriminam os dados necessários para o entendimento da infração, dos valores apurados e da metodologia empregada pelo autuante. Além disso, os dispositivos legais dados como infringidos afiguram-se corretamente indicados, permitindo a compreensão da irregularidade apurada e deixam clara a motivação da lavratura do Auto de Infração.

Diante do exposto, ficam rejeitadas as preliminares de nulidade arguidas pelo sujeito passivo.

No mérito, o autuado foi acusado de ter efetuado operações internas de saídas de mercadorias, destinadas a empresas de pequeno porte, microempresas e/ou ambulantes, utilizando a alíquota reduzida de 7%, com relação a mercadorias adquiridas de terceiros, isto é, não fabricadas pela empresa, em desacordo com disposto no art. 51, §1º, inc. I, do RICMS/BA.

Verifico que o autuado alega que o disposto no art. 51, I, “c”, §1º, I, do RICMS/BA, deve ser interpretado de forma literal e não restritiva. Diz que o estabelecimento fiscalizado tem natureza industrial. Alega que o seu estabelecimento está equiparado a industrial, nos termos do §1º do art. 51 do RICMS/BA. Menciona consulta formulada à Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia. Ressalta que a aplicação da alíquota reduzida favorece as microempresas, obedecendo, desse modo, a ditames constitucionais. Alega, ainda, que as saídas objeto da autuação estão relacionadas a entradas de produtos industrializados por empresas do mesmo grupo empresarial.

Em sede de informação fiscal o autuante esclareceu que o estabelecimento autuado é filial atacadista de estabelecimento industrial – indústria Arcelormittal Brasil S.A. afirmou que as operações arroladas no levantamento fiscal são referentes a produtos que não foram industrializados por estabelecimentos da “empresa” autuada, mas sim, do mesmo “grupo empresarial”. Diz que as empresas industriais foram a Belgo Bekaert Nordeste S/A, CNPJ básico 14.044.853, Belgo Bekaert Arames Ltda. CNPJ básico 61.074.506, Manchester Tubos e Perfilados S/A, CNPJ básico 25.878.901, e Método Logística e Distribuição Ltda. CNPJ básico 02.471.537.

Verifico que o autuado ao se manifestar sobre a informação fiscal reitera que as mercadorias objeto das operações elencadas no levantamento fiscal se originam dessas empresas industriais. Ou seja, relacionam-se a entradas de produtos industrializados oriundos de estabelecimentos do mesmo Grupo Empresarial do estabelecimento autuado.

É indubitoso que, por se tratar de benefício fiscal, outra não pode ser a forma de interpretação sobre a aplicação da alíquota de 7%, prevista no art. 16 da Lei 7.014/96, se não a literal, in verbis:

“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:

I - 7% (sete por cento) nas operações com: [...]

*c) mercadorias saídas diretamente do estabelecimento fabricante situado neste Estado com destino a empresas de pequeno porte e microempresas inscritas no cadastro estadual, exceto em se tratando das mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária e das mercadorias não enquadradas no regime de substituição relacionadas nos incisos II, III e IV do caput deste artigo;
[...]*

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

I - equipara-se a estabelecimento industrial a filial atacadista que exerça o comércio de produtos industrializados por outro estabelecimento da mesma empresa, ainda que localizado em outro Estado;”

Da interpretação literal do dispositivo regulamentar acima transcrito, permite constatar que assiste razão ao autuante quando considera que o estabelecimento do autuado está equiparado a industrial, exclusivamente, em relação aos produtos industrializados por outro estabelecimento da mesma empresa.

Resta patente, para fins de aplicação do benefício fiscal de que cuida o lançamento em exame, os estabelecimentos industriais da Belgo Bekaert Nordeste S/A, CNPJ básico 14.044.853, Belgo Bekaert Arames

Ltda. CNPJ básico 61.074.506, Manchester Tubos e Perfilados S/A, CNPJ básico 25.878.901, e da Método Logística e Distribuição Ltda. CNPJ básico 02.471.537, não são estabelecimentos pertencentes à mesma empresa do autuado, cujo CNPJ básico é 17.469.701. Ou seja, esses estabelecimentos fabris pertencem ao mesmo grupo empresarial – conforme aduzido pelo impugnante – entretanto, não pertencem à mesma empresa. Ressalto que, apesar de pertencentes ao mesmo grupo empresarial, cada estabelecimento possui um CNPJ básico próprio, portanto, não se confundem com estabelecimentos pertencentes à mesma empresa – em que os estabelecimentos possuem o mesmo CNPJ básico.

Como explicitado acima, o dispositivo legal de regência estabelece expressamente para aplicação da alíquota de 7%, que os produtos sejam fabricados por estabelecimento da mesma empresa. Assim sendo, considerando que nas operações arroladas neste item da autuação essa condição indispensável não foi atendida, resta evidente a irregularidade incorrida pelo autuado ao aplicar a alíquota de 7% nas saídas de mercadorias não fabricadas por estabelecimento da mesma empresa.

Constato que a consulta formulada pelo contribuinte à Diretoria de Tributação da Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia, fls. 119 a 121, teve a resposta em conformidade com o procedimento do autuante, pois a equiparação do autuado a estabelecimento industrial foi respeitada no presente caso quanto às mercadorias que foram industrializadas por estabelecimentos da mesma empresa, eis que somente foram arrolados no levantamento fiscal as operações que se originaram de outros estabelecimentos, distintos do autuado. Deve ser observado que na resposta dada foi ressaltado que o parecer não tinha o efeito de consulta, pois a matéria questionada era objeto de expressa disposição legal.

Portanto, resta indubitável nos autos que a apuração do imposto devido foi realizada com base na espécie de mercadoria, de forma que as mercadorias industrializadas por estabelecimentos da mesma empresa não foram incluídas na exigência fiscal.

Saliento que apesar de a aplicação da alíquota reduzida ir ao encontro aos ditames constitucionais que favorecem as empresas de menor porte, esse fato, por si só, não justifica a utilização da alíquota de 7% nas hipóteses em que as mercadorias não tenham sido industrializadas por estabelecimento da mesma empresa.

Logo, nos termos acima expendidos, concluo pela subsistência da autuação.

Em relação aos argumentos da defesa de que as multas indicadas no lançamento são confiscatórias e, portanto, inconstitucionais, apesar dos abalizados argumentos trazidos na defesa, deixo de apreciar esses argumentos defensivos, haja vista que as referidas multas estão previstas no art. 42 da Lei nº 7.014/96 e, ao teor do disposto no art. 167, inciso I, do RPAF-BA/99, não se inclui na competência deste órgão julgador administrativo a declaração de inconstitucionalidade da legislação tributária estadual.

Quanto ao pedido de dispensa ou redução da multa, o mesmo não pode ser acatado, pois a multa por descumprimento de obrigação principal, a dispensa ou redução é da competência exclusiva da Câmara Superior do CONSEF, mediante solicitação própria, conforme previsto no artigo 159 do RPAF-BA/99.

No que diz respeito ao requerimento do impugnante para que todas as intimações do presente feito sejam feitas em nome do advogado Daniel Vilas Boas, inscrito na OAB/MG sob o nº 74.368, em seu endereço profissional localizado na Av. Raja Gabaglia, 1580, 11º andar, Gutierrez, Belo Horizonte, Minas Gerais - CEP 30.441-194 consigno que nada obsta que o órgão competente da repartição fazendária assim proceda. Entretanto, ressalto que eventual inobservância não implica nulidade do Auto de Infração, haja vista que as hipóteses e modalidades de intimação do contribuinte encontram-se expressamente previstas no art. 108 do RPAF-BA/99.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração..

Como é possível constatar da análise do voto do acórdão recorrido acima reproduzido, os membros integrantes da 3ª JF, após apreciarem os fundamentos de fato e direito arguidos na peça defensiva, entenderam pela procedência do lançamento de ofício.

Entendeu o órgão julgador *a quo* que o lançamento encontra-se revestido de todas as formalidades legais que lhe devem ser inerentes, razão pela qual afastou as nulidades suscitadas.

No mérito, se posicionaram os membros integrantes da 3ª JF no sentido de que a alíquota de 7% a ser aplicada quando das saídas de mercadorias destinadas à micro empresas e empresas de pequeno porte só pode ser adotada pela filial atacadista neste Estado em relação aos produtos industrializados pela unidade fabril da mesma pessoa jurídica.

Abstiveram-se de apreciar o pleito de modulação da multa em face da restrição prevista no artigo 167 do RPAF, afastando igualmente o requerimento de redução ou cancelamento desta por ser tal expediente de competência exclusiva da Câmara Superior.

Inconformado com os termos da decisão que lhe foi desfavorável o sujeito passivo interpôs Recurso Voluntário (fls. 270/285), através do qual, utilizando-se dos mesmos fundamentos apresentados em sua impugnação, requer a reforma do acórdão recorrido, sustentando preliminarmente a nulidade do lançamento.

Aduz a falta de liquidez do crédito tributário exigido, sustentando o cometimento de erro por parte do Fisco, em razão de a memória de cálculo apresentada pela Fiscalização não corresponder à descrição da conduta que lhe fora imputada. Afirma que a fiscalização calculou o imposto devido com base na alíquota de 17% e, no entanto, admite que já havia sido recolhido o valor correspondente à alíquota de 7%, de tal forma que só lhe poderia ser exigido a diferença entre as alíquotas, qual seja, 10%.

Pontua que o termo “mercadorias adquiridas de terceiros (não fabricados pela mesma sociedade empresária)” dificulta a sua compreensão na medida em que o preposto autuante não especificou, como deveria, se as mercadorias comercializadas seriam pertencentes ao estabelecimento objeto da fiscalização ou se seriam pertencentes à outra empresa.

Ressalta que consoante o art. 3º do CTN a exigência tributária é ato administrativo plenamente vinculado devendo conter todos os elementos necessários à sua formação quais sejam: competência, finalidade, forma, motivo e objeto, os quais não restaram evidenciados no presente Auto de Infração. Em sustentação à sua tese traz à colação excertos da doutrina especializada acerca do tema.

Com fulcro no art. 18, IV, “a” do Decreto nº 7.629/99 requer o reconhecimento da nulidade do lançamento.

Quanto ao mérito, situa a controvérsia da lide esclarecendo que o cerne da discussão cinge-se a alíquota reduzida de 7%, vale dizer: se seria ela aplicável ou não à situação dos autos em que o estabelecimento autuado realizou vendas de produtos adquiridos de empresa integrante do mesmo grupo empresarial ao qual pertence.

Neste sentido, aduz que o art. 51, inciso I, alínea “c”, do Decreto nº 6284/97 do Estado da Bahia estabelece que a alíquota reduzida deve ser aplicada nas operações realizadas por estabelecimentos industriais e àqueles a eles equiparados a industriais, como é o seu caso, bem assim que o referido benefício fiscal é direcionado à qualificação do estabelecimento.

Com base nesta linha interpretativa, conclui que na qualidade de estabelecimento equiparado a industrial deve aplicar a alíquota reduzida, independentemente da origem da mercadoria/produto objeto das vendas que pratica.

Frisa que nos termos do quanto previsto no artigo 111 do CTN a legislação tributária que disponha sobre outorga de isenção deve ser interpretada de forma literal, sendo defeso ao aplicador da norma conferir-lhe interpretação extensiva, tal como se verificou no acórdão do recorrido.

Noutra linha argumentativa, transcreve trecho do Parecer nº 21.914/2009 (fls. 119/121), proferido nos autos do Processo Administrativo nº 18581020095, através do qual a administração tributária, em resposta à consulta que formulou acerca do tema, se posicionou no sentido de que, tratando-se de filial atacadista situada neste Estado, as saídas de mercadorias destinadas a microempresas e empresas de pequeno porte devem ser tributadas à alíquota de 7%, tal como vem procedendo.

Sustenta com fulcro nas disposições contidas no artigo 100 do CTN que a resposta à Consulta que lhe foi dirigida possui força normativa e, nesta condição, é dotada, de força vinculante, pelo que não pode deixar de ser observado seja pelo administrado, seja pela fazenda estadual.

Requer subsidiariamente o cancelamento ou a redução da multa cominada, tendo em vista que esta se revela por demais elevada e desproporcional à suposta infração cometida.

Cita o artigo 150, IV da Constituição Federal para defender que è vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios utilizem tributos com caráter confiscatório.

Com o objetivo de corroborar as suas assertivas reproduz trechos extraídos da doutrina e da jurisprudência pátrias, defendendo que a exação fiscal que não respeitar a capacidade contributiva, vale dizer, a que se estender para além das condições que o contribuinte pode suportar sem que se coloque em risco seu patrimônio, é notoriamente confiscatória, devendo ser afastada.

Instada a se manifestar a PGE/PROFIS opina pelo não provimento do Recurso Voluntário. No entender do representante o lançamento descreve com a devida clareza a conduta infracional e está instruído com os demonstrativos que permitem o sujeito passivo o pleno exercício do direito de defesa, diante do que não há como acolher a nulidade suscitada.

Quanto ao mérito, entende que a tese defendida pelo Recorrente não encontra ressonância na legislação tributária vigente pelo que não merece ser acolhida. Ressalta o parecerista que a interpretação literal e finalística da norma insculpida no artigo 51, I, “c” do RICMS conduzem a equiparação do estabelecimento autuado à condição de industrial, contudo apenas em relação às saídas de produtos industrializados pelo estabelecimento fabril pertencente ao mesmo titular.

Quanto ao pedido de redução da multa esclarece que, se tratando de penalidade cominada em razão de descumprimento de obrigação principal, o pleito deve ser dirigido à Câmara Superior, sendo defeso às Câmaras do CONSEF apreciá-lo em face do que dispõe o artigo 158 do RPAF/99.

VOTO

O recurso é tempestivo pelo que merece ser conhecido. Passo assim à análise das razões de recursais.

Sustenta o Recorrente ser o lançamento nulo por que carente dos requisitos de liquidez e segurança da determinação da base de cálculo. No seu entender, nos termos da acusação que lhe está sendo imposta, o valor do lançamento deveria corresponder ao diferencial entre a alíquota de 17%, que o Fisco entende devida nas operações arroladas nos demonstrativos que instruem o Auto de Infração, e a alíquota de 7% que efetivamente praticou.

Ocorre que, segundo aponta, nos termos em que efetivado o lançamento o valor exigido corresponde a alíquota de 17%, situação fática que dá azo à falta de liquidez e, por conseguinte, a incerteza quanto a determinação da base de cálculo da exação.

Entendo não assistir razão ao Recorrente. Como bem pontuado no voto condutor do acórdão recorrido *apesar de constar no Demonstrativo de Débito do Auto de Infração a alíquota de 17%, de fato, a apuração do imposto devido foi realizada com aplicação da alíquota correta, ou seja, 10%.*

A indicação da alíquota de 17% no corpo do Auto de Infração decorre tão somente da forma em que parametrizado o sistema da Secretaria da Fazenda, que em nada macula o lançamento ou cerceia o direito de defesa do contribuinte já que a peça acusatória se encontra instruída dos demonstrativos que evidenciam a forma de cálculo do crédito tributário objeto de lançamento.

No mérito, em que pese a abalizada defesa apresentada, me alinho ao posicionamento da decisão de base e da Procuradoria no sentido de que a norma insculpida no artigo 16 da Lei nº 7.014/96 é aplicável tão somente aos produtos industrializados pela unidade fabril de propriedade do titular do estabelecimento atacadista.

Com efeito, o texto da alínea “c” do inciso I da norma legal em comento revela com especial clareza que a alíquota de 7% deverá ser aplicável às mercadorias saídas diretamente do estabelecimento fabricante situados neste Estado com destino a empresas de pequeno porte e microempresas inscritas no cadastro estadual.

Assim, mesmo sendo incontroversa a condição do Recorrente a estabelecimento industrial, esta equiparação deve guardar obediência à regra ao comando emanado da alínea “c” do inciso I, vale dizer, as saídas beneficiadas com a alíquota reduzida só devem alcançar os produtos

industrializados pela própria pessoa jurídica.

Ressalto, pela sua fundamental importância, que o Parecer n.º 21.914/2009 mencionado pelo Recorrente, apesar de interpretar a norma ora em análise não enfrentou de forma específica a situação fática versada nos presentes autos de modo que não pode ser utilizada como suporte ao procedimento adotado por este.

No referido Parecer a administração tributária limitou-se a responder de forma objetiva ao questionamento apresentado pelo ora Recorrente que, como dito, não questionou se as saídas de mercadorias adquiridas com o propósito de revenda poderia ocorrer com a alíquota reduzida ainda que destinadas à microempresas e empresas de pequeno porte.

Finalmente, me abstenho de apreciar o pleito de modulação da multa de infração em face do que dispõe o artigo 167 do RPAF.

Ocorre que, no caso dos autos, para concluir pela necessidade de modulação da penalidade cominada este Conselho de Fazenda haveria, necessariamente, de afastar as disposições contidas no artigo 42 da Lei nº 7.014/96 em face da sua incompatibilidade com os comandos extraídos do inciso IV do artigo 150 da Constituição Federal que estatui o princípio da vedação ao confisco.

Não se trata aqui de conferir a uma norma natureza infra legal uma interpretação conforme a Lei a quem esta deve guardar obediência, procedimento que, a meu ver, é inerente ao controle da legalidade do ato de lançamento, atividade que se insere nas atribuições deste órgão julgador, mas sim de reconhecer e declarar a inconstitucionalidade de determinada disposição contida em Lei Ordinária regularmente promulgada pelo Poder Legislativo Estadual.

Nestes termos, NEGOU PROVIMENTO ao Recurso Voluntário, mantendo em todos os seus termos a decisão proferida pela 3ª JF.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª 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 **269191.0002/14-5**, lavrado contra **ARCELORMITTAL BRASIL S.A.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$462.890,68**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 04 de novembro de 2015.

RUBENS BEZERRA SOARES - PRESIDENTE

ROSANY NUNES DE MELLO NASCIMENTO – RELATORA

MARIA JOSÉ RAMOS COELHO LINS DE ALBUQUERQUE SENTO-SÉ - REPR. DA PGE/PROFIS