

A. I. N° - 269199.0002/14-7
AUTUADO - ARCELORMITTAL BRASIL S.A.
AUTUANTE - SAYONARA AGUIAR PEREIRA RODRIGUES
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
INTERNET - 30.04.2015

1^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0047-01/15

EMENTA: ICMS. 1. BASE DE CÁLCULO. REDUÇÃO INDEVIDA. IMPOSTO RECOLHIDO A MENOS. Autuado alegou que as mercadorias acobertadas pelas notas fiscais arroladas na autuação estavam amparadas pelo benefício da redução de base de cálculo previsto no art. 87, IV, do RICMS/BA. A própria autuante na informação reconheceu descaber a exigência fiscal, admitindo que as operações de saídas com as referidas mercadorias, de fato, faziam jus a redução da base de cálculo. Infração insubstancial. 2. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE BENS DESTINADOS AO ATIVO FIXO. Infração reconhecida. 3. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. CREDITAMENTO EFETUADO EM VALOR SUPERIOR AO DESTACADO NOS DOCUMENTOS FISCAIS. Infração reconhecida. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 27/06/2014, formaliza a exigência de crédito tributário no valor de R\$103.384,24, em razão do cometimento das seguintes infrações à legislação do ICMS imputadas ao autuado:

1. Recolheu a menos o ICMS em razão de utilização indevida do benefício da redução da base de cálculo, nos meses de janeiro a dezembro de 2009, janeiro a dezembro de 2010, sendo exigido ICMS no valor de R\$68.755,85, acrescido da multa de 60%;
2. Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento, no mês de janeiro de 2009, sendo exigido ICMS no valor de R\$2.091,00, acrescido da multa de 60%. Consta se referir a mercadoria adquirida da empresa STOQUE SOLUÇÕES TECNOLÓGICAS LTDA., do estado de Minas Gerais, para ativo imobilizado, sem o lançamento da diferença de alíquotas, conforme escrituração da EFD;
3. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS em valor superior ao destacado nos documentos fiscais, nos meses de agosto a novembro de 2010, sendo exigido ICMS no valor de R\$32.537,39, acrescido da multa de 60%. Consta se tratar de crédito escriturado a maior.

O autuado, através de advogados legalmente constituídos, apresentou defesa (fls.102 a 114) discorrendo, inicialmente, sobre a tempestividade da protocolização da defesa e sobre os fatos infracionais que lhe foram imputados. Após, diz que para demonstrar a sua boa-fé reconheceu a procedência parcial do Auto de Infração exclusivamente em relação às infrações 02 e 03, inclusive esclarecendo que efetuou o seu pagamento no valor de R\$53.163,76, conforme comprovante acostado aos autos (doc. 3). Contudo, afirma que o Auto de Infração não merece ser mantido.

Assinala que o Auto de Infração acusa que teria infringido a legislação do Estado da Bahia ao deixar ao suprimir/reduzir o ICMS devido em diversas operações, entretanto as imputações não merecem prosperar.

Argui a nulidade do Auto de Infração por cerceamento do direito de defesa, mencionando, nesse sentido, o art. 5º, LV, da Constituição Federal.

Observa que a autuação aponta infringência do RICMS/BA, porque teria se aproveitado indevidamente do benefício da redução da base de cálculo para a incidência do ICMS, previsto no art. 87, IV, do RICMS/BA/97, aprovado pelo Decreto nº 6.284/97.

Sustenta que, além de violar a legislação baiana que dispõe sobre o processo administrativo tributário, Lei nº 7.014/96, o ato administrativo impede o exercício pleno do direito à ampla defesa, garantido expressamente pela Constituição Federal. Salienta que a Lei nº 7.014/1996 determina que o Auto de Infração seja lavrado, pelo autuante, em estrita observância aos elementos necessários ao esclarecimento do lançamento, contidos no art. 39 [RPAF/99]. Reproduz o referido artigo.

Assevera, no entanto, que o Auto de Infração em lide afronta flagrantemente a determinação legal acima referida, especialmente as normas contidas nos incisos III e VI, do art. 39, haja vista que a autuação se limitou a afirmar que “recolheu a menor o ICMS em razão de utilização indevida do benefício da base de cálculo”.

Aduz que a autorização legal, contida no art. 39, III, do RPAF/99, é de que a descrição dos fatos seja sucinta não permite que a autoridade fiscal seja incompleta ao apontar a infração cometida pelo contribuinte, afirmando menos do que deve dizer para que o administrado possa ao menos saber do que está sendo acusado. Isso porque o art. 39,VI, exige que todas as informações consideradas úteis para o esclarecimento da fiscalização sejam descritas no auto de infração.

Diz que, no entanto, a autuante se limitou a indicar que a autuação se dera pela utilização indevida do benefício da redução da base de cálculo, previsto no Decreto nº 6.284/97, não tendo exposto os fundamentos que conduziram a essa conclusão, o que, segundo diz, leva a incompletude do Auto de Infração e à sua nulidade.

Observa que atribuiu às mercadorias referidas na autuação a classificação NCM 7214.91.00, que lhe permitia o gozo do benefício previsto no art. 87, inciso IV, do RICMS/BA/97, aplicável ao período autuado de 2009/2010.

Alega que a autuante rechaçou a classificação adotada, mas não indicou as razões para o desenquadramento das mercadorias da NCM 7214.91.00, bem como não informou qual seria a correta classificação NCM aplicável, informações que, obrigatoriamente, deveriam constar da autuação.

Assevera que a ausência de fundamentos para a desconsideração da classificação feita aliada à inexistência de indicação das NCMs supostamente corretas, além de constituir vício insanável na formação do próprio ato administrativo, configura flagrante cerceamento do seu direito de defesa.

Assegura que o seu direito ao exercício da ampla defesa, constitucionalmente garantido pela Carta de 1988, em seu art. 5º, inciso LV, fica claramente prejudicado, haja vista que ignora completamente os fundamentos da autuação, tendo sido informado apenas que: “recolheu a menor o ICMS em razão de utilização indevida do benefício da base de cálculo”.

Afirma que sem conhecer a NCM a que supostamente as mercadorias se refeririam ou as razões pelas quais a fiscalização considerou indevido o enquadramento das mercadorias na NCM 7214.91.00, está impossibilitado de atacar a motivação do ato administrativo, pois não poderá, por exemplo, verificar se a classificação adotada pela autuante é mais genérica do que a sua, e, portanto, indevida.

Sustenta que resta claro que o Auto de Infração combatido sequer descreve de forma razoável, o fato que lhe é imputado, tendo a autuante se limitado a afirmar a ocorrência de infração ao RICMS/BA pela “utilização indevida do benefício da base de cálculo”.

Alega que a autuante não esclarece o motivo pelo qual o benefício da base de cálculo teria sido fruído em desacordo com a legislação, apresentando, ainda, fundamentação lacônica e genérica para justificar a lavratura do Auto de Infração. Diz que este contexto fático, na lição de Hugo de Brito Machado Segundo, é suficiente para a declaração de nulidade da autuação.

Assevera que, desse modo, a violação do seu direito à ampla defesa é notória, devendo ser reconhecida e declarada por esta Junta de Julgamento, levando a necessária anulação do Auto de Infração, conforme preceitua o art. 18, inciso IV, alínea “a”, c/c com o art. 20, ambos do Decreto nº 7.629/1999 [RPAF/99].

Prosseguindo, diz que ainda que não se reconheça a nulidade arguida pela ocorrência de cerceamento de defesa, o Auto de Infração não merece ser mantido, na forma como foi lavrado.

Alega a inexistência da infração imputada, afirmando que a redução da base de cálculo foi realizada em conformidade com o RICMS/BA.

Aduz que, caso esta Junta de Julgamento não reconheça a nulidade do Auto de Infração, por cerceamento de defesa, o que admite como recurso argumentativo, apresenta defesa de mérito com as parcias informações que puderam ser extraídas do malsinado Auto de Infração.

Afirma que, em que pese a Fiscalização tenha lhe imputado violação ao RICMS/BA/97, consistente na utilização irregular do benefício fiscal da redução da base de cálculo, a autuação não merece prosperar da maneira como posta, diante da inexistência da própria infração.

Sustenta que as mercadorias referidas no Auto de Infração podem ser classificadas no código NCM 7214.90.01, o que, segundo diz, lhe garante o direito de fruir o benefício da redução da base de cálculo, previsto no art. 87, inciso IV, do RICMS/BA/97, cuja redação reproduz.

Assevera que, de acordo com o disposto na norma mencionada, o enquadramento que realizou está em conformidade com o RICMS/BA, razão pela qual a redução da base de cálculo do ICMS deve ser reconhecida e a autuação desconstituída.

Prosseguindo, alega ausência de razoabilidade das multas impostas.

Consigna que, subsidiariamente, caso se entenda que a autuação deve prevalecer da maneira como posta pela Fiscalização, o que admite apenas como recurso argumentativo, requer a exclusão/diminuição da multa indicada no Auto de Infração, pelos motivos que expõe.

Frisa que a Constituição Federal vigente veda que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios utilizem tributos com caráter confiscatório, conforme estabelece o seu art. 150, inciso IV, cujo texto transcreve.

Observa que a norma constitucional não fixou limite objetivo ao que seria efeito de “confisco”, contudo, o escopo do constituinte ao deixar de definir o que seria “tributação confiscatória” foi o de permitir que se pudesse verificar, no caso concreto, se determinada exação tributária possuiria “efeito de confisco”. Nesse sentido, invoca Leonardo e Silva de Almeida Freitas, ao discorrer sobre a necessidade de aferir a ocorrência do confisco diante de cada situação específica.

Aduz que a exação fiscal que não respeitar a capacidade contributiva, ou seja, que se estender para além das condições que o contribuinte pode suportar sem que se coloque em risco seu patrimônio, é notoriamente confiscatória.

Registra que seguindo essa linha de raciocínio os Tribunais Superiores assentaram o entendimento de que o Estado deve limitar a imposição de ônus fiscais de forma que não se comprometa a propriedade do contribuinte, confiscando-a título de tributação, e que tais limites se estenderiam às multas tributárias, mesmo que elas não possuam natureza de tributo. Invoca e reproduz ensinamentos de Ricardo Lobo Torres e Sampaio Dória, nesse mesmo sentido. Assinala que os Tribunais Superiores têm adotado o entendimento de que a penalidade pecuniária deve ser examinada comparativamente ao tributo em virtude do qual foi imposta ao contribuinte, de forma que, toda vez em que a sanção se apresentar desrazoada ou desproporcional, deve ser excluída ou diminuída.

Menciona que frequentemente o próprio Supremo Tribunal Federal utiliza-se dos princípios da Proporcionalidade e Razoabilidade como postulados para aferir o caráter confiscatório da sanção e, então, determinar sua exclusão. Registra que essa também é a posição do Colendo Superior

Tribunal de Justiça, ao considerar confiscatória multa de 20%, por não estar configurada má-fé do contribuinte, a intenção de lesar o Fisco, conforme se pode aferir pelos julgados que transcreve.

Conclusivamente, afirma que por tais razões, a multa de 60% do valor do imposto, conforme o art. 42, inciso II, alínea “a”, da Lei nº 7.014/96, há de ser excluída, diante de seu nítido caráter confiscatório, desarrazoada e desproporcional, quando cotejada com o valor da exação fiscal.

Finaliza requerendo:

- a nulidade do Auto de Infração;
- subsidiariamente, a redução/exclusão das multas impostas, caso subsista alguma infração elencada no Auto de Infração, tendo em vista a natureza confiscatória e desarrazoada das sanções;
- com fulcro no art. 1456 [145] do Decreto nº 7.629/1999 [RPAF/99] a realização de perícia a fim determinar em que NCM as mercadorias descritas na autuação se enquadram, para que se esclareça definitivamente a questão e se possa verificar a higidez da autuação ou da sua classificação. Apresenta em arquivo anexado (doc. 4), contendo os quesitos a serem respondidos pela perícia fiscal, assim como a qualificação completa e o endereço do perito que pretende indicar como assistente técnico;
- a juntada oportuna de outros documentos no curso do PAF, em observância ao Princípio da Verdade Material e ao art. 123, §5º, do RICMS/BA;
- requer, ainda, que a intimação seja feita em nome do advogado Daniel Vilas Boas, inscrito na OAB/MG sob o nº 74.368, sob pena de nulidade.

A autuante prestou informação fiscal (fls.162 a 164) consignando que o autuado efetuou o pagamento no valor de R\$53.163,76, conforme comprovante anexado aos autos (doc. 3), em relação às infrações 02 e 03, porém, impugnou a infração 01.

Observa que a infração 01 diz respeito ao recolhimento a menos do ICMS em razão de utilização indevida do benefício da redução de base de cálculo, ou seja, uso indevido da redução de Base de Cálculo, art. 87, inc. IV, do RICMS/97.

Salienta que na fl. 01 do presente PAF; nos “RESUMOS MENSAIS” fls. 13 e 21; e nos “RELATÓRIOS AUDITORIA EM DOCUMENTOS E LANÇAMENTOS”, fls. 14 a 20 e fls. 22 a 28, há informação a respeito do infração cometida e a relação das mercadorias que geraram a infração que tem o código NCM 7214.99.00, logo não há razão para a alegação de cerceamento de defesa.

Assinala que, após verificar que dentre os itens indicados no artigo 87, inciso IV, do RICMS/97, que prevê o benefício da redução da base de cálculo do imposto nas operações internas com ferros e aços não planos, foi mencionado, explicitamente, aquele identificado pelo código nº 7214.40.0100, da Nomenclatura Brasileira de Mercadorias do Sistema Harmonizado (NBM/SH), reproduzindo neste ponto o que já dispõe o Convênio ICMS nº 33/96; sendo que a legislação estadual, porém, faz alusão ao código da Nomenclatura Comum do MERCOSUL (NCM) de nº 7214.99.00, para a mesmíssima mercadoria.

Diz que, no presente caso, as notas fiscais que embasaram a autuação acobertaram operações de saída exatamente dos itens contemplados com o benefício em comento, identificado nos sobreditos documentos fiscais segundo a Nomenclatura Comum do MERCOSUL (NCM) que, malgrado não se trate daquele apontado pela legislação estadual, não infirma o direito à redução de base de cálculo em tela, haja vista a correta correspondência entre esta classificação e aquela baseada na Nomenclatura Brasileira de Mercadorias do Sistema Harmonizado.

Diz que ao se proceder a conversão do código NBM nº 7214.40.0100 para a Nomenclatura Comum do MERCOSUL, chega-se ao código 7214.99.10, exatamente aquele indicado nas notas fiscais emitidas pelo autuado, com base na anexa tabela de conversão entre os códigos NBM e NCM, extraída do sítio eletrônico do Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior, e não ao código nº 7214.99.00, como indicado pelo RICMS/BA.

Aduz que, rigorosamente, o que se verifica é que a classificação utilizada pelo RICMS/BA, pelo menos quanto a este item específico, tenha se referido à Nomenclatura Aduaneira da Associação

Latino-Americana de Integração (NALADI), já que é a posição que ocupa de acordo com esta nomenclatura, conforme se denota da anexa tabela de conversão NALADI-NCM extraída do mesmo endereço eletrônico.

Conclusivamente, diz que, de fato, existe um equívoco material na legislação estadual ao se referir ao código NCM que corresponderia a classificação na NBM, apontada pelo Convênio ICMS 33/96, para a mesma mercadoria, razão pela qual deve ser retirada do presente Auto de Infração a infração 01.

Finaliza consignando que tem a convicção de ter demonstrado a exatidão do procedimento fiscal adotado, e que concorda com a exclusão da infração 01, no valor de R\$ 68.755,85.

O autuado intimado para conhecimento da informação fiscal (fls.166/167) não se manifestou.

VOTO

O Auto de Infração em exame versa sobre o cometimento de três infrações à legislação do ICMS imputadas ao autuado, dentre as quais este reconheceu as infrações 02 e 03, inclusive efetuando o pagamento do valor do débito reconhecido, conforme documento comprobatório acostado aos autos.

Diante disso, as infrações 02 e 03, são subsistentes, cabendo homologação do pagamento efetuado pela autoridade fazendária competente e, consequentemente, a extinção do crédito tributário atinente a estes itens da autuação.

No que concerne à infração 01, inicialmente, cabe-me apreciar a nulidade arguida pelo impugnante por cerceamento do direito de ampla defesa.

Alega o autuado que a acusação fiscal aponta infringência do RICMS/BA, porque teria se aproveitado indevidamente do benefício da redução da base de cálculo do ICMS, previsto no art. 87, IV, do RICMS/BA/97, aprovado pelo Decreto nº 6.284/97, contudo, não expõe os fundamentos que conduziram a essa conclusão, o que leva a incompletude do Auto de Infração e à sua nulidade.

Assevera que o Auto de Infração em lide afronta flagrantemente a determinação legal, especialmente as normas contidas nos incisos III e VI do art. 39 do RPAF/99, haja vista que a autuação se limitou a afirmar que “recolheu a menor o ICMS em razão de utilização indevida do benefício da base de cálculo”.

De fato, assiste razão ao impugnante. O ato infracional descrito no Auto de Infração apresenta o seguinte enunciado: *Recolheu a menor o ICMS em razão de utilização indevida do benefício da redução da base de cálculo.* Apenas isso.

Ou seja, inexiste qualquer esclarecimento sobre os fundamentos que nortearam a imputação.

A contestação da Fiscalização no sentido de que os demais elementos anexos ao Auto de Infração, especialmente os “RESUMOS MENSAIS” e os “RELATÓRIOS AUDITORIA EM DOCUMENTOS E LANÇAMENTOS”, permitem constatar a fundamentação da autuação, não procede, presente caso.

Isso porque, a acusação fiscal, deveria, no mínimo, indicar o motivo pelo qual a classificação adotada pelo contribuinte era incorreta, assim como indicar qual seria a correta sob o entendimento da Fiscalização, para permitir ao contribuinte o exercício pleno do direito de defesa.

Desse modo, resta patente a violação do direito de ampla defesa do contribuinte, o que implicaria na nulidade do ato de lançamento, consoante determina o art. 18, inciso IV, alínea “a”, do RPAF/99.

Entretanto, considerando o que dispõe o art. 155, parágrafo único, do mesmo RPAF/99, no sentido de que, *quando houver possibilidade de se decidir o mérito, a favor do sujeito passivo a quem aproveitaria a declaração de nulidade, o julgador não a pronunciará nem mandará repetir o ato ou suprir-lhe a falta*, deixo de declarar a nulidade e passo ao exame do mérito.

Verifico que na informação fiscal a própria autuante reconheceu que as notas fiscais que embasaram a autuação acobertaram operações de saída das mercadorias contempladas com o benefício da redução da base de cálculo do imposto nas operações internas com ferros e aços não planos, previsto no artigo 87, inciso IV, do RICMS/97, tendo opinado pela improcedência desta infração.

Diante disso, a infração é improcedente.

Por fim, quanto ao pedido formulado pelo impugnante no sentido de que a intimação seja feita em nome do advogado Daniel Vilas Boas, inscrito na OAB/MG sob o nº 74.368, consigno que nada obsta que o órgão competente da repartição fazendária atenda a solicitação, contudo, saliento que as formas de intimação do contribuinte estão previstas no art. 108 do RPAF/99, não implicando em nulidade o não atendimento do pleito.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, devendo ser homologado o pagamento efetuado.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **269199.0002/14-7**, lavrado contra **ARCELORMITTAL BRASIL S.A.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$34.628,39**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, incisos II , VII, alínea “e” da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais, cabendo homologação do pagamento efetuado.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169 inciso I, alínea “a”, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537/11, com efeitos a partir de 20/12/11.

Sala das Sessões do CONSEF, 09 de abril de 2015.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO – JULGADOR

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO – JULGADOR