

A. I. N° - 269191.0002/14-5
AUTUADO - ARCELORMITTAL BRASIL S.A.
AUTUANTE - ROBERTO ARAÚJO MAGALHÃES
ORIGEM - IFEP SUL
INTERNET - 01/07/2015

3^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0130-03/15

EMENTA: ICMS. ALÍQUOTA. ERRO NA SUA APLICAÇÃO. VENDAS DE MERCADORIAS POR ESTABELECIMENTO ATACADISTA FILIAL DE INDÚSTRIA A CONTRIBUINTES MICROEMPRESAS, EMPRESAS DE PEQUENO PORTE E AMBULANTES, COM APLICAÇÃO DA ALÍQUOTA DE 7%, EM VEZ DE 17%. 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, conforme previsto no art. 51, §1º, inciso I, do RICMS/BA. Inaplicável o benefício quando as vendas se referirem a mercadorias produzidas por terceiros, inclusive empresa do mesmo “grupo empresarial”. Infração subsistente. Não acolhidas as preliminares de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 30/06/2014, formaliza a constituição de crédito tributário no valor de R\$462.890,68, acrescido da multa de 60% em decorrência do recolhimento a menos ICMS em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, nos meses de julho de 2012 a dezembro de 2013, - Infração 03.02.02. Consta que o estabelecimento auditado, filial atacadista de indústria, promoveu operações de venda de mercadorias adquiridas de terceiros (não fabricadas pela mesma) destinadas a Microempresas, Empresas de Pequeno Porte e/ou Ambulantes, adotando a alíquota favorecida de 7%, com relação a mercadorias adquiridas de terceiros (não fabricados pela mesma), em desacordo com o disposto no artigo 51, §1º, inciso I, do RICMS-BA, conforme demonstrativos anexos, dos quais foi entregue uma via a preposto do contribuinte;

O autuado, através de advogados legalmente constituídos, com procuraçāo às fls. 71 a 73, apresenta defesa, fls. 53 a 67, argüindo as ponderações sintetizadas a seguir.

Destaca que o autuante apresentou tabela para justificar a imputação de multa no valor de R\$462.890,68. Consoante explicitado na tabela, observa que a alíquota devida é de 17% e que sobre essa alíquota incide a multa de 60%. Ressalta que, entretanto, na descrição da infração, o autuante admite que foi adotada a alíquota de 7%, o que, segundo a Administração Tributária seria contrário ao disposto no art. 51, §1º, inciso I do Decreto n° 6284/97.

Diz ter constatado erro por parte do Fisco que prejudicou a liquidez do lançamento, em razão de a memória de cálculo apresentada pela Fiscalização, para exigir a multa de R\$462.890,68, não corresponder à descrição da conduta que lhe fora imputada. Afirma que a fiscalização calculou a multa de 60% sobre o montante do tributo supostamente devido considerando-se a alíquota integral de 17%. No entanto, a própria Fiscalização admite que já havia sido recolhido o ICMS à alíquota de 7%, de maneira que a multa deveria ser calculada tendo por base apenas a diferença

entre as alíquotas, qual seja, 10%.

Observa que conforme o disposto no art. 18, IV, “a” do Decreto nº 7.629/99, são nulos os lançamentos de ofício que não contiverem elementos suficientes para determinar, com segurança, a infração e o infrator.

Assinala que diante do vício explícito na configuração do débito tributário, por desconexão entre as informações contidas na autuação e a maneira como o cálculo da multa foi realizado, o Auto de Infração deve ser anulado por respeito à legislação do Estado da Bahia.

Destaca que a passagem “mercadorias adquiridas de terceiros (não fabricados pela mesma sociedade empresária)” traz uma dificuldade de compreensão. Diz restar confuso estabelecer se o Fisco quis dizer que as mercadorias comercializadas seriam pertencentes ao estabelecimento auditado ou se seriam pertencentes à outra empresa.

Afirma que a descrição da infração adotada pela fiscalização é claramente genérica e ampla, permitindo, inclusive, mais de uma interpretação.

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, requisitos esses que não foram respeitados na lavratura do presente Auto de Infração.

Assinala faltar à autuação um de seus elementos mais importantes: o motivo, que é a causa imediata do ato administrativo, “a situação de fato e de direito que determina ou autoriza a prática do ato, ou, em outras palavras, o pressuposto fático e jurídico (ou normativo) que enseja a prática do ato” (Alexandrino, 2010).

Observa que o motivo é o elemento do ato administrativo que garante o controle mais efetivo da legalidade dos atos da Administração Pública, conforme ensina Maria Sylvia Zanella Di Pietro. Assevera que a inexistência de motivo se verifica quando a matéria de fato ou de direito, em que se fundamenta o ato, é materialmente inexistente ou juridicamente inadequada ao resultado obtido.

Cita Raquel Cavalcanti Machado, para asseverar que a simples alegação do fato, sem a demonstração de sua ocorrência, não tem o condão de obrigar o contribuinte, que deve, para não se submeter à exigência indevidamente cobrada, ao invés de tentar produzir prova de difícil realização ou mesmo impossível, demonstrar o vício na formação do ato administrativo. Sentencia que sem o motivo o ato administrativo fica eivado de nulidade.

Arremata revelando que não há fundamentos que sustentem o presente Auto de Infração, tendo em vista a inexistência de motivo para a autuação, vez que a infração imputada não ocorreu. Sustenta que se impõe a anulação do presente Auto de Infração, diante da insegurança quanto aos elementos que lhe são intrínsecos e essenciais, o que fere novamente o já referido art. 18, inciso IV, alínea “a”, do RPAF-BA/99.

Aduz que a dúvida principal existente nos autos é se a alíquota reduzida de 7% seria aplicável ao caso ou não. Observa que o art. 51, inciso I, alínea “c”, do Decreto nº 6284/97 do Estado da Bahia preconiza que a referida alíquota reduzida é própria dos estabelecimentos industriais e àqueles equiparados a industriais e, em seu o parágrafo primeiro, inciso I, acrescenta que para os efeitos da aplicação da alíquota reduzida, incluem-se entre os estabelecimentos industriais a filial atacadista. Arremata firmando que o benefício fiscal é direcionado à qualificação do estabelecimento e, tendo em vista que opera com função de indústria, conforme livros de apuração do IPI referente à filial em comento (doc. 4), fl. 203 a 242, é claramente aplicável a alíquota reduzida.

Frisa que o art. 111 do CTN dispõe que deve ser interpretada literalmente a legislação tributária que disponha sobre outorga de isenção. Sendo assim, a interpretação da regra deve ser a que mais

se aproxima do elemento literal.

Assinala que no presente caso, levando-se em conta a regra interpretativa contida no art. 111 do CTN, é nítida a autorização legislativa para a aplicação da alíquota reduzida de 7% às empresas que se equiparam a estabelecimento industrial, o que é o seu caso.

Destaca que o benefício fiscal contido no dispositivo em comento é concedido em razão da qualificação do estabelecimento (industrial ou equiparado) e não dos produtos ou das operações. Ou seja, em razão do exercício do comércio de produtos industrializados/fabricados por outro estabelecimento da mesma empresa, equipara-se a industrial, devendo ser aplicada a alíquota reduzida de 7% sempre que vender esses produtos às microempresas, às empresas de pequeno porte e aos ambulantes - situação que se verifica no caso concreto, conforme exposto.

Observa que, com a intenção de dirimir qualquer divergência sobre o tema, apresentou Consulta à Administração Tributária do Estado da Bahia (autuado sob o nº 18581020095) questionando se a redução da alíquota prevista no art. 51, inciso I, alínea “c”, do Decreto nº 6.284/97 seria aplicável aos estabelecimentos da mesma empresa equiparados a industrial.

Reproduz trecho do Parecer nº 21914/2009, (doc. 5) - fls. 119 a 121, para aduzir que em sua resposta o parecerista foi claro ao responder positivamente. Continua lembrando que a resposta da mencionada Consulta possui força normativa em razão de ter sido expedida pela própria Administração Tributária do Estado, é óbvia sua força vinculante, conforme previsto no art. 100 do CTN. Arremata mencionando que considerando que a filial da ArcelorMittal autuada equipara-se a estabelecimento industrial, fazendo jus a alíquota de 7%, não há fundamento jurídico para a manutenção da autuação.

Ressalta que a entrada e saída de produtos ocorrem entre estabelecimento do mesmo grupo empresarial, quais sejam, as empresas Belgo Bekaert Arames LTDA-BBA, Manchester Tubos e Perfilados S/A e Belgo Bekaert Nordeste S/A (atual BBA), conforme comprova-se pelos contratos sociais das empresas, fls. 124 a 154 - doc. 6.

Para facilitar a visualização, apresenta o organograma de seu grupo empresarial para demonstrar a distribuição das cotas entre as empresas.

Assevera que o estabelecimento aplicou alíquota de 7% sobre a comercialização realizada por entender que devido ao complexo arranjo societário presente no grupo empresarial do qual faz parte, essas mercadorias adquiridas supostamente de terceiras empresas, na realidade eram de fabricação própria, sendo aplicável, portanto, a alíquota reduzida.

Requer a exclusão/diminuição da multa aplicada, caso se entenda que a autuação deve prevalecer da maneira como posta pela autuante.

Assinala que a CF/88 veda que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios utilizem tributos com caráter confiscatório, conforme norma domiciliada no art. 150, inciso IV, cujo teor reproduz.

Observa que a norma constitucional não fixou limite objetivo ao que seria efeito de “confisco”. Registra que 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”.

Neste sentido, traz a colação ensinamentos Leonardo e Silva de Almeida Freitas, para frisar 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.

Afirma que a vedação constitucional ao confisco exterioriza o interesse da República em proteger a propriedade privada contra quaisquer ataques por parte do Fisco, especialmente aqueles disfarçados sob a capa da falsa legalidade. Assevera não se pode olvidar da plena

aplicabilidade do Princípio do Não-Confisco às sanções tributárias pecuniárias, uma vez que, não só os tributos, mas também as penalidades aplicadas em decorrência deles, têm potencial para agredir significativamente o patrimônio do contribuinte.

Revela que seguindo esta 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, como prelecionam os mestres Ricardo Lobo Torres e Sampaio Dória.

Explica que seguindo essas balizas, 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. Por isso, assinala que toda vez em que a sanção se apresentar desarrazoada ou desproporcional, ela deve ser excluída ou diminuída.

Menciona que frequentemente, o Supremo Tribunal Federal utiliza-se dos princípios da Proporcionalidade e Razoabilidade como postulados para adequar as sanções aplicadas de maneira desmedida pela Administração Pública, a exemplo do julgado STF. RE 754554 AgR/GO. Órgão Julgador: Segunda Turma. Relator: Min. Celso de Mello.

Sustenta a natureza confiscatória da sanção aplicada pela fiscalização baiana, uma vez que o quantum da penalidade corresponde a 60% do valor da obrigação principal, tendo como base de cálculo o ICMS calculado à alíquota de 17%.

Observa que Sacha Calmon, ao tratar sobre o não confisco, ressalta a importância da razoabilidade e da proporcionalidade, fazendo relação, ainda, às funções das multas, de maneira que se a penalidade ultrapassa o parâmetro no limite do qual poderia punir e prevenir novos incidentes, teria natureza confiscatória, sendo imperiosa a sua adequação.

Discorda da tese de que questões de cunho constitucional apenas podem ser apreciadas pelo Supremo Tribunal Federal, haja vista que tal entendimento levaria à inadmissível invalidade das decisões proferidas inter partes. Para corroborar seu reproduz trecho do parecer PGFN/CRF nº 439/96, que concluiu pela possibilidade de o Conselho de Recursos Administrativo Federal apreciar questão atinente a matéria constitucional.

Frisa que se o objetivo da autuação é a realização dissimulada de confisco da propriedade privada da Impugnante, não pode a instância administrativa furtar-se à sua apreciação, ao fundamento de que a vedação ao confisco está expressa na CF/88. Continua destacado que, ao contrário, cumpre-lhe apreciar a constitucionalidade da multa aplicada ao contribuinte e - caso entenda apropriado – aplicar-lhe penalidade mais adequada, especialmente em hipóteses como a dos autos.

Revela que das multas aplicadas se extrai da doutrina as seguintes conclusões: (i) em primeiro lugar, a de que, no Brasil, a infração tributária não pode gerar o perdimento de bens e o confisco, que isto é vedado pela Constituição; (ii) em segundo lugar, a de que a infração tributária pode ocasionar penas pecuniárias, mas não penas privativas da liberdade, atribuição da lei penal, nem pena de confisco ou perdimento de bens, que exige lei específica tipificante e um processo de execução especial; (iii) em terceiro lugar, a de que uma multa excessiva, ultrapassando o razoável para dissuadir ações ilícitas e para punir os transgressores (caracteres punitivo e preventivo da penalidade), caracteriza, de fato, uma maneira indireta de burlar o dispositivo constitucional que proíbe o confisco.

Diz ser confiscatória a penalidade aplicada ao presente caso - 60% do valor da suposta obrigação tributária principal - pois agrava de modo demasiado o valor do próprio tributo. Prossegue sustentando que, por tais razões, a multa há de ser excluída: (1) por inexistir o fato que ensejou sua aplicação, conforme já explicitado nos tópicos anteriores; e (2) por ofensa ao direito fundamental e humano da propriedade e aos princípios constitucionais da vedação ao confisco,

da razoabilidade e da proporcionalidade.

Aduz que consoante suas razões expendidas, a multa proposta de 60% do valor do tributo há de ser excluída, diante de seu nítido caráter confiscatório, desarrazoado e desproporcional quando cotejada com o valor da exação fiscal.

Requer o cancelamento do Auto de Infração: *i* - em razão da nulidade do ato administrativo decorrente da ausência de motivo; *ii* - pelo caráter industrial ou equiparado a industrial da filial autuada; *iii* - pela finalidade do benefício da redução da alíquota; e, *iv* - pelo fato de que as mercadorias comercializadas terem tido origem em outras filiais da mesma do mesmo grupo empresarial. Pleiteia, subsidiariamente, a redução/exclusão das multas aplicadas pela fiscalização, caso subsista alguma infração elencada no Auto de Infração, tendo em vista a natureza confiscatória e desarrazoada das sanções.

Pugna pela juntada oportuna de outros documentos no curso do processo administrativo, em observância ao Princípio da Verdade Material e em observância ao art. 123, §5º do RPAF-BA/99.

Requer, ainda, que todas as intimações sejam feitas em nome do advogado Daniel Vilas Boas, inscrito na OAB/MG sob o nº 74.368, sob pena de nulidade.

O autuante presta informação fiscal, fls. 158 a 172, aduzindo os argumentos a seguir enunciados.

Depois de sintetizar as razões de defesa alinhadas pelo impugnante, observa que a pretensão de ver a infração objeto do presente processo desconstituída por ausência de motivação em virtude da falta de liquidez do lançamento e descompasso entre a descrição da infração e o cálculo do crédito tributário revela-se despropositada.

Assevera que indiscutivelmente o débito objeto da autuação é referente à diferença de 10% sobre o valor de operações tributadas pela empresa a 7% quando deveria ser-lo pela alíquota de 17%, algo facilmente identificável no Demonstrativo “Anexo I”, título “Erro na Determinação de Alíquota - 2012 e 2013”, o qual evidencia analiticamente toda a rotina de cálculo do débito tributário exigido Ex-Ofício, rotina essa facilmente comprehensível pela empresa, notadamente considerando-se não apenas os argumentos defensivos apresentados na impugnação, que revelam plena compreensão da acusação apresentada e seu demonstrativo analítico, bem como as autuações fiscais semelhantes já aplicadas sobre outros estabelecimentos da mesma empresa no Estado da Bahia, sendo que cito agora o Auto de Infração 269358.0003/11-5, julgado procedente de forma unânime conforme ACÓRDÃO JJF Nº 0095-01/13 de 23/05/2013.

Assinala que a alíquota de 17% constante do Demonstrativo de Débito sintético que integra o auto de infração reflete, tão-somente, a peculiaridade técnica de inserção dos dados no software oficial de lavratura de auto de infração disponibilizado pelo Estado da Bahia, que historicamente exige redução a uma das alíquotas previstas nos artigos 50 e 51 do RICMS-BA.

Observa que tal fato em nada prejudica a liquidez e certeza do lançamento. Diz não restar qualquer dúvida pela análise do citado “Anexo I”, parte integrante e inseparável do Auto de Infração, que os valores originalmente lançados pelo contribuinte (colunas identificadas com a expressão “Nota Fiscal Emitida”, valores “VItem”, “VlDesc”, “VlBCICMS”, “Aliq” (a aplicada pelo contribuinte) e “VlICMS” (o imposto debitado pelo contribuinte), em oposição aos campos seguintes, identificados como de “Valores Devidos”, valores “Red BC” (sempre igual a zero), “Aliq” (a devida na operação) e “ICMS” (o imposto devido na operação), resultando-se na apuração da diferença dos ICMS envolvidos, coluna “Diferença ICMS”.

Exemplifica citando a primeira linha do citado demonstrativo “Anexo I”, que para itens que totalizam valor contábil e respectiva base de cálculo tributável pelo ICMS de R\$1.352,40, aplicou o contribuinte a alíquota de 7%, resultando em valor de ICMS devido de R\$94,67 (R\$1.352,40 multiplicado por 7%), sendo devido ICMS de R\$229,91, pois a alíquota devida é de 17% sobre a mesma base de cálculo (R\$1.352,40 multiplicado por 17%). Destaca que a diferença é o valor cobrado de R\$135,24 (R\$229,91 menos R\$94,67), que matematicamente se equivale a cobrar 10%

sobre a mesma base de cálculo de R\$1.352,40). Esclarece que esse modelo de cálculo se aplica a todas as linhas do citado demonstrativo.

Assegura não haver, nem contradição nem desconexão entre a descrição do fato constante do auto de infração com o fato descrito no levantamento dos valores do crédito tributário, como afirma a defesa. Afirma não haver qualquer exigência de imposto em duplicidade como quer fazer crer a impugnante, pois, a diferença que se exige é comprovadamente de 10%, sobre as operações que indica.

Registra ser inaplicável neste caso do disposto no art. 18, Inciso IV, alínea “a” do RPAF-BA/99, eis que o lançamento contém os elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração e o infrator.

Esclarece que também improcede, igualmente, o argumento da ausência de motivação para a autuação, haja vista que a narração do fato constante do auto de infração individualiza com necessária precisão o objeto da autuação. Menciona que da referida descrição, sobressai claramente que o objeto da autuação são operações de venda de mercadorias objetivamente indicadas, não fabricadas pela empresa, para as quais houve a aplicação indevida da alíquota excepcional de 7% quando o correto seria a aplicação da alíquota cheia de 17%.

Observa que a autuação atendeu a todos os requisitos inerentes ao lançamento Ex-Ofício levado a efeito e destaca que: o ato foi praticado por agente legalmente competente; a forma é a prescrita pela legislação de regência (Dec. 7629/99, arts. 38/47); o motivo (fim mediato) foi a cessação de prática elisiva não admitida; o objeto (fim imediato) a exigência do imposto indevidamente elidido; a finalidade (sempre invariável: o interesse público) a preservação do interesse da Fazenda Pública Estadual.

Revela que, mais do que motivo para a prática do ato administrativo de lançamento, resta evidente no presente caso a existência de motivação, cujo enfoque é muito mais amplo, como bem sabe a impugnante. Frisa que estão indicados o fundamento de fato (a existência objetiva de operações de venda de mercadorias não fabricadas pela empresa), a fundamentação legal (o art. 51, §1º do RICMS-BA e a correlação lógica entre os fatos ocorridos e o ato praticado (a autuação).

Diz ser em relação ao mérito que mais se evidencia o equívoco das pretensões da impugnante. Afirma que, de início, é necessário observar a inexistência de dúvida quanto à condição de filial atacadista de indústria da autuada. Observa que o autuado é uma filial atacadista de indústria e que este fato não foi ignorado. Esclarece que esta condição subjetiva afirmada pela deficiente não é objeto de questionamento, para a aplicação da alíquota favorecida de 7%, prevista no art. 51, Inciso I, alínea “c”, §1º, inciso I, do RICMS-BA. Pontua que a defesa tenta jogar com esta desinformação. É bom que se diga, a esta altura, que tal dispositivo é reprodução literal no disposto no art. 16, Inciso I, alínea “c”, Parágrafo 1º, inciso I, da Lei 7.014/96. Continua destacando que o verdadeiro problema reside na interpretação extensiva que o deficiente deu a ao citado dispositivo, cujo teor reproduz, resultando daí o equívoco e a consequente redução indevida da carga tributária.

Explica que se o estabelecimento auditado, filial 134 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. Prossegue frisando que a impugnante entende, e diz isso com todas as letras, 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.

Assinala que o deficiente esquece que, se bem analisados estes dispositivos, enxerga-se neles claramente 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”.

Ressalta que o equívoco em que laborou o sujeito passivo é manifesto: deu 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 depreende do art. 966 do vigente Código Civil, o extensivo sentido de “grupo empresarial”. Desse modo, afirma que foi aplicada 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 “grupo empresarial”.

Veiculando tais dispositivos norma redutora de carga tributária, a interpretação cabível é a literal por força do disposto no art. 111 do CTN. Sustenta que não pode o impugnante alargar o seu alcance para nela albergar operações que o legislador não contemplou. Afirma que não é possível se entender como “grupo empresarial” onde o legislador disse apenas “empresa” no sentido claro de âmbito da mesma “sociedade empresária”. Para corroborar seu entendimento traz a colação trecho dos ensinamento dos juristas pátrios, de Hugo de Brito Machado e Mauro Luís Rocha Lopes.

Assegura não haver dúvida quanto a natureza jurídica do art. 51, inciso I, alínea “c” §1º, inciso I, do RICMS-BA, eis que se trata de norma que veicula uma isenção parcial ao conferir às operações por ela individualizadas uma redução de alíquota de 17% (a regra geral) para 7% (regra excepcional).

Informa que as mercadorias elencadas no Demonstrativo Anexo I ao Auto de Infração lavrado não são fabricadas pela Arcelormittal Brasil S/A, conforme se depreende do seu Livro Registro de Entradas, notas fiscais eletrônicas de entrada e saída juntadas (arquivo anexo ao processo). As mercadorias relacionadas nos anexos do processo, objeto da cobrança, não são fabricadas pela Arcelormittal, sendo oriundas de outras sociedades empresárias e, por conseguinte, não são merecedoras da alíquota favorecida de 7%, eis que não satisfazem ao requisito objetivo para tal.

Enumera as sociedades empresárias de onde são oriundas as mercadorias: 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; Soluções em Aço Usiminas S/A - CNPJ Básico: 42.956.441; e Método Logística e Distribuição LTDA. - CNPJ Básico: 02.471.537;

Observa que 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. Sustenta que o legislador não incluiu tais operações no benefício.

Assinala que o legislador baiano não incluiu operações meramente comercial atacadistas no benefício porque, ao exercer sua competência específica, subordinando-se às finalidades do art. 170, inciso IX da CF/88, também elegeu legitimamente como alvo o seu próprio desenvolvimento econômico industrial. Por isso, explica que o dispositivo legal ter excepcionado 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. Afirma serem evidentes os objetivos extrafiscais visados e conjugados.

Revela que o impugnante ao pretender que seja aplicada alíquota de 7% para operações ditas “meramente atacadistas” se coloca 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). Afigurando-se, portanto, um tratamento desigual para uma situação igual. Menciona que se o legislador infraconstitucional não pode fazer isso, imagine o contribuinte.

Reproduz as ementas dos Acórdãos JJF N° 244-01/11, CJF N° 148-11/13, JJF N° 0095-01/13 e JJF N° 214-

01/13, lavrados contra outros estabelecimentos do autuado que resultaram na procedência integral no julgamento administrativo.

Ao enfrentar a alegação da defesa de que a multa proposta de 60% sobre o imposto exigido resultaria em confisco, conduta constitucionalmente proibida, assinala tratar-se de argumento de atendimento impossível na via administrativa, por proibição expressa disposta no inciso I, do art. 167, do RPAF-BA/99.

Conclui pugnando pela procedência do Auto de Infração.

O sujeito passivo se manifesta às fls. 176 e 177, requerendo a juntada de cópia dos livros Registro de Apuração do IPI que colaciona às fls. 203 a 242.

Reitera seu pedido para que todas as intimações 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, sob pena de nulidade.

VOTO

Inicialmente, não acolho as preliminares de nulidades suscitadas pelo impugnante. Constatou 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 argüi 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 argüição 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. Afirmando 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 indubioso 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 exerce o comércio de produtos industrializados por outro estabelecimento da mesma empresa, ainda que localizado em outro Estado;”

Da interpretação literal do dispositivo regulamentar acima transscrito, 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*.

Constatou 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 indubioso 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.

Saliente 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 as multas 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.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **269191.0002/14-5**, lavrado contra **ARCELORMITTAL BRASIL S.A.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$462.890,68**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso II, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais,

Sala das Sessões do CONSEF, 17 de junho de 2015

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - RELATOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS – JULGADORA