

**A. I. Nº** - 269191.0002/15-3  
**AUTUADO** - ARCELORMITTAL BRASIL S.A.  
**AUTUANTE** - ROBERTO ARAÚJO MAGALHÃES  
**ORIGEM** - IFEP SUL  
**PUBLICAÇÃO** - INTERNET- 09.12.2015

#### **1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

#### **ACÓRDÃO JJF Nº 0209-01/15**

**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 31/03/2015, formaliza a constituição de crédito tributário no valor de R\$980.923,91, 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 janeiro de 2012 a dezembro de 2013.

Consta ainda que o estabelecimento fiscalizado praticou operações de venda de mercadorias 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 demonstrativo anexo 1, parte integrante do presente auto de infração, que apura valores devidos de ICMS por item de mercadoria do documento fiscal, demonstrando-os conforme as diferenças entre os ICMS originalmente debitado pelo contribuinte no mesmo item do documento fiscal da mesma operação com alíquota de 7%.

O autuado, através de advogados legalmente constituídos, com procuração às fls. 24 a 28, apresenta defesa, fls. 17 a 23, argüindo as ponderações sintetizadas a seguir.

Descreve os fatos havidos no presente Auto de Infração, destacando que as apurações que gerou o lançamento de ofício não pode prosperar.

Alega que a infração capitaneada na autuação em tela decorre da acusação da aplicação indevida da alíquota favorecida de 7%, prevista no art. 51, §1º, inciso I do Decreto nº 6284/97 para operações de venda de mercadorias destinadas a Microempresas / Empresas de Pequeno Porte / Ambulantes e promove tal cobrança com base na alíquota de 17%, desconsiderando aquela prevista no artigo 16 da Lei nº 7.014/96.

Observa que a alíquota minorada aplica-se nas operações com mercadorias advindas de estabelecimentos industriais neste Estado, praticadas por pessoas jurídicas submetidas ao regime normal de apuração para micro, empresas de pequeno porte ou ambulantes, inscritos como tal.

Defende que as operações entabuladas por filial atacadista, que comercialize produtos industrializados por outro estabelecimento da pessoa jurídica de que faz parte também se sujeitam à alíquota de reduzida de 7%, justamente em virtude da intenção legal em se privilegiar pessoas jurídicas estabelecidas no Estado, ainda que por empresas comerciais, e os destinatários que se utilizem de regime tributário simplificado (micro empresas, empresas de pequeno porte e ambulantes).

Diz que, por tal motivo, ao equiparar a filial atacadista a estabelecimento industrial, não há indicação na norma de que somente os produtos industrializados pelo estabelecimento industrial do conglomerado daquele teriam redução. Completa que de mera interpretação literal do texto evidencia-se que a filial atacadista, cuja matriz desenvolva atividade industrial é tida como estabelecimento industrial para fins da aplicação da alíquota prevista no artigo 16, I, Lei 7.014/96.

Sublinha que não há qualquer outra restrição para que a operação se utilize da alíquota 7%, desde que a filial, dentre a gama de produtos que comercializa, promova a saída de bens produzidos por sua unidade industrial, com destino à microempresa, empresas de pequeno porte ou ambulantes.

Insiste que as operações questionadas foram realizadas a partir da filial atacadista, vinculada à matriz que realiza as atividades industriais, não havendo na norma suscitada discriminem em relação às operações com mercadorias de pessoas jurídicas industriais por interpostas pessoas jurídica industrial.

Reitera que a norma é clara e não restringe que os produtos sejam fabricados por matriz da filial distribuidora ou por terceiros, fato que não invalida os benefícios. Aduz que a finalidade da norma não deixa de ser alcançada pelo fato da mercadoria industrializada remetida para empresas diferencias ter sido produzida por pessoa jurídica formalmente diversa daquela que diretamente comercializa.

Assevera que o foco da benesse fiscal são os destinatários das mercadorias, exigindo-se que os produtos tenham o valor reduzido proporcional ao benefício resultante da aplicação da alíquota de 7% ao invés de 17%, com a indicação do "desconto" no respectivo documento fiscal. Diz que notas fiscais das operações podem ser verificadas através de perícia fiscal. Descreve os quesitos, nomeia o assistente.

Indica endereço eletrônico para atendimento; requer julgamento procedente de sua defesa e cancelada a autuação.

O autuante presta informação fiscal, fls. 53 a 64, aduzindo os argumentos a seguir enunciados.

Depois de sintetizar as razões de defesa alinhadas pelo impugnante, observa que inexiste dúvida quanto à condição de filial atacadista de indústria da autuada. Explica que esta condição subjetiva, afirmada pela impugnante, não é objeto de questionamento, para a aplicação da alíquota favorecida de 7%, prevista no artigo 51, Inciso I, alínea "c" parágrafo 1º, inciso I, do RICMS/BA, reprodução literal no disposto no artigo 16, inciso I, alínea "c", parágrafo 1º, inciso I, da Lei Estadual 7.014/96.

Diz que o verdadeiro problema reside na interpretação extensiva que foi dada ao citado dispositivo, originando o equívoco e a consequente redução indevida da carga tributária.

Explica que se o estabelecimento auditado, filial 124 da indústria Arcelormittal Brasil S/A transacionasse apenas com produtos fabricados por estabelecimento industrial de mesmo CNPJ base, o auto de infração objeto do presente processo não existiria; completa que tais operações existem, foram analisadas e consideradas consentâneas com os dispositivos da legislação.

Afirma que, no entanto, a impugnante considerou que cumprido este requisito subjetivo (ser filial atacadista de indústria), poderia praticar a alíquota reduzida para quaisquer mercadorias por ela transacionadas, desconsiderando se produzidas ou não pela mesma empresa (mesmo CNPJ base) ou outros, bastante apenas que a comercialização ocorresse através da filial atacadista, no seu dizer, "*estabelecimento do conglomerado da pessoa jurídica a que pertence*", entendendo que a finalidade

da norma estaria sendo alcançada.

Assevera, em contrário, que os produtos ou mercadorias merecedores da redução devem ser aqueles fabricados pela sua indústria, vale dizer, fabricados pela “empresa”.

Explica que o impugnante interpretou de forma equivocada o vocábulo “*empresa*”, nitidamente empregado no texto no sentido de “sociedade empresária”, posto que para o direito empresarial, “*empresa*” é conceituada como uma “*atividade*” (art. 966 do vigente Código Civil), o extensivo sentido de “*conglomerado empresarial*”. E, desse modo, 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 “*grupo empresarial*”.

Diz que no caso em questão, a interpretação deve ser literal, por força do disposto no art. 111 do CTN. *Cita em reforço a essa tese*, Hugo de Brito Machado, outros doutrinadores e a própria jurisprudência do Conselho de Fazenda Estadual - CONSEF.

Diz que não há também necessidade da produção de “*prova pericial*”, por força do artigo 147, II, “a” e “b” do RPAF/BA, posto que as provas trazidas aos autos, na forma de demonstrativo da infração, não necessitam do conhecimento especial de técnicos para sua compreensão ou porque os elementos constates dos autos já são suficientes, sem necessidade de qualquer parecer ou complemento pericial ou diligencial.

Aduz, que é irrelevante se praticou ou não desconto comercial por consequência de uma redução da carga tributária que não deveria ser aplicada.

Pede o julgamento integral do Auto de Infração.

#### **VOTO**

Inicialmente, não acolho o pedido para realização de Perícia Fiscal ou diligência com fulcro no art. 147, inciso I, “a” e inciso II “a” e “b” do RPAF/99, pois os elementos existentes no processo são suficientes para a formação do convencimento dos julgadores e a prova do fato não depende do conhecimento especial de técnicos, além de não serem necessárias outras provas a serem produzidas.

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.

Alega o autuado que a norma é clara em não restringir produtos fabricados por matriz da filial ou por terceiros. Diz que o disposto no art. 51, I, “c”, §1º, I, do RICMS/BA, deve ser interpretado de forma literal e não restritiva; diz que a finalidade da norma 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 comercializa e que o foco da benesse fiscal são os destinatários das mercadorias, exigindo-se que os produtos tenham o valor reduzido proporcional ao benefício resultante da aplicação da alíquota de 7% ao invés de 17%, com a indicação do “desconto” no respectivo documento fiscal.

Em sede de informação fiscal o autuante esclareceu que o estabelecimento autuado é filial atacadista de estabelecimento industrial, comparado à indústria e, cumprido tal requisito, poderia praticar a alíquota reduzida para quaisquer mercadorias por ela transacionadas, desconsiderando se produzidas ou não pela mesma empresa (mesmo CNPJ base); diz que o autuado interpretou de forma equivocada o vocábulo “*empresa*”, estendendo o sentido para “*conglomerado empresarial*”, aplicando 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”.

Verifico que o autuado ao se manifestar sobre a informação fiscal reitera que as mercadorias objeto das operações elencadas no levantamento fiscal se originam de terceiros e que esse fato, não invalidaria o "benefício"; que, sendo filial atacadista, tem, dentre os produtos que comercializa, aqueles produzidos por estabelecimentos do conglomerado da pessoa jurídica a que pertence. 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, que os outros estabelecimentos industriais devem pertencer à mesma empresa do autuado, cujo CNPJ básico é 17.469.701. Ou seja, ainda que esses estabelecimentos fabris pertençam ao *mesmo grupo empresarial* - conforme aduzido pelo próprio impugnante - entretanto, não pertencem à *mesma empresa*. Ressalto que, apesar de pertencentes ao *mesmo conglomerado 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*.

Em consulta formulada pelo mesmo contribuinte à Diretoria de Tributação da Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia, podendo ser extraída dos cadastros da administração tributária, o autuado já obteve resposta em conformidade com o procedimento do autuante. 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.

Portanto, resta indubitoso 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 faz constar com a indicação de desconto, no respectivo documento fiscal, o valor reduzido proporcional ao benefício resultante da aplicação da alíquota de 7% ao invés de 17%, isso não modificaria a exigência, sendo indevido tal repasse, e mesmo porque, disso não cuidou provar o autuado, ainda que de forma amostral.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

#### **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **269191.0002/15-3**, lavrado contra **ARCELORMITTAL BRASIL S.A.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$980.923,91**, 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, 19 de novembro de 2015

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS - PRESIDENTE

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO - RELATOR

JOSÉ BZERRA LIMA IRMÃO – JULGADOR