

A. I. Nº - 298624.0022/15-2
AUTUADO - GERDAU AÇOS LONGOS S.A.
AUTUANTES - WAGNER RUY DE OLIVEIRA MASCARENHAS e JOSÉ MACEDO DE AGUIAR
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 23/10/2017

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0185-03/17

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. **a)** RETENÇÃO E RECOLHIMENTO A MENOS. Ajustes realizados pelo autuante quando da informação fiscal reduziram o valor originalmente lançado. Infrações parcialmente caracterizadas. **b)** FALTA DE RETENÇÃO E CONSEQUENTE RECOLHIMENTO. Comprovado nos autos que o contribuinte realizou recolhimento de parte do imposto cobrado. Infrações parcialmente subsistentes. Rejeitada preliminar de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração lavrado em 19/02/2017, exige crédito tributário no valor de R\$883.348,29, acrescido da multa de 60%, em razão das seguintes irregularidades:

Infração 01 - 08.50.02. Retenção a menos do ICMS e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado, nos meses de agosto a dezembro de 2015 e janeiro a setembro de 2016, no valor de R\$323.108,58;

Infração 02 - 08.50.01. Falta de retenção do ICMS e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado, nos meses de setembro e novembro de 2015, março a junho, agosto, setembro, novembro e dezembro de 2016, no valor de R\$184.570,75;

Infração 03 - 08.50.01. Falta de retenção do ICMS e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado - Diferença de Alíquota, nos meses de setembro de 2015 a dezembro de 2016, no valor de R\$375.668,96.

O Autuado ingressa com defesa fls. 49 a 77. Depois de observa a tempestividade articula os argumentos resumidos a seguir.

Ao cuidar da Infração 01, destaca que, analisando a planilha acostada pelos Autuantes, verifica-se que das 348 operações autuadas, 312 apresentam divergência no cálculo da MVA - Doc.04, fls. 99 a 118.

Explica que, nas aquisições interestaduais de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, para a apuração da base de cálculo da substituição tributária, o percentual da margem de valor agregado a ser aplicado sobre o valor da operação deverá ser ajustado (“MVA Ajustada”), calculado segundo a fórmula: “MVA ajustada = [(1+ MVA ST original) x (1 - ALQ inter) / (1 - ALQ intra)] - 1”.

Revela que o Protocolo ICMS 26/2010, alterado pelo Protocolo ICMS 43/2015, que dispõe sobre a substituição tributária nas operações com materiais de construção, acabamento, bricolagem ou

adorno, do qual o Estado da Bahia e do Rio de Janeiro são signatários, detalha como apuração da base da base de cálculo do ICMS-ST deverá ser efetuada, cujo teor transcreve.

Menciona que, no caso dos autos, os produtos objeto de autuação estão listados nos seguintes NCMs: 7213.1000, 7214.2000, 7217.1090, 7217.2090, 7308.4000, 7313.0000, 7314.2000, 7317.0020 e 7317.0090.

Ressalta que nos termos do Convênio 33/1996, a base de cálculo do ICMS nas operações internas com ferros e aços não planos, classificados no NCM nº 7213 e 7214, ficam reduzidas, de tal forma que a incidência do imposto resulte na aplicação do percentual de 12% sobre o valor da operação.

Lembra que o art. 266, inciso II do RICMS/BA prevê que as operações internas com ferros e aços não planos, relacionados no Conv. ICMS 33/96, bem como as mercadorias classificadas nos NCMs 7217, 7313, 7314.31, 7314.4, 7326.2 e 7317, gozam de redução na base de cálculo de forma que a carga tributária efetiva resulte em 12%.

Declara que de acordo com a legislação citada, a alíquota interna a ser utilizada para cálculo da MVA ajustada é a de 12%, já que esta é a carga tributária efetiva e inferior à alíquota interna de 17%, em atendimento ao disposto no inciso III, cláusula terceira do Protocolo 26 de 2010. Assinala que utilizando a fórmula supra transcrita, o cálculo correto da MVA seria: $MVA \text{ ajustada} = ((1+0,45) * (1-0,07) / (1-0,12)) - 1 = 53,24\%$.

Observa que os Autuantes desconsideram a alíquota interna efetiva das mercadorias comercializadas, aplicando no cálculo da MVA a alíquota interna do Estado da Bahia, qual seja, 17%: $MVA = ((1+0,45) * (1-0,07) / (1-0,17)) - 1 = 62,47\%$.

Afirma que os Autuantes partiram da equivocada premissa de que todos os materiais comercializados estariam sujeitos a uma alíquota interna de 17%, sem atentar para as regras que prevêm a redução da base de cálculo nas operações internas com as referidas mercadorias.

A título de exemplo, apresenta a Nota Fiscal nº 293826, fl. 56, emitida na comercialização do produto classificado na NCM 73170090, para demonstrar o erro de cálculo procedido pela fiscalização.

Reafirma que os produtos listados no NCM 7317 gozam da redução da base de cálculo prevista no art. 266, inciso II, alínea “g”, do RICMS/BA, de forma que a alíquota interna efetiva é de 12%.

Diz restar demonstrados os equívocos cometidos pelos Autuantes no cálculo referente a essas 312 operações, de forma que a presente autuação merece ser imediatamente cancelada.

Explica que, em relação às outras 36 operações listadas na planilha anexa - Doc.05, fls. 120 a 125, por se tratarem de produtos destinados a consumo final do cliente, não se aplica a tributação com base no MVA e sim a tributação com base no diferencial de alíquotas.

Esclarece que, ao vender seus produtos para qualquer cliente, verifica o CNAE da empresa para saber se se trata de operação sujeita à incidência de ICMS-ST ou, se se configura como venda direta a consumidor final ou para estabelecimento que irá utilizar a mercadoria em processo de produção/industrialização. Continua mencionando que além desse cuidado de observar o CNAE do cliente, sua área comercial consulta o cliente sobre a destinação que dará ao produto, se comercialização, industrialização, etc. E, de acordo com as informações fornecidas pelo cliente, é feito um cadastro no SAP com o destino da mercadoria e uma parametrização no sistema para a tributação da mercadoria.

Diz se constatar facilmente a veracidade das informações, ora prestadas, ao se analisar os CNAES principais e secundários das empresas adquirentes das mercadorias referentes a essas 36 operações para se verificar que as operações autuadas não estão sujeitas à sistemática da substituição tributária, uma vez que se trata de vendas realizadas para consumo final do cliente.

Ressalta que procedeu ao cálculo e recolhimento do diferencial de alíquotas dessas operações, de forma que não há imposto a ser recolhido referente às mesmas. Apresenta como exemplo, o cálculo efetuado pela empresa em relação à Nota Fiscal nº 331196, fl. 58.

Arremata assinalando que resta demonstrada a regularidade das operações objeto da Infração 01, de forma que merece ser integralmente cancelado este item.

No tocante à Infração 02, destaca que segundo relato fiscal, teria deixado de reter e recolher ICMS-ST, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia.

Observa que analisando a planilha acostada pelos Autuantes, das 43 operações autuadas neste item, verifica-se que 33 delas, abaixo listadas, referem-se a operações de vendas para empresas Baianas que possuem Termo de Acordo para assumir a responsabilidade pela retenção e recolhimento do ICMS devido por substituição tributária prevista no art. 7º-B, do Dec. nº 7.799/00.

Esclarece que, nos termos do art. 7º-B, do aludido decreto, o estabelecimento comercial atacadista, central de distribuição ou estabelecimento que comercializa mercadorias exclusivamente via internet ou telemarketing que desejar ficar responsável pela retenção e recolhimento do ICMS-ST nas saídas internas subsequentes, poderá firmar termo de acordo específico com o Estado da Bahia para ficar responsável pela retenção e recolhimento do ICMS devido por substituição tributária nas saídas internas subsequentes.

Registra que nesse sentido, as empresas HIPERFERRO COMERCIAL DE AÇOS LTDA. - Doc. 06, fl. 130, e a ALUMIFER ALUMÍNIO E FERRO LTDA. - Doc. 07, fl. 133, assim procederam, conforme atestam termos de acordo anexados. Prosseguem que de acordo com os Termos de Acordo, ora anexados, tais empresas ficam responsáveis pela retenção e recolhimento do ICMS devido por substituição tributária, nas saídas internas subsequentes das aquisições internas e interestaduais de mercadorias sujeitas à substituição tributária, deixando de atuar como substituídas nas aquisições de mercadorias.

Explica que, nos termos da cláusula 2ª do Protocolo 26/2010, supra mencionado, o disposto neste protocolo não se aplica às operações interestaduais destinadas a contribuinte detentor de regime especial de tributação que lhe atribua a responsabilidade pela retenção e recolhimento do ICMS devido por substituição tributária pelas saídas de mercadorias que promover.

Informa que, em relação às outras 10 operações listadas à fl. 64, reconhece o débito como devido e informa que procedeu ao seu recolhimento conforme comprovante em anexo - Doc. 12, fls. 170 e 171.

Ao cuidar da Infração 03, relata que, segundo acusação fiscal, teria deixado de reter e recolher ICMS-ST, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia.

Menciona que para lastrear a exigência contida nesta infração, os Autuantes apontaram como infringidas as cláusulas primeira, terceira, quarta e quinta do Protocolo de ICMS 26/2010.

Destaca que, das 224 operações autuadas nesse item, 182 operações referem-se a vendas de materiais para utilização no processo de industrialização das empresas adquirentes, conforme planilha anexa, fls. 138 a 147, - Doc. 08, cuja incidência do ICMS-ST fica afastada.

Em relação às operações listadas na planilha em anexo Doc. 09, fls. 150 a 152 referente a outras 26 operações autuadas neste item, assevera não haver que se falar em incidência do ICMS-ST, uma vez que as mercadorias foram destinadas a não contribuinte do imposto, para consumo final, tendo o diferencial de alíquotas - DIFAL sido recolhido, nos termos da EC 87/15 e do Convênio ICMS CONFAZ 93/15.

Explica que, em relação às 15 operações listadas às fls. 67 e 68, devido a um erro no sistema, os clientes estavam cadastrados como contribuintes do ICMS, quando deveriam estar cadastrados como não contribuintes. Diz reconhecer como devida a autuação, de forma que procedeu ao seu recolhimento, conforme atesta comprovante em anexo - Doc.10, fls. 154 e 155.

Tece comentários sobre o regime da sujeição passiva por substituição tributária autorizada pelo art. 155, §2º, inciso XII, alínea “b” da CF/88.

Explica que o regime da sujeição passiva por substituição tributária aplica-se nas operações internas e interestaduais em relação às operações subsequentes a serem realizadas pelos contribuintes substituídos, em relação às mercadorias, cuja sujeição nas operações, são determinadas por Convênios/Protocolos subscritos pelos Estados.

Destaca que o regime de Substituição Tributária não se aplica: *a)* às operações que destinem mercadorias a sujeito passivo por substituição da mesma mercadoria; *b)* às transferências para outro estabelecimento, exceto varejista, do sujeito passivo por substituição, hipótese em que a responsabilidade pela retenção e recolhimento do imposto recairá sobre o estabelecimento que promover a saída da mercadoria com destino a empresa diversa; *c)* na saída para consumidor final, salvo se a operação for interestadual e o destinatário contribuinte do ICMS, pois em alguns Protocolos/Convênios que dispõe sobre o regime da Substituição Tributária, atribuem a responsabilidade ao remetente em relação à entrada para uso e consumo ou ativo imobilizado, ou seja, em relação ao diferencial de alíquotas; e *d)* à operação que destinar mercadoria para utilização em processo de industrialização.

Revela que nos termos do §8º, do art. 8º, da Lei nº 7.014/96 do Estado da Bahia, não se aplica o regime de substituição tributária pela operação posterior quando destinada a estabelecimento que utilizará a mercadoria em processo de produção ou industrialização, ou seja, quando o produto é utilizado como insumo de produção ou industrialização, não há que se falar em ICMS/ST, mas somente no “ICMS próprio”.

Observa que no caso dos autos, as notas fiscais autuadas referem-se à venda de produtos sujeito à substituição tributária, enquadrados nos NCMS 72131000, 73142000, 73084000, 72142000, 72172090, 72171090. Contudo, das 224 operações autuadas, 182 referem-se à venda de mercadorias para utilização no processo de industrialização dos adquirentes, hipótese em que, como já demonstrado, não incide o ICMS-ST.

Registra que, ao vender seus produtos para qualquer cliente, verifica o CNAE da empresa para saber se se trata de operação sujeita à incidência de ICMS-ST ou se configura como venda direta a consumidor final ou para estabelecimento que irá utilizar a mercadoria em processo de produção/industrialização. Continua frisando que, além desse cuidado de observar o CNAE do cliente, sua área comercial consulta o cliente sobre a destinação que dará ao produto, se comercialização, industrialização, e de acordo com as informações fornecidas pelo cliente, é feito um cadastro no SAP com o destino da mercadoria e uma parametrização no sistema para a tributação da mercadoria.

Diz que se constata a veracidade das informações, ora prestadas, analisando-se os CNAES das empresas adquirentes da mercadoria comercializada para se constatar que as operações autuadas não estão sujeitas à sistemática da substituição tributária, uma vez que se trata de vendas realizadas para utilização do produto como insumo de produção. Além disso, diz colacionar declarações de alguns de seus clientes, que demonstram que os insumos adquiridos serão utilizados no processo de fabricação de seus produtos, Doc. 11, fls. 157 a 168.

Cita como exemplo decisão do CONSEF que deu provimento ao recurso do contribuinte para reconhecer a exclusão de responsabilidade do contribuinte pelo imposto devido por substituição tributária pelo fato da mercadoria ter por destinação a utilização do bem como insumo de produção no Acórdão CJF Nº 0156-12/04.

Assinala que diante do expendido e em conformidade com a jurisprudência colacionada, resta demonstrada a total insubsistência do presente Auto de Infração em relação a essas 182 operações, motivo pelo qual deve ser integralmente cancelado.

Em relação às 26 operações listadas na planilha anexa, uma vez que destinam mercadorias a não contribuintes que as utilizarão como destinatárias finais, o tratamento tributário a ser dado a tais operações está regido pelos artigos 155 e 99 da CF/88, cujo teor reproduz.

Afirma que nos termos delineados pela CF/88, os Estado da Federação firmaram o Convênio 93/15, regulamentando as operações e prestações que destinem bens e serviços a consumidor final não contribuinte do ICMS, localizado em outra unidade federada, cujo teor transcreve.

Observa que as 26 operações objeto da planilha anexa apenas destinaram mercadorias a não contribuintes do imposto, para utilização como destinatário final da mercadoria, não há que se falar em incidência de ICMS-ST, sendo o tratamento tributário dispensado (recolhimento do diferencial de alíquotas) o correto para as operações.

A título de exemplo, colaciona espelho do XML, fl. 76, que ilustra a forma de emissão e recolhimento do Diferencial de Alíquota interestadual, amparado na supra aludida legislação. Continua frisando que em relação às 26 operações, também merece ser cancelada a presente autuação.

Desta feita, em atenção ao princípio da eventualidade e admitindo-se a eventual necessidade de produção de provas durante a tramitação do presente processo, pugna pela produção de todos os meios de prova em direito admitidas, em especial a juntada de novos documentos que venham a ser necessários para o total saneamento dos fatos.

Conclui requerendo o cancelamento do presente Auto de Infração diante da sua manifesta improcedência.

Os Autuantes prestam informação fiscal, fls. 208 a 210, nos termos a seguir resumidos.

Ao tratarem da Infração 01, declaram que em relação à redução da base de cálculo das NCM 7213, 7214 (vergalhões), cabe razão ao contribuinte e a carga efetiva fica de 12%, conforme art. 266, inciso II, do RICMS-BA/12. Afirmam que a planilha foi corrigida e a carga de 17% foi alterada para 12%, exceto para o NCM 7317 e 7308.

Esclarecem que em relação à MVA, usaram a MVA Ajustada correta prevista no Anexo 1, do RICMS-BA/12, redação vigente ano 2015, que prevê: item 24.47 ...Protocolo 26/10 - 62,47% (Aliq. 7%) NCM 7214 - item 24.49 ...Protocolo 26/10 - 62,47% (Aliq. 7%) NCM 7213 - item 24.60 ...Protocolo 26/10 - 62,47% (Aliq. 7%) NCM 7317.

Afirmam que a partir da mudança promovida pelo Dec. 14.499/15, vigência de 01/01/2016 ate 09/03/2016 e posteriores, a MVA passa para 53,24%, dito isto, registram que corrigiram a planilha, reduzindo a cobrança, jamais cobrando a mais.

Informam também que retiraram as 36 operações listadas no Doc. 05, que se referem ao DIFAL; em relação ao pagamento, conferimos o “retido x recolhido e como a diferença do DIFAL foi lançada na Nota Fiscal no destaque do ICMS-ST, constataram que em relação a essas operações não há credito a ser exigido.

Em relação ao pedido de cancelamento da infração, asseguram que esse não deve prosperar já que o RPAF-BA/99, no seu art. 127, §7 e §8, prevê o refazimento de demonstrativo ou levantamento efetuado em função de argumentos e provas apresentadas pelo Autuado, o que foi feito, consoante planilha, fls. 211 a 214, com valores remanescentes: ago 2015 - R\$2.863,26; set 2015 - R\$903,21; out/15 - R\$2.088,05 nov/15 - R\$3.736,20; dez/15 - R\$1.159,03; jan/16 - R\$250,94; fev/16 - R\$317,45; mar/16 - R\$792,76; abr/16 - R\$661,05; mai/16 - R\$291,40; jun/16 - R\$780,04; Jul/16 - R\$22,47; ago/16 - R\$1.030,86; set/16 - R\$416,86; out/16 - R\$285,01; nov/16 - R\$737,07; e dez/16 - 38,54.

Quanto à Infração 02, informam que cabe razão ao contribuinte em relação ao Termo de Acordo, com isso foi estornado os valores referentes as empresas citadas acima (planilha anexa fl. 215 e 216), restando remanescente o valor de R\$15.009,40, ao qual o contribuinte junta DAE de pagamento, fl. 171, - DOC 12.

No tocante à Infração 03, destacam que refizeram toda pesquisa no “Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica”, e retiraram todas as empresas que usam o material adquirido no processo de industrialização, mantendo a cobrança do DIFAL para empresas que usam a mercadoria para consumo final ou ativo, discriminando às fls. 217 e 218: nov/15 - R\$2.219,68; jan/16 - R\$935,52;

fev/16 - R\$2.731,52; mar/16 - R\$432,98; abr/16 - R\$1.286,82; mai/16 - R\$268,60; jul/16 - R\$1.965,56; ago/16 - R\$1.655,56; set/16 - R\$4.757,72; out/16 - R\$3.511,69 e dez/16 - R\$1.098,95.

Observam que retiraram da planilha acima, as operações que ensejaram o pagamento do DIFAL - Doc. 10, fls. 154 e 155, e anexam planilha às fls. 219 e 220, que dizem fechar exatamente com o valor pago, o contribuinte também discrimina essas notas fiscais na sua defesa, fls. 67 e 68.

Informam que usaram os cálculos previstos EC 87/15 para o ano de 2016, como carga tributária para 12%, nos NCMs 7214, 7213.

Em manifestação acerca da informação fiscal às fls. 226 a 243, o Impugnante articula os argumentos a seguir resumidos.

Ao tratar da Infração 01, relata que os Autuantes refizeram a planilha dos débitos, sendo mantidos 165 itens, por suposta retenção a menos do ICMS Substituição Tributária, resultando no valor a recolher de R\$16.314,95.

Observa que os valores que remanescem em aberto igualmente não merecem prosperar, uma vez que dos 165 itens elencados na nova planilha acostada pelos Autuantes, 163 permanecem com divergência no cálculo da MVA, uma vez que aplicou MVA sem considerar a carga tributária interna das mercadorias.

Salienta que nas aquisições interestaduais de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, para a apuração da base de cálculo da substituição tributária, o percentual da margem de valor agregado a ser aplicado sobre o valor da operação deverá ser ajustado ("MVA Ajustada") e calculado segundo fórmula que reproduz, fl. 228 e 229.

Diz que nos termos do Protocolo ICMS 26/2010, alterado pelo Protocolo ICMS 43/2015, que dispõe sobre a substituição tributária nas operações com materiais de construção, acabamento, bricolagem ou adorno, do qual o Estado da Bahia e do Rio de Janeiro são signatários, a fórmula da base de cálculo do ICMS-ST, cujo teor transcreve.

Observa que, no caso dos autos, os produtos objeto de autuação estão listados nos seguintes NCMs: 7213.1000, 7214.2000, 7217.1090, 7217.2090, 7308.4000, 7313.0000, 7314.2000, 7317.0020 e 7317.0090.

Relata que nos termos do Convênio ICMS 33/1996, a base de cálculo do ICMS nas operações internas com ferros e aços não planos, classificados no NCM nº 7213 e 7214, fica reduzida, de tal forma que a incidência do imposto resulte na aplicação do percentual de 12%, sobre o valor da operação.

Menciona o art. 266, inciso II, do RICMS-BA/12, prevê que as operações internas com ferros e aços não planos, relacionados no Convênio ICMS 33/96, bem como as mercadorias classificadas nas NCMs 7217, 7313, 7314.31, 7314.4, 7326.2 e 7317, gozam de redução na base de cálculo de forma que a carga tributária efetiva resulte em 12%, cujo teor, transcreve.

Diz que a leitura de tais dispositivos legais se conclui que a alíquota interna a ser utilizada para cálculo da MVA ajustada é a de 12%, já que esta é a carga tributária efetiva e inferior à alíquota interna de 17%, em atendimento ao disposto no inciso III, cláusula terceira do Protocolo ICMS 26 de 2010, e que o cálculo correto da MVA seria: $MVA \text{ ajustada} = ((1+0,45) * (1-0,07) / (1-0,12)) - 1 = 53,24\%$.

Afirma que os Autuantes insistem em manter a MVA de 62,47% para todas as operações referentes ao ano de 2015, sem levar em consideração que a alíquota efetiva do caso é de 12%, que acaba por lhe impor uma carga tributária maior do que a devida para as operações em questão, laborando em sentido absolutamente distinto do que determina a legislação aplicável.

Revela que is Autuantes mencionam que desde 01 de janeiro de 2016, em razão das alterações promovidas pelo Dec. 14.499/15, a MVA que deveria ser aplicada para o cálculo do valor do ICMS seria de 53,24%, motivo pelo qual teria corrigido as planilhas. Continua assinalando que, mais uma vez, se equivocaram, tendo em vista que o Decreto correto para verificação da MVA

aplicável às operações é o Dec. nº 16.499/2015, que estipula as seguintes MVAs nas aquisições de UF signatária de acordo interestadual.

Nestes Termos, afirma que a Margem de Valor Agregado (MVA) a ser considerada para a NCM 7214.2 é de 35%, quando se tratar de Estribo, e de 45%, quando se tratar de Vergalhão.

Acrescenta que, ainda em relação a esta infração, outras duas operações, referentes às Notas Fiscais de nºs 357848 e 359577, remanesceram autuadas e, por se tratarem de produtos destinados a consumo final do cliente, não se aplica a tributação com base na MVA e sim a tributação com base no diferencial de alíquotas, inclusive, afirmando que procedera ao cálculo e recolheu o diferencial de alíquotas dessas operações, de forma que não há imposto a ser recolhido referente às mesmas.

Conclui asseverando que a presente infração merece ser integralmente cancelada.

No tocante à Infração 02, destaca que houve reconhecimento quanto as suas alegações de mérito, bem como a verificação da ocorrência do pagamento referente ao valor exigível, de forma que esta infração foi integralmente extinta.

Quanto à Infração 03 observa que os Autuantes refizeram a planilha dos débitos, sendo mantidos 37 itens, resultando no montante a recolher de R\$20.864,60.

Destaca que as 37 operações que remanescem autuadas, 12 delas se referem a adquirentes, cujo CNAE principal e/ou secundário demonstra que o produto adquirido foi indubitavelmente utilizado para industrialização, não havendo que se falar em incidência do ICMS-ST nos termos já delineados na Impugnação e parcialmente acatados pelos Autuantes. Prossegue frisando ser isso o que acontece com todas as operações destinadas à FENO - FERRO NORDESTE LTDA - ME e OMEGA COMÉRCIO E LOCAÇÃO DE EQUIPAMENTOS LTDA - ME, para que não parem dúvidas sobre a veracidade de suas alegações, reproduz o cartão de CNPJ que demonstra os CNAES dos contribuintes, fls. 236 a 238.

Destaca que, como as demais operações cujo destino era industrialização, os Autuantes devem também excluir da presente autuação as 12 operações listadas, à fl. 239 e, as outras 24 operações que permaneceram autuadas no presente caso referem-se à venda de mercadoria a não contribuintes que as utilizarão como destinatárias finais, não havendo que se falar em incidência do ICMS-ST, tendo o diferencial de alíquotas - DIFAL sido recolhido, nos termos da EC 87/15 e do Convênio ICMS CONFAZ 93/15.

Aduz que, a nova planilha acostada pelos Autuantes está eivada por dois vícios que resultaram no suposto saldo de ICMS a pagar referente a essas operações. Prossegue observando que o primeiro vício diz respeito à majoração da alíquota interna com base na Lei 13.461/2015, cuja vigência inicia-se em 10/03/2016. Diz que analisando a nova planilha elaborada pelos Autuantes, verifica-se que as operações referentes ao período de janeiro/2016 estão recalculadas levando-se em consideração a alíquota de 18% quando o correto seria 17%. Arremata ponderando que os valores em aberto, referentes às operações que elenca à fl. 240, devem ser imediatamente cancelados.

Relata que outro equívoco cometido pelos Autuantes na elaboração dessa nova planilha refere-se ao percentual do Diferencial de Alíquotas (DIFAL) cabível ao Estado destinatário das mercadorias, no caso Bahia.

Lembra que nos termos do art. 2º da EC 87/2015, que altera o art. 99, inciso II, das disposições constitucionais transitórias, para o ano de 2016, caberá ao Estado de destino da mercadoria 40% sobre a diferença entre a alíquota interna e a interestadual, cujo teor reproduz. Continua frisando que, analisando a nova planilha, verifica-se que os Autuantes utilizam indevidamente percentual de 60% para o cálculo do DIFAL.

Diz que para não restar dúvidas sobre o correto recolhimento do diferencial de alíquotas (DIFAL) nessas operações, apresenta a composição do valor da GNRE recolhida para o Estado da Bahia, bem como comprovante de recolhimento, fls. 241 e 242.

Pondera que em relação à Nota Fiscal nº 391683, não há que se falar em ICMS a recolher, uma vez que devidamente cancelada, conforme se verifica do XML da Nota Fiscal de devolução nº 7068, emitida em 25/05/2016.

Conclui pugnando pelo cancelamento do presente Auto de Infração.

O Autuante presta nova informação, fl. 247, inicialmente assinalam que em relação a Infração 01, ratificam o entendimento como descrito abaixo:

Protocolo 26/10:

2015 - NCM 7214.2 - Item 24.47 - MVA ajustada 62,47% e NCM 7317 - Item 24.60 - MVA ajustada 62,47%;

2016 - NCM 7214.2 - Item 8.42 - MVA ajustada 53,24% e NCM 7317 - Item 8.57 - MVA ajustada 53,24%.

Quanto às Notas Fiscais descritas, declaram que a de nº 357.848, foi vendida para V.S Distribuidora em 27/01/2016 e a de nº 359.577, foi vendida para Stand Pro Distribuidora em 30/01/2016, fl. 12.

Revelam que em relação à Infração 02 o Impugnante quitou a parte remanescente.

No tocante à Infração 03, destacam que, conforme colocado pelo Autuado houve erro em relação as operações de janeiro de 2016 (Notas Fiscais de nºs 353884 e 355756), corrigiram também as operações de fevereiro de 2016 (Notas Fiscais de nºs 361.623 e 363.194), nessas operações usaram a alíquota de 18% quando na verdade teria que ser 17%, e por isso, corrigiram também o percentual do diferencial de alíquota.

Assinalam que corrigiram toda planilha, exceto em 2015, já que a EC 87/15 só entra em vigor em 01 de janeiro de 2016, informa também que todo percentual aplicado ao diferencial de alíquotas é de 40% e não 60% em relação a parte que fica com o destinatário no ano de 2016.

Registram que as Notas Fiscais de nºs 358285 e 358271 não fazem parte da planilha.

Observam que a Memória de Cálculo consta da planilha corrigida e anexada às fls. 248 e 249 mídias.

Informam que, partindo-se do pressuposto, conforme comprova o contribuinte que foi pago a parte da infração referente a janeiro de 2016, fls. 241 e 242, fica remanescendo os valores conforme abaixo:

Nov/15 - R\$2.219,68; Fev/16 - R\$2.731,52/R\$2.935,73; mar/16 - R\$432,98/R\$635,04; abr/16 - R\$982,80; mai/16 - R\$179,07; jul/16 - R\$1.965,56/R\$2.882,82; ago/16 - R\$1.655,56/R\$2.428,16; set/16 - R\$4.640,63; out/16 - R\$3.511,69/R\$3.670,31 e dez/16 - R\$1.098,95/R\$1.611,79.

Esclarecem que o valor a ser cobrado nos meses de: fevereiro, março, julho, agosto, outubro e dezembro deve ser sempre o menor (sublinhado), já que estes foram lançados anteriormente, embora alguns valores corrigidos tenham ficado maior que o valor original.

Em relação a empresa Feno Nordeste Ltda. fl. 236, assinalam que consideraram fabricante e cobramos DIFAL.

Salientam que o Autuado pagou parte da infração, fl. 67 e 155 - Doc 10 e fls. 219 e 220.

Arrematam frisando que, em relação ao pedido do Impugnante de cancelamento integral do Auto de Infração, fl. 243, não tem o menor amparo legal, já que parte do mesmo foi reconhecida e paga.

O Autuado manifesta-se as fls. 251 a 253, afirmando que em relação à Infração 03, apesar dos Autuantes terem acatado grande parte dos documentos e argumentos apresentados, deixou de fazê-lo em relação a doze operações sobre as quais não pairam dúvidas de que não incidem

ICMS-ST, uma vez que as mercadorias em questão são utilizadas no processo de industrialização das destinatárias.

Diz que para fundamentar sua alegação acosta aos autos Declarações das empresas FENO e OMEGA, fls. 255 e 257, para atestar a aplicação do produto adquirido em seus processos de industrialização. Apresenta planilha, fl. 252, indicando doze operações com estas empresas para que sejam excluídas da autuação.

Conclui reiterando os termos de suas manifestações anteriores e pugna pelo cancelamento do Auto de Infração.

Os Autuantes à fl. 259, acerca da manifestação do Impugnante, asseveram, que já se manifestaram as fls. 247 e 248.

Constam as fls. 262 a 265, extrato do SIGAT/SICRED com pagamento dos valores reconhecidos pelo autuado.

VOTO

No presente lançamento está sendo exigido crédito tributário em razão de três infrações à legislação tributária, devidamente relatadas na inicial, impugnadas pelo autuado e que serão apreciadas conforme segue.

Compulsando os autos, constato que o PAF está revestido das formalidades legais e o procedimento fiscal atende as normas regulamentares, não estando presentes nos autos qualquer dos motivos elencados na legislação tributária, precipuamente nos incisos I a IV, do art. 18, do RPAF-BA/99.

No mérito, a Infração 01 trata da retenção a menos do ICMS e o conseqüente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado.

Em sua defesa o Impugnante alegou que 312, das 348 operações arroladas no levantamento fiscal, apresentam divergência no cálculo da MVA aplicada pelos Autuantes, tendo em vista que, segundo seu entendimento, não foi atentado para as regras que prevêm a redução da base de cálculo nas operações internas para os produtos listados nos NCMs 7213, 7214 e 7317.

Sustentou também o Defendente que as demais 36 operações elencadas na autuação, por se tratarem de produtos destinados a consumo final do cliente, não se aplica a tributação com base na MVA.

Ao prestar informação fiscal os Autuantes asseveraram que assiste razão ao Impugnante, uma vez que em relação às mercadorias com NCMs 7213 e 7214 (vergalhões) e a carga efetiva deve ser de 12%, conforme estatui o inciso II, do art. 266, do RICMS-BA/12. Informaram que corrigiram a planilha de apuração alterando a carga tributária de 17%, para 12%, exceto para os NCMs 7317 e 7308.

Explicaram que adotaram a MVA Ajustada correta prevista no Anexo 1, do RICMS-BA/12, redação vigente no ano 2015, que prevê: item 24.47 - Protocolo 26/10 - 62,47% (Aliq. 7%) NCM 7214 - item 24.49 - Protocolo 26/10 - 62,47% (Aliq. 7%) NCM 7213 - item 24.60 - Protocolo 26/10 - 62,47% (Aliq. 7%) NCM 7317.

Afirmaram que a partir da mudança promovida pelo Dec. 14.499/15, vigência de 01/01/2016 até 09/03/2016 e posteriores, a MVA passa para 53,24%, dito isto, informaram que corrigiram a planilha, reduzindo a cobrança.

Informaram também que excluíram do levantamento fiscal as 36 operações listadas no Doc. 05, que se referem ao DIFAL; em relação ao pagamento, observam que conferiram o “retido x recolhido e como a diferença do DIFAL foi lançada na Nota Fiscal no destaque do ICMS-ST, constataram que em relação a essas operações não há mais crédito a ser exigido.

Acostam às fls. 212 a 214, novo demonstrativo de apuração promovendo aos ajustes e correções supra expendidos reduzindo o valor débito deste item da autuação para R\$16.374,20.

Em manifestação acerca da informação fiscal o Autuado reafirma suas razões de defesa em relação às operações remanescentes e em relação às Notas Fiscais de nºs 357848 e 359577 questionou que remanesceram na autuação, que por se tratar de produtos destinados a consumo final do cliente, não aplica à tributação com base na MVA e sim com base no diferencial de alíquotas, não havendo imposto a ser recolhido, uma vez que recolheu o diferencial de alíquota.

Em nova informação fiscal os Autuantes mantiveram o valor apurado na informação fiscal anterior, reafirmando os argumentos já articulados e esclarece que em relação às notas fiscais indicadas pelo Defendente os produtos foram destinados para as empresas, V. S. Distribuidora e Stand Pro Distribuidora.

Depois de compulsar os elementos que compõem o contraditório em torno desse item da autuação verifico que as intervenções levadas a efeito pelos Autuantes foram lastreadas nas alegações comprovadas pelo Impugnante e, portanto devem ser mantidas.

Especificamente com relação às MVAs ajustadas aplicadas, constato correspondem efetivamente às constantes no Anexo 1, do RICMS-BA/12, correspondentes aos exercícios de 2015 e 2016 que consideram o Protocolo ICMS 26/10, alterado pelo Protocolo 45/2015.

Em relação às Notas Fiscais de nº 357848 e 359577 apontadas pela defesa, verificam tratam de empresas distribuidoras e o Defendente não carrou aos autos qualquer comprovação de suas alegações, portanto, devem ser mantidas.

Assim, acolho o novo demonstrativo de débito elaborado pelos Autuantes, fls. 211 a 214 reduzindo o valor do débito para R\$16.374,20, fls. 212 a 214.

DEMONSTRATIVO COMPARATIVO - INFRAÇÃO 01			
Data Ocor.	Data Vencto.	A. I.	JULGAMENTO
31/08/15	09/09/15	8.211,59	2.863,26
30/09/15	09/10/15	23.076,92	903,21
31/10/15	09/11/15	53.197,28	2.088,05
30/11/15	09/12/15	21.125,57	3.736,20
31/12/15	09/01/16	9.618,39	1.159,03
31/01/16	09/02/16	12.525,02	250,94
29/02/16	09/03/16	14.739,31	317,45
31/03/16	09/04/16	8.554,24	792,76
30/04/16	09/05/16	44.458,63	661,05
31/05/16	09/06/16	14.209,23	291,40
30/06/16	09/07/16	44.398,69	780,04
31/07/16	09/08/16	5.812,51	22,47
31/08/16	09/09/16	12.540,98	1.030,86
30/09/16	09/10/16	13.063,98	416,86
31/10/16	09/11/16	10.295,71	285,01
30/11/16	09/12/16	16.182,52	737,07
31/12/16	09/01/17	11.098,01	38,54
T O T A I S		323.108,58	16.374,20

Concluo pela subsistência parcial da Infração 01.

A Infração 02 cuida Falta de retenção do ICMS e o conseqüente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para

contribuintes localizados neste Estado, nos meses de setembro e novembro de 2015 e março a junho e agosto a dezembro de 2016.

Depois de examinar os elementos desse item da autuação, constato que o defendente comprovou nos autos que as empresas, Hiperferro e Alumifer possuem termo de acordo para assumir a responsabilidade pela retenção e recolhimento do imposto.

Os Autuantes acataram o pleito da defesa e refizeram o demonstrativo, fls. 216, reduzindo valor da exigência para R\$15.009,41, cujo valor foi recolhido pelo Impugnante conforme cópia do DAE acostado à fl. 171.

Nestes termos, considerando que depois da impugnação e acolhimento pelos Autuantes da alegação comprovada pela defesa, resultou na inexistência de lide em relação à acusação fiscal, resta subsistente parcialmente a Infração 02, no montante remanescente de R\$15.009,41, devendo ser homologado os valores recolhidos.

A Infração 03 se reporta a falta de retenção do ICMS e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado - Diferença de Alíquota, nos meses de setembro a dezembro de 2015 e janeiro a dezembro de 2016.

Em sede defesa o Impugnante sustentou que das 224 operações autuadas nesse item, 182 operações referem-se a vendas de materiais para utilização no processo de industrialização das empresas adquirentes, conforme planilha anexa (Doc. 08), cuja incidência do ICMS ST fica afastada.

Asseverou que em relação às 26 operações listadas na planilha que anexa às fls. 150 a 152, não há que se falar em incidência do ICMS ST, uma vez que as mercadorias foram destinadas a não contribuintes do imposto, para consumo final, tendo o Difal sido recolhido pela ora impugnante, nos termos da EC 87/15 Convenio ICMS Confaz 93/15.

Informou que em relação às 15 operações que lista à fls. 67 e 68, devido a um erro no sistema, os clientes estavam cadastrados como contribuinte do ICMS, quando deveriam estar cadastrados como não contribuintes. Reconhece como devida a autuação atinente a essas operações de forma que procedeu ao seu recolhimento, conforme atesta os comprovantes acostadas às fls. 154 e 155.

Os autuantes ao prestarem informação fiscal registraram que refizeram toda pesquisa no “Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica”, e retiraram todas as empresas que usam o material adquirido no processo de industrialização, mantendo a cobrança do Difal para empresas que usam a mercadoria para consumo final ou ativo, discriminado à fl. 218. Assinalaram que retiraram, na nova planilha, as operações que ensejaram o pagamento do Difal, fls. 154 e 155, e anexaram a planilha às fls. 219 e 220, que fecha exatamente com o valor pago, pelo Impugnante. Destacou também que adotou os cálculos previstos na EC87/15 para o exercício de 2016, como carga tributária para 12%, nos NCMs 7214 e 7213. Elaboraram novo demonstrativo de débito remanescente, fls. 218, e a fl. 220, o demonstrativo do valor de R\$42.435,72, reconhecido pelo Autuado e recolhido depois de lavrado o Auto de Infração, conforme, cópia do DAE acostado às fls. 154 e 155.

Em nova informação os Autuantes, fl. 247, os autuantes, ao examinarem a manifestação do Impugnante, fls. 234 a 243, somente não acataram a alegação relativa às Notas Fiscais de nº 358285 e 358271, por não constarem no levantamento fiscal, no entanto, acolheram as alegações comprovadas pelo Impugnante em sua manifestação, e previstas na legislação de regência.

No que diz respeito às operações com as empresa Feno - Ferro Nordeste Ltda. declararam que consideraram como fabricante e exigiram o Difal.

Esclareceram que no ano de 2016 que o percentual aplicado ao diferencial de alíquota é de 40% de acordo com a EC87/15. Assinalaram que excluíram do novo levantamento, fl. 248, o valor apurado

no mês de janeiro de 2016, tendo em vista que o autuado procedera ao recolhimento antes do início da autuação, fls. 241 e 242.

Refizeram o demonstrativo anterior, resultando no valor do débito de R\$22.186,03, fl. 248, sem incluir o valor reconhecido e recolhido de R\$42.435,73. Destacaram que nos meses em os valores apurados foram maiores do que os apontados no demonstrativo elaborado por ocasião da informação fiscal, fls. 218, deveriam prevalecer os valores neste demonstrativo, conforme indicado à fl. 247.

Depois de examinar os elementos que constituíram a última revisão fiscal efetuada pelos Autuantes relativa a esse item da autuação constato que foram acolhidas todas as ponderações articuladas pela defesa alicerçadas em comprovações e amparadas pela legislação de regência. No tocante alegação da defesa atinente às operações com a empresa Omega Comércio e Locação de Equipamentos Ltda., constato no demonstrativo, fl. 248, que igualmente à empresa Feno - Ferro Nordeste Ltda., foi corretamente exigido o diferencial de alíquota.

Entretanto, constato que não deve prosperar o entendimento dos Autuantes, quanto à manutenção dos valores apurados no primeiro demonstrativo elaborado na informação fiscal nos meses em foram menores que os valores apurados na última revisão. Entendo que os valores apurados na última revisão devem ser mantidos porque são menores, em todos os meses, quando comparados com lançamento de ofício original. Ou seja, para análise de verificação se ocorrera agravamento da exigência deve-se comparar com o lançamento original, e não com eventuais depurações, no exercício do contraditório no decorrer do PAF.

Assim, acolho o demonstrativo final elaborado pelos Autuantes, fl. 248, que sem considerar os valores reconhecidos e recolhidos pelo Defendente, reduziu o valor da exigência para R\$22.183,03.

DEMONSTRATIVO COMPARATIVO - INFRAÇÃO 03					
Data Ocor.	Data Vencto.	A. I.	Revisão	Recolhido depois de lavrado o A.I.	Julgamento
30/09/15	09/10/15	237,75	-	-	-
31/10/15	09/11/15	9.193,72	-	7.957,31	7.957,31
30/11/15	09/12/15	14.179,15	2.219,68	198,80	2.418,48
31/12/15	09/01/16	70.037,75	-	27.973,37	27.973,37
31/01/16	09/02/16	30.337,48	-	-	0,00
29/02/16	09/03/16	34.452,51	2.935,73	-	2.935,73
31/03/16	09/04/16	38.137,51	635,04	2.868,93	3.503,97
30/04/16	09/05/16	12.729,44	982,80	1.855,47	2.838,27
31/05/16	09/06/16	53.075,07	179,07	1.581,85	1.760,92
30/06/16	09/07/16	11.326,28	-	-	0,00
31/07/16	09/08/16	33.650,54	2.882,82	-	2.882,82
31/08/16	09/09/16	23.578,78	2.428,16	-	2.428,16
30/09/16	09/10/16	16.426,57	4.640,63	-	4.640,63
31/10/16	09/11/16	15.300,59	3.670,31	-	3.670,31
30/11/16	09/12/16	2.169,77	-	-	0,00
31/12/16	09/01/17	10.836,05	1.611,79	-	1.611,79
T O T A L		375.668,96	22.186,03	42.435,73	64.621,76

Nestes termos, concluo pela subsistência parcial do item 03 da autuação, na forma acima discriminada, devendo ser homologado os valores recolhidos.

Nos termos supra expendidos, o Auto de Infração assume a seguinte configuração:

INFRAÇÕES	AUTO DE INFRAÇÃO	APÓS JULGAMENTO
Infração 01	323.108,58	16.374,20
Infração 02	184.570,75	15.009,41
Infração 03	375.668,96	64.621,76
T O T A I S	883.348,28	96.005,37

Ante ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do presente Auto de Infração, devendo ser homologados os valores recolhidos.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **298624.0022/15-2**, lavrado contra **GERDAU AÇOS LONGOS S.A.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$96.005,37**, acrescido da multa de 60% prevista no inciso II, alínea “e”, do art. 42 da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais, devendo ser homologados os valores recolhidos.

Esta Junta de julgamento recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art.169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537, com efeitos a partir de 20/12/11.

Sala das Sessões do CONSEF, 21 de setembro de 2017.

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - PRESIDENTE EM EXERCÍCIO/RELATOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS - RELATORA

ARIVALDO LEMOS DE SANTANA - JULGADOR