

PROCESSO	- A.I. Nº 298624.0022/15-2
RECORRENTES	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e GERDAU AÇOS LONGOS S.A.
RECORRIDOS	- GERDAU AÇOS LONGOS S.A. e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS	- RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ªJJF nº 0185-03/17
ORIGEM	- IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO	- INTERNET: 09/08/2018

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0171-12/18

EMENTA: ICMS: ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. **a)** RETENÇÃO E RECOLHIMENTO A MENOS. A MVA ajustada retificada para 53,24%. Infração reduzida, sendo alterada a diferença do ICMS-ST exigido. Modificada a Decisão recorrida. **b)** FALTA DE RETENÇÃO E CONSEQUENTE RECOLHIMENTO. Infração reduzida em fase de impugnação. Recorrente deu quitação do novo valor exigido após julgamento. Mantida a Decisão recorrida. **c)** FALTA DE RETENÇÃO E RECOLHIMENTO DO ICMS ST. O recorrente trouxe aos autos prova que elidem parcialmente a infração. Partes de suas operações são destinadas a empresas industriais que utilizam seus produtos como insumos na produção própria, não sendo cabível exigência de ICMS-ST. Modificada a Decisão recorrida. Recurso de Ofício **NÃO PROVIDO**. Recurso Voluntário **PARCIALMENTE PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário e de Ofício contra Decisão proferida pela 3ª JJF, através do acordão n.º 0185-03/17, que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração, lavrado em 19/02/2017 para exigir 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.

Por unanimidade, os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual entenderam por bem julgar Procedente em Parte o Auto de Infração nº 298624.0022/15-2, reduzindo o valor original de R\$883.348,29 para R\$96.005,37, conforme voto abaixo transscrito:

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 consequente 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 prevêem 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 carreou 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 Venc.	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 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 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 empresas 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. Notocante 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 ocorreria 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 Venc.	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. ”

A 3ª JJF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a” do RPAF/99, recorre de ofício da decisão proferida através do Acordão nº 0185-03/17.

Inconformada com a decisão proferida pela 3ª JJF a recorrente interpôs Recurso Voluntário especificamente quanto as infrações 1 e 3.

A recorrente reconheceu o valor remanescente apontado pelo autuante na infração 2, dando quitação do novo valor exigido após julgamento.

A Recorrente alega que dos 165 itens elencados na nova planilha acostada pelo II. Fiscal, 163 permanecem com divergência no cálculo da MVA, vez que o fiscal autuante aplicou MVA sem considerar a carga tributária interna das mercadorias.

Sinaliza que 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 e 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 NCMS nºs 7213 e 7214, fica reduzida, de tal forma que a incidência do imposto resulte na aplicação do percentual de 12% (doze por cento) sobre o valor da operação.

Já o art. 266, II do RICMS/BA, prevê que as operações internas com ferros e aços não planos, relacionados no Convênio ICMS 33/96, bem como as mercadorias classificadas nas NCMS nºs 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% (doze por cento).

Desta feita, entende a recorrente que a alíquota interna a ser utilizada para cálculo da MVA ajustada é a de 12%, devendo ser aplicada a fórmula a seguir:

$$\text{MVA ajustada} = ((1+0,45) * (1-0,07) / (1-0,12)) - 1 = 53,24\%$$

Reclama que o autuante indevidamente manteve 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%.

Ainda em relação a esta infração, sinaliza a recorrente para outras duas operações, referentes às Notas Fiscais nºs 357848 e 359577, que remanesceram autuadas. Contesta o lançamento por se tratarem de produtos destinados a consumo final do cliente, afirmado que não se aplica a tributação com base na MVA e sim a tributação com base no diferencial de alíquotas.

Em referência à infração 3, menciona a recorrente que, das 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 nas operações destinadas à FENO - FERRO NORDESTE LTDA – ME e OMEGA COMÉRCIO E LOCAÇÃO DE EQUIPAMENTOS LTDA - ME.

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 pela ora Recorrente, nos termos da EC 87/15 e do Convênio ICMS CONFAZ 93/15.

Aponta também para o erro ao exigir cobrança do ICMS em relação à Nota Fiscal nº 391683. Alega que referida nota fiscal está devidamente cancelada, conforme se verifica do XML da Nota Fiscal de Devolução nº 7068, emitida em 25/05/2016, já juntada aos autos.

Contesta ainda para equívoco cometido pelo Fiscal Autuante na elaboração da nova planilha, vez que utiliza o percentual de 60% do Diferencial de Alíquotas (DIFAL) cabível ao Estado destinatário das mercadorias, no caso BA, quando deveria ter aplicado 40%.

Alerta a recorrente que, em referência à infração 3, reconheceu e deu quitação do valor devido no importe de R\$42.435,73.

VOTO

Sinalizo, de logo, para a necessária apreciação do Recurso de Ofício em razão da significativa redução do débito fiscal conferida pela decisão de piso em referência às infrações do Auto de Infração objeto da presente análise.

O Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 19/02/2017, no valor histórico de R\$883.348,29, foi reduzido para R\$96.005,37, após apreciação e julgamento pela 3ªJJF.

Os fiscais autuantes prestaram informação fiscal, fls. 208 a 210, nos termos a seguir resumidos:

“Ao tratarem da Infração 01, declararam 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”

Se observado o dispositivo acima mencionado, é possível compreender que o auditor fiscal incorreu em erro ao exigir o ICMS- substituição tributária considerando a alíquota interna de 17%, quando, em verdade, o percentual exigido para os produtos classificados sob NCMs 7213, 7214 têm carga reduzida de forma que o percentual interno é de 12%.

Verifico, portanto, que as alegações de defesa suscitadas pela recorrida, em fase impugnatória, foram acolhidas pelo fiscal autuante, notadamente por estarem legalmente amparadas.

Quanto à Infração 2, a recorrida sinaliza para a eficácia do art. 7º B, do Decreto nº 7.799/00,

informando que foi firmado Termo de Acordo entre a recorrida e empresas Baianas (HIPERFERRO e ALUMIFER) que autoriza a transferência de responsabilidade pela retenção e recolhimento do ICMS pelas adquirentes, nas operações internas subsequente, não sendo, portanto, pertinente a exigência do ICMS-Substituição Tributária nessa infração.

Neste cenário, não há como prosperar o lançamento fiscal nas operações vinculadas aos contribuintes acima mencionados, na medida em que não se pode atribuir à recorrida o cometimento de qualquer ilícito fiscal.

Há, portanto, reconhecimento do fiscal autuante quanto às alegações de mérito da recorrida, estando às reduções devidamente amparadas por provas que de fato elidem parcialmente a infração.

No tocante à Infração 3, destacam os autuantes 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.

E analisando as reduções acolhidas na Infração 3, constato que se referem às exclusões relacionadas a vendas de materiais para utilização no processo de industrialização das empresas adquirentes, cuja incidência do ICMS ST fica afastada.

As reduções aplicadas na redução 3 estão, portanto, consubstanciadas em provas trazidas pela recorrida e acatadas pelos fiscais autuantes, não cabendo qualquer reparo.

Recurso de Ofício Não Provisto.

O contribuinte recorrente, por sua vez, demonstra seu inconformismo em relação à Decisão de piso, especialmente afirmado que os valores que remanescem em aberto não merecem prosperar.

E especificamente em relação à infração 1, sinaliza a recorrente que o fiscal insiste 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%.

Verifico que o fiscal autuante se limitou a observar a MVA AJUSTADA constante do Anexo I do RICMS/BA. Se observado, por exemplo, a NCM 7214.2 (vergalhão), temos um percentual de 62,47% para 2015 e 53,24% para o ano de 2016. Ocorre que o percentual ali mencionado leva em consideração alíquota geral (alíquota interna de 17%), quando, para o caso em apreço, deveria ser levado em consideração a redução de base, com alíquota efetiva de 12%.

Assim, aplicando a fórmula da MVA AJUSTADA, com os percentuais cabíveis à NCM analisada, teremos um percentual único de 53,24% para ambos os exercícios, já que a margem original do produto é 45%, a alíquota interna é 12% e a alíquota interestadual é de 7%.

$$\text{MVA ajustada} = ((1+0,45) * (1-0,07) / (1-0,12)) - 1 = 53,24\%$$

Alega ainda a Recorrente que dos 165 itens elencados na nova planilha acostada pelo II. Fiscal, 163 permanecem com divergência no cálculo da MVA, vez que o fiscal autuante aplicou MVA sem considerar a carga tributária interna das mercadorias.

Analizando a mídia anexo aos autos, concluo que assiste razão à recorrente ao afirmar que há divergências nos cálculos da MVA e, por conseguinte, nos valores exigidos.

Ainda em referência à infração 1, suscita a recorrente para a improcedência na exigência do ICMS-ST em referência às Notas Fiscais nºs 357848 e 359577, alegando que são operações vinculadas a consumidor final, não devendo ser aplicado a MVA. Ocorre que, observando o cadastro do contribuinte junto ao Estado da Bahia, entendo ser forçoso concluir que de fato são produtos destinados à comercialização, sendo, portanto, devida e exigência do ICMS-ST.

Consubstanciada nos fatos acima acolho em parte as razões de defesa quanto a infração 1. O valor exigido, aplicando a fórmula $([(vBCST \times 53,24\%) + vBCST] * 12\%)$ passa a ser de R\$750,74.

Infração 1, portanto, PROCEDENTE EM PARTE.

Alega a contribuinte recorrente, quanto a infração 3, que, e em relação ao saldo de 37 operações remanescentes, 12 delas se referem às destinadas à FENO - FERRO NORDESTE LTDA – ME e OMEGA COMÉRCIO E LOCAÇÃO DE EQUIPAMENTOS LTDA – ME. Traz aos autos declarações emitidas por estas empresas, atestando que os produtos adquiridos pela ora recorrente são aplicados em seus processos de industrialização, o que afasta a incidência do ICMS-ST. Lista as 12 operações relacionadas, exigindo a improcedência da exigência fiscal para estas operações.

Se observado o Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica e o seu cadastro junto ao Estado da Bahia é possível observar a verossimilhança nas argumentações trazidas pela recorrente com as atividades industriais relacionadas em seu CNPJ e em sua Inscrição Estadual.

Entendo, portanto, que merecem ser acolhidas as razões de defesa, devendo ser excluído da exigência fiscal as operações mencionadas e listadas à fl. 304 da peça recursal, no montante de R\$14.538,41.

Ainda no combate da exigência imputada na infração 3, aduz a recorrente que as outras 24 operações remanescentes se referem à venda de mercadorias a não contribuinte, destinatárias finais, não havendo que se falar em incidência ICMS-ST, e sim DIFAL, cujo tributo foi devidamente recolhido e comprovado nos autos.

Alega ainda que, conforme disposto no art. 2º da EC 87/2015, e para o ano de 2016, caberá ao Estado de destino da mercadoria 40% sobre a diferença entre a alíquota interna e a interestadual, não havendo, portanto, que se falar em retidão na conduta do fiscal autuante que aplicou o percentual de 60%, conforme se verifica a fl.210 dos autos.

O fiscal autuante, por sua vez, promove sua manifestação nos autos, declarando que, e ao contrário do quanto noticiou o autuado, utilizou o percentual de 40% para o ano de 2016, infirmando, pois, a correlata alegação do contribuinte recorrente.

Verifico que a recorrente traz planilha onde informa os números das notas fiscais e a razão social dos clientes para os quais houve recolhimento do DIFAL através de GNRE. Contudo, apenas em relação à empresa VITORIA ENGENHARIA E CONSTRUÇÕES, há prova do recolhimento via GNRE recolhida cuja cópia do documento consta anexada à fl.307 dos autos.

Diante do acima exposto, reduzo ainda o valor exigido com a exclusão dos valores cobrados da Vitoria Engenharia, mantendo a exigência quanto aos demais clientes, notadamente aqueles para os quais a prova não foi anexada ao processo, retificando, contudo, o percentual cabível de cobrança para 40% (estado destino.), conforme planilha anexa:

17/03/2016	377063	RJ	Vda produ	ALEGRIA EMPREEND	14.432,68	1.010,29	288,65	
14/04/2016	387737	RJ	Vda produ	GOLDEN VILLE SPE L	5.205,06	364,35	104,10	-
30/04/2016	393737	RJ	Vda merc.	L MARQUEZZO CONS	13.815,43	967,08	939,45	
01/05/2016	394768	RJ	Vda merc.	GOLDEN VILLE SPE L	4.069,71	284,88	276,74	
21/07/2016	426068	RJ	Vda.prod.	PARAGUACU ENGEN	34.984,78	2.448,93	699,70	
21/07/2016	426068	RJ	Vda.prod.	PARAGUACU ENGEN	15.523,52	1.086,65	310,47	
21/07/2016	426068	RJ	Vda.prod.	PARAGUACU ENGEN	15.010,31	1.050,72	300,21	
06/08/2016	431422	RJ	Vda.prod.	PARAGUACU ENGEN	8.764,40	613,51	175,29	
11/08/2016	432965	RJ	Vda produ	MRV ENGENHARIA E	2.572,63	180,08	51,45	
27/08/2016	438693	RJ	Vda produ	L MARQUEZZO CONS	4.923,64	344,65	98,47	
27/08/2016	438695	RJ	Vda produ	L MARQUEZZO CONS	2.439,17	170,74	48,78	
27/08/2016	438695	RJ	Vda produ	L MARQUEZZO CONS	23.920,10	1.674,41	478,40	
27/08/2016	438695	RJ	Vda produ	L MARQUEZZO CONS	7.673,56	537,15	153,47	
29/08/2016	439260	RJ	Vda produ	L MARQUEZZO CONS	4.891,94	342,44	97,84	
								4.023,03

Por fim, alega a recorrente que a Nota Fiscal nº 391683 foi cancelada, conforme Nota Fiscal de Devolução nº 7068, emitida 25/05/2016. Ocorre que, não há comprovação do cancelamento mencionado nos autos.

Cabe mencionar, contudo, que a exigência em referência à nota fiscal acima referida foi anulada, na medida em que se trata de operação vinculada à Omega Comércio, cuja cobrança não é devida por ser considerado contribuinte industrial e a aquisição da mercadoria está vinculada a processo industrial, não sendo cabível a exigência de ICMS ST ou DIFAL.

Assim sendo, o valor devido na infração 3 é de R\$46.458,76, considerando o valor reconhecido depois da lavratura do Auto de Infração de R\$42.435,73 e mais R\$4.023,03 acima demonstrado.

Sinalizo ainda que os valores recolhidos no curso do processo devem ser devidamente homologados.

Diante do acima exposto, dou PROVIMENTO PARCIAL ao Recurso Voluntário.

INFRAÇÕES	AUTO DE INFRAÇÃO	APÓS JULGAMENTO	Reconhecido depois de lavrado o A.I	DECISÃO DA 2ª CJF
Infração 1	323.108,58	16.374,20		750,74
Infração 2	184.570,75	15.009,41		15.009,41
Infração 3	375.668,96	64.621,76	42.435,73	46.458,76
T O T A I S	883.348,28	96.005,37		62.218,91

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício interposto e **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **298624.0022/15-2**, lavrado contra **GERDAU AÇOS LONGOS S.A.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$62.218,91**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “e”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologados os valores recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 04 de junho de 2018.

MAURICIO SOUZA PASSOS – PRESIDENTE

LEILA BARRETO NOGUEIRA VILAS BOAS – RELATORA

LEÔNCIO OGANDO DACAL – REPR. DA PGE/PROFIS