

PROCESSO - A. I. Nº 298624.0022/15-2
RECORRENTE - GERDAU AÇOS LONGOS S/A
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO – Acórdão 2ª CJF nº 0171-12/18
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 19/07/2019

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0170-12/19

EMENTA: ICMS. ADMISSIBILIDADE DO RECURSO. Constitui requisito de admissibilidade do Pedido de Reconsideração da Decisão da Câmara, a reforma no mérito da Decisão de Primeira instância, conforme art. 169, inciso “d” do RPAF. Mantida a Decisão recorrida. Pedido **NÃO CONHECIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Pedido de Reconsideração formalizado, com amparo na regra do art. 169, I, “d”, do RPAF/99, contra a Decisão da 2ª CJF, proferida através do Acórdão nº 0171-12/18, em referência ao 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 objeto do presente pleito:

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 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual votaram pelo Não Provedimento do Recurso de Ofício e pelo Provedimento Parcial do Recurso Voluntário, conforme voto abaixo transcrito:

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 A.I. n.º298624.0022/15-2, 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 3ª JJF.

Os fiscais autuantes prestaram 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”

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 NCM 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 02, a recorrida sinaliza para a eficácia do art. 7º B, do Decreto 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 as reduções devidamente amparadas por provas que de fato elidem parcialmente a infração.

No tocante à Infração 03, 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 provido.

O contribuinte recorrente, por sua vez, demonstra seu inconformismo em relação à decisão de piso, especialmente afirmando 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%.

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

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

Analisando 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 a infração 1, suscita a recorrente para a improcedência na exigência do ICMS- ST em referência as notas fiscais nº 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 $[(vBCST \times 53,24\%) + vBCST] \times 12\%$ 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 COMERCIO E LOCACAO 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, infirmado, 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 EMPREEN	14.432,68	1.010,29	288,65
							-
14/04/2016	387737	RJ	Vda produ	GOLDEN VILLE SPE	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	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 391683 foi cancelada, conforme nf. de devolução n.º 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 A.I 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 01	323.108,58	16.374,20		750,74
Infração 02	184.570,75	15.009,41		15.009,41
Infração 03	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

Inconformado com a decisão proferida, cientificado da Decisão da 2ª CJF, o sujeito passivo

interpôs Pedido de Reconsideração (fls. 332 a 339), sustentando o cabimento de reforma, em razão dos fatos abaixo articulados.

Sinaliza que da análise dos autos e do acórdão CJF 0171-12/18, proferida pela 2ª Câmara de Julgamento fiscal, houve a reforma de mérito da decisão de primeira instância para reduzir a Infração 1 (retenção e recolhimento a menor de ICMS-ST), alterando a diferença do ICMS-ST exigido, bem como para reduzir a Infração 3 (falta de retenção e recolhimento de ICMS-ST), por entender que parte das operações são destinadas a empresas industriais que utilizam os produtos como insumos na produção própria, não sendo cabível a exigência de ICMS-ST.

Sinaliza que permaneceram autuadas as operações nas quais não deveria haver a exigência do ICMS-ST, razão pela qual foi interposto Recurso Voluntário, para demonstrar que em relação às Infrações 1 e 3 remanesceram valores indevidos, bem como para reafirmar que, em relação às Infração 2 e 3 os valores de R\$15.009,41 e R\$42.435,73, respectivamente, já haviam sido quitados pela ora Recorrente.

Conforme aduzido, informa a recorrente que o acórdão recorrido deu parcial provimento ao Recurso Voluntário interposto, para modificar a decisão recorrida e intimar a ora Recorrente a efetuar o pagamento do débito remanescente no valor de R\$62.218,91 (sessenta e dois mil, duzentos e dezoito reais e noventa e um centavos).

Ressalta, no entanto, com o devido acatamento, o v. acórdão não se manifestou sobre os argumentos especificamente aduzidos pela ora Recorrente, bem como manteve em cobrança valores devidamente quitados.

Pontua que, em relação à Infração 2, verifica-se que o acórdão manteve contabilizado no valor em cobrança o montante de R\$15.009,41 referente à Infração 2, que já foi devidamente pago pela ora Recorrente por ocasião da Impugnação, conforme DAE de pagamento anexado às fls. 171 dos autos.

Explica que na quarta coluna do quadro resumo extraído do voto do relator há menção dos valores “Reconhecido depois de lavrado o A.I.” e, nesta coluna, a Autoridade Julgadora menciona como pago pela Recorrente apenas o valor de R\$ 42.435,73, referente à Infração 3 (que também foi objeto de pagamento). No entanto, o valor referente à Infração 2 – no montante de R\$15.009,41 – não foi contabilizado na mencionada coluna.

Portanto, em relação a Infração 2, verificada a ocorrência do pagamento referente ao valor exigível, esta se encontra integralmente extinta e deve ser retirada do quadro acima colacionado, bem como não deve compor o valor remanescente apontado pelo Il. Relator, no valor de R\$ 62.218,91.

Aduz que em relação à Infração 3 (falta de pagamento do ICMS, na qualidade de sujeito passivo por substituição, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia – Diferencial de alíquotas), as operações destinadas à FENO – FERRO NORDESTE LTDA e OMEGA COMÉRCIO E LOCAÇÃO DE EQUIPAMENTOS LTDA, cujas declarações emitidas foram juntadas aos autos, no sentido de que os produtos adquiridos são aplicados em processos de industrialização (afastando a exigência do ICMS-ST), foram excluídas pelo d. Julgador Relator do valor em cobrança (operações listadas à fl. 304 do Recurso Voluntário, no montante de R\$14.538,41) e que, contudo, permaneceram autuadas 24 operações relativas à Infração 3, que se referem a venda de mercadorias a não contribuintes destinatárias finais, nas quais não incide ICMS-ST, mantidas pelo d. Julgador relator sob a alegação de que não restou demonstrado o recolhimento dos valores via GNRE.

Em relação a este item, o d. Relator reconheceu a não exigência do ICMS-ST apenas em relação às operações realizadas com a empresa “VITORIA ENGENHARIA E CONSTRUÇÕES”, para a qual foi juntado, exemplificativamente, comprovante de pagamento do DIFAL das operações. Desta forma, os valores cobrados em relação à mencionada empresa foram excluídos da autuação, mantidas as exigências quanto aos demais clientes.

No entanto, a Recorrente ressalta que as demais operações remanescentes referentes a Infração 3

também devem ser excluídas, tendo em vista que o diferencial de alíquotas foi devidamente recolhido pela Recorrente, nos termos da EC 87/15 e do Convênio ICMS CONFAZ 93/15.

Destaca que a Recorrente anexou aos autos planilha na qual informa os números das Notas Fiscais e a razão social das empresas destinatárias para as quais houve o recolhimento do diferencial de alíquotas por meio de GNRE, evidenciando o recolhimento dos valores e a improcedência da exigência do ICMS-ST.

Sinaliza que o entendimento – não incidência do ICMS-ST sobre as operações – foi confirmado pelo d. Julgador Relator, ao excluir as operações destinadas à empresa “VITORIA ENGENHARIA E CONSTRUÇÕES”. Ao reconhecer que se tratam de destinatárias finais das mercadorias, cuja incidência do ICMS-ST fica afastada, o d. Relator não pode deixar de excluir as demais operações que se enquadram na mesma situação, sob a alegação de que não foi anexada aos autos a prova de pagamento do diferencial de alíquotas.

Pontua que com o devido acatamento Il. Julgadores, ao reconhecer a verdadeira destinação das mercadorias, que afasta a incidência do ICMS-ST exigido, não pode o Il. Relator alegar que não há prova de pagamento do DIFAL recolhido para manter a exigência referente ao ICMS-ST, por restar caracterizado o equívoco no fundamento da autuação.

Caso se tratasse de falta de comprovação do recolhimento de diferencial de alíquotas em operações com não contribuintes do imposto destinadas ao consumo final caberia a exigência de prova de pagamento. No entanto, não é o que se verifica no presente caso. A infração se refere a falta de pagamento do imposto devido por substituição tributária relativo às operações subsequentes e, demonstrado que se tratavam de operações destinadas a consumo final, não há como sustentar a exigência do ICMS-ST sob o fundamento de que não foram juntados os comprovantes de pagamento do diferencial de alíquotas.

Ademais, reclama que os pagamentos realizados pela ora Recorrente a título de diferencial de alíquotas para o Estado da Bahia representam entradas de valores aos cofres públicos e estão à disposição da fiscalização, não havendo fundamento para a manutenção das operações autuadas sob o argumento da ausência de juntada dos comprovantes de pagamento.

Sendo assim, reitera-se o pleito para que seja integralmente cancelada a cobrança em relação a Infração 3 quanto às operações remanescentes, em razão de não haver saldo a pagar a qualquer título.

Por fim, cumpre destacar que foi devidamente quitado pela Recorrente o valor que reconheceu como devido em relação a esta infração, no importe de R\$ 42.435,73, montante que não foi excluído do saldo remanescente apontado pelo Il. Relator, no valor de R\$ 62.218,91.

Diante do acima exposto, não merece prosperar o valor remanescente apontado como devido pelo Il. Relator, nos termos das razões detalhadamente expostas acima, devendo o presente Pedido de Reconsideração ser conhecido e provido para que o Auto de Infração seja inteiramente cancelado.

VOTO

Por conta do acórdão proferido pela 2ª CJF, opôs o contribuinte recorrente um Pedido de Reconsideração, alegando, em suma, omissões no julgado, que teria deixado de enfrentar fatos e fundamentos jurídicos arguidos nas instâncias inferiores. Para tanto, e em sua petição de reconsideração, invocou o contribuinte o artigo 169, I, ‘d’ do RPAF/99. Chegou, inclusive, o Recorrente a transcrever a redação do referido dispositivo normativo.

Ocorre que, mister se faz aqui ressaltar que o Recorrente acabou por invocar a antiga redação do do artigo 169, I, ‘d’ do RPAF/99, situação essa que afeta sensivelmente a pertinência jurídica de seu pleito de reconsideração.

É que, o multicitado dispositivo normativo teve sua redação alterada em 18/08/2018, passando a ter a seguinte redação:

“d) pedido de reconsideração da decisão da Câmara que tenha, em julgamento de recurso de ofício, reformado, no mérito, a de primeira instância em processo administrativo fiscal;”

E também é aqui necessário registrar que o pedido de reconsideração em apreço foi interposto em 08/10/2018, oportunidade em que a nova redação do artigo 169, I, ‘d’ do RPAF/99 já estava em vigor.

Dessa forma, e desde 18/08/2018, só caberá a admissibilidade e eventual acolhimento do Pedido de Reconsideração, quando a Câmara, em julgamento de Recurso de Ofício, promover a reforma, no mérito, da decisão de primeira instância em processo administrativo fiscal, o que não se verificou *in casu*, na medida em que o recurso de ofício foi rejeitado pela 2ª CJF, conforme acórdão anexado aos autos.

Ademais, descabe ainda a alegação do contribuinte, lançada em seu pedido de reconsideração, de que o Colegiado, ao proferir o acórdão de fls.314/321, teria deixado de enfrentar fatos e fundamentos jurídicos arguidos nas instâncias inferiores. Isto porque, em verdade, a referida decisão colegiada enfrentou todas as matérias deduzidas e postas à sua apreciação, notadamente aquelas declinada pelo contribuinte.

Quanto aos valores recolhidos, sinalizo que os mesmos serão devidamente homologados quando da conclusão do presente PAF.

Assim sendo, e no particular, é o caso de se aplicar o inciso V, do art. 173, do mesmo Diploma Administrativo (RPAF) que determina o não conhecimento do Recurso que não demonstre a existência de matéria de fato ou fundamento de direito arguidos pelo sujeito passivo e não apreciados em decisões anteriores.

Pelo exposto, i) considerando que o presente Recurso foi protocolizado em outubro de 2018; ii) considerando que em sessão de julgamento a 2ª Câmara votou pelo Não Provimento do Recurso de Ofício e, iii) considerando que os fatos e fundamentos arguidos pelo recorrente foram devidamente apreciados em decisões anteriores, voto pelo Não Conhecimento do presente Pedido de Reconsideração interposto pela recorrente.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO CONHECER** o Pedido de Reconsideração apresentado e manter a Decisão recorrida que julgou **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, 05 de junho de 2019.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS – PRESIDENTE

LEILA BARRETO NOGUEIRA VILAS BOAS – RELATORA

ANA CAROLINA ISABELA MOREIRA – REPR. DA PGE/PROFIS