

A. I. Nº - 298624.0004/17-0
AUTUADO - GERDAU AÇOS LONGOS S.A.
AUTUANTES - WAGNER RUY DE OLIVEIRA MASCARENHAS e JOSÉ MACEDO DE AGUIAR
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 19/02/2019

5^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0011-05/19

EMENTA: ICMS. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES EM OUTRAS UNIDADES DA FEDERAÇÃO. FALTA DE RECOLHIMENTO. MERCADORIAS DESTINADAS AO ATIVO FIXO E/O CONSUMO DO PRÓPRIO ESTABELECIMENTO. PROTOCOLO ICMS 26/2010. **a)** ANO 2013 E 2014. Considerações de defesa elidem a autuação. A impugnante traz aos autos, em sede de diligência fiscal, documentos que comprovam o recolhimento do ICMS DIFAL, pela empresa estabelecida no Estado da Bahia, destinatária das mercadorias. A fiscalização atesta o recolhimento do imposto pela empresa destinatária. Infração insubstancial. **b)** ANO 2016. Sujeito passivo acata os termos da autuação. Infração subsistente. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 05/06/2017, reclama crédito tributário no valor de R\$469.205,08, atribuindo ao sujeito passivo o cometimento das seguintes irregularidades concernentes à legislação do ICMS:

INFRAÇÃO 1 – 06.05.01: Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo e/ou consumo do próprio estabelecimento, no período de julho de 2013 a novembro de 2014, conforme demonstrativo de fls. 21 a 24 dos autos. Lançado ICMS no valor de R\$464.617,36, com enquadramento no art. 4º, inc. XV, da Lei nº 7.014/96, c/c art. 305, §4º, inc. II, alínea “a”, do RICMS/BA, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012;

INFRAÇÃO 2 – 06.05.01: Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo e/ou consumo do próprio estabelecimento, no período de julho de 2013 a novembro de 2014, decorrente da EC 87/15, conforme demonstrativo de fl. 25 dos autos. Lançado ICMS no valor de R\$4.587,72, com enquadramento no art. 4º, inc. XV, da Lei nº 7.014/96, c/c art. 305, §4º, inc. II, alínea “a”, do RICMS/BA, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012.

O autuado apresenta defesa administrativa às fls. 32 a 46, com documentos anexos acostados aos autos, contestando, apenas a Infração 1 do Auto de Infração em tela, pelas razões que passo a expor.

Diz que, em que pese primar pelo fiel cumprimento de suas obrigações tributárias, sejam elas principais ou acessórias, em 21 de junho de 2017, foi surpreendida com o recebimento do Auto de Infração ora impugnado, lavrado para exigir o montante de R\$469.205,08 por ter supostamente cometido as infrações acima destacadas.

Observa que, conforme a seguir restará evidenciado, não merece prosperar a presente autuação referente à “Infração 1” acima descrita. Quanto à “Infração 2” informa que realizou o pagamento do montante devido, requerendo desde já a juntada do comprovante de pagamento (Doc. 05).

Da nulidade da autuação pela ausência de descrição do fato gerador e pela falha na capitulação

legal – Infração 1

Em primeiro lugar, cumpre ressaltar que o Auto de Infração impugnado está eivado de nulidade, em decorrência da ausência de descrição precisa do fato gerador da obrigação correspondente e das circunstâncias em que ocorreu.

Diz que, pela leitura do auto de infração, se pode verificar que a Autoridade Fiscal entendeu que teria, na qualidade de substituto/responsável tributário, deixado de recolher o ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo e/ou uso e consumo do estabelecimento.

Contudo, diz que a Autoridade autuante apontou como infringidos os arts. 4º, inciso XV da Lei nº 7.014/96 c/c art. 305, § 4º, inciso III, alínea “a” do RICMS/BA, que destaca. Neste contexto, da leitura dos dispositivos infringidos, por maior esforço que se faça, não é possível fazer a correspondência entre os artigos do RICMS tidos como infringidos e a descrição dos fatos constante no Auto de Infração, fatos estes que teriam sido apurados na fiscalização.

Observa que, há, portanto, evidente erro na descrição da infração e fundamentação legal que embasa a infração imputada, além de não ter a Autoridade Fiscal anexado ao Auto de Infração qualquer relatório fiscal que pudesse auxiliar no entendimento da autuação.

Frisa que o lançamento tributário (ação do Estado contra o patrimônio do contribuinte) é uma atividade vinculada ao princípio da legalidade, isto é, a Autoridade Administrativa está rigorosamente subordinada à norma legal tributária no ato de sua aplicação ao caso concreto. Cita os termos do art. 39 do Decreto nº 7.629 de 09 de julho de 1999, que dispõe sobre o processo administrativo tributário decorrente de lançamento de ofício, em que o Auto de Infração deve conter, obrigatoriamente.

Diz que o dispositivo acima citado determina quais são os itens que, obrigatoriamente, devem constar no Auto de Infração e, se analisar atentamente o presente AIIM, pode-se mencionar que o seguinte item não foi cumprido pela Autoridade Fiscal Autuante: (1) a descrição dos fatos considerados infrações de obrigações tributárias principal e acessórias, de forma clara, precisa e sucinta; e a (2) a indicação do dispositivo ou dispositivos da legislação tributária, relativamente a cada situação em que se fundamentou a exigência fiscal.

Depois de destacar o art. 2º da Lei nº 9.784/1999, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, diz que é necessária, portanto, a obediência pela Administração Pública aos princípios básicos que estão consubstanciados em regras de observância permanentes e obrigatórias, quais sejam, legalidade, moralidade, impessoalidade, publicidade, eficiência, razoabilidade, proporcionalidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, motivação e supremacia do interesse público.

Por força destes princípios e seus postulados, além do exposto acima quanto à formalização do ato de lançamento, a Autoridade Fiscal não está limitada aos meios de prova proporcionados pelo contribuinte em atenção ao seu dever de colaboração ou pelas informações que o contribuinte presta, em cumprimento às obrigações acessórias determinadas pela legislação em vigor, porque no procedimento administrativo do lançamento se busca a verdade material.

Diante do exposto, não há como prosperar o presente AIIM, eis que eivado por nulidade insanável, face à inegável ausência de descrição adequada do fato gerador e da adequada fundamentação da autuação, não restando outra alternativa senão o seu cancelamento integral.

Da improcedência do auto de infração quanto à Infração 1 – do correto recolhimento do diferencial de alíquotas nas operações objeto da autuação

Diz que, segundo relato fiscal, teria deixado de recolher o ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo e/ou uso e consumo do próprio estabelecimento.

Destaca que, conforme aduzido no tópico da nulidade, pela leitura e análise dos dispositivos legais do Auto de Infração não é possível compreender o motivo da autuação recair sobre a Impugnante, uma vez que a mercadorias são destinadas a contribuinte do imposto. Ademais, não há qualquer descrição ou relatório fiscal que detalhe ou explique a exigência do recolhimento do diferencial de alíquotas incidentes sobre a operação em análise.

Ressalta que as operações objeto de autuação se tratam de operações de venda de mercadorias para empresa estabelecida no Estado da Bahia. A Impugnante, estabelecida no Estado de Minas Gerais, remeteu a mercadoria de NCM 72142000 para a empresa adquirente “ENSEADA INDÚSTRIA NAVAL S/A”, no período compreendido entre julho de 2013 a novembro de 2014.

Nesse contexto, cumpre destacar que a legislação do Estado da Bahia determina como fato gerador do imposto a entrada no estabelecimento do contribuinte de mercadoria proveniente de outra unidade da Federação, destinada ao ativo fixo ou uso e consumo do estabelecimento, nos termos do inciso IV do art. 2º e inciso XV do art. 4º do RICMS/BA, que destaca.

Nos termos dos dispositivos supra mencionados, diz que a aquisição de bens e mercadorias destinados ao ativo fixo e/ou uso e consumo da empresa gera a obrigatoriedade de recolhimento do imposto para o adquirente, quando se tratar de operação interestadual.

Portanto, o estabelecimento recebedor da mercadoria é responsável pelo recolhimento do diferencial de alíquotas, correspondente à diferença entre a alíquota interestadual aplicada na operação e a alíquota interna do Estado destinatário.

No caso, a adquirente das mercadorias – “ENSEADA INDÚSTRIA NAVAL S/A” – por expressa previsão legal, efetuou o recolhimento do diferencial de alíquotas referente à parte das Notas Fiscais objeto da autuação, conforme comprovantes de recolhimento em anexo (Doc. 03).

Nesse contexto, destaca que o recolhimento do ICMS – diferencial de alíquotas pela adquirente foi realizado por período mensal, à alíquota de 10% (correspondente à diferença entre a alíquota interestadual – 7%, e a alíquota interna do Estado da Bahia – 17% à época das operações).

Portanto, destaca que os valores constantes nos comprovantes de pagamento, que diz anexar correspondem ao recolhimento total efetuado pela adquirente das mercadorias, englobando as operações objeto da presente autuação, com base no art. 305 do RICMS, que prevê o recolhimento do imposto no último dia de cada mês.

Corroborando o alegado, requer a juntada aos autos da Declaração em anexo (Doc. 04), na qual a adquirente das mercadorias – “ENSEADA INDÚSTRIA NAVAL S/A” - declara que realizou o pagamento do ICMS referente ao diferencial de alíquotas relativo às Notas Fiscais objeto da presente autuação, cujas mercadorias foram adquiridas da Impugnante.

Esclarece que, em relação às Notas Fiscais destacadas na tabela abaixo colacionada, por não ter havido o recolhimento do DIFAL à época das operações pela empresa adquirente, foi realizado o recolhimento do valor cobrado por meio do Auto de Infração, conforme comprovante de pagamento em anexo (Doc. 06).

DATA	NOTA FISCAL	DATA	NOTA FISCAL	DATA	NOTA FISCAL
24/04/2014	255305	17/02/2014	246590	12/02/2014	246088
19/04/2014	254970	15/02/2014	246556	12/02/2014	246026
19/04/2014	254949	15/02/2014	246555	12/02/2014	246007
19/04/2014	254936	15/02/2014	246554	12/02/2014	245998
17/04/2014	254913	15/02/2014	246523	23/01/2014	243342
17/04/2014	3503	15/02/2014	246522	23/01/2014	243341
22/03/2014	251543	14/02/2014	246321	23/01/2014	243269
22/03/2014	251537	13/02/2014	246270	23/01/2014	243268
17/02/2014	246591	12/02/2014	246089	20/01/2014	243115

Com isso, diz que resta claro que o ICMS referente ao diferencial de alíquotas foi devidamente recolhido, não havendo, no caso, qualquer prejuízo ao erário, tampouco imposto a se exigir da

Impugnante e, portanto, manter a autuação seria cobrar imposto indevido, caracterizando o vedado enriquecimento ilícito do Estado por recolhimento em duplidade.

Dessa maneira, não cabe a exigência do ICMS – diferencial de alíquotas por meio da presente autuação, tendo em vista que imposto exigido foi devidamente recolhido pela adquirente das mercadorias.

DAS PROVAS

Em atenção ao princípio da eventualidade e admitindo-se a eventual necessidade de produção de provas durante a tramitação do presente processo, protesta a Impugnante 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.

DOS PEDIDOS:

Diante do exposto, requer:

- (i) Preliminarmente, seja reconhecida a nulidade apontada, que inquina o lançamento de vício insanável, acarretando assim o cancelamento do presente Auto de Infração;
- (ii) Quanto ao mérito, nos termos das razões expostas, e na hipótese remota de não ser acolhida a alegação de nulidade, requer seja cancelado o presente Auto de Infração lavrado pela Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia, diante da sua manifesta improcedência.

Por fim, protesta provar o alegado por todos os meios de prova em direito admitidos, em especial, por meio da prova documental, além daquelas que diz seguir anexas.

O Autuante ao prestar a Informação Fiscal, à fl.110/112 dos autos, assim discorre:

Tem a considerar que, em relação a nulidade de folha 33 arguida pelo defendant, o impugnante admite a procedência da infração 2, tanto que recolhe o imposto devido sobre a mesma, mostrando que a demonstração da acusação é clara. Consigna que o mesmo ocorre em relação a infração 1, a qual o contribuinte mostra total entendimento do lançamento realizado.

Observa que as infrações foram descritas de forma clara, instruída de forma correta, respaldada em planilhas que foram remetidas ao contribuinte, devidamente enquadradas na legislação vigente, não cabendo portanto seu pleito de nulidade, que sempre é feito de praxe em qualquer defesa de auto de infração.

Diz que o impugnante, no texto acima, em sua defesa aduz que o estabelecimento recebedor é o responsável pelo recolhimento do imposto, o que contraria o protocolo 26/10 o qual transcreve abaixo:

Cláusula primeira Nas operações interestaduais com as mercadorias listadas no Anexo Único, com a respectiva classificação na Nomenclatura Comum do Mercosul / Sistema Harmonizado - NCM/SH, destinadas aos Estados do Amapá, Bahia, Espírito Santo, Minas Gerais e Rio de Janeiro, fica atribuída ao estabelecimento remetente, na qualidade de sujeito passivo por substituição tributária, a responsabilidade pela retenção e recolhimento do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS relativo às operações subsequentes.

Parágrafo único. O disposto no “caput” aplica-se também à diferença entre a alíquota interna e a interestadual sobre a base de cálculo da operação própria, incluídos, quando for o caso, os valores de frete, seguro, impostos e outros encargos transferíveis ou cobrados do destinatário, na hipótese de entrada decorrente de operação interestadual, em estabelecimento de contribuinte, de mercadoria destinada a uso, consumo ou ativo permanente.

Dito isto, diz que fica evidente de quem é a responsabilidade pelo recolhimento do ICMS. Na sua defesa, lista uma série de notas fiscais que diz que foi objeto de autuação anterior (fl.44), juntando DAE (fls.106 e 107) de pagamento do dito auto de infração.

Registra que essas notas fiscais estão todas contidas na planilha deste auto de infração objeto da lide (fls.21 a 24), com esse pagamento o impugnante praticamente confessa que o lançamento é

devido, já que informa que pagou. Por sua vez, diz que não excluiu essas notas fiscais da planilha objeto da lide (fls. 21 a 24) porque não há elementos suficientes que o permita fazê-lo.

Observa que, na infração 2 que trata de matéria idêntica, agora sob a Emenda 87/15, ciente da procedência do lançamento recolhe o imposto devido, o que diz que corrobora e evidencia a correção do lançamento na infração 1.

Consigna que o sujeito passivo junta DAE's pagos (fls. 64 a 94) do ESTALEIRO ENSEADA DO PARAGUAÇU que não fazem nenhuma conexão com o lançamento objeto da lide, onde não cabe analisar mais profundamente.

Observa que, se esses DAE's tivessem algum vínculo com essas notas fiscais, deviam isentar o contribuinte do pagamento do dito auto de infração das notas fiscais listadas à folha 44, que estão contidas na planilha objeto da lide (fls. 21 a 24).

Por fim remete o presente auto de infração ao CONSEF para julgamento, manifestando pela total procedência do mesmo.

Dado as considerações de defesa, quanto ao pagamento do ICMS diferença de alíquota cobrado na autuação, seja de forma espontânea ou de ofício, a 5ª JJF, em Pauta Suplementar do dia 31/01/2018, decidiu converter o presente processo em diligência à INFRAZ de origem, para que seja encaminhado aos Fiscais Autuantes no sentido de adotarem as seguintes providências:

- a) **1^ª Providência:** solicitar do órgão competente da SEFAZ o desentranhamento do PAF, que deu origem ao pagamento dos DAE's constantes das fls. 106/107 dos autos, as notas fiscais que o deficiente diz constar do demonstrativo de débito objeto deste Auto de Infração;
- b) **2^ª Providência:** constatando que efetivamente existem notas fiscais que já foram objeto daquela outra autuação, após a análise das documentações objeto do item "a" acima destacado, apresentar novo demonstrativo de débito da Infração 1, a partir do demonstrativo original de fls. 21/24, excluindo tais notas fiscais;
- c) **3^ª Providência:** intimar a empresa autuada, GERDAU AÇOS LONGOS S.A., para solicitar junto a empresa "ENSEADA INDÚSTRIA NAVAL SA" demonstrativo que efetivamente indique o recolhimento do ICMS DIFAL relativo as notas fiscais que entende ter efetuado o recolhimento ao Estado da Bahia, com está posto no expediente de fl. 95/100 dos autos. Tal demonstrativo deve constar as notas fiscais e o DAE pago que diz ter efetuado o recolhimento, de forma que se possa efetivamente identificar que o ICMS DIFAL das notas fiscais, objeto da autuação, tenha sido efetivamente pago e recolhido aos cofres do Estado da Bahia, e não apenas uma "declaração" como está posto nos autos (fls. 95/100).
- d) **4^ª Providência:** de posse do demonstrativo, objeto do item "c" acima destacado, associado aos elementos documentais probantes, constatando que efetivamente existem notas fiscais que já foram pagos o ICMS DIFAL pela empresa "ENSEADA INDÚSTRIA NAVAL SA" na apuração do imposto mensal, como deixa transparecer com os DAE's pago de fls. 65/93, apresentar novo demonstrativo de débito da Infração 1, a partir do demonstrativo original de fls. 21/24, excluindo tais notas fiscais.
- e) **5^ª Providência:** após o desenvolvimento dos dois demonstrativos, elaborados na forma dos itens "b" e "d", de forma excludente, ou seja, todos os dois demonstrativos elaborados a partir do demonstrativo original de fls. 21/24; encaminhar o presente PAF ao órgão competente da INFRAZ para ciência do autuado no que determina a legislação.

Voltando aos autos à fl. 124, o agente Fiscal diz que, em relação a primeira e segunda providencia solicitada acima, informa que não há necessidade de desentranhamento do PAF. Consulta feita ao Sistema SIGAT, conforme documento de fls. 126/127 demonstra que só existe um Auto de Infração com essa inscrição estadual.

Diz que as notas fiscais que a deficiente lista e paga (fls. 44) está contido no demonstrativo de débito da Infração 1 deste PAF e não há outro Auto de Infração.

Diz que as notas fiscais de fl. 44 demonstra que a empresa reconhece parte da Infração 1 e recolhe (fls. 106/107), em anexo planilha (fl. 128), cujo valor histórico é de R\$70.788,30. Registra que, como já informou no PAF (fl.110/112), não há comprovante de pagamento do restante da Infração 1.

Nesse sentido aduz que que excluiu a parte paga (R\$70.788,30), remanescendo o valor histórico de

R\$393.829,06, conforme demonstrativo de fls. 129/132, para atender solicitação de diligencia, “providencias 4 e 5”.

Em relação a “providencia 3” da diligência, diz que intimou a Gerdau (fl. 125) e não obteve retorno. Opina pela total procedência parcial do lançamento

Às fls. 142/144 a defendant nos termos do pedido de diligência de fls. 118/120, a ora Impugnante foi intimada para, no prazo de 10 dias úteis, trazer aos autos demonstrativo elaborado pela “ENSEADA INDÚSTRIA NAVAL S.A.”, que indique o recolhimento do ICMS DIFAL relativo às Notas Fiscais que entende ter efetuado o recolhimento ao Estado da Bahia, como está posto às folhas 95/100 dos autos.

Nos termos da referida solicitação, diz que tal demonstrativo deveria conter as notas fiscais que compõe os valores dos DAE’s pagos pela “ENSEADA INDÚSTRIA NAVAL S.A.”, comprovando assim que o ICMS DIFAL das Notas Fiscais objeto da presente autuação foi efetivamente pago e recolhido aos cofres do Estado da Bahia.

Tendo em vista o curto prazo conferido para entrega da documentação, protocolou, em 04 de setembro de 2018, pedido de dilação de prazo para cumprimento do quanto exigido pelo Il. Fiscal, pleiteando pela entrega da documentação no prazo de 20 dias.

Informa que tal pedido foi também realizado por e-mail ao Il. Auditor Fiscal, tendo o mesmo se manifestado de forma favorável à juntada da documentação já que o processo ainda tramita na área administrativa, conforme intimação de reabertura do prazo de 20 (vinte) dias, recebida em 19/09/2018 (Doc.01), cujo prazo final para apresentação da presente documentação expiraria em 09/10/2018, sendo tempestiva a presente.

Desta feita, em cumprimento à exigência do agente Fiscal Autuante, anexa nova declaração assinada por representante da empresa “ENSEADA INDÚSTRIA NAVAL”, informando que efetuou o recolhimento do *ICMS – Diferencial de Alíquotas*, em favor do Estado da Bahia, referente às operações de aquisição de mercadorias da empresa GERDAU AÇOS LONGOS S.A., CNPJ nº 07.358.761/0018-07, objeto das Notas Fiscais referidas nos demonstrativos em anexo (Doc.02), nos valores descritos no Quadro constante da fl. 143 dos autos.

Destaca que as planilhas fornecidas pela “ENSEADA INDÚSTRIA NAVAL S.A.”, demonstram as composições dos DAE’s pagos, corroborando com as informações contidas na Impugnação apresentada.

Destaca mais uma vez que o recolhimento do ICMS DIFAL pela adquirente foi realizado por período mensal, à **alíquota de 10%** (correspondente à diferença entre a alíquota interestadual – 7%, e a alíquota interna do Estado da Bahia – 17% à época das operações).

Com isso, diz que resta claro que o ICMS referente ao diferencial de alíquotas foi devidamente recolhido pela adquirente, não havendo, no caso, qualquer prejuízo ao erário, tampouco imposto a se exigir da Impugnante e, portanto, manter a autuação seria cobrar imposto indevido, caracterizando o vedado enriquecimento ilícito do Estado por recolhimento em duplicidade.

Diante do exposto, reitera o pleito de cancelamento do presente Auto de Infração lavrado pela Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia, diante da sua manifesta improcedência.

Retornando aos autos à fl. 263, o i. agente Fiscal diz que recebeu o material da defendant, referente ao retorno da Intimação, com lista de pagamentos de Difal remanescente, cobradas neste PAF.

Diz que havia respondido a diligencia solicitada (fl. 124) antes da verificação deste material. Em seguida, registra que observa a declaração feita da empresa “ENSEADA INDUSTRIA NAVAL S.A.”, com firma reconhecida (fl. 147) listando pagamento do ICMS DIFAL remanescente.

Mais adiante consigna que confirma os pagamentos realizados pela empresa destinatária em consulta ao Sistema SIGAT da Secretaria de Fazenda do Estado da Bahia e opina, portanto, pela

procedência da declaração, ou seja, pela elisão da Infração 1.

VOTO

Inicialmente, constato que o presente Processo Administrativo Fiscal está revestido das formalidades legais no que preceitua o RPAF/99, onde não foi constatada violação ao devido processo legal, sendo os impostos, as multas e suas bases de cálculo apurados consoante os levantamentos e documentos acostados aos autos, em que considero suficientes para formação de minha convicção na análise da lide, não ensejando qualquer outra produção de prova na forma do que dispõe o art. 147, inciso I, alínea “a” do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629, de 09/07/99, vez que nas razões e contrarrazões acostadas aos autos, não se constata qualquer violação ao devido processo legal e à ampla defesa do contribuinte, o qual exerceu o seu direito com plenitude, inclusive com aceitação, pelo autuante, dos argumentos de defesa, que levou à correção do lançamento fiscal, motivo pelo qual, a lide está apta ao seu deslinde.

Não obstante essas considerações iniciais, em sede de preliminar de nulidade, o sujeito passivo argui ausência de descrição precisa do fato gerador da obrigação e falha na capitulação legal da infração apontada. Nesses dois aspectos não vejo como dar razão os argumentos de defesa, pois, além de estar claro as imputações, inclusive com manifestação de defesa e aceitação do autuante, não obstante, tenha sido por diligência, vê-se que o defendantecata inclusiva procedência do item 2 do Auto de Infração, com manifestação da efetivação do seu pagamento.

Ademais, sobre o enquadramento legal das imputações, seja a Infração 1 ou a Infração 2, os arts. 4º, inciso XV da Lei nº 7.014/96, c/c art. 305, § 4º, inciso III, alínea “a” do RICMS/BA, dado o item 2 relacionar especificamente a EC 87/15, observo que é o que dispunha a legislação, à época dos fatos geradores, para as infrações cometidas. Afasto, portanto, tais arguições de nulidade.

No mérito, trata-se o presente PAF de lançamento fiscal de crédito tributário para exigir imposto no montante de R\$469.205,08, relativo a duas irregularidades caracterizadas na inicial, às fls. 01/02 dos autos, que dizem respeito a ter deixado de recolher o ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras Unidades da Federação, destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento, nos anos de 2013 e 2014, em relação à infração 1; e ano de 2016, em relação a infração 2, com enquadramento no art. 4º, inc. XV, da Lei nº 7.014/96, c/c art. 305, §4º, inc. III, alínea “a” do RICMS/BA, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012, e multa tipificada no art. 42, inc. II, alínea “f” da Lei nº 7.014/96, tendo o autuado acatado a imputação relacionada à infração 2, inclusive, com manifestação da efetivação de seu pagamento, a qual será de pronto considerada procedente, por não haver lide.

Nessa sintonia, o sujeito passivo, em sede de defesa, impugna na sua totalidade a infração 1, com lançamento constituído no valor de R\$464.617,36, relativo aos meses de julho, agosto, setembro, outubro, novembro de dezembro de 2013, janeiro, fevereiro, março, abril, maio e novembro de 2014, ressaltando que as operações objeto de autuação se tratam de operações de venda de mercadorias para empresa estabelecida no Estado da Bahia.

Consigna que é estabelecida no Estado de Minas Gerais, em que remeteu mercadorias de NCM 72142000, para a empresa adquirente “ENSEADA INDÚSTRIA NAVAL S.A.”, situada no Estado da Bahia, no período compreendido entre julho de 2013 a novembro de 2014.

Nesse contexto, destaca que a legislação do Estado da Bahia determina como fato gerador do imposto, a entrada no estabelecimento do contribuinte de mercadoria proveniente de outra Unidade da Federação, destinada ao ativo fixo ou uso e consumo do estabelecimento, nos termos do inciso XV, do art. 4º da Lei nº 7.017/96, que a seguir destaco:

Art. 4º Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento:

XV - da entrada ou da utilização, conforme o caso, efetuada por contribuinte do imposto, de mercadoria, bem ou serviço, em decorrência de operação interestadual ou de serviço cuja prestação tenha sido iniciada em outra unidade da Federação, quando a mercadoria ou bem forem destinados ao seu uso, consumo ou

ativo permanente ou quando o serviço não estiver vinculado a operação ou prestação subsequentes alcançadas pela incidência do imposto.

Nos termos dos dispositivos supramencionados, diz que a aquisição de bens e mercadorias destinadas ao ativo fixo e/ou uso e consumo da empresa, gera a obrigatoriedade de recolhimento do imposto para o adquirente, quando se tratar de operação interestadual. Portanto, diz que é o estabelecimento recebedor da mercadoria, no caso em análise - “ENSEADA INDÚSTRIA NAVAL S.A.” - o responsável pelo recolhimento do diferencial de alíquotas, correspondente à diferença entre a alíquota interestadual aplicada na operação, e a alíquota interna do Estado destinatário.

Todavia, há de se destacar os termos das disposições do parágrafo único, da Cláusula Primeira do Protocolo ICMS nº 26/2010, que dispõe sobre a sobre a substituição tributária nas operações com materiais de construção, acabamento, bricolagem ou adorno, signatários os Estados envolvidos nas operações objeto em análise, no caso em tela, os Estados da Bahia e Minas Gerais, que a seguir destaco:

Cláusula primeira Nas operações interestaduais com as mercadorias listadas no Anexo Único, com a respectiva classificação na Nomenclatura Comum do Mercosul / Sistema Harmonizado - NCM/SH, destinadas aos Estados do Amapá, Bahia, Espírito Santo, Minas Gerais e Rio de Janeiro, fica atribuída ao estabelecimento remetente, na qualidade de sujeito passivo por substituição tributária, a responsabilidade pela retenção e recolhimento do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS relativo às operações subsequentes.

Parágrafo único. O disposto no “caput” aplica-se também à diferença entre a alíquota interna e a interestadual sobre a base de cálculo da operação própria, incluídos, quando for o caso, os valores de frete, seguro, impostos e outros encargos transferíveis ou cobrados do destinatário, na hipótese de entrada decorrente de operação interestadual, em estabelecimento de contribuinte, de mercadoria destinada a uso, consumo ou ativo permanente (Grifos acrescidos)

Neste contexto, como assertivamente aplicou a Fiscalização as disposições do parágrafo único, da Cláusula Primeira do Protocolo ICMS nº 26/2010, fica evidente que a responsabilidade pelo recolhimento do ICMS DIFAL nas operações objeto da autuação, é, de fato, da empresa autuada - “GERDAU AÇOS LONGOS S.A” - estabelecida em Minas Gerais, remetente das mercadorias; e não a empresa adquirente – “ENSEADA INDÚSTRIA NAVAL S.A.” – por expressa previsão legal.

Aliás, a própria empresa autuada - “GERDAU ACOS LONGOS S.A” – em sede de defesa reconhece essa previsão legal, seja pelo reconhecimento da Infração 2, que diz respeito ao ICMS Difal nos termos da EC 87/95, com o seu pagamento na forma do Doc 5, às fls. 103/104 dos autos, bem assim, o reconhecimento parcial da Infração 1, que diz respeito ao ICMS Difal anterior a EC 87/95, recolhendo através do Doc 6, acostado às fls. 106/107, os valores do diferencial de alíquotas, referente à parte das Notas Fiscais objeto da presente autuação, conforme demonstrativo a seguir destacado:

DATA	NOTA FISCAL	DATA	NOTA FISCAL	DATA	NOTA FISCAL
24/04/2014	255305	17/02/2014	246590	12/02/2014	246088
19/04/2014	254970	15/02/2014	246556	12/02/2014	246026
19/04/2014	254949	15/02/2014	246555	12/02/2014	246007
19/04/2014	254936	15/02/2014	246554	12/02/2014	245998
17/04/2014	254913	15/02/2014	246523	23/01/2014	243342
17/04/2014	3503	15/02/2014	246522	23/01/2014	243341
22/03/2014	251543	14/02/2014	246321	23/01/2014	243269
22/03/2014	251537	13/02/2014	246270	23/01/2014	243268
17/02/2014	246591	12/02/2014	246089	20/01/2014	243115

Tal recolhimento perfaz o montante de R\$70.788,30, conforme demonstrativo de fl. 128 dos autos, remanescendo o valor histórico de R\$393.829,06, na forma do demonstrativo de fls. 129/132 dos autos acostado pelo i. Autuante, em sede de Informação Fiscal.

Esse valor remanescente é registrado em sede de defesa pela empresa autuada, que teria sido recolhido pela empresa adquirente – “ENSEADA INDÚSTRIA NAVAL S.A.” – a qual junta vários

documentos, que alega comprovar o recolhimento do saldo remanescente da Infração 2.

A 5^a JJF, em pauta suplementar do dia 31/01/2018, decidiu converter o presente processo em diligência à INFRAZ de origem, para que seja encaminhado aos Fiscais Autuantes a fim de adotarem providências, no sentido de constatar efetivamente se o saldo remanescente da Infração 2, correspondente ao valor de R\$393.829,06, foi de fato recolhido pela empresa “ENSEADA INDÚSTRIA NAVAL S/A” aos cofres públicos do Estado da Bahia.

Em sede de Informação Fiscal, à fl. 263, o i. Autuante, o Auditor Fiscal Jose Macedo de Aguiar, com a juntada das documentações de fls. 142/260 dos autos, pela empresa Autuada, confirma os pagamentos realizados pela empresa destinatária, “ENSEADA INDÚSTRIA NAVAL SA”, em consulta ao Sistema SIGAT, relativo ao saldo remanescente da autuação.

Desta forma, estando comprovado nos autos, através das documentações de fls. 142/160, com a manifestação expressa da Fiscalização, pelo o i. Autuante, o Auditor Fiscal Jose Macedo de Aguiar, em sede de Informação Fiscal de fl. 263, do pagamento do saldo remanescente da autuação, correspondente ao valor de R\$393.829,06, vejo então, restar procedente parcialmente a Infração 1 no valor reconhecido pela autuada de R\$70.788,30, na forma do demonstrativo de débito de fl. 128, a seguir destacado:

Data Ocorr	Data Venceto	Valor Histórico
31/01/2014	15/02/2014	10.774,91
28/02/2014	15/03/2014	35.105,71
31/03/2014	15/04/2014	4.394,99
30/04/2014	15/05/2014	20.512,69
Total da Infração 1		70.788,30

Do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração em tela.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 298624.0004/17-0, lavrado contra **GERDAU AÇOS LONGOS S.A.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$75.376,02**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “f” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologado o valor recolhido.

Esta Junta de Julgamento Fiscal, recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do artigo 169, I, “a” do RPAF-BA/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 18.558/18, com efeitos a partir de 17/08/2018.

Sala das Sessões do CONSEF, 29 de janeiro de 2019.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

JOÃO VICENTE COSTA NETO – RELATOR

JOSÉ ADELSON MATTOS RAMOS - JULGADOR