

**A. I. N°** - 298624.0001/20-1  
**AUTUADO** - GERDAU AÇOS LONGOS S.A.  
**AUTUANTES** - JOSÉ MACEDO DE AGUIAR e WÁGNER RUY DE OLIVEIRA MASCARENHAS  
**ORIGEM** - DAT METRO / IFEP COMÉRCIO  
**PUBLICAÇÃO** - INTERNET: 30/12/2021

#### 4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

#### ACÓRDÃO JJF N° 0238-04/21-VD

**EMENTA:** ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. SUJEITO PASSIVO POR SUBSTITUIÇÃO. OPERAÇÕES DESTINADAS À CONTRIBUINTES LOCALIZADOS NESTE ESTADO. IMPOSTO RETIDO A MENOS. Os cálculos empregados pelo autuado para efeito de determinação do valor a ser retido a título de ICMS-ST estão corretos, pois atendem ao previsto pela legislação tributária vigente, isto é, Art. 266, II do RICMS/BA, Convênio ICMS n° 33/96 e Protocolo ICMS n° 26/2010, pelo fato de que os produtos ferros e aços não planos, NCM 7213.1000, 7214.2000 e 7217.1090, gozam de redução da base de cálculo nas operações internas. Excluídas as exigências que recaíram sobre as operações destinadas à consumidores finais. Auto de Infração **IMPROCEDENTE**. Decisão unânime.

#### RELATÓRIO

Cuidam os presentes autos de exigência tributária no montante de R\$32.992,26, mais multa de 60% com previsão no Art. 42, inciso II, alínea “e” da Lei n° 7.014/96, em decorrência da seguinte acusação, relacionada aos exercícios de 2017, 2018 e 2019: *“Procedeu a retenção a menor do ICMS, e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia”*.

O autuado, por intermédio de seus Representantes Legais, ingressou com Impugnação ao lançamento, fls. 19 a 28, onde, após tecer considerações iniciais, passou a arguir a improcedência do Auto de Infração citando que analisando a planilha que deu suporte ao mesmo verificou que das 201 operações autuadas, 197 apresentam divergência no cálculo da MVA – Margem de Valor Agregado, visto que os autuantes, ao realizarem os cálculos do montante devido desconsideraram o benefício previsto nas operações internas com as mercadorias em questão, o que reduz a carga tributária interna.

Pontuou, em seguida, que em relação as 04 (quatro) operações restantes, referentes às Notas Fiscais n°s 597036, 718358, 718358 (repetida) e 719732, não há que se falar em ICMS-ST a ser recolhido, uma vez que destinadas ao uso e consumo dos adquirentes, aplicando-se, portanto, a tributação de diferencial de alíquota e não de MVA.

Ao passar a demonstrar os erros nos cálculos efetuados pelos autuantes, sustentou que estes deixaram de considerar que as mercadorias em questão (NCM 7213.1000, 7214.2000 e 7217.1090) gozam da redução da base de cálculo prevista no artigo 266, II, “a” do RICMS/BA e Convênio ICMS 33/96, transcritos, reduzindo a carga tributária nas operações internas, consoante passou a detalhar.

Destacou que os produtos listados na Tabela anexa à Cláusula Primeira do Convênio ICMS 33/96 fazem referência à Tabela NBM – Norma Brasileira de Mercadorias, cujo código de classificação possuía 10 dígitos, sendo que, devido à alteração na sistemática de classificação de mercadorias ocorrida em janeiro de 1996, passou a ser adotada a tabela NCM – Nomenclatura Comum do Mercosul, cujo código de classificação possui 8 dígitos, apresentando uma tabela, fl. 21v, com a correlação de nomenclaturas NCM x NBM, com base na descrição dos produtos que indicou.

Com isso asseverou que para a totalidade das NCM's das mercadorias autuadas há previsão de redução da base de cálculo, seja pelo próprio RICMS/BA ou pelo Convênio 33/96. Neste sentido, pela relevância do tema, destacou que da leitura e análise do citado dispositivo regulamentar, verifica-se que a redução da base de cálculo é aplicável às operações internas com ferros e aços não planos objeto da NCM 7217, bem como os ferros e aços não planos relacionados no Convênio ICMS 33/96, implicando com isso que a totalidade das operações autuadas gozam da referida redução da base de cálculo.

Visando corroborar seu argumento, transcreveu excertos de julgados realizados neste CONSEF, cujo entendimento, ao seu ver, é no sentido de que o art. 266, II do RICMS/BA ampliou o rol das mercadorias sujeitas à redução de base de cálculo, uma vez que o mencionado artigo determina expressamente que sofre a redução as operações com ferros e aços não planos, consoante Acórdãos 0286-11/19 e 0213-05/16.

Neste sentido pontuou que de acordo com a legislação citada e com a jurisprudência do CONSEF, as mercadorias objeto do presente Auto de Infração gozam de redução de base de cálculo de tal forma que a incidência do imposto resulte na aplicação do percentual de 12% sobre o valor da operação.

Sustentou, em seguida, que nos termos do Protocolo ICMS 26, de 20 de janeiro de 2010, as operações interestaduais enquadradas no regime da substituição tributária, para o cálculo da BC da substituição tributária o percentual da margem de valor agregado a ser aplicado sobre o valor da operação deverá ser ajustado (MVA Ajustada) calculado com base na seguinte fórmula: "MVA ajustada =  $[(1 + \text{MVA ST original}) \times (1 - \text{ALQ inter}) / (1 - \text{ALQ intra})] - 1$ ", onde:

- a) MVA ST original é a margem de valor agregado prevista na legislação interna (neste caso Bahia);
- b) "ALQ inter é o coeficiente correspondente à alíquota interestadual aplicável à operação;
- c) "ALQ intra" é o coeficiente correspondente à alíquota interna ou ao percentual de carga tributária efetiva, quando este for inferior à alíquota interna.

Neste sentido acrescentou que como as mercadorias em questão circulam com carga tributária interna de 12% a alíquota interna a ser utilizada para o cálculo da MVA ajustada é de 12% em atendimento ao disposto no inciso III, Cláusula terceira do Protocolo 26/10.

Com isso citou que utilizando a fórmula prevista no referido Protocolo o cálculo correto da MVA que utilizou para efeito de cálculo da MVA ajustada seria a abaixo indicada:

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

Entretanto, ao realizarem os cálculos da MVA, os autuantes consideraram a alíquota interna cheia, qual seja, 18%, majorando o valor do ICMS-ST a ser recolhido conforme abaixo:

$$\text{MVA ajustada} = [(1 + 0,45) \times (1 - 0,07) / (1 - 0,18) - 1 = 64,45\%$$

Desta maneira, asseverou que os autuantes partiram da premissa equivocada de que todos os materiais comercializados estariam sujeitos a uma alíquota interna de 18%, sem se atentarem para as regras que preveem a redução da base de cálculo com as mercadorias classificadas nas NCM 7213.1000, 7214.2000 e 7217.1090.

Passou a demonstrar, a título exemplificativo, o que considera como o cálculo correto a ser realizado para apuração do ICMS-ST a ser recolhido, tomando como parâmetro a NF-e nº 497027, chave de acesso 33170207358761000169550090004970271744018536, cujo produto está classificado na NCM 7213.1000, que goza da redução da base de cálculo prevista no Convênio ICMS 33/96, de forma que a alíquota interna é de 12%, assim demonstrado:

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

$$\text{Formação BC ST: } (\text{R\$}5.124,52 + 0,00) * 53,24\% = \text{R\$}7.853,27$$

Cálculo ICMS ST:  $(R\$7.853,27 * 12\%) - R\$ 358,74 = \underline{R\$583,70}$ .

Cálculo efetuado pelos autuantes:

MVA ajustada =  $((1 + 0,45) * (1 - 0,07) / (1 - 0,18)) - 1 = 64,45\%$

Formação BC ST:  $(R\$5.124,52 + 0,00) * 65,55\% = R\$8.427,77$ .

Cálculo ICMS ST:  $(R\$8.427,22 * 12\%) - R\$358,74 = \underline{R\$652,59}$

Em seguida, destacou que em situação idêntica, foi reconhecido os erros nos cálculos realizados pelos autuantes naquilo que concerne ao PAF nº 298624.0022/15-2, através do Acórdão nº 0185-03/17, cuja ementa transcreveu:

*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.*

Acrescentou, ainda, excerto extraído do Voto proferido pelo I. Relator da 3ª JJF: “( ... ) *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 (...)*”.

Concluiu este tópico defensivo sustentando que restou demonstrado os erros cometidos pelos autuantes nos cálculos referentes as 197 operações, merecendo, portanto, a autuação ser cancelada em razão de inexistência de ICMS-ST a ser recolhida.

Em seguida passou a sustentar a não incidência da substituição tributária nas vendas realizadas à consumidores finais, cujas notas fiscais abrangidas pela autuação foram as de nº 597036, 718358, 718358 (repetida) e 719732, trazendo argumentos de ordem jurídica e tributária para justificar seu pleito, além de apresentar exemplo prático de uma das operações envolvidas na autuação, para concluir pela regularidade nas operações envolvendo os mencionados documentos fiscais.

Passou a questionar a aplicação da multa no percentual de 60% incidente sobre o valor exigido, reportando-se ao Art. 3º do Código Tributário Nacional, que estabelece que o tributo é uma prestação pecuniária que não constitui sanção por ato ilícito, não pode ser utilizado para punir, da mesma forma que as sanções não podem ser utilizadas como instrumento de arrecadação disfarçado.

Fala sobre o posicionamento do STF no julgamento da ADI 551-1/RJ concernente ao efeito confiscatório da multa, além de mencionar outros julgados neste sentido, para concluir que é evidente a ausência de razoabilidade na aplicação da multa no presente auto de infração, tendo em vista estar fundamentada a ausência de exigibilidade de imposto, devendo ser integralmente cancelada.

Ao final protestou pela produção de todos os meios de prova em direito admitidas e que o Auto de Infração seja cancelado.

Os autuantes apresentaram a Informação Fiscal de fls. 164 e 165, onde, inicialmente efetuaram uma síntese dos argumentos defensivos, e, em seguida, passaram a contestá-los em parte.

Em relação as notas fiscais questionadas a título de vendas para consumidores finais, disseram que assiste razão ao autuado em relação as operações veiculadas através das notas fiscais nº 718.358 e 719.732, apesar do mesmo ter recolhido o imposto ICMS ST sobre as mesmas, com base no CNAE juntado à fl. 169 referente a empresa Isoplast Ind. e Com. de Plásticos Ltda., as quais

foram excluídas da autuação.

Entretanto, em relação a NF 597036, disseram que imprimiram o CNA de fl. 170, relacionado a empresa VS. Distribuidora Ltda. e constataram que a atividade principal da mesma é, “comércio atacadista de materiais de construção em geral”, razão pela qual mantiveram a exigência recaída sobre a mesma.

Desta maneira destacaram que em relação ao mês de dezembro de 2018 o valor devido, após a exclusão das Notas Fiscais 718358 e 719732, foi reduzido para R\$503,85.

Em seguida, separaram, aleatoriamente, duas notas fiscais dos lançamentos para demonstrar que os cálculos que efetivaram se encontram corretos, os quais foram exemplificados pela defesa como procederam:

Nota Fiscal – 497136 de 18/02/2017, base de cálculo R\$30.777,23, IPI – 00, ICMS NO – R\$2.154,41, ICMS ST recolhido – R\$3.505,44.

Pontuaram como procederam para efeito de cálculo:  $BC\ ST\ R\$30.777,23 + IPI\ (00,00) = R\$30.777,23 * 1,6445\ “MVA”\ (fl.\ 24/defesa) = 50.613,15 * 12\%\ carga\ reduzida\ (fl.22/defesa) - ICMS\ NO\ de\ R\$2.154,41 = R\$3.919,17$ , tendo sido recolhido R\$3.505,44, resultando na diferença exigida de R\$413,73.

Nota Fiscal – 832770 de 05/12/2019, base de cálculo R\$27.392,24, IPI – 00, ICMS NO – 1.917,46, ICMS ST recolhido – 2.772,44.

Cálculos realizados:  $BC\ ST - 27.392,24 + IPI\ (00,00) = R\$30.777,23 * 1,5324\ “MVA”\ (fl.\ 23v/defesa) = R\$41.975,87 * 12\%\ carga\ reduzida\ (fl.\ 22/defesa) - ICMS\ NO\ de\ R\$1.917,46 = R\$3.119,65$ , tendo sido recolhido R\$2.772,44, sendo exigida a diferença na ordem de R\$347,21.

Concluíram mantendo a exigência tributária com exceção das notas fiscais excluídas, acima citadas.

Consta à fl. 172, intimação encaminhada ao autuado concedendo-lhe o prazo de 10 (dez) dias para que o mesmo se pronunciasse a respeito da informação fiscal, entretanto não houve manifestação pelo mesmo, fato confirmado pelos autuantes à fl. 185.

Em 29 de janeiro de 2021, o presente PAF foi convertido em diligência à Infaz de origem, nos seguintes termos:

*“A acusação contida nos presentes autos versa sobre retenção e recolhimento a menos de ICMS, na qualidade de sujeito passivo por substituição, no total de R\$32.992,26 referente ao período de fevereiro/17 a dezembro/19.*

*Em sua defesa o autuado sustentou que efetuou os cálculos com base no que determina o Protocolo ICMS 26, de 20 de janeiro de 2010, que orienta que nas operações interestaduais enquadradas no regime da substituição tributária, para o cálculo da BC da substituição tributária o percentual da margem de valor agregado a ser aplicado sobre o valor da operação deverá ser ajustado (MVA Ajustada) calculado com base na seguinte fórmula: “MVA ajustada = [(1 + MVA ST original) x (1- ALQ inter) / (1 - ALQ intra)] - 1”, onde:*

*d) MVA ST original é a margem de valor agregado prevista na legislação interna (neste caso Bahia);*

*e) “ALQ inter é o coeficiente correspondente à alíquota interestadual aplicável à operação;*

*f) “ALQ intra” é o coeficiente correspondente à alíquota interna ou ao percentual de carga tributária efetiva, quando este for inferior à alíquota interna.*

*Neste sentido sustentou que como as mercadorias em questão circulam com carga tributária interna de 12% a alíquota interna a ser utilizada para o cálculo da MVA ajustada é de 12% em atendimento ao disposto no inciso III, Cláusula terceira do Protocolo 26/10.*

*Com isso demonstrou a fórmula que utilizou para efeito de cálculo da MVA ajustada, comparando com a que foi utilizada pelos autuantes, quais sejam:*

*- Autuado:  $MVA\ ajustada = [(1 + 0,45) x (1 - 0,07) / (1 - 0,12) - 1 = 53,24\%$*

*- Autuantes:  $MVA\ ajustada = [(1 + 0,45) x (1 - 0,07) / (1 - 0,18) - 1 = 64,45\%$*

*Em seguida demonstrou, exemplificativamente, os cálculos efetuados por ambos em relação a NF-e 497027*

*de 18/02/17, onde com base na MVA ajustada de 53,24% calculou o imposto devido na ordem de R\$583,60, enquanto que os autuantes com base na MVA ajustada de 64,45% apurou o imposto devido na ordem de R\$652,59 resultando na exigência da diferença, ou seja, R\$68,89, fl. 08. Portanto, como se percebe, a divergência reside apenas em relação ao percentual a ser utilizado, acima em destaque, se 0,12 (percentual da carga tributária efetiva utilizada pelo autuado) ou 0,18 (alíquota interna, utilizado pelos autuantes).*

*Isto posto, e considerando que os autuantes não acolheram os argumentos defensivos e mantiveram a autuação sem qualquer reparo, decidiu esta 4ª Junta de Julgamento Fiscal por converter o presente PAF em diligência à Infaz de origem para que os autuantes se pronunciem a respeito dos cálculos acima demonstrados, devendo ser observado que a Cláusula terceira, § 1º, inciso III do Protocolo ICMS 26/10 determina que “ALQ intra é o coeficiente correspondente à alíquota interna ou ao percentual de carga tributária efetiva, quando este for inferior a alíquota interna, praticada pelo contribuinte substituto da unidade federada de destino, nas operações com as mesmas mercadorias listadas no Anexo Único”.*

*Após as devidas análises, os autuantes deverão se pronunciar, inclusive com elaboração de nova planilha de cálculo, se necessário.*

*O autuado deverá ser cientificado deste pedido de diligência e do resultado apurado pelos autuantes, devendo ser-lhe concedido o prazo de 10 (dez) dias para manifestação, a qual, se ocorrer, os autuantes também deverão se pronunciar.*

*Atendidas as solicitações acima o PAF deverá retornar ao CONSEF para prosseguimento da sua instrução e posterior julgamento”.*

Em atendimento, os autuantes se pronunciaram à fl. 192, observando que de acordo com suas interpretações em relação a legislação que embasa os procedimentos realizados, está correta, tendo em vista que o Convênio 33/96 inclui as NCM's 7213 e 7214, objeto da autuação, isto é, a base de cálculo pode ser reduzida, consoante previsão pelo Art. 266, II do RICMS:

*Art. 266. É reduzida a base de cálculo, podendo ser mantido integralmente o crédito fiscal relativo às entradas e aos serviços tomados vinculados a essas operações:*

*(...)*

*II - das operações internas com ferros e aços não planos, relacionados a seguir e no Conv. ICMS 33/96, de forma que a incidência do imposto resulte numa carga tributária de 12% (doze por cento) sobre o valor da operação.*

Em seguida se reportaram ao Anexo I ao RICMS/BA, que trata das mercadorias sujeitas a substituição ou antecipação tributária, referente aos exercícios de 2017 a 2019, envolvidos na autuação, que assim dispõe:

- 7214.2 – Vergalhões Protoc. ICMS 26/10 – AP, BA, ES, MG e RJ: 53,24% - Aliq. 7%;
- 7213 – Outros vergalhões – Protoc. ICMS 26/10 – AP, BA, ES, MG e RJ: 64,45% - Aliq. 7%.

Com isso sustentaram que utilizaram o que está previsto no Anexo I do RICMS/BA em relação a MVA, porém, se utilizada a carga reduzida, realmente a MVA diminui, entretanto, utilizaram uma interpretação literal do Anexo I do RICMS que, em relação a NCM 7213, considerando a alíquota interestadual de 7%, a MVA é de 64,45%, destacando, contudo, que em seus cálculos, utilizaram a alíquota interna de 12%, obedecendo ao previsto no RICMS.

O PAF foi novamente convertido em diligência no sentido de que o autuado fosse cientificado do seu resultado, tendo este se pronunciado de acordo com o constante às fls. 201 a 215.

Assim é que, pontuou o autuado que intimado da conclusão da referida diligência e, após análise do novo demonstrativo anexado pelos autuantes, (fls. 166 a 169), apresentou, em 05/11/2020, Manifestação esclarecendo que das 199 operações que remanescem autuadas, 198 apresentam divergência no cálculo da MVA – Margem do Valor Agregado, porque, ao realizarem os cálculos, os autuantes desconsideraram o benefício fiscal previsto nas operações internas com as mercadorias em questão, o que reduz a carga tributária interna, conforme diversos exemplos de cálculos juntados aos autos.

Disse que após análise da referida Manifestação, a 4ª Junta de Julgamento Fiscal houve por converter novamente o feito em diligência, para que os autuantes se pronunciassem acerca dos

cálculos que demonstrou em sua manifestação, destacando que, como resposta, os autuantes, à fl. 192, aduziram que, ao seus entendimentos, a forma de interpretar a legislação está correta posto que *“utilizamos o que está previsto no Anexo I do RICMS em relação a MVA, nos cálculos, se utilizada a carga reduzida, realmente a MVA desce – mas usamos uma interpretação literal do Anexo I RCMS.”*.

Em vista deste argumento, sustentou que a interpretação da legislação de regência atribuída pelos autuantes está equivocada, posto que em relação às operações autuadas há necessidade de aplicação da MVA ajustada, em razão da redução da base de cálculo prevista no art. 266, II, “a” do RICMS/BA e Convênio ICMS 33/96.

Pontuou que os autuantes deixaram de considerar que as mercadorias em questão (NCM: 7213.1000, 7214.2000 e 7217.1090) gozam da redução da base de cálculo prevista no artigo 266, II, “a” do Decreto 13.780/2012 (RICMS/BA) e Convênio ICMS 33/96, reduzindo a carga tributária nas operações internas, voltando, mais uma vez, a detalhar seus argumentos, na forma que segue.

Disse que por meio do artigo 266, II, a, do RICMS/BA, o Estado da Bahia concede redução de base de cálculo nas operações internas com ferros e aços não planos para o NCM 7217, de forma que a incidência do imposto resulte numa carga tributária de 12% sobre o valor da operação. *In verbis*:

*Decreto nº 13.780/2012 (RICMS/BA)*

**CAPÍTULO VII DA REDUÇÃO DA BASE DE CÁLCULO**

*Art. 266. É reduzida a base de cálculo, podendo ser mantido integralmente o crédito fiscal relativo às entradas e aos serviços tomados vinculados a essas operações:*

*(...)*

*II - das operações internas com ferros e aços não planos, relacionados a seguir e no Conv. ICMS 33/96, de forma que a incidência do imposto resulte numa carga tributária de 12% (doze por cento) sobre o valor da operação:*

*a) fios de ferros ou aços não ligados - NCM 7217;*

*b) arame farpado, de ferro ou aço; arames ou tiras, retorcidos, mesmo farpados, de ferro ou aço, dos tipos dos utilizados em cercas - NCM 7313;*

*c) grades e redes soldadas no ponto de interseção galvanizadas - NCM 7314.31;*

*d) telas metálicas, grades e redes galvanizadas, recoberto de plásticos e outros - NCM 7314.4;*

*e) obras de fios de ferro ou aço - NCM 7326.2;*

*f) tachas, pregos, percevejos, escápuas, grampos de fios curvados, ondulados ou biselados e artefatos semelhantes, de ferro fundido, ferro ou aço, mesmo com a cabeça de outra matéria, exceto cobre - 7317;*

Por sua vez, o Convênio 33/1996 estabelece redução de 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% (doze por cento) sobre o valor da operação, *verbis*:

**“CONVÊNIO ICMS 33/96**

*Autoriza os Estados que menciona a reduzir a base de cálculo do ICMS nas operações internas com ferros e aços não planos comuns.*

*Cláusula primeira Ficam os Estados da Bahia, Rio de Janeiro, Paraná, São Paulo, Pernambuco, Minas Gerais, Santa Catarina, Espírito Santo e Rio Grande do Sul autorizados a reduzir a base de cálculo do ICMS nas operações internas com ferros e aços não planos, classificados nos códigos da Nomenclatura Brasileira de Mercadorias - Sistema Harmonizado - NBM/SH, abaixo indicados, de tal forma que a incidência do imposto resulte na aplicação do percentual de, no mínimo, 12% (doze por cento) sobre o valor da operação.”*

Acrescentou que pela importância, esclarece que os produtos listados na tabela anexa à Cláusula Primeira do Convênio ICMS 33/96 faz referência à tabela NBM (Nomenclatura Brasileira de Mercadorias), cujo código de classificação possuía 10 dígitos. Devido à alteração na sistemática de classificação de mercadorias ocorrida em janeiro de 1996, passou a ser adotada a tabela NCM

(Nomenclatura Comum do Mercosul), cujo código de classificação possui 8 dígitos, sendo que, em razão da referida alteração, realizou a correlação de nomenclaturas NCM x NBM, com base na descrição e composição dos produtos que listou, destacando que para a totalidade das NCM's das mercadorias autuadas há previsão de redução da base de cálculo, seja conferida pelo próprio Regulamento do ICMS do Estado da Bahia (art. 266, II, a), ou pelo Convênio ICMS 33/96.

Neste sentido, observou que, pela relevância do tema, destaca que da leitura e análise do artigo 266, II anteriormente transcrito, verifica-se que a redução da base de cálculo é aplicável às operações internas com ferros e aços não planos objeto do NCM 7217, bem como os ferros e aços não planos relacionados no Convênio ICMS 33/96, quais sejam, 7213 e 7214, de sorte que a totalidade das operações autuadas gozam da referida redução da base de cálculo.

Neste contexto, frisou que o entendimento majoritário do Conselho de Fazenda Estadual da Bahia é de que o art. 266, II do RICMS/BA ampliou o rol das mercadorias sujeitas à redução de base de cálculo, uma vez que o mencionado artigo determina expressamente que sofre a redução as operações com ferros e aços não planos relacionados no próprio artigo 266, bem como aqueles relacionadas no Convênio ICMS 33/96.

A este respeito transcreveu excerto extraído do Voto constante no *PROCESSO - A. I. Nº 206888.0036/17-6 - ACÓRDÃO C.J.F Nº 0286-11/19*:

*“( ... ) Aponta que, diferentemente do que restou decidido pela 1ª J.F.F., o artigo 266, inciso II do Decreto nº 13.780/12 é claro ao mencionar que será reduzida a base de cálculo nos casos previstos nas alíneas deste inciso segundo E nos casos do Convênio ICMS 33/96. Desta feita, a interpretação realizada pelos IIs. Julgadores da 1ª J.F.F. ao mencionar que as mercadorias de NCM's 72149100 (antiga NBM 7214409900), 72149910 (antiga NBM 721400100), 72149990 (antiga NBM 7214400200), 72162100 (antiga NBM 7216210000), 72163100 (antiga NBM 7216310200) e 72163200 (antiga NBM 7216320200), não estão contempladas com a redução de base de cálculo do Artigo 266, inciso II do Decreto nº 13.780 e Convênio ICMS 33/96 não deve prevalecer. (...)”*

Da análise do art. 266, II do RICMS/12, é nítido que o legislador ampliou o rol das mercadorias sujeitas à redução da base de cálculo, uma vez que, no precitado inciso, afirma que sofre redução as operações internas com ferros e aços não planos, relacionados a seguir e no Convênio ICMS 33/96. É o que segue:

*II - das operações internas com ferros e aços não planos, relacionados a seguir e no Conv. ICMS 33/96, de forma que a incidência do imposto resulte numa carga tributária de 12% (doze por cento) sobre o valor da operação: (grifo nosso)*

*Assim, os itens constantes no Convênio ICMS 33/96, do qual a Bahia é signatária, abarca as seguintes classificações NBMSH 7214 E 7216, de maneira geral, devendo-se retirar da autuação tais mercadorias por fazerem jus à redução da base de cálculo de tal forma que a incidência do imposto resulte na aplicação do percentual de, no mínimo, 12% (doze por cento) sobre o valor da operação(...)”.*

Por igual, transcreveu excerto do Voto extraído do Acórdão J.F.F Nº 0213-05/16 AI 298950.0001/15-4:

*“( ... ) II - das operações internas com ferros e aços não planos, relacionados a seguir e no Conv. ICMS 33/96, de forma que a incidência do imposto resulte numa carga tributária de 12% (doze por cento) sobre o valor da operação. A legislação estadual é bem clara ao acrescentar na lista dos produtos com redução na base de cálculo prevista no Convênio ICMS 33/96, o qual relata que o Estado da Bahia fica autorizado reduzir a base de cálculo do ICMS nas operações internas com ferros classificados nos códigos da Nomenclatura Brasileira de Mercadorias - Sistema Harmonizado - NBM/SH 7214200100 (BARRA DE FERRO/AÇO, DENTADA A QUENTE, CARBONO(...))*

*O autuante reclama diferença de ICMS recolhido a menor referente NF-e nº 126269 e NF-e nº 126270 de 21/05/2013, NF-e nº 126740 de 25/05/2013, NF-e nº 129304 de 17/06/2013, NF-e nº 129533 de 26/06/2013, NF-e nº 148338 de 07/12/2013 e NF-e nº 149166 de 14/12/2013, questionando MVA de 39% e alíquota interna de 17%, sendo que o nosso cálculo foi com MVA de 41% e alíquota interna reduzida para 12%, nos termos do item 24.47 do anexo I, com base no inciso II no artigo 266 do nosso RICMS e o Convênio ICMS 33/96, no qual permite que nas operações internas com ferros a incidência do imposto resulte numa carga tributária de 12%. Sendo assim, não existe diferença de imposto a recolher sobre essas operações”.*

Portanto, asseverou que de acordo com a legislação citada e com a jurisprudência do Conselho Estadual de Fazenda do Estado da Bahia, as mercadorias que remanescem autuadas, gozam de

redução da base de cálculo de tal forma que a incidência do imposto resulte na aplicação do percentual de 12% (doze por cento) sobre o valor da operação.

Destacou, em seguida, que nos termos do Protocolo ICMS 26/2010, nas operações interestaduais de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, para o cálculo 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”), calculando segundo a fórmula:  $MVA \text{ ajustada} = [(1 + MVA \text{ ST original}) \times (1 - ALQ \text{ inter}) / (1 - ALQ \text{ intra})] - 1$ ”.

Neste sentido observou que se sabendo que as mercadorias em questão circulam com carga tributária interna de 12%, a alíquota interna a ser utilizada para cálculo da MVA ajustada é de 12%, em atendimento ao disposto no inciso III, cláusula terceira do Protocolo 26 de 2010, abaixo transcrito:

*“PROTOCOLO ICMS 26, DE 20 DE JANEIRO DE 2010*

*Dispõe sobre a substituição tributária nas operações com materiais de construção, acabamento, bricolagem ou adorno.*

*Cláusula terceira A base de cálculo do imposto, para os fins de substituição tributária, será o valor correspondente ao preço único ou máximo de venda a varejo fixado pelo órgão público competente.*

*§ 1º Inexistindo o valor de que trata o “caput”, a base de cálculo corresponderá ao montante formado pelo preço praticado pelo remetente, incluídos os valores correspondentes a frete, seguro, impostos, contribuições e outros encargos transferíveis ou cobrados do destinatário, ainda que por terceiros, adicionado da parcela resultante da aplicação, sobre o referido montante, do percentual de margem de valor agregado ajustada (“MVA Ajustada”), calculado segundo a fórmula “MVA ajustada =  $[(1 + MVA \text{ ST original}) \times (1 - ALQ \text{ inter}) / (1 - ALQ \text{ intra})] - 1$ ”, onde:*

*I – “MVA ST original” é a margem de valor agregado indicada no Anexo Único deste protocolo;*

*II – “ALQ inter” é o coeficiente correspondente à alíquota interestadual aplicável à operação;*

*III – “ALQ intra” é o coeficiente correspondente à alíquota interna ou ao percentual de carga tributária efetiva, quando este for inferior à alíquota interna, praticada pelo contribuinte substituto da unidade federada de destino, nas operações com as mesmas mercadorias listadas no Anexo Único.*

*§ 2º Na hipótese de a “ALQ intra” ser inferior à “ALQ inter”, deverá ser aplicada a “MVA – ST original”, sem o ajuste previsto no § 1º.*

*§ 3º Na impossibilidade de inclusão do valor do frete, seguro ou outro encargo na composição da base de cálculo, o recolhimento do imposto correspondente a essas parcelas será efetuado pelo estabelecimento destinatário, acrescido dos percentuais de margem de valor agregado previstos nesta cláusula.*

*§4º Nas operações destinadas ao Estado do Amapá, Bahia, Minas Gerais e Rio de Janeiro a MVA-ST original a ser aplicada é a prevista na legislação interna dessas unidades federadas para os produtos mencionados neste protocolo.”*

Desta feita, disse que utilizando a fórmula prevista no Protocolo ICMS 26/2010, o cálculo correto da MVA será:  $MVA \text{ ajustada} = ((1 + 0,45) \times (1 - 0,07) / (1 - 0,12)) - 1 = 53,24\%$ , contudo, ao realizarem os cálculos, os autuantes consideraram a alíquota interna cheia, qual seja, 18% (dezoito por cento), majorando o valor do ICMS-ST a ser recolhido, conforme cálculo a seguir:  $MVA = ((1 + 0,45) \times (1 - 0,07) / (1 - 0,18)) - 1 = 64,45\%$ .

Consoante demonstrado, afirmou que os autuantes partem da equivocada premissa de que todos os materiais que comercializa estariam sujeitos a uma alíquota interna de 18%, sem se atentar para as regras que preveem a redução da base de cálculo nas operações internas com as mercadorias classificadas nas NCM nº 7213.1000, 7214.2000 e 7217.1090, voltando a demonstrar exemplos dos cálculos levados a efeito pelos autuantes, voltando a citar que em situação idêntica foi reconhecido os erros no cálculo realizados pelos mesmos autuantes, no PAF nº 298624.0022/15-2, tendo em vista que, após ter apresentado as respectivas defesas administrativas naquela situação, o cálculo da MVA ajustada foi acatado pelos I. Julgadores da 3ª Junta de Julgamento Fiscal, ao proferir o Acórdão nº 0185-03/17, cuja ementa voltou a transcrever.

Em seguida passou a repetir os mesmos argumentos já apresentados na peça defensiva inicial.



Os autuantes se pronunciaram à fl. 226 citando que nada mais tem a acrescentar visto que seria apenas uma repetição do quanto já expuseram anteriormente.

## VOTO

A imputação levada a efeito para exigência de ICMS no montante de R\$32.992,26, mais multa de 60% com previsão no Art. 42, inciso II, alínea “e” da Lei nº 7.014/96, está posta nos seguintes termos: *“Procedeu a retenção a menor do ICMS, e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia”*, relacionada aos exercícios de 2017, 2018 e 2019.

A questão central aqui debatida cinge-se a divergência entre a MVA utilizada pelo autuado em seus cálculos para efeito de pagamento do ICMS-ST e a que foi empregada pelos autuantes.

A alegação defensiva é no sentido de que utilizou a fórmula prevista pelo Protocolo ICMS 26/2010 para efeito de determinação da MVA ajustada, ou seja: *“MVA ajustada =  $[(1 + MVA\ ST\ original) \times (1 - ALQ\ inter) / (1 - ALQ\ intra)] - 1$ ”, onde:*

*I – “MVA ST original” é a margem de valor agregado indicada no Anexo Único deste protocolo;*

*II – “ALQ inter” é o coeficiente correspondente à alíquota interestadual aplicável à operação;*

*III – “ALQ intra” é o coeficiente correspondente à alíquota interna ou ao percentual de carga tributária efetiva, quando este for inferior à alíquota interna, praticada pelo contribuinte substituto da unidade federada de destino, nas operações com as mesmas mercadorias listadas no Anexo Único.*

Já os autuantes, em atendimento a diligência solicitada por esta 4ª JJF, sustentaram que sua forma de interpretar a legislação está correta posto que utilizaram para efeito de cálculo o que está previsto no Anexo I do RICMS em relação a MVA, ao tempo em que pontuaram que se utilizada a carga reduzida, realmente a MVA diminui, mas que, no presente caso, se valeram de uma interpretação literal do Anexo I do RCMS/BA.

É exatamente aí que reside a questão. Para se avaliar, objetivamente os fatos, é necessário se comparar as fórmulas empregadas por ambos, autuado e autuante, para efeito de cálculo da MVA:

O autuado utilizou a fórmula prevista no Protocolo ICMS 26/2010, cujo cálculo da MVA assim se apresenta:  $MVA\ Ajustada = ((1+0,45) \times (1-0,07) / (1-0,12)) - 1 = 53,24\%$ , contudo, ao realizarem os cálculos, os autuantes consideraram a alíquota interna cheia, qual seja, 18% (dezoito por cento), conforme a seguir:  $MVA = ((1+0,45) \times (1-0,07) / (1-0,18)) - 1 = 64,45\%$ , situação esta que, de fato, majorou o valor do ICMS-ST a ser recolhido vez que, o percentual da MVA constante do Anexo I ao RICMS não está ajustado ao que contém no referido Protocolo, consoante se verifica no exemplo abaixo:

$MVA\ ajustada = ((1+0,45) \times (1-0,07) / (1 - 0,12)) - 1 = 53,24\%$

Formação BC ST:  $(R\$5.124,52 + 0,00) \times 53,24\% = R\$7.853,27$

Cálculo ICMS ST:  $(R\$7.853,27 \times 12\%) - R\$ 358,74 = \underline{R\$583,70}$ .

Cálculo efetuado pelos autuantes:

$MVA\ ajustada = ((1 + 0,45) \times (1 - 0,07) / (1 - 0,18)) - 1 = 64,45\%$

Formação BC ST:  $(R\$5.124,52 + 0,00) \times 65,55\% = R\$8.427,77$ .

Cálculo ICMS ST:  $(R\$8.427,22 \times 12\%) - R\$358,74 = \underline{R\$652,59}$

Em conclusão, por entender que os cálculos utilizados pelo autuado estão corretos, pois atendem ao previsto pela legislação tributária vigente, isto é, Art. 266, II do RICMS/BA, Convênio ICMS nº 33/96 e Protocolo ICMS nº 26/2010, além de que, devem ser excluídas as operações destinadas a consumidores finais, voto pela IMPROCEDÊNCIA do presente Auto de Infração.

**RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração **nº 298624.0001/20-1**, lavrado contra **GERDAU AÇOS LONGOS S.A.**

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 11 de novembro de 2021.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ - JULGADORA

JOÃO VICENTE COSTA NETO – JULGADOR