

N.F. Nº - 298620.0004/21-8
NOTIFICADO - ALIANÇA NAVEGAÇÃO E LOGÍSTICA LTDA.
NOTIFICANTE - LUIZ CLÁUDIO CONCEIÇÃO REGO
ORIGEM - DAT METRO / IFEP SERVIÇOS
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 04/04/2022

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0031-03/22NF-VD

EMENTA: ICMS. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. BENS DESTINADOS AO ATIVO E/OU CONSUMO. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Verificado equívoco na metodologia de cálculo utilizado pelo Notificante devido ao tempo vigente da lei utilizada em detrimento do período auditado, o que resultou em recolhimento a menos do ICMS do Diferencial de Alíquota atribuído à Notificada. Infração insubsistente. Notificação Fiscal **IMPROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A Notificação Fiscal em epígrafe, Fiscalização de Estabelecimento, lavrada em 27/06/2021, exige da Notificada ICMS no valor de R\$15.554,86, mais multa de 60%, em decorrência do cometimento da seguinte infração:

Infração 01 – 006.005.001 – Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença de alíquota entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras Unidades da Federação e destinadas ao ativo fixo e/ou consumo do próprio estabelecimento.

Período de auditoria janeiro, fevereiro, abril a dezembro de 2017. Complemento de DIFAL. Correção da Base de Cálculo.

Enquadramento Legal: Art. 4º, inciso XV da Lei de nº 7.014/96 c/c art. 305, §4º, alínea “a” do RICMS/BA, publicado pelo Decreto de nº 13.780/2012. Multa prevista no art. 42, II, “f”, da Lei nº 7.014/96.

A Notificada se insurge contra o lançamento, através de advogado, manifestando impugnação, onde a peça de defesa consta apensada aos autos (fls. 19 a 29), e documentação comprobatória às folhas 31 a 87, protocolizada no SAT/DAT METRO/CPAF, na data de 13/09/2021 (fl. 18).

Em seu arrazoado a Notificada alegou a tempestividade da impugnação e participou com um breve relatório fático que destacou que é uma Empresa que realiza a navegação marítima de longo curso, de cabotagem, fluvial e lacustre, o transporte terrestre, em todo o território nacional; a importação e/ou exportação de bens e serviços relacionados com as demais atividades, os serviços logísticos, envolvendo a paletização, etiquetagem, depósito de mercadorias de terceiros em trânsito, carga e descarga, e outras atividades dessa mesma espécie, representação, agenciamento próprio ou de outras empresas de navegação marítima, nacionais e estrangeiras, a realização de operações portuárias; o exercício das atividades de agente de transporte multimodal, assessoria ao transporte marítimo e terrestre de cargas em todo o território nacional, interestadual e municipal, dentre outras atividades. Acrescentou que dentro deste contexto é contribuinte do ICMS, nos termos dos artigos 1º e 2º da Lei Complementar de nº 87/1996.

Discorreu que no Estado da Bahia o ICMS é regulamentado pelo Decreto de nº 5.444/1996 (RICMS-BA) e pela Lei Estadual de nº 7.014/1996, e descreveu a infração lhe imputada o Enquadramento Legal e a Tipificação da Multa.

Defendeu no tópico “*Da Nulidade da Notificação Fiscal – Da Incidência do ICMS na Presente Operação – Forma de Apuração em Consonância com a Legislação Aplicável ao Caso*” que

conforme determinação expressa da Constituição Federal, as alíquotas interestaduais do ICMS são fixadas pelo Senado Federal a depender do destino do bem ou serviço, donde citou o art. 155, § 2º, inciso IV, sendo que dentro da prerrogativa do Senado Federal este instituiu as alíquotas interestaduais de 7% e 12%, e, com a entrada em vigor da Emenda Constitucional nº 87/2015, restou-se estabelecido “nas operações e prestações que destinem bens e serviços a consumidor final, contribuinte ou não do imposto, localizado em outro Estado, adotar-se-á a alíquota interestadual e caberá ao Estado de localização do destinatário o imposto correspondente à diferença entre a alíquota interna do Estado destinatário e a alíquota interestadual.”

Explicou que após a edição pelo CONFAZ do Convênio ICMS nº 93/2015, ficou disciplinado o DIFAL incidente nas operações e prestações interestaduais que destinem bens e serviços a destinatário final não contribuinte do ICMS, ficando expresso os contribuintes, o local de recolhimento, a base de cálculo, a vedação a utilização de créditos de ICMS decorrentes das operações anteriores, entre outros.

Explanou que da análise do respectivo Convênio, observou-se que:

***Cláusula segunda** Nas operações e prestações de serviço de que trata este convênio, o contribuinte que as realizar deve:*

I – se remetente do bem:

- a) *Utilizar a alíquota interna prevista na unidade federada de destino para calcular o ICMS total devido na operação;*
- b) *Utilizar a alíquota interestadual prevista para a operação, para o cálculo do imposto devido à unidade federada de origem;*
- c) *Recolher, para a unidade federada de destino, o imposto correspondente à diferença entre o imposto calculado na forma da alínea “a” e o calculado na forma da alínea “b”;*

II – se prestador de serviço:

- a) *Utilizar a alíquota interna prevista na unidade federada de destino para calcular o ICMS total devido na prestação;*
- b) *Utilizar alíquota interestadual prevista para o cálculo do imposto devido à unidade federada de origem;*
- c) *Recolher, para a unidade federada de destino, o imposto correspondente à diferença entre o imposto calculado na forma da alínea “a” e o calculado na forma da alínea “b”.*

§ 1º A base de cálculo do imposto de que tratam os incisos I e II do caput é a única e correspondente ao valor da operação ou o preço do serviço, observado o disposto no §1º do art. 13 da Lei Complementar nº87, de 13 de setembro de 1996.

Enfatizou que não obstante, as regras de cálculo também estão expressas no Convênio nº 93/2015:

§1º- A O ICMS devido às unidades federadas de origem e destino deverão ser calculados por meio da aplicação das seguintes fórmulas:

ICMS origem = BC x ALQ inter

ICMS destino = [BC X ALQ intra] – ICMS origem

Onde:

BC = base de cálculo do imposto, observando o disposto no § 1º;

ALQ inter = alíquota interestadual aplicável à operação ou prestação no Estado de destino.

§ 2º Considera-se unidade federada de destino do serviço de transporte aquela onde tenha fim a prestação.

§ 3º O recolhimento de que trata a alínea “c” do inciso II do caput não se aplica quando o transporte for efetuado pelo próprio remetente ou por sua conta e ordem (cláusula CIF – Cost, Insurance and Freight).

Acrescentou que no RICMS/BA tal regra foi internalizada através da edição do art. 305:

Art. 305. No regime de conta-corrente fiscal, os contribuintes apurarão, no último dia de cada mês, o imposto a ser recolhido em relação às operações ou prestações efetuadas no período, com base nos elementos constantes em sua escrituração fiscal.

(...)

§ 4º Constitui débito fiscal, para efeito de cálculo do imposto a recolher:

III – o valor correspondente à diferença de alíquotas:

a) Nas aquisições de mercadorias ou bens destinados a uso, consumo ou ativo imobilizado do adquirente;

Salientou que quanto a forma de cálculo do ICMS nas respectivas operações, a SEFAZ/BA esclarece que em relação ao diferencial de alíquotas considera-se como local da prestação o “do estabelecimento destinatário da mercadoria ou bem para uso, consumo ou ativo permanente, na hipótese do inciso XV; ou do estabelecimento remetente de mercadoria ou bem destinado a consumidor final não contribuinte do imposto, na hipótese do inciso XVI, ambos do caput do art. 4º, da Lei Estadual de nº 7.014/96”.

Pontuou que “se deve observar que nas operações destinadas a não contribuinte do imposto, a base legal da Emenda Constitucional de nº 87/2015 e o Convênio ICMS de nº 93/2015”.

Consignou que seguindo todas as normas acima citadas e, especialmente, a forma de cálculo indicada pela SEFAZ/BA e expressa no Convênio ICMS de nº 93/2015, a Notificada realizou os cálculos e apurações do ICMS relativos as operações que ocasionaram a presente notificação, no entanto, constatou que houve um equívoco do fiscal ao efetuar a recomposição das bases de cálculo com bases de cálculo com base nos seguintes argumentos:

- (i) *Quando às notas fiscais correspondentes às operações cujos **CFOPs** estejam classificados pelo nº 6.357 o fiscal adotou o cálculo por dentro do ICMS levando em conta a alíquota interna do Estado da Bahia. Ocorre que, conforme bem explicado anteriormente e levando por base a forma de cálculo prevista no Convênio ICMS 93/2015, a base de cálculo do ICMS deve incluir por dentro o tributo com base no seguinte cálculo.*

Explicou que ao incluir o ICMS na base de cálculo somente com base na alíquota interna é uma clara violação ao cálculo acima exposto, na medida em que na base de cálculo estará sendo incluído montantes que não serão recolhidos ao Estado.

Garantiu que conforme planilha de cálculos em anexo o Notificante, ao realizar as recomposições das bases de cálculo acima mencionadas, violou expressamente os dispositivos vigentes nacionalmente e no Estado da Bahia.

Acrescentou que, também, houve equívoco do Notificante em relação aos seguintes casos:

- (i) *Quando às notas fiscais correspondentes às operações cujos **CFOPs** estejam classificados pelos nºs 2.126/2.556 (bens para uso e consumo e ativo) foi observado o disposto no art. 17, XI, da Lei 7.014/1996, onde somente o ICMS relativo à diferença de alíquotas deveria compor a base de cálculo;*
- (ii) *Quando às notas fiscais correspondentes às operações cujos **CFOPs** estejam classificados pelo nº 6910 o fiscal adotou o cálculo por dentro do ICMS. No entanto, **por se tratar de uma bonificação enviada pelo fornecedor** que deve ser classificada como uma entrada para o uso e consumo, também deve ser observado o disposto no art. 17, XI, da Lei 7.014/1996 RICMS/BA.*

Finalizou, ante o exposto, requereu a Notificada que reconheça da Impugnação e, no mérito, acolhê-la, desse modo, para manter suspensa a exigibilidade dos valores cobrados na notificação aqui impugnada nos termos do art. 151, III, do CTN e no mérito julgá-la improcedente, na medida em que, conforme bem demonstrada, a formação da base de cálculo utilizada pelo Notificante violou expressamente o disposto no Convênio ICMS de nº 93/2015, e art. 17 da Lei Estadual de nº 7.014/1996.

O Notificante prestou Informação Fiscal às folhas 94 a 96 donde iniciou com a descrição da infração imputada à Notificada e descreveu, em resumo, as alegações de defesa deste modo:

Nas págs. 21/22 deste processo (pag. 3/4 da defesa) a autuada diz:

- “Recentemente foi surpreendida com a notificação fiscal aqui impugnada (DOC 4 – Notificação), que, em apertada síntese, compreendeu que a ora Impugnante deixou 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 consumo próprio do estabelecimento”.

- “No entanto, conforme será melhor demonstrado, a ora impugnante realizou os cálculos e apuração do ICMS de acordo com as devidas normas aplicáveis à sua operação”.
- “Neste contexto, sendo tal imposição tributária ilegítima, justifica-se a presente impugnação administrativa para declarar a nulidade dos débitos aqui constituídos”.

Nas págs. 22 a 27 deste processo (págs. 4 a 9 desta defesa) a Notificada citou:

- a Constituição Federal (art. 115);
- as alíquotas interestaduais do ICMS;
- a Emenda Constitucional de nº 87/2015, que modificou algumas das regras disciplinadoras do ICMS nas operações mercantis interestaduais destinadas ao consumidor final, contribuinte ou não do ICMS;
- o Convênio ICMS de nº 93/2015, onde ficou disciplinado o DIFAL incidente nas operações e prestações interestaduais que destinem bens e serviços a destinatário final não contribuinte do ICMS;
- o art. 305 do RICMS/BA/12;
- os incisos XV e XVI, ambos do caput do art. 4º, da Lei Estadual de nº 7.014/96;

Citou também nas páginas 27 e 28 deste processo (págs. 9 e 10 desta defesa) que: “... *houve um equívoco do fiscal ao efetuar a recomposição das bases de cálculo...*”, onde citou os **CFOPs** de nºs. 6357, 2126/2556 e 6910, abaixo reproduzidos.

- (i) *Quanto às notas fiscais correspondentes às operações cujos **CFOPs** estejam classificados pelo nº. 6.357 o fiscal adotou o cálculo por dentro do ICMS levando em conta a alíquota interna do Estado da Bahia. Ocorre que, conforme bem explicado anteriormente e levando por base a forma de cálculo prevista no Convênio ICMS 93/2015, a base de cálculo do ICMS deve incluir por dentro o tributo com base no seguinte cálculo.*

Também houve equívoco do fiscal em relação aos seguintes casos:

- (ii) *Quanto às notas fiscais correspondentes às operações cujos **CFOPs** estejam classificados pelos nºs. 2.126/2.556 (bens para uso e consumo e ativo) foi observado o disposto no art. 17, XI, da Lei 7.014/1996, onde somente o ICMS relativo à diferença de alíquotas deveria compor a base de cálculo;*
- (iii) *Quanto às notas fiscais correspondentes às operações cujos **CFOPs** estejam classificados pelo nº. 6910 o fiscal adotou o cálculo por dentro do ICMS. No entanto, **por se tratar de uma bonificação enviada pelo fornecedor** que deve ser classificada como uma entrada para o uso e consumo, também deve ser observado o disposto no art. 17, XI, da Lei 7.014/1996 RICMS/BA.*

O Notificante, de sua parte, informou:

- 1) Quanto ao item (i) acima, refizemos nossa análise e excluímos estes itens da Notificação.
- 2) Quanto ao item (ii) acima, baseou-se na redação que foi dada pela Lei de nº 13.373, de 21/09/15, DOE de 22/09/2015, com efeitos a partir de 01/01/2016, que alterou a redação do inciso XI do art. 17º, e da Lei de nº 7014/1996, abaixo transcrito no item 04.
- 3) Quanto ao item (iii) acima, também se baseou na redação que foi dada pela Lei de nº 13.373, de 21/09/15, DOE de 22/09/2015, com efeitos a partir de 01/01/2016, que alterou a redação do inciso XI do art. 17º, e da Lei de nº 7014/1996, abaixo transcrito no item 04.
- 4) **SUBSEÇÃO II Da Base de Cálculo**

Art. 17. A base de cálculo do imposto é:

XI – nas hipóteses dos incisos XV e XVI do caput do art. 4º desta Lei, o valor da operação ou prestação na unidade federada de origem, acrescido do valor do IPI, frete e demais despesas cobradas, devendo o montante do ICMS relativo à diferença de alíquotas integrar a base de cálculo.

Nota: A redação atual do inciso “XI” do caput do art. 17 foi dada pela Lei nº 13.373, de 21/09/15, a partir de 01/01/16.

Redação originária, efeitos até 31/12/15:

“XI – nas hipóteses do inciso XV do art. 4º, o valor da operação ou prestação na unidade federada de origem.”

Concluiu que o valor original histórico da Notificação Fiscal é de R\$15.554,86, e após a análise da defesa excluímos os valores referente ao CFOP 6357 e manteve-se os valores referentes aos demais CFOPs, ficando a Notificação com o valor histórico de R\$15.004,63, abaixo discriminados, mês a mês. Anexou-se nas páginas 97 a 99 a planilha analítica – Anexo-01 com as devidas correções embasadas na legislação atual que regulamenta a matéria.

DATA DE OC.	DATA DE VENC.	DÉBITO ANT. (R\$)	DÉBITO CORRIG. (R\$)
31/01/2017	09/02/2017	810,51	810,51
28/02/2017	09/03/2017	2.196,01	2.196,01
31/03/2017	09/04/2017	709,31	709,31
30/04/2017	09/05/2017	464,42	464,42
31/05/2017	09/06/2017	86,51	86,51
30/06/2017	09/07/2017	1.701,46	1.701,46
31/07/2017	09/08/2017	355,54	355,54
31/08/2017	09/09/2017	2.002,90	2.002,90
30/09/2017	09/10/2017	1.652,12	1.652,12
31/10/2017	09/11/2017	629,71	629,71
31/11/2017	09/12/2017	4.946,37	4.436,14
TOTAL		15.554,86	15.044,63

Na data de 17/09/2021 foi enviado, através do Domicílio Tributário Eletrônico – DT-e, e na data de 23/09/2021 foi verificado a ciência, para a Notificada, nos termos da legislação vigente, cópia da Informação Fiscal às folhas de 94 a 99 e os arquivos eletrônicos, contidos na mídia CD (fl. 100) elaborados pelo Notificante para que a mesma, querendo-se, no prazo máximo de 10 (dez) dias, a contar da data do recebimento, manifestar-se.

A Notificada manifestou-se em relação à Informação Fiscal, através de advogado, onde a peça de manifestação consta apensada aos autos (fls. 105 a 115), e documentação comprobatória às folhas 116 a 168, protocolizada no SAT/DAT METRO/CPAF. na data de 04/10/2021 (fl. 104).

No arrazoadado da Manifestação, a Notificada iniciou alegando a tempestividade, donde, por conseguinte reproduziu no tópico *“Do Resumo Fático da Lide”* os mesmos dizeres de sua peça defensiva, onde enfatizou em que o presente recurso deverá ser conhecido e, quanto ao mérito, provido para declarar a nulidade.

No tópico *Da Nulidade da Notificação Fiscal – Da Incidência do ICMS na Presente Operação – Forma de Apuração em Consonância com a Legislação Aplicável ao Caso* reprisou textualmente a mesma narrativa argumentativa perpassando-se pelo art. 115 da Constituição Federal, das alíquotas interestaduais, das modificações trazidas pela Emenda Constitucional de nº 87/2015, as disposições a serem observadas nas operações e prestações que destinem bens e serviços a consumidor final não contribuinte do ICMS do Convênio ICMS de nº 93/2015, os dizeres do artigo 305 do RICMS/BA/12 e os incisos XV e XVI, ambos do caput do art. 4º, da Lei Estadual de nº 7.014/96, arrematando com a contestação de que a Notificada realizou os cálculos e apurações do ICMS relativos as operações que ocasionaram a presente notificação, e no entanto houve um equívoco do fiscal ao efetuar a recomposição bases de cálculo mantendo-se os argumentos em relação aos CFOPs de nºs 2.126/2.556 (bens para uso e consumo e ativo) e nº 6.910 (bonificação enviada pelo fornecedor).

Finalizou requerendo que com base na fundamentação mencionada que se julgue procedente o presente recurso, para reconhecer a Nulidade da Notificação Fiscal, conforme bem demonstrado que a formação da base de cálculo utilizada pelo Notificante violou o disposto expressamente o disposto no Convênio ICMS de nº 93/2015, e art. 17 da Lei Estadual de nº 7.014/1996.

Requeru que todas as Notificações, intimações e demais comunicados relativos a este processo sejam remetidos e publicados em nome dos Procuradores aqui estabelecidos: Milton Luiz Cleve

Kuster, inscrito na OAB/PR sob nº 7.919, Ricardo Miara Schuarts, inscrito na OAB/PR sob nº 55.039, Cassius Vinicius Lobo, inscrito na OAB/PR sob o nº 323.814; no endereço: Rua Domingos Nascimento, 158 – São Francisco – Curitiba/PR- CEP: 50.520.022.

O Notificante prestou Informação Fiscal às folhas 174 e 175, em relação à Manifestação da Notificada, donde iniciou com a descrição da infração imputada à Notificada e proferiu que em relação à Manifestação às folhas 105 a 115 estas contêm as mesmas alegações da Impugnação Administrativa (folhas 19 a 29) e não apresentou nenhum dado novo.

Informou que como não foi apresentado nenhum dado novo, manteve-se o que foi feito na Informação Fiscal, constantes nas folhas 94 a 99 deste processo. Além disso, a Notificada se utilizou do Convênio ICMS de nº 93/2015, referente a DIFAL incidente nas operações e prestações interestaduais que destinem bens e serviços a destinatário final não contribuinte do ICMS (como justificativa para os seus cálculos do DIFAL), mas esta Empresa não é consumidor final não contribuinte. Por isso é que não foi acatada esta parte da defesa.

Finalizou mantendo os valores informados anteriormente e solicitou que se julgue PROCEDENTE este Processo Administrativo Fiscal.

Distribuído o Processo Administrativo Fiscal - PAF para esta Junta, fiquei incumbido de apreciá-lo. Entendo como satisfatórios para formação do meu convencimento os elementos presentes nos autos, estando o PAF devidamente instruído. É o relatório.

Na sessão de Julgamento foi realizada sustentação oral por videoconferência pelo Autuante, o Auditor Fiscal LUIZ CLÁUDIO CONCEIÇÃO RÊGO.

VOTO

A Notificação Fiscal em epígrafe, Fiscalização de Estabelecimento, lavrada em 27/06/2021, exige da Notificada ICMS no valor de R\$15.554,86, mais multa de 60%, em decorrência do cometimento de uma única infração de ter deixado de recolher ICMS decorrente da diferença de alíquota entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras Unidades da Federação e destinadas ao ativo fixo e/ou consumo do próprio estabelecimento, englobado no período de janeiro, fevereiro, abril a dezembro de 2017.

Inicialmente entendo que a preliminar de nulidade arguida pela Notificada se confunde com o mérito das motivações e discussão dos direitos alegados na demanda, razão pela qual infiro que a mesma será analisada com o mesmo.

Nestes termos, constato que o presente lançamento foi efetuado de forma compreensível, foram indicados os dispositivos infringidos e da multa aplicada relativamente às irregularidades apuradas, não foi constatada violação ao devido processo legal e a ampla defesa, sendo o imposto e sua base de cálculo apurados consoante os levantamentos e documentos acostados aos autos, portanto, não se encontram no presente processo os motivos elencados na legislação, inclusive os incisos I a IV do art. 18 do RPAF-BA/99, para se determinar a nulidade da Notificação Fiscal.

Em apertada síntese, tanto na Impugnação quanto em repetição das argumentações em sua Manifestação à Informação Fiscal, a Notificada contestou a incidência do ICMS no cálculo do Diferencial de Alíquotas – DIFAL na forma em que foi apurado divergindo-se, ao seu entender, com a legislação aplicável ao caso, donde trouxe que as alíquotas interestaduais do ICMS são fixadas pelo Senado Federal (art. 155, § 2º, inciso IV) e que a Emenda Constitucional nº 87/2015 estabeleceu que “nas operações e prestações que destinem bens e serviços a consumidor final, contribuinte ou não do imposto, localizado em outro Estado, adotar-se-á a alíquota interestadual e caberá ao Estado de localização do destinatário o imposto correspondente à diferença entre a alíquota interna do Estado destinatário e a alíquota interestadual.”

Acrescentou que o Convênio ICMS nº 93/2015, disciplinado o DIFAL incidente nas operações e prestações interestaduais que destinem bens e serviços a destinatário final não contribuinte do

ICMS, enfatizando que as regras de cálculo também estão contidas neste ajuste acordado, adicionando que tal regra fora internalizada no art. 305, inciso III, alínea “a” do RICMS/BA/12.

Salientou que quanto a forma de cálculo do ICMS nas respectivas operações, a SEFAZ/BA, dispôs que em relação ao diferencial de alíquotas considera-se como local da prestação o “do estabelecimento destinatário da mercadoria ou bem para uso, consumo ou ativo permanente, na hipótese do inciso XV; ou do estabelecimento remetente de mercadoria ou bem destinado a consumir final não contribuinte do imposto, na hipótese do inciso XVI, ambos do caput do art. 4º, da Lei Estadual de nº 7.014/96” e que se deve observar que na operações destinadas a não contribuinte do imposto, a base legal da Emenda Constitucional de nº 87/2015 e o Convênio ICMS de nº 93/2015.”

Constatou que houve um equívoco do Notificante em relação às operações com os CFOPs de nº 6.357 (conforme previsão no Convênio ICMS de nº 93/2015, a base de cálculo do ICMS deve incluir por dentro o tributo.); de nºs 2.126/2.556 (bens para uso e consumo e ativo) e de nº 6.910 (bonificação enviada pelo fornecedor) o Notificante adotou o cálculo por dentro do ICMS, no entanto, deve-se observar o disposto no art. 17, XI, da Lei de nº 7.014/1996.

Na Informação Fiscal prestada pelo Notificante quanto à Impugnação, refez-se os cálculos e retirou-se da análise os itens referentes ao CFOP de nº 6.357 (Prestação de Serviço de Transporte a não-contribuinte). Quanto aos CFOPs de nºs 2.126/2.556 e 6.910 manteve-se os cálculos consoante ao inciso XI do art. 17º, da Lei de nº 7.014/1996, e do valor original de R\$15.554,86 reduziu-se para R\$15.004,63 conforme demonstrativo apostado. Manteve-se o mesmo entendimento quando da Informação Fiscal em relação à Manifestação da Notificada, uma vez que esta não trouxe aos autos nenhum dado novo.

Verifico que a lide se estabeleceu em relação ao recolhimento a menor ou à falta de recolhimento em relação ao Diferencial de Alíquota - DIFAL do ICMS nas aquisições de mercadorias destinadas a ativo fixo e/ou consumo do próprio estabelecimento em decorrência da verificação pelo Notificante do equívoco na base de cálculo utilizada pela Notificada tendo-se que satisfazer-se ao complemento do ICMS do DIFAL a recolher.

Neste interim, após a impugnação da Notificada, o Notificante ateu ao refazimento da auditoria estabelecida e concluiu em retirar do lançamento as Notas Fiscais de nºs 2407, 2304, 2303, 2302, 2368 (fl. 05), referentes à ocorrência de dezembro de 2017, as quais continham os itens com os CFOPs de nºs 6.357, no montante de R\$510,22, que fora contestado pela Notificada, restando-se à lide propriamente dita os valores discutidos referentes aos CFOPs nºs 2.126/2.556 (bens para uso e consumo e ativo) e de nº 6.910 (bonificação enviada pelo fornecedor).

Vale ressaltar que de acordo com o art. 388 do RICMS-BA/2012, é considerado brinde ou presente a mercadoria que, não constituindo objeto normal da atividade do contribuinte, tiver sido adquirida com a finalidade de ser distribuída gratuitamente a cliente (consumidor ou usuário final). A aquisição dos brindes, seja através de operação interna ou interestadual, deve ser tributada pela alíquota interna prevista para o produto, ou seja, a alíquota cheia, com direito a crédito, não havendo porque se falar em diferença de alíquotas. A saída dos produtos será igualmente tributada pela alíquota interna, observando-se os procedimentos descritos no art. 389 do RICMS/BA/12.

Entretanto, quanto às mercadorias recebidas a título de doação e/ou bonificação, remetidas como um ato de liberalidade do fornecedor, visando presentear seu cliente, o contribuinte dever-se-á calcular, quando da entrada dessas mercadorias, o imposto referente à antecipação parcial, caso sejam destinadas à comercialização subsequente; ou a diferença de alíquota, caso as mercadorias sejam destinadas ao uso e consumo do estabelecimento, que é o caso específico.

Nesta seara verifica-se que os itens referentes aos CFOPs nºs 2.126/2.556 (bens para uso e consumo e ativo) e de nº 6.910 (bonificação enviada pelo fornecedor) estão sujeitos ao recolhimento do ICMS – DIFAL.

Em relação à metodologia aplicada ao cálculo ao DIFAL do ICMS a sistemática anterior à publicação da Lei de nº 13.816, com efeitos até 21/12/2017, que alterou a redação do § 6º do art. 17 da Lei de nº 7.014/96 se fazia através do que a literatura comumente denomina de “base simples” passando-se, o Estado da Bahia, a utilizar-se, com os efeitos da nova redação, da “base dupla” para os cálculos do DIFAL do ICMS.

Compulsando os autos, especificamente aos cálculos efetuados e dispostos pelo Notificante às folhas 04 a 06, os quais apontaram ICMS DIFAL a Recolher, constato que este utilizou-se da metodologia aplicada à “base dupla” dada pela redação atual do § 6º do art. 17 nos casos do inciso XI (nas hipóteses dos incisos XV e XVI do *caput* do art. 4º - do *caput* deste mesmo artigo – “...quando a mercadoria ou bem forem destinados ao seu uso, consumo ou ativo permanente...”). Ressalta que conforme consta no artigo 17 no parágrafo § 1º integra a base de cálculo do imposto, inclusive na hipótese do VI, o montante do próprio imposto, constituindo o respectivo destaque mera indicação para fins de controle.

Neste deslinhado, tomando-se como exemplo o disposto para o cálculo do ICMS DIFAL da Nota Fiscal de nº 7.497 (fl. 04) tem-se em conformidade com os dizeres vigentes da redação do § 6º do art. 17, donde o imposto a pagar será o valor resultante da aplicação da alíquota interna (18%) sobre base de cálculo obtida a partir da retirada da carga tributária da operação interestadual (Base de cálculo de R\$17.199,00 – R\$687,96 = R\$16.511,04) e inclusão da carga tributária interna sobre o valor da mercadoria ($R\$16.511,04 / 100\% - 18\% = R\$20.135,41 \times 0,18 = R\$3.624,37$), subtraindo-se desse resultado o valor do imposto destacado no documento fiscal. Assim, nestes termos, ao subtrair o DIFAL o imposto destacado R\$687,96 e o recolhido pela Notificada no valor de R\$2.407,86, restou-se a exigência pelo Notificante do valor de R\$528,55.

Todavia, é forçoso reconhecer, uma vez o escopo do período apuratório da Auditoria ter-se restringido ao exercício do ano de 2017, que era vigente à esta época os dizeres da “base simples”: redação do § 6º do art. 17 - *Nos casos do inciso XI, o imposto a pagar será o valor resultante da aplicação do percentual equivalente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual, sobre o valor ali previsto.* Nesta metodologia o cálculo do DIFAL seria $R\$17.199,00 \times (0,18 - 0,04) = R\$2.407,86$ exatamente o valor recolhido pela Notificada.

Destaca-se que já havia sido retirado da Auditoria pelo Notificante as ocorrências relacionadas ao mês de dezembro/2017.

Conquanto, ao pedido expresso da defesa afim de que as comunicações e intimações fossem feitas na pessoa de seus advogados, nada impede que tal prática se efetive, e que as intimações possam ser encaminhadas, bem como as demais comunicações concernentes ao andamento deste processo para o endereço apontado. Entretanto, o não atendimento a tal solicitação não caracteriza nulidade do ato processual, uma vez que a forma de intimação ou ciência da tramitação dos processos ao sujeito passivo encontra-se prevista nos artigos 108 a 110 do RPAF/99, os quais guardam e respeitam o quanto estabelecido no Código Tributário Nacional - CTN, em seu artigo 127, estipulando como regra, a eleição do domicílio tributário pelo sujeito passivo.

Da mesma forma, com a instituição do Domicílio Tributário Eletrônico (DT-e), a comunicação entre a Secretaria da Fazenda e o contribuinte passou a utilizar este canal, dispensando qualquer outro meio, sendo a sua instituição feita pela Lei de nº 13.199 de 28/11/2014, a qual alterou o Código Tributário do Estado da Bahia no seu artigo 127-D.

Donde, através de tal mecanismo, a SEFAZ estabelece uma comunicação eletrônica com seus contribuintes para, dentre outras finalidades, encaminhar avisos, intimações, notificações e cientificá-los de quaisquer tipos de atos administrativos, não tendo mais sentido qualquer outra forma de intimação que não o DT-e.

Face ao exposto, voto pela IMPROCEDÊNCIA da presente Notificação Fiscal.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar, em instância única **IMPROCEDENTE** a Notificação Fiscal de nº **298620.0004/21-8**, lavrada contra **ALIANÇA NAVEGAÇÃO E LOGÍSTICA LTDA.**

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 24 de março de 2022

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE

EDUARDO DUTRA FREITAS - RELATOR

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - JULGADOR