

N.F. Nº - 269616.0039/22-7

NOTIFICADO - AMERICANAS S.A.

NOTIFICANTES - JOSÉ M. DE AGUIAR e WÁGNER RUY DE O. MASCARENHAS e JOÃO KOJI SUNANO

ORIGEM - DAT METRO / IFEP COMÉRCIO

PUBLICAÇÃO - INTERNET - 02.06.2023

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO JJF Nº 0080-05/23NF-VD**

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. RETENÇÃO A MENOS. VENDAS REALIZADAS PARA CONTRIBUINTES LOCALIZADOS NO ESTADO DA BAHIA. Verificado nos autos que os produtos NCM de nº. 8517.12.31, Telefones Celulares, comercializados pela Notificada, pertencem ao Regime da Substituição Tributária, entretanto, possuem no campo “Informações Complementares de Interesse do Contribuinte” que os produtos adquiridos são “**destinados a uso e consumo**”, e que os descontos concedidos são incondicionais não devendo agregar à base de cálculo. Há equívocos na base de cálculo do Notificante e a Notificada trouxe aos autos documentação de recolhimento do **ICMS Substituição Tributária** em montante superior ao exigido como recolhido a menos. Não acatada a Nulidade. Infração não subsistente. Notificação Fiscal **IMPROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A Notificação Fiscal em epígrafe, **no Modelo Fiscalização de Estabelecimento**, lavrada em **29/09/2022** exige da Notificada ICMS no valor histórico de R\$ 8.674,33 mais multa de 60%, equivalente a R\$ 5.204,58 e acréscimo moratório no valor de R\$ 861,93 perfazendo um total de R\$ 14.740,84 em decorrência do cometimento de uma única infração cujo período apuratório se fez nos meses dos anos de 2018, 2019 e **2021**:

Infração 01 – 008.040.001 – 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.

Enquadramento legal: Art. 10 da Lei 7.014/96 c/c Cláusulas primeira, segunda, terceira, quarta e quinta do Convênio ICMS 135/06. Multa: Art. 42, II, “e” da Lei 7.014/96.

A Notificada se insurge contra o lançamento, através de Advogado, manifestando impugnação apensada aos autos (fls. 17 a 24), e documentação comprobatória às folhas 25 a 57 protocolizada na IFMT METRO/COORD. ATEND. na data de 01/12/2022 (fl. 16).

Em seu arrazoado, a Notificada iniciou sua peça alegando a tempestividade da mesma, e no tópico “**Dos Fatos**” descreveu a infração lhe imputada, o enquadramento legal, a tipificação da multa.

Tratou no tópico “**Da Nulidade do Lançamento/Cerceamento à Ampla Defesa e Contraditório**” onde inicialmente citou o art. 142 do Código Tributário Nacional – CTN, o qual estabelece os requisitos indispensáveis à lavratura de autos de infração, e os art. 18, da nulidade, especificando os incisos II, IV alínea “a”, o art. 20 da nulidade decretada de ofício e o art. 39, do conteúdo do Auto de Infração, particularizando o inciso V da indicação do dispositivo da legislação tributária, relativamente a cada situação, ambos do RPAF/99, donde consignou que em ambas as legislações foram claras ao exigir que a infração apurada seja expressamente indicada de forma precisa,

inclusive com os elementos fáticos que a comprovem, citando o doutrinador Hely Lopes Meirelles sobre o pleno exercício do contraditório e da ampla defesa, tendo que a Autoridade Fiscalizadora manter o dever legal de atuar dentro dos limites da lei, tal como preleciona o artigo 37 da Constituição da República.

Assegurou que a Infração de código 008.040.001 tem a citação genérica do artigo 10 da Lei nº 7.014/96, que menciona sucintamente que *a adoção do regime de substituição tributária dependerá de acordo específico entre o Estado da Bahia e as unidades da Federação interessadas*, tendo o fisco lavrado a notificação com mera referência ao artigo sendo evidente que os elementos que compõem a notificação são insuficientes para que a Notificada exerça o contraditório e o seu direito de defesa, restando clara a supressão da segurança jurídica e do direito de defesa da Notificada, padecendo a Notificação Fiscal de vício material insanável em razão de não ser possível a Notificada, observando-se os elementos nele contidos, presumir a fundamentação.

Frisou sobre a impossibilidade da Notificada identificar com clareza contra qual imputação de fatos deve se defender, vez que a infração tem como base enquadramento legal genérico, revelando-se flagrante o cerceamento de defesa, o que viola de uma só vez os mandamentos do artigo 39 do Decreto de nº 7.629/1999 e do artigo 142 do CTN, bem como os diversos princípios constitucionais, dentre eles os consagrados nos artigos 5º, LV, e 37 da CF/88, maculando a Notificação Fiscal de nulidade insanável.

Defendeu no tópico “*Da Improcedência do Lançamento*” em seu subtópico “*Do Devido Recolhimento do DIFAL - ST/Busca da Verdade Material*” que a Notificada tem como atividade a venda de mercadorias para consumidores localizados em todos os 26 Estados da Federação e no Distrito Federal, a partir de seus estabelecimentos localizados no Estado do Rio de Janeiro, estando suas operações, em regra, sujeitas à incidência do ICMS, onde discorreu sobre o ICMS na Constituição Federal, e na Emenda Constitucional de nº 87/15 que alterou a redação da incidência do ICMS sobre operações interestaduais com mercadorias para consumidor final.

Defendeu que a EC de nº. 87/15 inovou a sistemática de tributação com relação às operações para consumidor final contribuinte, as quais estavam sujeitas à alíquota interna do Estado do remetente e passaram a se sujeitar à alíquota interestadual e ao DIFAL, **cujo recolhimento ficou sob a responsabilidade do remetente**.

Explicou que no presente caso, as operações autuadas destinaram mercadorias aos consumidores finais situados no Estado da Bahia, tendo como fim o uso e consumo, conforme declaração do adquirente, indicado nas “Informações Complementares” de cada uma das Notas Fiscais (Doc. 02), conforme destaque:

americanas sa Americanas S.A. Est de Miguel Peres 125 Cariacica lote 151/30 e 151/27 São Miguel - 23893890 - Seropédica - RJ		DANFE Documento Auxiliar da Nota Fiscal Eletrônica 0 - ENTRADA 1 - SAÍDA 1 No. 029.346.096 Série 5 Folha 1		 CHAVE DE ACESSO 3321000 7765 7400 1390 5500 5029 3460 9611 4965 8962 Consulta de autenticidade no portal nacional da NF-e www.fazenda.gov.br/portal ou no site da Sefaz Autorizadora	
NATUREZA DA OPERAÇÃO Venda de Merc Adq de Terc		PROTOCOLO DE AUTORIZAÇÃO DE USO 33210157422593 - 25/09/2021 11:51:48			
INSCRIÇÃO ESTADUAL 79538914		INSCRIÇÃO ESTADUAL DO SUBST. TRIBUT. 128779286		CNPJ 00.776.574/0013-90	
DESTINÁRIO / REMETENTE GR TRANSPORTES LTDA ENDERÉCOS RUA ALEXANDRINA RAMALHO 157 EDF LUAR DO CANDEAL, AP 1003 MUNICÍPIO Salvador		CNPJ/CPF 18.318.032/0001-03		DATA DA EMISSÃO 25/09/2021 11:37:00	
		BAIRRO / DISTRITO CANDEAL		DATA DA SAÍDA/ENTRADA 11:37:00	
		UF BA	FONE / FAX 7132477619	INSCRIÇÃO ESTADUAL 10972869	HORA DA SAÍDA/ENTRADA 11:37:00
<small>(...)</small> DADOS ADICIONAIS INFORMAÇÕES COMPLEMENTARES <small>Lei nº 5.817/10 - PROCON-RJ: tel. 151, end. Av. Rio Branco, 25 - 5 andar, Centro/RJ. CODECON: tel. 0800 282 7060, end. R. da Alfândega, 8, Centro/RJ. N. Pedido: 09-561659656. N. Enegri: 9984-000000000001. O valor de: 471,82 declarado no campo "valor do item sub-1" refere-se à "diferença" entre "1" e "0". Mercadoria destinada ao uso e consumo conforme descrição constante na mercadoria ou no momento da compra." Regime Especial Portaria SAF nº 1.123 de 24 de outubro de 2012 - Processo 0412931012. ICMS ST conf. Protocolo 2113/2017 e RECOM/BA, Acesso 1.13, Item 13.2, aprovado pelo Decreto 13.700/2012. Tributos: R\$ 900,73 Federal e R\$ 797,81 Estadual. Ponto: IBPT/ECOMERCIO RJ - Item: 161134905. Série: 351091843445495</small>					
RESERVADO AO FISCO					

Frisou que com o advento do Convênio ICMS de nº. 135/06, estabeleceu-se a substituição tributária nas operações com *aparelhos celulares*, atribuindo ao remetente, na qualidade de sujeito passivo

por substituição, a responsabilidade pela retenção e recolhimento do ICMS relativo às operações subsequentes, e consequentemente, **coube à Notificada a do ICMS-ST e do DIFAL incidentes sobre as operações interestaduais com aparelhos celulares destinados aos consumidores finais.**

Defendeu que a notificação tem como objeto a cobrança de DIFAL-ST supostamente recolhidos a menor pela Notificante, a seguir, as diferenças de valores apontados pela Fiscalização foram devidamente recolhidos pela Notificada, de forma complementar, conforme conjunto probatório anexo (Docs. 03 e 04 / GNREs e Comprovantes de Recolhimento).

Explicou que para facilidade da análise, exemplificou-se com as operações de dezembro/2021, que, conforme relação abaixo, é possível constatar a apuração e o devido recolhimento complementar das diferenças apontadas pela Fiscalização. Vejamos.

■ DEMONSTRATIVO FISCAL:

RETENÇÃO A MENOR DO ICMS SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA - 2018/2021

DATA	NF	IE	NCM	vBC	alq	vICMS	vBCST	vICMSST	MVA	BC ST	ST DEV	DIF
01/12/21	30085259	174334001	85171231	2.444,40	7	171,11	2.444,40	268,88	0,00%	2.580,20	293,33	-24,45
02/12/21	30092545	111876033	85171231	3.721,59	7	260,51	4.600,63	567,60	23,62%	4.784,46	600,69	-33,09
07/12/21	30136667	182021691	85171231	3.165,39	7	221,58	3.795,99	417,56	0,00%	3.781,00	459,00	-41,44
08/12/21	30142838	163548304	85171231	3.779,54	7	264,57	3.779,54	415,75	0,00%	4.264,55	503,05	-87,30
10/12/21	30172174	149607823	85171231	1.222,94	7	85,61	1.222,94	134,52	0,00%	1.252,10	139,77	-5,25
13/12/21	30198407	64945925	85171231	609,10	7	42,64	609,10	67,00	0,00%	645,05	73,47	-6,47
17/12/21	30239884	168361250	85171231	611,47	7	42,80	611,47	67,26	0,00%	626,05	69,89	-2,63
23/12/21	30303169	029009271	85171231	6.836,72	7	478,57	6.836,72	751,96	0,00%	7.409,05	855,06	-103,10
23/12/21	30303031	82621335	85171231	3.158,16	7	221,07	3.158,16	347,40	0,00%	3.417,15	394,02	-46,62
												-350,35

■ GNRE E COMPROVANTE DE RECOLHIMENTO:

Guia Nacional de Recolhimento de Tributos Estaduais - GNRE		UF Favorecida BA	Código da Receita 100048
Dados do Contribuinte Emitente		Nº de Controle 0000002200159536	
Razão Social: AMERICANAS S.A.	CNPJ/CPF/Insc. Est.: 128779286	Data de Vencimento 10/01/2022	
Endereço: EST DE MIGUEL PEREIRA,125,SAO MIGUEL	Município: SEROPEDICA	Nº Documento de Origem	
Município: 23893-890	UF: RJ Telefone:	Periodo de Referência 12/2021	Parcela
Dados do Destinatário		Valor Principal R\$ 3.929,60	
CPF/CNPJ/Insc. Est.: Município:	Reservado à Fiscalização	Atualização Monetária R\$ 0,00	Autenticado
Convênio/Protocolo: Produto:		Juros R\$ 0,00	
Informações Complementares: O pagamento poderá ser efetuado em qualquer banco da rede arrecadadora.		Multa R\$ 0,00	
Documento Válido para pagamento até 10/01/2022		Total a Recolher R\$ 3.929,60	
1ª via - Banco			



85830000039 4 29600294220 5 10010000002 5 20015953600 9



30
horas

Banco Itaú - Comprovante de Pagamento
Tributos Estaduais com código de barras

Identificação no extrato: SISPAG TRIBUTOS

Dados da conta debitada:

Nome: AMERICANAS S A

Agência: 0912 Conta: 09000 - 8

Dados do pagamento:

Código de barras: 858300000394 296002942205 10010000025 200159536009

Controle: 20100090008155478173

Valor do documento: R\$ 3.929,60

Informações fornecidas pelo pagador: ICMS ST BA

Operação efetuada em 10/01/2022 às 13:06:29 via Sispag, CTRL 550350740000081.

Autenticação:

00BC03CE201063D894EFE706567531ACB01F6729

Grifou que desse modo, resta claro o devido recolhimento pela Notificada, devendo o lançamento ser cancelado e dissertou sobre o princípio da verdade material citando escólio do Prof. Alberto Xavier:

Dissertou no tópico “*Da Necessidade de Criação de Lei Complementar para Instituição do DIFAL*” onde há que se reconhecer que a cobrança de ICMS-DIFAL com base em Convênio e lei ordinária estadual/distrital viola o art. 146 da Constituição Federal o qual determinou que o ICMS é de competência dos Estados e do Distrito Federal, cabendo a cada ente regulamentar, dentro de sua competência, o tributo, sendo impossível a cobrança do tributo sem a instituição de lei complementar regulamentadora, uma vez que nem o Convênio de nº 93/2015, nem a Lei de nº 7.014/1996, se prestam a tal finalidade, trazendo o julgamento conjunto do Supremo Tribunal Federal da ADI 5.469 e do RE 1.287.019, que fixou a tese quanto à impossibilidade de exigência do DIFAL sem anterior edição de Lei Complementar, de modo a considerar inconstitucional as cláusulas regulamentadoras do Convênio de nº 93/2015.

Depreendeu no tópico “*Das Provas – Busca da Verdade Material/Necessidade de Perícia Fiscal*” que a busca pela verdade material restou frustrada, vez que a Fiscalização lançou **crédito tributário por suposto recolhimento a menor** do DIFAL - ST e a Notificada constatou que as operações do período em referência foram devidamente recolhidas, considerando isso informa seu interesse na realização de prova pericial técnico-contábil, vez que tal prova se faz necessária para que sejam ratificados os recolhimentos realizados pela Notificada e indevidamente exigidos pelo Fisco, mediante a análise detalhada e exaustiva da documentação fiscal de posse do Fisco que reflete todas as operações realizadas pela Notificada, objeto da notificação impugnada, pugnando ainda, pela possibilidade de apresentação de novos documentos, acaso necessário, a fim de garantir o efetivo atendimento do princípio da verdade material, conforme exposto anteriormente.

Finalizou no tópico “*Do Pedido*” onde requereu que seja julgada procedente a presente impugnação para:

- Preliminarmente, reconhecer a nulidade do lançamento, diante da impossibilidade de a Notificada identificar com clareza contra qual imputação deve se defender, já que a infração tem como base enquadramento legal genérico, sendo flagrante o cerceamento de defesa;
- No mérito:

b.1. reconhecer o adequado recolhimento do imposto devido nas operações notificadas e, consequentemente, a total improcedência e a necessária desconstituição do presente auto de infração, em razão do flagrante equívoco cometido pelo Notificante na análise dos fatos, ao presumir que a Notificada teria recolhido a menor o imposto;

b.2. reconhecer a impossibilidade de exigir o recolhimento do ICMS – DIFAL da Notificada, sem que haja previsão em lei complementar, embasando-se apenas em Convênio de ICMS e Lei Ordinária, de modo que não a cobrança do DIFAL, nos moldes pretendidos neste auto de infração, deve ser considerada improcedente.

Um dos Notificantes prestou Informação Fiscal às folhas 60 e 61 onde descreveu a Infração imputada à Notificada e discorreu que em defesa às folhas 17 a 58 a Notificada alegou preliminarmente “cerceamento à ampla defesa e ao contraditório” pelo que pleiteou a nulidade do lançamento com base no artigo 142 do CTN, combinado com o art. 18 do RPAF/99. Aduziu que a descrição da infração e o respectivo enquadramento legal consignado no sistema SLCT não oferecia elementos suficientes ao exercício do direito de defesa.

Informou que entendem que não se procede a impugnação por nulidade, vez que o sistema SLCT é de uso geral nesta SEFAZ/BA, sendo seus elementos de descrição amplamente apreciados e acolhidos em nosso CONSEF.

Explanou que quanto ao mérito, a defesa ora se refere a vendas a consumidor final (EC de nº. 87/15), ora à substituição tributária, citando corretamente o Convênio de nº. 135/2006 (aparelhos celulares). Confunde as duas legislações ao concluir que com o citado Convênio “coube à Notificada a retenção do ICMS-ST e do DIFAL incidentes sobre as operações interestaduais com aparelhos celulares destinados aos consumidores finais”.

Salientou que o equívoco é primário. Operações destinadas a consumidores finais não são alcançadas pela substituição tributária. E, ocorre que todas as operações levantadas se destinam a contribuintes inscritos, conforme se vê na coluna “IE” (Inscrição Estadual). Portanto, as operações estão sujeitas à Substituição Tributária.

Destacou que para a formação da base de cálculo, compulsou-se o cadastro dos destinatários, onde confirmou-se que a quase totalidade das operações não se destinavam à revenda, cabendo a retenção do DIFAL-ST – sem agregação de margem de valor agregado. Desse modo, a base de cálculo do ST é o próprio valor do produto – consignado em coluna própria “VLR PROD”. Sobre tal valor aplicou-se a alíquota interna de 18%, abatendo-se do resultado o valor do ICMS da operação própria.

Finalizou pugnando pela manutenção da notificação.

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.

VOTO

A Notificação Fiscal em epígrafe, **no Modelo Fiscalização de Estabelecimento**, lavrada em **29/09/2022** exige da Notificada ICMS no valor histórico de R\$ 8.674,33 mais multa de 60%, equivalente a R\$ 5.204,58 e acréscimo moratório no valor de R\$ 861,93 perfazendo um total de R\$ 14.740,84 em decorrência do cometimento de uma única infração (008.040.001) de proceder 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 cujo período apuratório fez nos meses dos anos de 2018, 2019 e **2021**.

O enquadramento legal utilizado baseou-se no artigo 10 da Lei 7.014/96 c/c Cláusulas primeira, segunda, terceira, quarta e quinta do Convênio ICMS 135/06 e multa tipificada no art. 42, inciso II, alínea “e”, da Lei nº 7.014/96.

Inicialmente, necessário se enfrentar as preliminares suscitadas na peça recursal consistente na **alegação de nulidade** da Notificação Fiscal pelo fato do cerceamento de defesa do contribuinte,

uma vez que a infração tem citação genérica e que os elementos que compõem a notificação são insuficientes para que a Notificada exerça o contraditório e o seu direito de defesa, restando clara a supressão da segurança jurídica e do direito de defesa, padecendo-se de vício material insanável em razão de não ser possível, observando-se os elementos nele contidos, presumir a fundamentação.

Neste sentido, no que diz respeito aos aspectos formais, constato, que nos autos está descrita a infração cometida, apontando a conduta praticada pela Notificada, os artigos infringidos, o prazo para interposição de defesa ou usufruto do benefício de redução dos percentuais de multa, além de indicar o sujeito passivo, tudo em conformidade com a disposição contida no artigo 39 do RPAF/99, assim, observo que todos os elementos necessários para possibilitar a elaboração de sua defesa lhe foram apresentados **e pelo teor de sua peça de impugnação**, devidamente recebida e ora apreciada, constato não haver qualquer dúvida de que a Notificada entendeu perfeitamente acerca da imputação que sobre si recaiu.

Infiro, portanto, que a capitulação legal constante da infração é condizente com os fatos reais e com o direito aplicável, conforme consta no campo do “Enquadramento”, desta forma concluo que à Notificada foi garantida a ampla defesa, tendo exercido livremente o exercício do contraditório, inexistindo na Notificação Fiscal qualquer das hipóteses previstas no art. 18 do RPAF/99 que ensejasse sua nulidade.

Em síntese, do arrazoado do mérito a Notificada consignou que as operações que destinaram mercadorias (aparelhos celulares pertencentes ao Regime da Substituição Tributária) aos consumidores finais do Estado da Bahia, tendo como fim **o uso e consumo**, conforme consta na declaração do adquirente indicado nas “Informações Complementares” de cada uma das Notas Fiscais coube à Notificada, em acordo com o Convênio ICMS de nº. 135/06 que se estabeleceu a substituição tributária nas operações com aparelhos celulares, o recolhimento do DIFAL - ST o qual fora feito conforme comprovantes de recolhimento, não havendo diferenças de valores apontados pelos Notificante ainda a recolher.

No arrazoado da Informação Fiscal os Notificantes trataram que as operações levantadas se destinam a contribuintes inscritos, portanto operações sujeitas à Substituição Tributária, tendo para a formação da base de cálculo, compulsado o cadastro dos destinatários, onde confirmou-se que a quase totalidade das operações não se destinavam à revenda, cabendo a retenção do DIFAL-ST – sem agregação de margem de valor agregado. A base de cálculo do ST é o próprio valor do produto – consignado em coluna própria “*VLR PROD*”. Sobre tal valor aplicou-se a alíquota interna de 18%, abatendo-se do resultado o valor do ICMS da operação própria.

Observo que a questão posta em julgamento no mérito cinge-se à assertiva de ter a Notificada feito **a retenção a menor do ICMS, e o consequente recolhimento**, na qualidade de sujeito passivo por substituição. Nesta seara observo que a Notificada, Empresa sediada no Estado do Rio de Janeiro, possui Inscrição Estadual na Bahia de nº.128.779.286 sendo esta sob a condição de Substituto Responsável pelo ICMS no Destino, e a forma de Apuração do Imposto a Substituição/Diferença de Alíquotas.

Ademais, verifico acostado aos autos às folhas 05 a 09 o conjunto de Notas Fiscais que lastrearam a presente Notificação Fiscal, carreadas com as mercadorias de NCM de nº. 8517.12.31 as quais constam no Anexo 1 do RICMS/BA/12, vigente para os anos de 2018, 2019 e 2021, portanto pertencentes ao regime de Substituição Tributária ou Antecipação Total no Estado da Bahia sob o título de “*Telefones para redes celulares portáteis exceto por satélite*”, e que possui o **Convênio ICMS 213/17** regendo as relações entre os Estados da Bahia e Rio de Janeiro, sendo que a margem de valor agregado a ser utilizada para o cálculo do ICMS de Substituição Tributária far-se-á no montante do percentual de 23,62%, para a alíquota interestadual devida a 17% entre os citados entes federados.

De mais a mais averiguei em consulta ao Portal Estadual da Nota Fiscal Eletrônica no Sistema da Secretaria da Fazenda, que as Notas Fiscais eleitas pelos Notificantes tendo como destinatários a

contribuintes inscritos no Estado da Bahia possuíam em seu campo “Informações Complementares de Interesse do Contribuinte” a expressão “**destinadas a uso e consumo**” conforme declarado pelo adquirente no momento da aquisição, inclusive duas das quatro notas fiscais (15.973.337 de 2018 e 29.754.710 de 2021) das quatro eleitas, no entendimento pelos Notificantes como de aquisição para venda, conforme se pode observar no print exemplificativo da Nota Fiscal de nº. 15.973.337 a seguir:

Chave de Acesso	Versão
33180400776574001390550050159733371213745123	3.10
<input type="button" value="NF-e"/> <input type="button" value="Emitente"/> <input type="button" value="Destinat."/> <input type="button" value="Prod./Serv."/> <input type="button" value="Totais"/> <input type="button" value="Transp."/> <input type="button" value="Cobrança"/> <input style="background-color: #0070C0; color: white; font-weight: bold; border: none; padding: 0 5px;" type="button" value="Inf. Adic."/> <input type="button" value="Cálc. ICMS"/> <input type="button" value="Trans."/>	
Informações Adicionais	Versão
	XSLT: v4.0.6f
Formato de Impressão DANFE	
1 - DANFE normal, retrato	
▲ :: Informações Complementares de Interesse do Contribuinte <div style="border: 1px solid #ccc; padding: 5px; background-color: #f9f9f9;"> <p>O valor de: 317.77 destacado no campo "valor do icms subst." refere-se ao diferencial de alíquotas. Mercadorias destinadas ao uso e consumo conforme declarado pelo adquirente no momento da aquisição. N.Pedido: 02-665484399. N.Entrega: 266548439901. - Item: 131657521 Serie: 356340091270850 - Item: 131657521 Serie: 356340091270900 - Item: 131657521 Serie: 356340091270868 - Item: 131657521 Serie: 356340091270884 - Item: 131657521 Serie: 356340091270918</p> </div>	

Tem-se que o Convênio ICMS de nº. 142/18 dispôs, regra geral, sobre os regimes de substituição e de antecipação de recolhimento do ICMS com o encerramento de tributação, relativos ao imposto devido pelas operações subsequentes, trouxe em seu parágrafo primeiro a aplicabilidade, também, **ao imposto correspondente à diferença entre a alíquota interna da unidade federada de destino e a alíquota interestadual** incidente sobre as operações interestaduais com bens e mercadorias destinadas **ao uso, consumo** ou ativo immobilizado do destinatário contribuinte do imposto, que estejam enquadradas nestes regimes, sendo que no Estado da Bahia, constam no Anexo 1 do RICMS/BA/12.

Em sua Cláusula décima segunda o convênio tratou da base de cálculo estabelecendo-se que esta será **o valor da operação interestadual adicionado do imposto correspondente à diferença entre a alíquota interna a consumidor final estabelecida na unidade federada de destino para o bem ou a mercadoria e a alíquota interestadual**.

“Cláusula décima segunda Tratando-se de operação interestadual com bens e mercadorias submetidos ao regime de substituição tributária, destinados a uso, consumo ou ativo immobilizado do adquirente, a base de cálculo do imposto devido será o valor da operação interestadual adicionado do imposto correspondente à diferença entre a alíquota interna a consumidor final estabelecida na unidade federada de destino para o bem ou a mercadoria e a alíquota interestadual.”

De mais a mais verifica-se a incorporação desta base de cálculo, na hipótese do art. 17, inciso XI, da Lei de nº. 7.014/96 quando dispôs “...devendo o montante do ICMS relativo à diferença de alíquotas integrar a base de cálculo”.

Art. 4º

(...)

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.

Art. 17º

(...)

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.

Há de ressaltar que na base de cálculo do imposto integra os **descontos concedidos sob condição** conforme previsto no § 1º, inciso II, alínea “a” do art. 17º, sendo que a contrário senso os **descontos incondicionais** não integram a base de cálculo.

(...)

§ 1º Integra a base de cálculo do imposto, inclusive na hipótese do inciso VI do caput deste artigo:

(...)

II - o valor correspondente a:

a) seguros, juros e demais importâncias pagas, recebidas ou debitadas, bem como descontos concedidos sob condição;

Assim, feito esse introdutório, passemos à análise dos cálculos efetuados pela Notificada e pelo Notificante que se levou à exigência para a ocorrência de março/2018 o valor de R\$ 77,69, conforme a tabela extraída do arquivo xls “ST A MENOR_390” constante no CD (fl. 12). Sendo que para esta ocorrência os Notificantes consideraram que todos os adquirentes adquiriram o celular para uso e consumo.

DATA	NF	vBC	ALQ	vICMS	DESC.	FRETE	vBCST	vICMSST	MVA	BC ST	ST DEV	DIF
06/03/2018	15524230	513,99	7	35,98	200,00	14,99	713,99	78,54	0,00%	699,00	89,84	-11,3
14/03/2018	15634813	2.879,10	7	201,54	319,90	0	3.199,00	351,89	0,00%	3.199,00	374,28	-22,39
21/03/2018	15712844	773,1	7	54,12	125,90	0	899,00	98,89	0,00%	899,00	107,70	-8,81
28/03/2018	15801868	835,12	7	58,46	113,88	0	949,00	104,39	0,00%	949,00	112,36	-7,97
29/03/2018	15816687	977,74	7	68,44	133,34	0	1.111,08	122,22	0,00%	1.111,08	131,55	-9,33
29/03/2018	15817713	642,39	7	44,97	87,60	0	729,99	80,30	0,00%	729,99	86,43	-6,13
29/03/2018	15811280	615,99	7	43,12	84,00	0	699,99	77,00	0,00%	699,99	82,88	-5,88
29/03/2018	15810464	615,12	7	43,06	83,88	0	699,00	76,89	0,00%	699,00	82,76	-5,87
TOTAL								990,12			1.067,80	-77,69

Como modelo exemplificativo, tomemos a Nota Fiscal de nº. 15.524.230 emitida na data de 06/03/2018, da primeira linha. Verifica-se a existência de 03 Bases de Cálculo: vBC = **R\$ 513,99**; vBCST = **R\$ 713,99** e BC ST = **R\$ 699,00**. Consultando a referida nota no Site da SEFAZ, conforme print a seguir, percebe-se que no cálculo da Notificada o valor do utilizado como Base de Cálculo do ICMS Normal fora o de **R\$ 513,99** à alíquota de 7%, auferiu-se o ICMS Normal no valor de R\$ 35,98. E, de forma equivocada utilizou para o seu Cálculo do ICMS DIFAL ST o valor do produto acrescido do desconto incondicional (R\$ 200,00), auferindo-se a base de **R\$ 713,99** e sobre esta aplicou a diferença simples de alíquotas (18% -7% = 11%) alcançando-se o ICMS DIFAL ST no valor de **R\$ 78,54**.

:: ICMS Normal e ST		
Origem da Mercadoria	Tributação do ICMS	Modalidade Definição da BC ICMS NORMAL
4 - Nacional, com produção em conformidade co...	10 - Tributada e com cobrança do ICMS por sub...	3 - Valor da Operação
Base de Cálculo do ICMS Normal	Aliquota do ICMS Normal	Valor do ICMS Normal
513,99	7,0000	35,98
Valor da Base de Cálculo do FCP	Percentual do Fundo de Combate à Pobreza (FCP)	Valor do Fundo de Combate à Pobreza (FCP)
Base de Cálculo do ICMS ST	Aliquota do ICMS ST	Valor do ICMS ST
713,99	11,0000	78,54
Valor da Base de Cálculo do FCP retido por Substituição Tributária	Percentual do FCP retido por Substituição Tributária	Valor do FCP retido por Substituição Tributária
Percentual Redução de BC do ICMS ST	Percentual do MVA do ICMS ST	Modalidade Definição da BC ICMS ST
0,0000	0,0000	4 - Margem Valor Agregado (%)
Valor do ICMS- ST desonerado	Motivo da desoneração do ICMS- ST	

:: PIS		
<input checked="" type="checkbox"/>		

:: COFINS		
<input checked="" type="checkbox"/>		

:: Informações adicionais do produto		
<input type="checkbox"/>	Descrição	
	Desconto incondicional concedido de 200,00	

Os Notificantes, não menos equivocados do que a Notificada, aquiesceram de observar que o desconto concedido foi incondicional, portanto não devendo fazer parte da Base de Cálculo, optaram pela utilização da Base de **R\$ 699,00** (**R\$ 713,99** – o valor do frete **R\$ 14,99**), e pela utilização do cálculo, em desconformidade com a legislação vigente, nos seguintes termos: **R\$ 699,00 x 0,18 - R\$ 513,99 x 0,07 = R\$ 125,82 - R\$ 35,98 = R\$ 89,84**.

Neste sentido, da diferença do que dever-se-ia ter recolhido, ao entendimento dos Notificantes no valor de **R\$ 89,84** decrescido do valor calculado pela Notificada de **R\$ 78,54**, alcançou-se a exigência da retenção a menor para esta nota fiscal de **R\$ 11,30**.

No entanto, aplicando-se o que preza a legislação, o cálculo far-se-ia utilizando-se o Valor do produto (**R\$ 513,99**) adicionado da despesa com frete (**R\$ 14,99**) compondo-se a Base de Cálculo no valor **R\$ 528,98**, sobre esta base **adicionar-se-ia o imposto correspondente à diferença entre a alíquota interna a consumidor final estabelecida na Unidade Federada de destino para o bem ou a mercadoria e a alíquota interestadual** (**R\$ 528,98/0,89**) encontrando-se a Base de Cálculo no montante de **R\$ 594,35** que multiplicado pela alíquota interna (18%) encontrar-se-ia o ICMS DIFAL Total de **R\$ 106,98** do qual retirado o ICMS Normal (7%) **R\$ 35,98**, resultar-se-ia no valor de **R\$ 71,04**, que a Notificada deveria reter, ao invés do exigido de **R\$ 89,84**, e do calculado pela Notificada de **R\$ 78,54**.

A despeito deste desenlace, os Notificantes aquiesceram de averiguar os valores que foram recolhidos pela Notificada. Nesta seara, a Notificada, tem a prerrogativa do recolhimento até o dia 9 do mês subsequente ao da ocorrência dos fatos geradores, tendo sido averiguado que a Notificada tem recolhido o ICMS em 03 códigos de Receitas: 2151 – ICMS Consumidor Final Não Contribuinte Outra UF – Apuração; **1188 – ICMS Substituição Tributária – Apuração** e 2153 – ICMS Adic. Fundo de Pobreza – Apuração.

Desse exposto, na presente situação o recolhimento da Notificada se faz através da Receita **1188 – ICMS Substituição Tributária**. Assim ao averiguar-se os valores da ocorrência de março/2018, exposta anteriormente, temos que, mesmo estando incorretos os cálculos da Notificada e do Notificante, para a referida ocorrência a Notificada deveria ter recolhido no dia 09/04/2018 o montante de **R\$ 990,12** do ICMS SUBST. DIFAL em detrimento do valor apurado a maior pelo Notificante de **R\$ 1.067,80**, o que lhe exigiu uma diferença de **retenção a menor R\$ 77,69**.

Entretanto, conforme averiguado nos pagamentos efetuados pela Notificada, a citar o Demonstrativo de Arrecadação Estadual - DAE de nºº 1801890453 – recolhimento 09/04/2018, referênciia 03/2018, valor arrecadado **R\$ 1.540,95**, a Notificada os efetuara sempre em valores

superiores, tal qual o montante arrecadado na ocorrência de 12/2021, DAE de nº 2200159536, no valor de **R\$ 3.929,60**, trazido em sua peça de defesa, quando os totais calculados girar-se-iam por parte da Notificada no valor de R\$ 3.037,93 e por parte da exigência dos Notificantes no montante de R\$ 3.388,28.

De todo exposto, é forçoso reconhecer a improcedência da exigência da tipificação da infração de proceder a retenção a menor do ICMS e principalmente o seu recolhimento na qualidade de sujeito passivo por substituição.

Isto posto, voto pela IMPROCEDÊNCIA da Notificação Fiscal.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, em instância ÚNICA, julgar **IMPROCEDENTE** a Notificação Fiscal nº **269616.0039/22-7**, lavrada contra **AMERICANAS S.A.**

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 29 de maio de 2023.

VLADIMIR MIRANDA MORGADO - PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

EDUARDO DUTRA FREITAS – RELATOR

MARCELO MATTEDI E SILVA - JULGADOR