

N.F. Nº - 232875.0018/21-6
NOTIFICADO - ENEL GREEN POWER DESENVOLVIMENTO LTDA.
NOTIFICANTE - ANTÔNIO LUIS DOS SANTOS PALMA
ORIGEM - DAT METRO / INFAZ ATACADO
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 07.01.2022

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0179-05/21NF-VD

EMENTA: ICMS. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. OPERAÇÃO DE ENTRADAS INTERESTADUAIS. AQUISIÇÃO DE BENS PARA USO E CONSUMO E IMOBILIZADO. Notificada trouxe aos autos os Documentos de Arrecadação Estadual comprovando que a arrecadação do ICMS demandado ocorreu em momento anterior à lavratura da presente Notificação. Infração insubsistente. Notificação Fiscal **IMPROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A Notificação Fiscal em epígrafe, no Modelo Fiscalização de Estabelecimento, lavrada em **30/06/2021**, exige da Notificada ICMS no valor histórico de R\$ 1.506,23, mais multa de 60%, equivalente a R\$ 903,73, e acréscimo moratório no valor de R\$ 49,13, perfazendo um total de R\$ 2.459,09, em decorrência do cometimento de uma única infração, cujo período de apuração se fez em **janeiro e abril de 2020**:

Infração 01 – 06.05.01 – Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença de alíquota entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadoria oriundas de outras Unidades da Federação e destinadas ao ativo fixo e/ou consumo do próprio estabelecimento.

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, inc. II, alínea “f” da Lei nº 7.014/96.

A Notificada se insurge contra o lançamento, através de representante, manifestando impugnação, onde a peça de defesa consta apensada aos autos (fls. 12 a 16), e documentação comprobatória às folhas 17 a 37, protocolizada na SAT/DAT METRO/CPAF, na data de 13/09/2021 (fl. 22).

Em seu arrazoado a Notificada inicialmente alega a Tempestividade da defesa e no item “Dos Fatos” em seu introdutório a Notificada grifou ser pessoa jurídica de direito privado, fazendo parte de grupo econômico de ilibada reputação no cenário econômico municipal, estadual e nacional, adotando como meta de responsabilidade social o cumprimento de todas as obrigações tributárias, tendo tomado ciência em 07/07/2021 da exigência pela Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia do recolhimento do ICMS Diferencial de Alíquota supostamente não recolhido e/ou recolhido a menor, sendo que não se levou em consideração, dentre outros argumentos, que parte do ICMS já havia sido pago pela Notificada, devendo o lançamento não prosperar em sua totalidade e ser julgado parcialmente improcedente.

Destacou no **item do Direito “Da cobrança de valores que já estão pagos”** que conforme se verifica dos comprovantes em anexo (Doc. 02) o ICMS no montante de R\$ 1.506,23 (mil, quinhentos e seis reais e vinte e três centavos), correspondente ao ICMS devido em razão das Notas Fiscais de nºs. 35042 e 35598 emitidas pelo fornecedor Helenge Sul Suprimentos Industriais Ltda. nos meses de janeiro e abril de 2020 foi efetivamente pago em 20/07/2020, conforme tabela abaixo:

NF-e	DATA DA EMISSÃO	VALOR DA NF-e	ICMS	DATA DO PAGAMENTO
35.042	22/01/2020	R\$1.459,86	R\$195,84	20/07/2020
35.598	09/04/2020	R\$9.768,38	R\$1.310,39	20/07/2020

Explicou que o art. 156, inciso I do Código Tributário Nacional – CTN estabelece que o crédito tributário é extinto com o pagamento, devendo ser declarada a nulidade do Auto de Infração em relação ao imposto cobrado e já pago, não havendo falar-se em suposto não recolhimento do ICMS referente ao período autuado.

Destacou no **item do Direito** “Da impossibilidade de exigir o DIFAL – Necessidade de prévia edição de Lei Complementar para instituir o DIFAL – Precedentes reiterados no Conselho do STF, inclusive em Repercussão Geral” onde no âmbito do Estado da Bahia, a exigência do ICMS-DIFAL sobre as aquisições interestaduais por contribuintes do imposto está assim prevista na Lei de nº 11.651/91 em seus artigos 5º e 69:

Art. 5º Para efeitos de pagamento da diferença de alíquotas, ocorre o fato gerador do ICMS:

1-na entrada, no estabelecimento de contribuinte, de mercadoria ou bem oriundos de outra unidade da Federação, quando destinados a uso, consumo ou ativo imobilizado do próprio estabelecimento;

(...) Art. 69. A base de cálculo do ICMS, para efeito do pagamento da diferença de alíquotas, é o valor sujeito ao imposto na unidade federada de origem, constante no documento fiscal, e o imposto a ser recolhido será o valor correspondente à diferença entre a alíquota prevista para as operações ou prestações internas neste Estado, segundo a espécie de mercadoria, e a alíquota interestadual prevista na legislação da unidade da Federação de origem.

Debateu que no entanto, para que fosse possível a referida exigência, era necessária a regulamentação por meio de Lei Complementar, a teor do art. 146, inc. III, alínea “a” da Constituição Federal e, em se tratando especificamente do ICMS, nos termos do art. 155, parágrafo 2º, inciso XII, também, da Constituição.

Explanou que todavia, o Congresso Nacional, até o presente momento, não editou a respectiva lei complementar, com os aspectos básicos do fato gerador do ICMS-DIFAL - como base de cálculo, contribuinte etc., o que seria absolutamente fundamental para que as legislações estaduais pudessem instituir essa cobrança regionalmente.

Destacou que o STF já afirmou a necessidade de edição de Lei Complementar para que fosse possível a cobrança de imposto em inúmeros julgamentos, destacando-se o RE nº 439.796/PR, em que ficou consignado que *"a validade da constituição do crédito tributário depende da existência de lei complementar de normas gerais (LC 114/2002) e de legislação local resultantes do exercício da competência tributária, contemporâneas à ocorrência do fato jurídico que se pretenda tributar."*

Complementou no que se refere ao ICMS-DIFAL, o STF se manifestou no julgamento do RE nº 1.287.019 (tema nº 1.093 da repercussão geral) e da ADI 5469, com a tese de que: *"A cobrança do diferencial de alíquota alusivo ao ICMS, conforme introduzido pela Emenda Constitucional nº 87/2015, pressupõe edição de lei complementar veiculando normas gerais"*.

Finalizou pedindo que a presente impugnação seja acolhida, para o fim de se reconhecer, preliminarmente, seja declarado nulo e cancelado o Auto de Infração em relação ao ICMS que já está pago e extinto por força do art. 156 do CTN e, no mérito, julgar improcedente o Auto de Infração em questão, uma vez que o dispositivo legal em que se baseou o Autuante inovou ao prever a incidência do ICMS-DIFAL, sem que houvesse lei complementar com a fixação da hipótese de incidência tributária.

Requeru ao final que o débito ora impugnado passe a constar como *"exigibilidade suspensa"* nos sistemas informáticos da Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia, de forma que não haja impedimento à obtenção de imprescindível Certidão Positiva de Débitos com Efeitos de Negativa, nos termos dos arts. 205 e 206 do CTN, enquanto tramitar o presente processo administrativo.

O Notificante prestou Informação Fiscal à folha 42 onde consignou que a Notificada comprovou às folhas 31 a 36 o recolhimento do ICMS exigido na Infração 01, sendo que diante do exposto acolhe as razões defensivas no mérito apresentadas pela Notificada.

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 **30/06/2021**, exige da Notificada ICMS no valor histórico de R\$ 1.506,23, mais multa de 60%, equivalente a R\$ 903,73, e acréscimo moratório no valor de R\$ 49,13, perfazendo um total de R\$ 2.459,09, em decorrência do cometimento de uma única infração (06.05.01) - **deixar de recolher ICMS** decorrente da diferença de alíquota entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadoria oriundas de outras Unidades da Federação e destinadas ao ativo fixo e/ou consumo do próprio estabelecimento.

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, inc. II, alínea “f” da Lei nº 7.014/96.

Inicialmente, constato que o presente lançamento foi efetuado de forma compreensível, foram indicados os dispositivos infringidos e a multa aplicada relativamente às irregularidades apuradas, não foi constatada violação ao devido processo legal e à ampla defesa, sendo o imposto e sua base de cálculo apurados consoante os levantamentos e documentos acostados aos autos, e 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 preambular, pondero sobre a questão trazida pela Notificada em seu arrazoado, no item do Direito, “Da impossibilidade de exigir o DIFAL – Necessidade de prévia edição de Lei Complementar para instituir o DIFAL – Precedentes reiterados no Conselho do STF, inclusive em Repercussão Geral”, onde apõe a necessidade de se editar a Lei Complementar para a cobrança do diferencial de alíquota alusivo ao ICMS, conforme introduzido pela Emenda Constitucional nº 87/2015, trazendo em argumentação dos julgados do STF em sede de Recurso Extraordinário, destacando-se o RE nº 439.796/PR, RE nº 1.287.019 (tema nº 1.093 da repercussão geral) e da ADI 5469.

Neste sentido, tem-se que nas aquisições de outro estado, de material de uso, consumo ou bem do ativo permanente, **quando o destinatário for contribuinte do imposto**, hipótese de aplicação da alíquota interestadual, **caberá ao Estado da localização do destinatário o imposto correspondente à diferença entre a alíquota interna e interestadual (DIFAL)**.

Assim, a Lei do **Estado da Bahia** de nº 7.014/96, que trata do Imposto sobre Operações **Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação (ICMS)**, consignou como Fato Gerador do DIFAL o seu art. 4º, inciso XV, tal qual tipificado no enquadramento legal da presente Notificação Fiscal:

*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.*

Do dito, destaco que **não estão inclusos no campo de competência** dos órgãos administrativos de julgamento a declaração de inconstitucionalidade e **a negativa de aplicação de ato normativo emanado de autoridade superior**, sendo o que prescreve o art. 167, incisos I e III do RPAF/BA, aprovado pelo Decreto de nº 7.629/99, **não sendo possível acatar a questão suscitada pela Notificada:**

Art. 167. Não se incluem na competência dos órgãos julgadores:

I - a declaração de inconstitucionalidade;

(...)

III - a negativa de aplicação de ato normativo emanado de autoridade superior

De mais a mais, verifico que a lide estabelecida se fez em relação à Notificada ter deixado de recolher o ICMS Difal em relação às Notas Fiscais de nºs 35042, (fl. 33), e 35598, (fl. 36), emitidas pelo fornecedor Helenge Sul Suprimentos Industriais Ltda., nos meses de janeiro e abril de 2020, entretanto, **a Notificada conseguiu elidir o litígio, com a apresentação em sua peça de defesa, dos Documentos de Arrecadação Estadual – DAE de nº 2004906578, (fl. 31 e 32), e de nº 2004809193, (fl. 34 e 35), onde constata-se a arrecadação do ICMS demandado em momento anterior à lavratura da presente Notificação**, tal qual cancelado pelo Notificante em sua Informação Fiscal.

Em relação à "exigibilidade suspensa" requerida pela Notificada, informa-se que dentro das hipóteses de suspensão do crédito dispostas no artigo 151 do Código Tributário Nacional – CTN, encontra-se em seu inciso III *as reclamações e os recursos*, onde enquadra-se a impugnação ou defesa administrativa, que uma vez apresentada pelo contribuinte perante o órgão competente para apreciá-la, caracteriza o conflito de interesse e instala o litígio entre o fisco e este, sendo que durante a análise administrativa da cobrança do tributo, o contribuinte terá a seu favor a suspensão da exigibilidade do crédito tributário até a resolução da lide.

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

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **IMPROCEDENTE**, em instância ÚNICA, a Notificação Fiscal de nº **232875.0018/21-6**, lavrada contra **ENEL GREEN POWER DESENVOLVIMENTO LTDA.**

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 10 de dezembro de 2021.

TOLSTOI SEARA NOLASCO - PRESIDENTE

EDUARDO DUTRA FREITAS - RELATOR

EDUARDO RAMOS DE SANTANA - JULGADOR