

A. I. N° - 232875.0016/21-3
AUTUADO - ENEL GREEN POWER DESENVOLVIMENTO LTDA.
AUTUANTE - ANTÔNIO LUÍS DOS SANTOS PALMA
INFAZ - DAT METRO / INFAS ATACADO
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 04/01/2022

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0252-04/21-VD

EMENTA: ICMS. FALTA DE RECOLHIMENTO. DIFERENÇA ENTRE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA INTEGRAÇÃO AO ATIVO FIXO E/OU PARA CONSUMO PRÓPRIO. IMPOSTO NÃO RECOLHIDO. Ficou comprovada a exigência em duplicidade de diversas notas fiscais. Infração parcialmente subsistente. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 30/06/2021 refere-se à cobrança de ICMS no valor de R\$309.851,57, pela constatação da seguinte infração:

Infração 01 – 06.05.01 - *Deixou de recolher ICMS referente a diferença de alíquota na aquisição de mercadorias oriundas em outras unidades da Federação, destinada ao ativo fixo e/ou consumo do próprio estabelecimento*

O autuado apresenta impugnação, fls. 15 a 20, e inicialmente fala sobre a tempestividade de sua apresentação e diz tratar-se de pessoa jurídica de direito privado, que faz 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.

Em 07/07/2021 tomou ciência da Notificação / Auto de Infração de ICMS pela Secretaria de Estado de Fazenda da Bahia, exigindo o recolhimento do ICMS Diferencial de alíquota supostamente não recolhido e/ou recolhido a menor. Assim, verifica-se que a narrativa da ora impugnada Notificação / Auto de Infração nº 232875.0016.21-3 não levou em consideração, dentre outros argumentos a seguir transcritos, que parte do ICMS já havia sido pago pela Impugnante.

Portanto, o lançamento do mencionado do tributo não merece prosperar em sua totalidade, devendo ser julgado parcialmente improcedente pelas razões de direito que a seguir passa a expor.

Conforme se verifica dos comprovantes em anexo (Doc. 02) o montante de R\$391.474,18 (trezentos e noventa e um mil, quatrocentos e setenta e quatro reais e dezoito centavos), correspondente ao ICMS devido em razão das Notas Fiscais nºs 58451, 2458, 6703 e 12104, emitidas em setembro de 2020, efetivamente pago em 26/10/2020 e o ICMS correspondente a Nota Fiscal nº 37804, emitida em outubro de 2020, efetivamente pago em 26/04/2021.

Com relação ao ICMS DIFAL cobrado também do mês de setembro de 2020, referente a nota fiscal nº 19539, informa que não há imposto devido por conta do benefício fiscal do Convênio 101/1997.

Já em relação ao ICMS DIFAL cobrado do mês outubro de 2020, referente à Nota Fiscal nº 58451, e o cobrado no mês de Dezembro de 2020, referente às Notas Fiscais nºs 2458 e 6703, as mesmas foram declaradas em Setembro e o imposto recolhido em 26/10/2020. Ocorre que, por um equívoco tais notas foram também declaradas no SPED de Outubro/2020 e Dezembro/2020, respectivamente, não sendo portanto devido o ICMS neste momento.

E com relação ao ICMS DIFAL cobrado também do mês de setembro de 2020, referente a Nota Fiscal nº 19539, informa que não há imposto devido por conta do benefício fiscal do Convênio 101/1997.

Já em relação ao ICMS DIFAL cobrado do mês outubro de 2020, referente à Nota Fiscal nº 58451, e

o cobrado do mês de Dezembro de 2020, referente às Notas Fiscais nºs 2458 e 6703, as mesmas foram declaradas em Setembro e o imposto recolhido em 26/10/2020. Ocorre que, por um equívoco tais notas foram também declaradas no SPED de Outubro/2020 e Dezembro/2020, respectivamente, não sendo portanto devido o ICMS neste momento.

Diz que o art. 156 do Código Tributário Nacional estabelece que o crédito tributário é extinto com o pagamento. Assim, por todo o exposto requer que seja declarada a nulidade do Auto de Infração em relação ao imposto cobrado e já pago, face à regra disposta no art. 156, inciso I, do CTN.

Desta forma, entende que não há que se falar em suposto não recolhimento do ICMS referente ao período autuado.

Já em relação ao ICMS DIFAL correspondente a NF 74654, emitida em Maio/2020, o imposto é devido e será recolhido na data da apresentação desta defesa.

Abre o tópico denominado IMPOSSIBILIDADE DE EXIGIR O DIFAL – NECESSIDADE DE PRÉVIA EDIÇÃO DE LEI COMPLEMENTAR PARA INSTITUIR O DIFAL – PRECEDENTES REITERADOS DO C. STF, INCLUSIVE EM REPERCUSSÃO GERAL, dizendo que no âmbito do Estado da Bahia, a exigência do ICMS-DIFAL sobre as aquisições interestaduais por contribuintes do imposto está assim prevista:

Lei nº 11.651/91:

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

I - 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;”

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

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.

O C. 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.”*

No que se refere ao ICMS-DIFAL, o C. 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”.*

Assim, é evidente a impossibilidade da cobrança do ICMS-DIFAL em face da Impugnante, ante a inexistência de lei complementar que a regulamente, motivo pelo qual a exigência fiscal em comento deverá ser cancelada, uma vez que motivada em legislação estadual com inconstitucionalidade reflexa.

No entanto, considerando que não foi editada lei complementar pelo Congresso Nacional para estabelecer as regras gerais da incidência do ICMS-DIFAL, há de se concluir que a lei estadual que

instituiu o ICMS-DIFAL inovou onde há lacuna de lei complementar. Isto é, o Estado da Bahia legislou sem competência para tal.

Portanto, o art. 13, III, “a”, c/c, art. 27, V, “a”, da Lei nº 11.651/91, que motivou a lavratura do presente Auto de Infração é eivado do vício insanável de constitucionalidade formal, já reconhecida pelo C. STF e, de forma reflexa, deverá ser considerado no julgamento da presente impugnação, com o cancelamento da exigência fiscal em objeto.

Acrescenta que o STF, ao julgar o RE nº 439.796/PR, decidiu que a validade da constituição do crédito tributário depende da existência de lei complementar de normas gerais e de legislação local resultantes do exercício da competência tributária.

Tal entendimento, também, foi replicado pelo C. STF, no recente julgamento conjunto do RE nº 1.287.019 (Tema nº 1.093 da repercussão geral) e da ADI 5469, a qual possuía como objeto justamente a “*Necessidade de edição de lei complementar visando a cobrança da Diferença de Alíquotas do ICMS – DIFAL nas operações interestaduais envolvendo consumidores finais não contribuintes do imposto, nos termos da Emenda Constitucional nº 87/2015*”.

Após transcrever decisão do STF, no sentido de que a cobrança do DIFAL necessariamente demanda a edição de lei complementar, diz que, considerando que não foi editada lei complementar pelo Congresso Nacional para estabelecer as regras gerais da incidência do ICMS-DIFAL, há de se concluir que a lei estadual que instituiu o ICMS-DIFAL no Estado da Bahia inovou, e, portanto, a exigência fiscal em objeto deverá ser cancelada.

Finaliza pedindo que a presente impugnação seja acolhida, para o fim de se reconhecer, preliminarmente, que 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 a D. Fiscalização inovou ao prever a incidência do ICMS-DIFAL, sem que houvesse lei complementar com a fixação da hipótese de incidência tributária.

Requer que o débito ora impugnado passe a constar como “exigibilidade suspensa” nos sistemas informáticos da Secretaria de Fazenda do Estado da Bahia, de forma que não sejam 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 autuante presta Informação Fiscal à fl. 46 dizendo que a autuada reconheceu o ICMS diferença de alíquota exigido no mês de maio de 2020, efetuando o recolhimento conforme comprovante de fl. 21.

Quanto ao recolhimento apresentado às fls. 38 e 39, referente ao mês de setembro de 2020 o mesmo foi abatido do valor apurado, conforme se comprova no demonstrativo de fl. 07.

Em se tratando do recolhimento de fls. 40 a 41, no valor de R\$5.156,80, não há comprovação de que se refere as notas fiscais cujo ICMS foi apurado no mês de outubro e dezembro de 2020, e opina pela procedência do Auto de Infração.

VOTO

Não acolho os argumentos defensivos relacionados ao pedido do Auto de Infração visto que a acusação está posta de maneira clara e devidamente demonstrada de forma analítica, cujas planilhas elaboradas foram entregues ao autuado, mediante recibo, lhe possibilitando os mais amplos meios de defesa. Com isso, vejo que foram seguidas todas as normas estabelecidas pelo Art. 39 do RPAF/BA, razão pela qual ultrapassou as arguições de nulidade.

Quanto a alegação defensiva de que parte do imposto exigido estaria devidamente recolhido, e consequentemente acarretaria a nulidade da referida infração, a teor do disposto no art. 156, inciso I, do CTN esclareço que tal ocorrência não é ensejadora de nulidade do lançamento, pois se trata de questão de mérito, razão pela qual passo a me pronunciar a respeito.

A presente acusação diz respeito a falta de pagamento da diferença de alíquotas nas aquisições interestaduais de bens destinados ao ativo fixo e/ou consumo do estabelecimento.

Inicialmente no que diz respeito a alegada falta de base constitucional em razão da inexistência de edição de lei complementar para estabelecer regras gerais de incidência do ICMS_DIFAL ressalto de que este CONSEF não pode se pronunciar em obediência ao disposto no art. 167, I, do RPAF/BA.

Entretanto, relativamente à diferença de alíquotas, a legislação prevê a incidência de ICMS sobre a entrada efetuada por contribuinte do imposto em decorrência de operação interestadual iniciada em outra unidade da Federação, quando as mercadorias forem destinadas ao uso, consumo ou ativo permanente (art. 4º, inciso XV, da Lei nº 7.014/96).

O sujeito passivo reconhece parcialmente a autuação no valor de R\$1.560,73, o recolhendo, conforme documento anexado à fl. 21, correspondente a Nota Fiscal nº 74654, emitida em maio/2020. Impugna o valor remanescente asseverando que foi recolhido em 26/10/2020 o valor de R\$391.474,18 correspondente ao ICMS devido nas Notas Fiscais nºs 58451, 2458, 6703 e 12104, exigida em setembro de 2020.

Assevera, ainda em relação a competência de setembro de 2020, que não há imposto a ser recolhido referente a Nota Fiscal nº 19539, em razão do benefício fiscal previsto no Convênio 101/1997.

Em relação ao mês de outubro/2020 referente à Nota Fiscal nº 58451, e dezembro de 2020 referente às notas 2458 e 6703, as mesmas foram declaradas em Setembro e o imposto recolhido em 26/10/2020. Entretanto, por um equívoco tais notas foram também declaradas no SPED de Outubro/2020 e Dezembro/2020, respectivamente, não sendo portanto devido o ICMS nos referidos meses.

O autuante ao prestar a Informação Fiscal assim se pronuncia: “*Quanto ao recolhimento apresentado às fls. 38 e 39, referente ao mês de setembro de 2020 o mesmo foi abatido do valor apurado, conforme se comprova no demonstrativo de fl. 07.*

Em se tratando do recolhimento de fls. 40 a 41, no valor de R\$5.156,80, não há comprovação de que se refere as notas fiscais cujo ICMS foi apurado no mês de outubro e dezembro de 2020, e opina pela procedência do Auto de Infração”.

Da análise dos documentos que compõem os autos constato que o posicionamento do autuante se refere exclusivamente aos argumentos defensivos relacionados ao mês de setembro de 2020.

Assim, verificando o demonstrativo que respalda a presente exigência, fl. 07, constato que de fato foi considerado no mês de setembro de 2020 o montante recolhido de R\$387.409,60, e não R\$391.474,18 como arguido pelo defendant, conforme se observa nos documentos que anexou.

Ressalto que o valor apurado pela fiscalização a título de ICMS Diferencial de Alíquota foi de R\$647.327,17, conforme demonstrativo de fl. 07, tendo sido deduzido o montante de R\$387.917,57, referente ao DAE-0791, resultando na diferença de R\$259.917,57.

Dessa forma, como no referido mês a exigência recai sobre as Notas Fiscais nºs 58451, 2458, 6703, 12104 e 19539, sendo que as quatro primeiras foram objeto de recolhimento e considerados pela fiscalização no levantamento inicial, permanece em discussão apenas a Nota Fiscal nº 19539, que segundo o defendant não seria passível de exigência do diferencial de alíquota por força do Convênio 101/1997.

Tal argumento não pode ser acatado pois de acordo com o demonstrativo elaborado pela fiscalização o item adquirido diz respeito a: MAINSHAFT ASSY MK7H-10D 2MW- NCM 84129090, sendo que o referido produto e código não se encontram indicados no mencionado Convênio, portanto, não é beneficiado pela isenção, devendo ser mantida a exigência em sua totalidade no mês de setembro de 2020, no valor de R\$259.917,57.

Em relação ao mês de outubro de 2020 e dezembro de 2020, apesar do autuante não ter se pronunciado a respeito, observo que no mês de outubro se exige o valor de R\$1.757,70, referente

apenas a Nota Fiscal nº 58441, que já foi objeto de exigência no mês de setembro de 2020, em igual valor, devendo, portanto, ser excluído da autuação.

A mesma situação ocorreu no mês de dezembro de 2020, em relação as Notas Fiscais nºs 2458 e 6703, pois as mesmas também já foram objeto de exigência no mês de setembro/2020, ressaltando que em relação a nota fiscal 2458 ambos valores são idênticos, no caso R\$34.683,57 enquanto que a Nota Fiscal nº 6703, no mês de dezembro o cálculo efetuado pela fiscalização *foi* de R\$7.867,43, superior ao exigido no mês de setembro/20 (R\$6.925,72).

Dessa forma, deve ser excluído no mês de dezembro de 2020 o somatório dos valores exigidos anteriormente, no mês de setembro de 2020, que totaliza R\$41.609,29 (R\$34.683,57+R\$6.925,72), resultando para o referido mês a parcela de R\$5.006,28 (R\$46.515,57-R\$41.609,29).

Em assim sendo, o Auto de Infração é parcialmente subsistente no valor de R\$266.484,58, conforme a seguir demonstrado, devendo ser homologado os valores efetivamente recolhidos:

MÊS	AUTO DE INFRAÇÃO	EXCLUSÃO	VALOR DEVIDO
mai/20	1.560,73	-	1.560,73
set/20	259.917,57	-	259.917,57
out/20	1.757,70	1.757,70	---
dez/20	46.615,57	41.609,29	5.006,28
Totais	309.851,57	43.366,99	266.484,58

No que diz respeito ao pedido formulado pelo sujeito passivo referente ao reconhecimento da suspensão da exigibilidade do crédito tributário esclareço que o processo já se encontra nesta condição, assim permanecendo até o julgamento definitivo neste Conselho.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 232875.0016/21-3, lavrado contra **ENEL GREEN POWER DESENVOLVIMENTO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$266.484,58**, acrescido da multa de 60%, prevista no Art. 42, inciso II, alínea “f” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo o autuado ser cientificado desta decisão e serem homologados os valores já pagos.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 30 de novembro de 2021.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ – RELATORA

JOÃO VICENTE COSTA NETO - JULGADOR