

N. F. Nº - 210560.0002/21-5
NOTIFICADO - TANQUE NOVO VII ENERGIAS RENOVÁVEIS S.A.
NOTIFICANTE - PAULO CESAR MARTINS SANTOS
ORIGEM - SAT/DAT SUL - INFAZ SUDOESTE
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 07.02.2022

6ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0013-06/22NF-VD

EMENTA: ICMS. DIFERENÇA DE ALÍQUOTA. FALTA DE RECOLHIMENTO. Restou comprovado que as aquisições dos bens destinados ao ativo imobilizado ocorreram no mesmo mês que foi publicada a Resolução contemplando os benefícios fiscais do Programa DESENVOLVE, que dispensa o pagamento da diferença de alíquota. O Dec. 8.205/2002 dispensa habilitação para operar no regime de diferimento as aquisições de bens destinados ao ativo imobilizado em outras unidades da Federação (art. 2º, I, §1º). Regime de conta corrente fiscal contempla débito da diferença de alíquota na apuração do imposto que engloba todas as operações do mês que foi publicada a Resolução da habilitação do DESENVOLVE, que dispensou o pagamento da diferença de alíquota. Deve ser interpretado que a operação estava contemplada com o benefício fiscal. Empresa que exerce atividade de produção de energia elétrica (eólica) contempla o regime de diferimento nas aquisições interestaduais de bens destinados a implantação e produção (art. 286, XXV, §15 do RICMS/BA). Instância única. Notificação Fiscal **IMPROCEDENTE**. Decisão não unânime.

RELATÓRIO

A Notificação Fiscal em epígrafe, lavrada em 21/06/2021, exige do Notificado ICMS no valor de R\$22.783,76, em decorrência do cometimento da seguinte infração:

Infração 01 – 06.01.01: deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas em outras unidades da Federação e destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento.

Enquadramento Legal: art. 4º, inciso XV da Lei 7.014/96 c/c art. 305, §4º, inciso III, alínea “a” do RICMS/BA, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012.

Tipificação da Multa: art. 42, inciso II da alínea “f” da Lei 7.014/96.

Inicialmente, cumpre sublinhar que o presente relatório atende às premissas estatuídas no inciso II do art. 164 do RPAF-BA/99, sobretudo quanto à adoção dos critérios da relevância dos fatos e da síntese dos pronunciamentos dos integrantes processuais.

O Notificado apresenta peça defensiva, por meio de advogado (fls. 33/75), reproduzindo inicialmente o conteúdo da acusação fiscal, para em seguida afirmar que o lançamento deve ser cancelado, pois o Impugnante é beneficiário do diferimento do diferencial de alíquota de ICMS, nas aquisições de bens destinados a integrar o ativo fixo do estabelecimento, no âmbito do Programa DESENVOLVE, conforme Protocolo de Intenções, assinado em 25/10/2019 e ratificado pela Resolução nº 86/2020 de 15/12/2020.

Assevera ser fato incontroverso que a Nota Fiscal nº 3.344 se refere à compra de mercadorias, em outro estado da Federação (Chapécó- SC), de bens destinados ao ativo fixo do Contribuinte, que opera o parque eólico Tanque Novo VII. Tratam-se de sensores de pressão, de velocidade, umidade, temperatura, de partes e peças para montar torre metálica, entre outros, devidamente registrados no seu livro razão (doc. 03). Prossegue afirmando que, esta operação é beneficiada com o diferimento do diferencial de alíquota, para o momento em que ocorrer a sua desincorporação, no âmbito do Programa DESENVOLVE, no qual o projeto de implantação do complexo eólico Tanque Novo está enquadrado.

No respectivo Protocolo de Intenções, a implantação do complexo eólico teria como contrapartida do Estado o diferimento supracitado e que esta possui respaldo jurídico no Decreto Estadual nº 8.205/2002. Aduz que, conforme cláusula oitava do Protocolo de Intenções, o mesmo entrou em vigor na data da sua assinatura, 25/10/2019 e teria o prazo de 24 meses, contemplando as operações realizadas desde então. Repisando que o diferimento foi ratificado pela Resolução nº 86/2020.

Conclui sua defesa, expressando o entendimento de que o Contribuinte efetua o recolhimento do ICMS por apuração mensal, informando seus créditos e débitos em DMA e que a Nota Fiscal nº 3.344 integra o período de apuração encerrado em 31/12/2020, quando estava enquadrada no Programa DESENVOLVE.

Finaliza a peça defensiva, requerendo a suspensão do débito, possibilitando a emissão de Certidão Positiva com Efeitos de Negativa em favor do Contribuinte, porquanto perdurar o presente processo e que a Impugnação seja conhecida e julgada procedente, para que seja integralmente cancelado o lançamento.

O Notificante presta Informação Fiscal de fls. 80/82, reproduzindo sinteticamente o conteúdo da Impugnação e esclarecendo: 1) que o Protocolo de Intenções não habilita o Contribuinte gozar de favor fiscal; 2) que a Resolução 86/2020, não ratifica, mas considera habilitado o Contribuinte no Programa DESENVOLVE, a partir da data da sua publicação nos termos do seu artigo segundo, Ressaltando que a publicação ocorreu em 22/12/2020; 3) que a habilitação no referido programa, por si só, não concede favor fiscal do diferimento, devendo o beneficiário atender as prescrições regulamentares para tanto.

Expressa o entendimento de que o Protocolo de Intenções, assim como o Projeto de Viabilidade Econômica e Financeira, tem como função subsidiar a concessão do benefício fiscal. Sendo certo que esta concessão depende diretamente de um ato determinado pelo órgão concedente, que no caso é a Resolução Deliberativa do DESENVOLVE, desde que cumpridas as obrigações assumidas no Protocolo de Intenções. Portanto, não há como prosperar a tese de que o Notificado seria beneficiado do Programa DESENVOLVE desde a assinatura do Protocolo.

Cita o texto do §1º da cláusula terceira do protocolo assinado pelo contribuinte, que assevera: “os incentivos fiscais previstos nesta cláusula somente serão concedidos pelo Conselho Deliberativo do DESENVOLVE, após confirmada a viabilidade econômico-financeira do projeto apresentado pela empresa e atendidas as exigências estabelecidas para habilitação do benefício fiscal”.

Repisa que a mera assinatura do protocolo não habilita o potencial beneficiário ao gozo do benefício.

Menciona o conteúdo dos art. 286 e 287 do RICMS/BA, que tratam do diferimento do diferencial de alíquota, desde que o Contribuinte esteja autorizado mediante regime especial e observados os demais critérios e condições previstas no Convênio ICMS 109/14. Além do fato de que a fruição do benefício é condicionada a prévia habilitação para operar neste regime, perante a repartição fiscal do seu domicílio tributário.

Registra que o estabelecimento Autuado não possui habilitação para o diferimento, registrado nos sistemas da SEFAZ, conforme fls. 78 e 79, e que a Resolução nº 86/20 impôs, no seu artigo

segundo, que sua vigência ocorreria na data da sua publicação, o que somente ocorreu em 22/12/2020, data posterior à aquisição dos bens descritos na Nota fiscal nº 3.344 de 02/12/2020.

Finaliza a informação pugnando pela procedência do lançamento.

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.

VOTO VENCIDO

A Notificação Fiscal em lide exige do Notificado ICMS no valor de R\$22.783,76, e é composta de 01 (uma) infração detalhadamente exposta no Relatório acima, o qual é parte integrante e inseparável deste Acórdão.

A acusação fiscal trata da falta de recolhimento do ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas em outras unidades da Federação, no mês de dezembro/2020, destinadas ao ativo fixo do estabelecimento. Os produtos comprados, sujeitos à cobrança do ICMS Diferencial de Alíquota foram sensores de pressão atmosférica, de velocidade do vento, de direção do vento, de umidade, entre outros.

Em síntese, o sujeito passivo afirma que o lançamento deve ser cancelado, pois o Impugnante é beneficiário do diferimento do diferencial de alíquota de ICMS, nas aquisições de bens destinados a integrar o ativo fixo do estabelecimento, no âmbito do Programa DESENVOLVE, conforme Protocolo de Intenções, assinado em 25/10/2019 e ratificado pela Resolução nº 86/2020 de 15/12/2020.

Assevera ser fato incontroverso que a Nota Fiscal nº 3.344 se refere à compra de mercadorias, em outro estado da Federação (Chapécó-SC), de bens destinados ao ativo fixo do Contribuinte, que opera o parque eólico Tanque Novo VII. Tratam-se de sensores de pressão, de velocidade, umidade, temperatura, de partes e peças para montar torre metálica, entre outros, devidamente registrados no seu livro razão (doc. 03).

Finaliza a peça defensiva, requerendo a suspensão do débito, possibilitando a emissão de Certidão Positiva com Efeitos de Negativa em favor do Contribuinte, porquanto perdurar o presente processo e que a Impugnação seja conhecida e julgada procedente, para que seja integralmente cancelado o lançamento.

O Notificante presta Informação Fiscal esclarecendo: 1) que o Protocolo de Intenções não habilita o Contribuinte gozar de favor fiscal; 2) que a Resolução 86/2020, não ratifica, mas considera habilitado o Contribuinte no Programa DESENVOLVE, a partir da data da sua publicação nos termos do seu artigo segundo, Ressaltando que a publicação ocorreu em 22/12/2020; 3) que a habilitação no referido programa, por si só, não concede favor fiscal do diferimento, devendo o beneficiário atender as prescrições regulamentares para tanto.

Expressa o entendimento de que não há como prosperar a tese de que o Notificado seria beneficiado do Programa DESENVOLVE desde a assinatura do Protocolo.

Cita o texto do §1º da clausula terceira do protocolo assinado pelo contribuinte, que assevera: “os incentivos fiscais previstos nesta clausula somente serão concedidos pelo Conselho Deliberativo do DESENVOLVE, após confirmada a viabilidade econômico-financeira do projeto apresentado pela empresa e atendidas as exigências estabelecidas para habilitação do benefício fiscal”.

Menciona o conteúdo dos art. 286 e 287 do RICMS/BA, que tratam do diferimento do diferencial de alíquota, além do fato de que a fruição do benefício é condicionada a prévia habilitação para operar neste regime, perante a repartição fiscal do seu domicílio tributário.

Registra que o estabelecimento Autuado não possui habilitação para o diferimento, registrado nos sistemas da SEFAZ, conforme fls. 78 e 79, e que a Resolução nº 86/20 impôs, no seu artigo

segundo, que sua vigência ocorreria na data da sua publicação, o que somente ocorreu em 22/12/2020, data posterior à aquisição dos bens descritos na Nota fiscal nº 3.344 de 02/12/2020.

Finaliza a informação pugnando pela procedência do lançamento.

Inicialmente observo que, na presente Notificação, foram indicados de forma compreensível os dispositivos infringidos e a multa aplicada, relativamente à irregularidade apurada e não foi constatada violação ao devido processo legal. Reverenciados o exercício do contraditório e da ampla defesa, sem arranjo aos demais princípios aplicáveis ao processo administrativo tributário.

Compulsando os documentos constantes dos autos, em particular a cópia do Protocolo de Intenções celebrado entre o Estado da Bahia e o Notificado (fls. 68/72), assim como a cópia do Resolução nº 86/2020, emitida pelo Conselho Deliberativo do DESENVOLVE (fl. 77), que habilitou o Contribuinte, sob determinadas condições, à fruição dos benefícios do diferimento do lançamento e pagamento do ICMS, relativo às aquisições de bens destinados ao ativo fixo, para o momento em que ocorrer a sua desincorporação, constato:

1) que o §1º da cláusula terceira do Protocolo de Intenções, concernente às situações de concessão de diferimento, expressamente determina que:

*“os incentivos fiscais previstos nesta cláusula **somente serão concedidos pelo Conselho Deliberativo da Desenvolve, após** confirmada a viabilidade econômico-financeira do projeto apresentado pela empresa e atendidas as exigências estabelecidas para habilitação do benefício fiscal” (grifos nossos)*

2) que o art. 1º c/c art. 2º da Resolução nº 86/2020, emitida pelo Conselho do Programa DESENVOLVE dispõem:

*“Art. 1º Considerar **habilitado** ao Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia – DESENVOLVE o projeto de implantação da TANQUE NOVO I ENERGIAS RENÓVAVEIS S/A, CNPJ nº 35.718,914/0002-58 e IE nº 165.507.703NO, instalada no município de Tanque Novo, neste Estado, ao benefício do diferimento do lançamento e do pagamento do ICMS relativo às aquisições de bens destinados ao ativo fixo, para o momento em que ocorrer sua desincorporação, nas seguintes condições:*

(...)

III- nas aquisições de bens em outra unidade da Federação, relativamente ao diferencial de alíquotas.

Art. 2º Esta Resolução entrará em vigor na data de sua publicação.”

O protocolo de Intenções foi assinado em 25/10/2019 (fl. 72) e a Resolução datada de 15/12/2020 (fl. 77), cuja publicação ocorreu em 22/12/2020 (fl. 74). Note-se que a aquisição das mercadorias ocorreu em 02/12/2020 (fls. 06/07), data anterior à habilitação, concedida pelo Conselho Deliberativo do DESENVOLVE. Por consequência, entendo que fazer retroagir os efeitos do benefício contido na supracitada Resolução, **estabelecido expressamente para vigorar na data publicação**, não possui amparo legal.

Registre-se não restarem dúvidas de que, para a fruição do benefício do diferimento do ICMS nas aquisições interestaduais de bens destinados ao ativo fixo do estabelecimento, existem uma série de procedimentos a serem cumpridos, os quais não se resumem a um Protocolo de Intenções.

Por fim, entendo que a infração está devidamente caracterizada e não foi apresentado qualquer elemento fático capaz de elidir a acusação fiscal.

Nos termos expendidos, voto pela PROCEDÊNCIA da Notificação Fiscal.

VOTO VENCEDOR

Em que pese a boa fundamentação apresentada pelo n. Relator, divirjo do seu posicionamento em relação a manutenção da exigência fiscal.

Pela análise dos elementos constantes do lançamento observo que:

1. A Notificação Fiscal exige ICMS relativo à falta de recolhimento da diferença de alíquota relativo a aquisição em outro Estado de bens destinadas ao ativo fixo do estabelecimento.
2. O Notificado alegou ser beneficiário do diferimento do diferencial de alíquota de ICMS, (ativo fixo) pelo Programa DESENVOLVE, conforme Res. nº 86/2020 de 22/12/2020;
3. A Nota Fiscal nº 3.344 referente à compra dos bens destinados ao ativo fixo foi emitida em 02/12/2020 por empresa localizada no município de Chapecó-SC;
4. O contribuinte efetua o recolhimento do ICMS por apuração mensal, informando seus créditos e débitos em DMA e que a referida nota fiscal integra o período de apuração encerrado em 31/12/2020, quando estava enquadrada no Programa DESENVOLVE.

Pelo exposto, concordo com a fundamentação do n. Relator de que o Protocolo de Intenções não habilita o contribuinte gozar de favor fiscal e que a Res. 86/2020, habilitou o contribuinte aos benefícios do Programa DESENVOLVE a partir da data da sua publicação (art. 2º) que ocorreu em 22/12/2020.

Portanto, aplicando uma interpretação literal da legislação tributária, o sujeito passivo só estaria habilitado ao benefício do diferimento do lançamento e do pagamento do ICMS relativo às aquisições de bens destinados ao ativo fixo, para o momento em que ocorrer sua desincorporação, a partir do dia 22/12/2020 quando foi publicada a Res. 86/2020 do DESENVOLVE.

Entretanto, na situação presente, deve ser levado em consideração uma interpretação sistêmica da legislação tributária, pontuando que:

- i) A habilitação ao Programa DESENVOLVE contempla benefício do diferimento do lançamento e do pagamento do ICMS relativo às aquisições de bens destinados ao ativo fixo, para o momento em que ocorrer sua desincorporação, nas seguintes condições: I - nas operações de importações de bens do exterior; II - nas operações internas relativas às aquisições de bens produzidos neste Estado e III - nas **aquisições de bens em outra unidade da Federação**, relativamente ao diferencial de alíquotas (grifo nosso).
- ii) Na situação em questão, a exigência fiscal recai sobre aquisições de bens, destinados ao ativo imobilizado, adquirido em outra unidade da Federação, que a Res. 80/2020 concede diferimento do diferencial de alíquotas, com encerramento previsto para o momento que ocorrer sua desincorporação;
- iii) A empresa apura o ICMS pelo regime de conta corrente fiscal e o art. 305, §4º, III, “a” do RICMS/BA prevê que constitui débito fiscal, para efeito de cálculo do imposto a recolher no mês, o valor correspondente à diferença de alíquotas nas aquisições de mercadorias ou bens destinado ao ativo imobilizado.

Pelo exposto, como o benefício fiscal do diferimento foi concedido pela Res. 86/2020 a partir de 22/12/2020, o bem do ativo deu entrada no estabelecimento no mesmo mês e o estabelecimento notificado apura o ICMS pelo conta corrente fiscal, entendendo que interpretando extensivamente a legislação do ICMS, o benefício instituído pelo DESENVOLVE engloba todos os bens do ativo adquiridos no mês 12/2020, tendo em vista que a apuração é mensal e ocorreu no mês que a citada Resolução entrou em vigor.

Deve ser considerado ainda, que se a empresa tivesse importado, adquirido no Estado ou em outro Estado, bens destinados ao ativo, com tributação do ICMS, teria assegurado o direito de utilizar os créditos decorrentes de entrada de mercadorias no estabelecimento destinadas ao ativo permanente, tanto o ICMS foi pago ao Estado de origem e da diferença de alíquota, em 48 parcelas, conforme disposto no art. 29, §6º da Lei 7.014/96. Na situação presente, tendo sido concedido o diferimento pela Res. 86/2020 do DESENVOLVE no mesmo mês que deu entrada dos bens destinados ao ativo fixo, o conta corrente fiscal da empresa não indica ter se apropriado de qualquer crédito o que denota ter considerado o benefício fiscal concedido.

Quanto a afirmação do autuante de que o contribuinte não possuía habilitação de diferimento, observo que a Lei 7.014/96 estabelece as regras gerais aplicáveis ao regime de diferimento (art. 7º) e o Regulamento do ICMS/BA indica procedimentos (artigos 286 e 287) nos quais requerem ou dispensa prévia habilitação do contribuinte para utilizar o benefício fiscal.

Entretanto, para os contribuintes contemplados com o benefício fiscal do Programa DESENVOLVE foi estabelecido regras específicas que prevalecem, sendo que o art. 2º do Dec. 8.205/2002 prevê:

Art. 2º Ficam diferidos o lançamento e o pagamento do ICMS relativo:

I - às aquisições de bens destinados ao ativo fixo, efetuadas por contribuintes habilitados mediante resolução do Conselho Deliberativo do DESENVOLVE, para o momento de sua desincorporação, nas seguintes hipóteses:

- a) nas operações de importação de bens do exterior;
- b) nas operações internas relativas às aquisições de bens produzidos neste Estado;
- c) nas aquisições de bens em outra unidade da Federação, relativamente ao diferencial de alíquotas;

Entretanto o §1º do art. 2º estabelece:

§ 1º Os contribuintes destinatários das mercadorias cujas operações estejam sujeitas ao regime de diferimento do imposto deverão providenciar junto a Secretaria da Fazenda habilitação específica para operar com o referido regime, **exceto em relação à hipótese prevista na alínea “c”** do inciso I do caput deste artigo (grifo nosso).

Portanto, na situação presente o contribuinte beneficiário do DESENVOLVE estava dispensado de habilitação do diferimento para as aquisições de bens de ativo em outros Estados.

Por fim, há de se considerar que os bens adquiridos que foi objeto da exigência fiscal, destinados ao ativo fixo do Contribuinte, trata-se de sensores de pressão, de velocidade, umidade, temperatura, de partes e peças para montar torre metálica, da empresa que opera o parque eólico Tanque Novo I, ou seja, produção de energia elétrica (eólica).

Nesta situação o art. 286, XXV e §15 do RICMS/BA estabelece:

Art. 286. É diferido o lançamento do ICMS:

...

XXV - nas entradas decorrentes de importação do exterior, nas operações internas, desde que produzidos neste Estado, e nas aquisições interestaduais, relativamente ao diferencial de alíquotas, de bens destinados ao ativo imobilizado de estabelecimentos industriais ou agropecuários localizados neste Estado, para serem utilizados em processo de implantação ou ampliação da planta de produção, inclusive sua automação, observado o disposto nos §§ 13, 14 e 15 deste artigo;

...

*§ 15. O diferimento de que trata o inciso XXV se aplica, inclusive, às **empresas geradoras de energia elétrica** e estende-se às operações realizadas por empresas contratadas para construção e montagem de Unidades Termoeletricas (UTE), bem como às saídas internas por elas realizadas, desde que os bens tenham como destino final o ativo imobilizado do contribuinte contratante (grifo nosso).*

Dessa forma, independentemente da concessão do benefício do diferimento para os contribuintes habilitados ao Programa DESENVOLVE, já havia previsão de diferimento para as operações de aquisições interestaduais de bens de ativo, que se aplica a empresa geradora de energia elétrica, que é a situação do estabelecimento notificado.

Por tudo que foi exposto, entendo que tendo as aquisições dos bens destinados ao ativo imobilizado ocorrido no mesmo mês que foi publicada a Resolução contemplando os benefícios fiscais do Programa DESENVOLVE e o contribuinte apura o ICMS pelo regime de conta corrente fiscal, no qual o ICMS da diferença de alíquota é lançada a débito na apuração do imposto, deve ser interpretado que a operação objeto da autuação estava contemplada com o benefício fiscal.

Voto pela IMPROCEDÊNCIA da Notificação Fiscal

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 6ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por decisão não unânime julgar **IMPROCEDENTE**, em instância ÚNICA, a Notificação Fiscal nº 210560.0002/21-5, lavrada contra **TANQUE NOVO VII ENERGIAS RENOVÁVEIS S.A.**

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 26 de janeiro de 2022.

ARIVALDO LEMOS DE SANTANA – PRESIDENTE/JULGADOR

EDUARDO VELOSO DOS REIS – RELATOR/VOTO VENCIDO

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – JULGADOR/VOTO VENCEDOR