

A.I. Nº - 207092.0011/22-7
AUTUADO - TRANSMISSORA SERTANEJA DE ELETRICIDADE S.A.
AUTUANTE - LUIZ ROBERTO SANTOS FERREIRA
ORIGEM - DAT METRO / IFEP SERVIÇOS
PUBLICAÇÃO – INTERNET – 15/03/2023

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0034-03/23-VD

EMENTA: ICMS. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÃO INTERESTADUAL DE MERCADORIA DESTINADA AO ATIVO FIXO DO ESTABELECIMENTO. FALTA DE RECOLHIMENTO. O sujeito passivo não logra êxito em elidir a acusação fiscal. O Autuante em sede informação fiscal comprova que as operações objeto da autuação se referem ao retorno de bens com valor adicionado destinados ao ativo, remetidos para industrialização. Infração subsistente. Rejeitada as preliminares de nulidade. Denegado pedido de perícia. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 22/08/2022, formaliza a exigência de crédito tributário no valor de R\$ 197.042,89, acrescido de multa de 60%, em decorrência da **Infração 01 - 006.005.001**. Falta de recolhimento do ICMS da diferença entre as alíquotas interna e interestadual, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo e/ou consumo do próprio estabelecimento, ocorrido nos meses de fevereiro a maio de 2020.

O Autuado apresenta impugnação às fls. 18 a 29, depois de reproduzir o teor da acusação fiscal apresenta suas razões de Defesa a seguir resumidas.

Destaca inicialmente que desempenha atividade no ramo de transmissão de energia elétrica e, para tanto, necessita ter construídas e instaladas torres, estações e subestações de energia, tal como ocorre neste Estado.

Cita que para realização das obras de infraestrutura, adquiriu materiais destinados ao ativo imobilizado, o que acarretou a necessidade de recolhimento do diferencial de alíquota do ICMS (DIFAL) ao Estado da Bahia.

Observa que o lançamento ora impugnado está eivado de nulidade insanável, sendo certo, ademais, que a obrigação tributária imposta mostra-se absolutamente improcedente, pois:

- a) *os dispositivos legais apontados não fundamentam os parâmetros de cálculo do ICMS DIFAL supostamente devido;*
- b) *as operações lastreadas pelas Notas Fiscais de CFOP 6.125 (doc. 03) representam mero retorno de mercadoria industrializada por encomenda, sendo certo que o DIFAL dessas operações foi recolhido nas respectivas Notas de venda;*
- c) *é inconstitucional a cobrança do DIFAL sem Lei Complementar que o estabeleça; e no mérito, a apurou e recolheu corretamente o DIFAL.*

Depois de assinalar os dispositivos legais nos quais o Auto de Infração está fundamentado, transcreve os dispositivos que dariam fundamento à exigência do tributo e interessa à demonstração de nulidade.

Destaca que, aquilo que deveria embasar a ação fiscal, na verdade, limita-se a reproduzir conceitos absolutamente genéricos atinentes ao momento (i) da ocorrência do fato gerador (art. 4,

inciso XV, da Lei 7.014/96) e (ii) da apuração do diferencial de alíquota do ICMS (art. 305, § 4º, inciso III, alínea “a”, do RICMS-BA/12).

Registra que no lançamento ora impugnado não há qualquer fundamento quanto à metodologia de cálculo do DIFAL e o porquê da utilização de uma alíquota de 18%, quando se está a tratar da exigência de um diferencial, que equivaleria à alíquota interna deste Estado, subtraída da alíquota utilizada na operação de saída - art. 155, § 2º, VII, da CF/88.

Frisa que nesse sentido, a única referência contida no Auto de Infração diz respeito à aplicação da alíquota de 18% sobre o valor das operações interestaduais realizadas no período à fl. 21.

Pondera que, se o art. 305, § 4º, III, “a”, do RICMS-BA/12 prevê que “*constitui débito fiscal, para efeito de cálculo do imposto a recolher (...) o valor correspondente à diferença de alíquotas*”, deveria ter sido observada a alíquota de 14% ou 11% para cálculo do ICMS supostamente devido a este Estado.

Diz assim, pois a alíquota interna deste Estado é de 18% ao passo que as alíquotas das operações iniciadas nos Estados de origem variaram de 4% a 7%.

Indaga, se os elementos da autuação indicam que alíquota a ser observada seria de 14% ou 11%, caso se pudesse considerar devido o DIFAL, por que nos demonstrativos o Autuante adota a integralidade da alíquota interna (18%). Afirma que essa resposta é impossível de ser dada se considerados apenas o relato do Fiscal e os dispositivos legais que embasaram a autuação.

Diz tratar-se, a toda evidência, de lançamento inadequado, cuja confecção não respeitou o disposto no art. 142, do CTN, pois caberia à Autoridade Fiscal fundamentar clara e objetivamente a metodologia de cálculo por ela adotada.

Revela que o RPAF-BA/99, determina, em seu art. 18, que são nulas as “*decisões não fundamentadas (...) e o lançamento de ofício que não contiver elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração e o infrator*”.

Consigna que não se trata de incorreção ou omissão meramente formais, mas, sim, de nulidade material por ausência de um dos requisitos mínimos do Lançamento, que é o correto cálculo do tributo devido.

Por isso, afirma que o ato em questão foi praticado sem qualquer fundamentação legal.

Lembra que os atos administrativos na esfera tributária são plenamente vinculados, o que implica dizer que sua legalidade está atrelada à existência de norma preexistente que disponha sobre sua atuação em abstrato.

Observa que o Autuante deixou de fundamentar sua ação no momento da lavratura do Auto de Infração, o que implica clara nulidade, a teor da jurisprudência sedimentada no órgão administrativo de julgamento fiscal em âmbito Federal, o CARF.

Registra que sendo a descrição dos fatos e a fundamentação legal da autuação elementos substanciais e próprios da obrigação tributária, os equívocos na sua determinação no decorrer da realização do ato administrativo de lançamento ensejam a sua nulidade por vício material, uma vez que o mesmo não poderá ser convalidado ou sanado pelo julgador, pois implicaria novo ato de lançamento o que é vedado. Por isso, a falta de motivação ou motivação errônea do lançamento alcança a própria substância do crédito tributário, de natureza material, não havendo de se cogitar em vício de ordem formal.

Sustenta que se o ato de lançamento não contém ou contém a indicação da capitulação legal equivocada (pressuposto de direito) e/ou se a descrição dos fatos é omitida ou deficiente (pressuposto de fato) tem-se por configurado vício material por defeito de motivação.

Observa ser errônea indicação dos dispositivos legais infringidos conjugado com a deficiente descrição dos fatos acarreta ausência de subsunção dos fatos à norma jurídica, defeito grave que configura vício material do lançamento por falta de motivação. Afirma que se não constatada

uma clara subsunção entre os fatos imputados ao sujeito passivo com a norma legal infringida, o auto de infração é nulo por vício material, por ferir requisito essencial na constituição do lançamento”.

Ainda que superada a nulidade acima exposta, tal como destacado no tópico inicial, apurou e recolheu regularmente o ICMS devido ao Estado da Bahia no período autuado. Contudo, talvez por um equívoco do Ilmo. Fiscal de campo, o lançamento impugnado considerou a exigência do DIFAL em operação na qual o ICMS estava suspenso.

Destaca, a propósito, o trecho do extrato que acompanhou o lançamento (sendo verde o número da NF e vermelho o valor supostamente devido a título de DIFAL), fl. 23.

Observa que o Autuante não percebeu que as mercadorias adquiridas da Eletro Luminar Indústria e Comércio LTDA. estão classificadas no CFOP 6.125, em relação às quais não há destaque de ICMS. Cita como exemplo a Nota Fiscal nº 33282 - fl. nº 24, reproduz a descrição da operação classificada com o CFOP 6.125:

Observa que não há destaque e recolhimento do ICMS em relação a essas NF-es, pois elas apenas lastrearam a etapa final de uma operação triangular, em que o produto final somente retornou ao seu estabelecimento após industrialização por encomenda, produto esse adquirido originalmente de outro fornecedor (nesse caso, a empresa Gerda Aços Longos S.A. - doc. 04).

Para melhor visualização da operação, colaciona- à fl. 25 um fluxograma exemplificativo, onde é a adquirente, o estabelecimento industrializador é o remetente das Notas Fiscais objeto da autuação e o fornecedor é a empresa com a qual a operação de venda foi efetivada.

Menciona que como as mercadorias foram remetidas do Estado de São Paulo, a fundamentação legal para que o estabelecimento industrial não tenha destacado o ICMS está no art. 402, § 1º, item 2, e o art. 280, do RICMS-BA/12, cujo teor reproduz.

Frisa que a própria legislação da Bahia prevê que a incidência do ICMS está suspensa nas hipóteses em que a mercadoria retorna, ainda que simbolicamente, para ser incorporada ao ativo fixo do adquirente, como ocorreu *in casu*.

Afirma que a sua apuração, como já destacada anteriormente, não merece qualquer reparo, estando de acordo com as normas estaduais pertinentes, razão pela qual deve ser julgado improcedente o Auto de Infração lavrado para lhe exigir ICMS-DIFAL sobre operações de mero retorno de industrialização por encomenda.

Assinala que caso sejam superados os argumentos acima, o que se pondera apenas para fins de argumentação, a verdade é que a exigência de qualquer montante a título do ICMS-DIFAL pelo Estado da Bahia se revela manifestamente inconstitucional, tendo em vista que, até a edição da Lei Complementar 190/2022, não existia disciplina a respeito do DIFAL em Lei Complementar.

Explica que o inciso II, do art. 155, da CF/88 outorgou aos Estados a competência para a instituição e cobrança do ICMS, imposto não cumulativo e seletivo, que tem como fato gerador a circulação de mercadorias e prestação de serviços específicos.

Pondera que dentre as autorizações contidas no art. 155 da CF/88, está a instituição e cobrança do diferencial de alíquotas para as operações interestaduais que destinem mercadorias aos consumidores finais, sejam eles contribuintes ou não do imposto.

Explica que, quando adquire uma mercadoria na qualidade de consumidora final, como, por exemplo, um equipamento destinado ao seu ativo permanente, e esse bem é originário de outro Estado da Federação, o Réu se considera no direito de exigir o valor correspondente à diferença entre a alíquota praticada para a operação interna e aquela incidente na operação interestadual, tal como o fez por meio do Auto de Infração ora impugnado.

Revela que especificamente em relação ao Estado da Bahia, a exigência do DIFAL está prevista no art. 2º, inciso IV, § º, da Lei nº 7.014/96. Ocorre que essa exigência constante das legislações

estaduais se revela inconstitucional, haja vista que à época dos fatos geradores tratados na peça de lançamento não havia lei complementar disciplinando a matéria, tal como exige a Constituição.

Destaca que, nesse contexto, que ao tratar do DIFAL nas operações destinadas a não contribuintes do ICMS, o E. Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 1.287.019/DF, externou o posicionamento que reproduz à fl. 27.

Revela que atualmente, a LC nº 87/96 (Lei Kandir) é a lei complementar que trata, com normas gerais, especificamente do ICMS.

Diz que, por isso, cumpre, assim, investigar *i*) se essa lei possui normas suficientes para autorizar os estados e o Distrito Federal a efetivar a tributação prevista nos incisos VII e VIII, do § 2º, do art. 155, da CF/88, na hipótese de o consumidor final não ser contribuinte do tributo e *ii*) em que medida o Convênio ICMS nº 93/2015 estaria invadindo a competência normativa atribuída às leis complementares.

No que diz respeito ao ICMS correspondente ao diferencial de alíquotas na hipótese de o consumidor final não ser contribuinte do imposto, assinala, que não há, na atual versão da LC nº 87/96, qualquer disposição sobre isso.

Afirma que não se infere dessa lei complementar, por exemplo, *(i)* quem é o contribuinte dessa exação, isto é, se é o remetente ou o destinatário; *(ii)* se há ou não substituição tributária na hipótese; *(iii)* quem deve ser considerado o destinatário final, se, v.g., o destinatário físico ou se o destinatário jurídico dos bens; *(iv)* quando ocorre o fato gerador da nova obrigação, se, por exemplo, na saída da mercadoria do estabelecimento, na entrada dela no estado de destino ou, ainda, em sua entrada no estabelecimento ou no domicílio do consumidor final; *(v)* onde ocorre o fato gerador, para efeito de cobrança da exação.”

Arremata declarando que à época dos fatos geradores abarcados pelo lançamento em questão não havia autorização constitucional para a cobrança dos valores ora exigidos.

Registra que não obstante a clareza com que os elementos e fundamentos da defesa foram até aqui apresentados, com fundamento nos arts. 123 e 145 do RPAF-BA/99, requer a realização de perícia contábil, a fim de que sejam respondidos os quesitos elencados à fl. 28.

Pugna, conforme facultado pelo parágrafo único do art. 145, do RICMS-BA/12, pela apresentação de seu assistente técnico, tão logo seja deferida a perícia aqui solicitada.

Conclui requerendo que:

- a) seja reconhecida a nulidade material do lançamento, pelos argumentos expostos no subtópico “III.A”;
- b) caso superada a nulidade, seja reconhecida a improcedência do lançamento, eis que a exigência do ICMS nas operações aqui tratadas estava suspensa, nos termos do inciso I, do art. 280, do RICMS-BA/12;
- c) independente dos pedidos anteriores, seja julgado improcedente o lançamento impugnado, ante a inconstitucionalidade do DIFAL exigido sem lei complementar que o estabelecesse, passível ser reconhecida na esfera administrativa por força do art. 116-A, do art. 123 do RPAF-BA/99, e
- d) por fim, caso se entenda necessário, seja deferida a realização de perícia fiscal, nos termos do tópico “IV” desta peça.

O Autuante presta informação fiscal, fls. 82 e 83, nos termos resumidos a seguir.

Inicialmente menciona que em sua defesa o Autuado alega que o lançamento está eivado de nulidades insanáveis e que a obrigação tributária imposta se mostra absolutamente improcedente.

Registra que para subsidiar suas alegações utiliza os seguintes argumentos:

- a) Os dispositivos legais apontados não fundamentam os parâmetros de cálculo do ICMS-DIFAL supostamente devido;
- b) As operações lastreadas pelas Notas Fiscais de CFOP 6.125 (doc.03 representam mero retorno de mercadoria industrializada por encomenda, sendo certo que o DIFAL dessas operações foi recolhido nas respectivas notas de venda;
- c) É inconstitucional a cobrança do DIFAL sem Lei Complementar que o estabeleça;
- d) No mérito, o impugnante apurou e recolheu corretamente o DIFAL.

Diante das suas argumentações a impugnante solicita:

- a) Reconhecer a nulidade material do lançamento, pelos argumentos expostos no subtópico “III.A”;
- b) Caso superadas a nulidade, seja reconhecida a improcedência do lançamento eis que a exigência do ICMS nas operações aqui tratadas estava suspensa, nos termos do inciso I, do art. 280, do RICMS-BA/12;
- c) Independente dos pedidos anteriores julgar improcedente o lançamento impugnado, ante a inconstitucionalidade do DIFAL exigido sem Lei Complementar que o estabelecesse, passível ser reconhecida na esfera administrativa por força do art. 116-A, do RPAF-BA/99;
- d) Por fim, caso entenda necessário seja deferida a realização de perícia fiscal, nos termos do tópico “IV”.

Cita que, no tocante às argumentações e os pedidos trazidos pelo Impugnante, tem-se a considerar o que se segue.

Observa que o Defendente desqualifica o inciso XV, do art. 4º, da Lei 7.014/96, que trata do momento da ocorrência do fato gerador e a da alínea “a”, do inciso III, art. 305, § 4º, do RICMS-BA/12 por considerar que não embasam a metodologia de cálculo do DIFAL nem a alíquota de 18% aplicada no cálculo do DIFAL.

Destaca que o Impugnante apresenta o entendimento de que o cálculo deve ser a aplicação literal entre a diferença alíquota interna 18% e a interestadual destacada no documento, sem considerar o determinado na Lei 7.014/96 em seu art. 17, onde, em seu parágrafo 1º, já definia que o montante do próprio imposto integra a base de cálculo e também o inciso XI, do mesmo art. 17º, desta mesma Lei 7.014/96 onde os montantes dos ICMS relativos ao diferencial de alíquotas integram a base de cálculo. E, ainda, o determinado no parágrafo 6º, do mesmo artigo da Lei, onde:

“§ 6º Nos casos do inciso XI, do caput deste artigo, o imposto a pagar será o valor resultante da aplicação da alíquota interna sobre base de cálculo obtida a partir da retirada da carga tributária da operação interestadual e inclusão da carga tributária interna sobre o valor da mercadoria, subtraindo-se desse resultado o valor do imposto destacado no documento fiscal.”

Quanto ao pedido de nulidade, afirma não haver por que se considerar, pois, de acordo com o art. 18, do RPAF-BA/99, o lançamento contém elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração e o infrator;

Menciona que o Defendente considera que houve equívoco do auditor ao reclamar o imposto em operações na qual o ICMS estava suspenso.

Revela que o Impugnante reclama que as aquisições efetuadas com o CFOP 6.125 se trata de retorno de mercadoria enviada para industrialização para as quais não há exigência do ICMS DIFAL.

Registra que ao analisar as operações, considerando as notas emitidas pela Eletro Luminar anexadas no Doc. 3, fls. 59 a 75, constata que foram lançadas pelo Autuado no livro Registro de Entradas sob o CFOP 2.551 que corresponde a aquisição de mercadorias para o Ativo, conforme cópias do livro Registro de Entradas transmitidos através do SPED, fls. 84 a 88.

Prossegue frisando ainda que, no Registro de Entradas, fls. 84 a 88, e Notas Fiscais às fls. 89 a 91 (anexadas à guisa de exemplo), afirma ter constatado que as devoluções de mercadorias enviadas para industrialização efetuadas por esse fornecedor estão corretamente lançadas com o CFOP 2.925 - Retorno de mercadoria enviada para industrialização.

Arremata assinalando que se trata da entrada de mercadoria adquirida para ativo, e industrializada através da remessa para industrialização, conforme já demonstrado.

Assinala que as questões relativas à inconstitucionalidade da Legislação Baiana não são de competência da função fiscalizadora.

Arremata destacando que, por tudo quanto aqui exposto e mediante as considerações apresentadas, pugna pela procedência total do Auto de Infração no valor histórico de R\$ 197.042,89, conforme detalhado na planilha às fls. 5 a 7.

Na assentada do julgamento, o Patrono do Autuado, Dr. Thiago Gualberto de Oliveira – OAB/RJ – 225.311, em sustentação oral, reafirmou todas as suas razões de Defesa alinhadas na Impugnação. Presente também o autuante Luiz Roberto Santos Ferreira.

VOTO

Inicialmente cabe enfrentar as preliminares de nulidade suscitadas pelo Autuado, sob o fundamento de ausência de fundamentação legal, de descrição deficiente dos fatos e de falta de motivação.

Depois de examinar as peças que integram os autos constato que não assiste razão ao Defendente em qualquer das pretensões alinhadas na peça defensiva.

Constato que não procede a alegada ausência de fundamentação legal, haja vista que os dispositivos expressamente elencados no enquadramento legal do Auto de Infração, conjuntamente com a descrição da infração e com os demonstrativos de apuração, fls. 05 a 07, não deixam qualquer dúvida quanto a irregularidade cometida.

Do mesmo modo, o cometimento da infração, falta de recolhimento do ICMS decorrente da diferença entre às alíquotas internas e interestaduais na aquisição de mercadorias destinada ao ativo fixo do estabelecimento autuado, por sua singularidade, não comporta maiores esclarecimentos para a apreensão da ocorrência em questão. Por outro lado, não há que se falar em falta de motivação, uma vez que a capitulação legal não se configura equivocada, eis que seu conjunto delineia perfeitamente a irregularidade cometida em função da infringência à legislação de regência. Tanto é assim, que o Autuado entendeu perfeitamente do que está sendo acusado e apresentou sua peça defensiva abordando, com total desenvoltura e segurança, todos os aspectos que entendeu pertinentes.

No que concerne a alegação defensiva de que não há qualquer fundamento quanto a metodologia de cálculo do DIFAL e o porquê da utilização de uma alíquota de 18%, quando se está a tratar da exigência de um diferencial, que equivaleria à alíquota interna deste Estado, subtraída da alíquota utilizada na operação de saída - art. 155, § 2º, VII, da CF/88, saliento que, de fato, a alíquota aposta é de 18%, tendo em vista uma limitação do Sistema Eletrônico de Emissão de Auto de Infração - SEAI que somente faz constar as alíquotas básicas do imposto. Entretanto, os valores históricos dos débitos apurados, conforme consta no Demonstrativo de Débito Diferencial de Alíquota, fls. 05 a 07, foram transportados corretamente para o demonstrativo do Auto de Infração, fl. 01, a exemplo da data de ocorrência de 28/02/2020, na qual consta o mesmo valor histórico no montante de R\$ 19.042,89, fl. 05v. Logo, não há que se falar em aplicação da alíquota de 18%.

Assim, nos termos expendidos, rejeito a preliminar de nulidade por restar evidenciado cabalmente que não foi identificada violação alguma ao princípio da ampla defesa e do contraditório, da legalidade, do devido processo legal ou a quaisquer princípios de direito constitucional, administrativo ou tributário, em especial os do processo administrativo fiscal, tendo sido observada a garantia à ampla defesa e ao contraditório, visivelmente caracterizados nos aspectos abordados na impugnação, bem como, na narrativa dos fatos correspondentes às irregularidades imputadas.

Em suma, consigno que o lançamento de ofício e o processo administrativo fiscal dele decorrente, não estão incursos em quaisquer das hipóteses preconizadas pela legislação de regência, precipuamente pelo art. 18, do RPAF-BA/99, que pudesse inquinar de nulidade a autuação.

No que concerne à solicitação da Defesa para realização de diligência e de produção de prova pericial, indefiro o pedido, com lastro nas alíneas “a” e “b”, dos incisos I e II, do art.147, do RPAF-BA/99. Esclareço que não considero imprescindível para o deslinde da questão, haja vista se tratar de tema recorrente e sedimentado neste CONSEF, bem como por ter sido suficientemente explicado pela defesa. Entendo que os elementos já contidos nos autos são suficientes para a formação da convicção dos julgadores, bem como, a prova dos fatos questionados independe do conhecimento especial de técnicos.

No mérito o presente Auto de Infração que imputa ao Sujeito Passivo a falta de recolhimento de ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas interna e interestadual, na aquisição de mercadorias oriundas de outras Unidades da Federação, destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento, conforme demonstrativos elaborados com indicação da chave de acesso da nota fiscal do emitente, do valor do produto, da base de cálculo e da apuração do imposto devido, constantes às fls. 05 a 07 e CD à fl. 12.

O Autuado, em sede de Defesa, pugnou pela improcedência da autuação asseverando que nas operações objeto da autuação não há incidência do ICMS por se tratar de mera devolução de mercadoria. Sustentou que o Autuante não percebeu que as mercadorias adquiridas da Eletro Luminar Indústria e Comércio LTDA. estão classificadas no CFOP 6.125, em relação às quais não há destaque de ICMS, pois elas apenas lastrearam a etapa final de uma operação triangular, em que o produto final somente retornou ao seu estabelecimento após industrialização por encomenda, produto esse adquirido originalmente de outro fornecedor (nesse caso, a empresa Gerdau Aços Longos S.A. - doc. 04).

O Autuante informou que ao analisar as operações, considerando as notas emitidas pela Eletro Luminar anexadas no Doc. 3, fls. 59 a 75, constatou que foram lançadas pelo Autuado no livro Registro de Entradas sob o CFOP 2.551 que corresponde a aquisição de mercadorias para o Ativo, conforme cópias do livro Registro de Entradas transmitidos através do SPED, fls. 84 a 88. Para comprovar a sua assertiva colacionou também, à guisa de exemplo, as cópias das Notas Fiscais às fls. 89 a 91, asseverando ter constatado que o retorno das mercadorias, enviadas para industrialização efetuadas por esse fornecedor estão corretamente lançadas com o CFOP 2.925 - Retorno de mercadoria enviada para industrialização, o que se configura tratar-se da entrada de mercadorias adquirida para o ativo e industrializada através de remessa para industrialização.

Depois de examinar todas as peças que compõem o contraditório, constato inicialmente que, ao contrário do que aduz o Impugnante, as operações objeto da autuação não se configuram de mera devolução interestadual de mercadorias, e sim, de retorno de mercadorias posterior a industrialização e destinadas ao ativo do Autuado, que fora remetida por conta e ordem para o estabelecimento industrializador pelo estabelecimento Fornecedor do Autuado que retorna ao estabelecimento, ora autuado, com o valor adicionado e partes e peças e outras mercadorias fornecidas pelo estabelecimento industrializador, conforme bem ilustrado pelo Autuado em seu Fluxograma colacionado pela Defesa à fl. 25.

Logo, em se tratando de retorno de bens com valor adicionado, após receber industrialização, e destinado ao ativo do Autuado resta, caracterizado o acerto da autuação, uma vez que se configura preconizada a ressalva expressamente contida no inciso I, do art. 280, do RICMS-BA/12, *in verbis*:

“Art. 280. É suspensa a incidência do ICMS:

I - nas saídas internas, interestaduais e para o exterior, de mercadorias ou bens destinados a industrialização, conserto ou operações similares, bem como nos respectivos retornos, reais ou simbólicos, ressalvada a incidência do imposto quanto ao valor adicionado e às partes, peças e outras mercadorias fornecidas pelo prestador do serviço (Conv. AE 15/74);”

Assim, entendo que os elementos carreados os autos pelo Autuante demonstram de forma cabal a natureza inequívoca das operações, objeto da autuação, cuja exação se afigura em total consonância com a legislação de regência.

No que se refere a alegação da Defesa, fl. 21, de que a única referência contida no Auto de Infração diz respeito à aplicação da alíquota de 18% sobre o valor das operações interestaduais realizadas no período, colacionando cópia do demonstrativo do Auto de Infração, fl. 01, consigno que esse argumento já foi examinado por ocasião do enfrentamento das nulidades suscitadas.

Sustentou também o Impugnante que, apesar de a exigência do DIFAL está prevista no art. 2º, inciso IV, § 4º, da Lei nº 7.014/96, essa exigência constante das legislações estaduais se revela inconstitucional, haja vista que à época dos fatos geradores tratados na peça de lançamento não havia lei complementar disciplinando a matéria, tal como exige a Constituição.

Sobre esse posicionamento, saliento que a exação se afigura lastreada no direito posto, e falece competência a esse Órgão Julgador a declaração de inconstitucionalidade e a negativa de aplicação de ato normativo emanado de autoridade superior, consoante inteligência dos incisos I e III, do art. 167, do RPAF-BA/99.

Nos termos expendidos, concluo pela subsistência da autuação.

Diante do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **207092.0011/22-7**, lavrado contra **TRANSMISSORA SERTANEJA DE ELETRICIDADE S.A.**, devendo ser intimado o Autuado, para efetuar o pagamento de ICMS no valor de **R\$ 197.042,89**, acrescido da multa de 60%, prevista na alínea “f”, do inciso II, do art. 42, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala virtual das Sessões do CONSEF, 14 de fevereiro de 2023.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - RELATOR

JOSÉ CARLOS COUTINHO RICCIO - JULGADOR