

A. I. Nº - 207092.0010/22-0
AUTUADO - TRANSMISSORA SERTANEJA DE ELETRICIDADE S.A.
AUTUANTE - LUIZ ROBERTO SANTOS FERREIRA
ORIGEM - DAT METRO / IFEP SERVIÇOS
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 03/04/2023

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO JJF Nº 0048-03/23-VD**

EMENTA: ICMS. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS. BENS DESTINADOS AO ATIVO FIXO DO ESTABELECIMENTO. ESTORNO DE DÉBITO IRREGULAR. É devido o imposto relativo à diferença de alíquotas em decorrência de operação interestadual, com mercadoria, bem ou serviço destinados ao uso, consumo ou ativo permanente do estabelecimento. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 22/08/2022, refere-se à exigência de R\$51.638,00 de ICMS, acrescido da multa de 60%, em decorrência da seguinte irregularidade:

Infração 01 – 01.06.01: Estorno de débito de ICMS efetuado em desacordo com a legislação desse imposto, nos meses de janeiro, março a novembro de 2020.

Consta, ainda, que a autuação fiscal é decorrente de valor negativo resultante da apuração do valor do diferencial de alíquota a recolher, conforme demonstrativos anexos.

O Autuado, por meio de advogado, apresentou impugnação às fls. 32 a 37 do PAF. Comenta sobre a tempestividade da defesa e informa 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.

Para realização das obras de infraestrutura, adquiriu materiais destinados ao ativo imobilizado, o que acarretou a necessidade de recolhimento da diferença de alíquota do ICMS ao Estado da Bahia.

Alega que, não obstante ter cumprido rigorosamente suas obrigações fiscais perante esse Estado, foi surpreendido com a lavratura do presente Auto de Infração, por meio do qual lhe foi exigido imposto sob a acusação: “efetuou estorno de débito de ICMS em desacordo com a legislação deste imposto”.

Para melhor visualização da exigência, transcreve o teor dos dispositivos fiscais adotados como fundamento do Auto de Infração e alega que a obrigação tributária imposta mostra-se absolutamente improcedente, pois é inconstitucional a cobrança de diferença de alíquota sem Lei Complementar que a estabeleça.

Caso sejam superados os argumentos acima apresentados, afirma que a exigência de qualquer montante a título de 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: O art. 155, II da CF 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.

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

Ressalta que ao adquirir uma mercadoria na qualidade de consumidor final, como, por exemplo, um equipamento destinado ao seu ativo permanente, e esse bem é originário de outro Estado da Federação, o Estado destinatário 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 presente Auto de Infração.

Especificamente em relação ao Estado da Bahia, a exigência de DIFAL está prevista no art. 2º, inciso IV, § 4º da Lei Estadual nº 7.014/96. Diz que essa exigência constante nas 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 o posicionamento do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 1.287.019/DF, ao tratar da DIFAL nas operações destinadas a não contribuintes do ICMS.

Entende que as reflexões constantes no aludido Acórdão a respeito da densidade normativa que a lei complementar precisa ostentar para autorizar aos Entes Federativos a cobrança da diferença de alíquotas em questão, se aplicam perfeitamente ao caso em voga.

Registra que a Lei Estadual nº 7.014/96, que já tratava da DIFAL antes da publicação da LC 190/2022, não é inválida ou inconstitucional. No entanto, a referida norma local somente poderia produzir efeitos após o início da vigência da Lei Complementar regulamentadora, conforme entendimento já sedimentado em sede de repercussão geral pelo Supremo Tribunal Federal no bojo do RE nº 1.221.330 (Tema 1094). Transcreve a ementa.

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

À vista do exposto, entende restar demonstrada satisfatoriamente a impossibilidade jurídica de prosperar o procedimento fiscal ora guerreado e pede que seja reconhecida a improcedência do presente lançamento, ante sua inconstitucionalidade, passível de ser reconhecida na esfera administrativa por força do art. 116-A do RPAF-BA, Decreto nº 7.629/1999.

O Autuante presta informação fiscal à fl. 81/81v dos autos. Diz que o Autuado alega que a obrigação tributária imposta mostra-se absolutamente improcedente, pois é inconstitucional a cobrança de DIFAL sem Lei Complementar que o estabeleça.

Registra que o Defendente argumenta 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. Que à época dos fatos geradores abarcados pelo lançamento em questão não havia autorização constitucional para a cobrança dos valores ora exigidos

Diante das suas argumentações, o Impugnante solicita que seja reconhecida a improcedência do lançamento ante a sua inconstitucionalidade, passível de ser reconhecida na esfera administrativa por força do art. 116-A do RPAF-BA, Decreto nº 7.629/1999.

Quanto aos argumentos e pedidos trazidos pelo impugnante, observa:

1. O impugnante não questiona os valores lançados;
2. O lançamento trata de estorno indevido de crédito que não foi questionado pelo impugnante;
3. Questões relativas à inconstitucionalidade da Legislação Baiana não são de competência da função fiscalizadora.

Por tudo quanto aqui exposto e mediante as considerações apresentadas, pede a procedência total do presente Auto de Infração.

VOTO

O presente lançamento foi efetuado de forma compreensível, foram indicados os dispositivos infringidos e da multa aplicada, relativamente à irregularidade apurada, não foi constatada violação ao devido processo legal e a 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 deste lançamento.

Consta, na descrição dos fatos que autuação fiscal é decorrente de valor negativo resultante da apuração do imposto relativo à diferença de alíquota a recolher, conforme demonstrativos anexos (“APURAÇÃO ICMS DIFERENCIAL DE ALÍQUOTA”).

Relativamente à diferença de alíquotas, a Lei 7.014/96, 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 7.014/96).

O Defendente não contestou os dados numéricos do levantamento fiscal e alegou que a exigência de qualquer montante a título de 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.

Afirmou que a Lei Estadual nº 7.014/96, que já tratava da DIFAL antes da publicação da LC 190/2022, não é inválida ou inconstitucional. No entanto, a referida norma local somente poderia produzir efeitos após o início da vigência da Lei Complementar regulamentadora, e que à época dos fatos geradores abarcados pelo lançamento em questão não havia autorização constitucional para a cobrança dos valores ora exigidos.

Conforme estabelece o art. 155, II da Constituição Federal de 1988, “*compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre: operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação*”.

O inciso VII do § 2º do referido art. 155, da Constituição Federal de 1988, prevê que “*nas operações e prestações que destinem bens e serviços a consumidor final, contribuinte ou não do imposto, localizado em outro Estado, adotar-se-á a alíquota interestadual e caberá ao Estado de localização do destinatário o imposto correspondente à diferença entre a alíquota interna do Estado destinatário e a alíquota interestadual*”.

Por outro lado, conforme previsto no art. 4º, inciso XV, da Lei 7.014/96 (que trata do ICMS no Estado da Bahia), considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento 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.

Constata-se que o pagamento do ICMS relativo à diferença de alíquotas é previsto no art. 155, § 2º, VII, da Constituição Federal e no art. 4º, XV, e art. 17, XI, da Lei nº 7.014/96. Ou seja, quanto à diferença de alíquotas, a Lei 7.014/96, 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 7.014/96).

Lei 7.014/96:

Art. 4º Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento:

...

XV - da entrada ou da utilização, 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;

Vale salientar que o tributo é indisponível e a atividade de lançamento é vinculada e obrigatória. A autoridade administrativa dela incumbida não tem a faculdade de exercitá-la, ou não, a seu critério. É obrigada a exercitá-la sempre que no mundo fenomênico se configurar a situação na qual o lançamento é cabível, e este Órgão Julgador não tem competência para afastar a aplicabilidade da Legislação Tributária Estadual, assim como, não lhe cabe competência para decretar a inconstitucionalidade de seus dispositivos, em conformidade com o inciso I, do art. 167, do RPAF-BA/99.

Verifico que no demonstrativo elaborado pelo autuante constam os dados relativos ao número de cada nota fiscal e o defendente não apresentou nas razões de defesa qualquer dado divergente do levantamento fiscal.

Por tudo o quanto aduzido neste voto, afigura-se demonstrado o cometimento da infração imputada ao contribuinte. Nos moldes como foi apurada a infração, é correta a exigência do imposto, ficando caracterizado que o lançamento foi efetuado de acordo com as normas que regem a matéria tratada na autuação fiscal.

Face ao 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 **207092.0010/22-0**, lavrado contra **TRANSMISSORA SERTANEJA DE ELETRICIDADE S.A.**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$51.638,00**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso II, alínea “F”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala virtual das Sessões do CONSEF, 28 de março de 2023

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - JULGADOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS - JULGADORA