

N.F. N° - 233099.0038/21-3  
**NOTIFICADO** - PROFARMA SPECIALTY S/A  
**NOTIFICANTE** - MARCOS VINICIUS BORGES DE BARROS  
**ORIGEM** - DAT METRO/IFEP COMÉRCIO  
**PUBLICAÇÃO** - INTERNET - 03.06.2022

**6<sup>a</sup> JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO JJF N° 0092-06/22NF-VD**

**EMENTA:** ICMS. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. FALTA DE RECOLHIMENTO. SAÍDA DE BENS COM DESTINO A CONSUMIDOR FINAL. Aquisições interestaduais de mercadorias cujo destinatário, situado neste Estado, não é contribuinte do ICMS. A escolha da via judicial pelo sujeito passivo implica renúncia à discussão da lide na esfera administrativa, devendo o PAF ser remetido à PGE/PROFIS para controle da legalidade e adoção das medidas cabíveis, nos termos do art. 126 do COTEB. Instância única. Notificação Fiscal. Defesa **PREJUDICADA.** Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

A Notificação Fiscal em epígrafe, lavrada em 09/11/2021, exige do Notificado ICMS no valor histórico de R\$ 8.652,42, em decorrência do cometimento da seguinte infração:

Infração 01 – 62.01.02: o remetente e/ou prestador localizado em outra unidade da Federação, inclusive o optante pelo simples nacional, que não efetuou o recolhimento do ICMS em razão da aplicação de alíquota diversa da prevista na EC nº 87/15, nas saídas de mercadorias, bens ou serviços destinados a consumidor final – contribuinte ou não – localizado neste Estado.

Enquadramento Legal: inciso IV do art. 2º; inciso II do § 4º art. 2º; § 7º do art. 15 e art. 49-B da Lei 7.014/96 c/c art. 99 do ADCT da CF/88, acrescido pela EC nº 87/2015 e Convênio ICMS nº 93/15.

Tipificação da multa: alínea “a”, inciso II do art. 42 da Lei nº 7.014/96 do Estado da Bahia.

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

O Notificado apresenta peça defensiva (fls. 26/47), inicialmente reproduzindo o conteúdo do lançamento, para em seguida, no mérito alegar que é irregular a cobrança do DIFAL alusivo ao ICMS, devido à necessidade de edição de Lei Complementar Nacional que regulamente a matéria.

Explana que a EC nº 87/15 alterou o art. 155, § 2º, inciso VII e VIII da CF/88 e acrescentou o art. 99 ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, alterando a sistemática de cobrança de ICMS incidente sobre as operações e prestações que destinem bens e serviços a consumidor final, contribuinte ou não do imposto, localizado em outro Estado.

Entende que a EC nº 87/15 previu nova hipótese de incidência tributária com nuances próprias nas operações interestaduais, sendo que a Constituição Federal estabelece claramente que as normas referentes a matéria tributária devem ser regulamentadas por Lei Complementar.

Aduz que a Lei Complementar 87/96, que disciplina a matéria, não prevê a sistemática comercial relativa à alíquota para destinatários não contribuintes.

Para embasar suas alegações, menciona o julgamento do Recurso Especial nº 1.287.019/DF que considerou inválida a cobrança de DIFAL, ora em lide, por pressupor a necessidade de edição de Lei Complementar que veicule normas gerais.

Ressalta que a matéria em questão já está sendo discutida em juízo, tendo em vista a ação protocolizada no Estado da Bahia (Mandado de Segurança nº 8022095-35.2021.8.05.0001), anexa à defesa, na qual foi concedida a segurança, para assegurar à Impugnante o direito de não recolher o DIFAL, ora debatido.

Nessa conjuntura, o Impugnante considera que deve haver a suspensão do julgamento do mérito na presente Notificação Fiscal, até o trânsito em julgado do Mandado de Segurança e, posteriormente, ser julgado totalmente improcedente, vez que demonstrado a ilegalidade da cobrança.

Finaliza a peça defensiva requerendo: 1) preliminarmente, a suspensão do lançamento até o julgamento do mandado supracitado; 2) no mérito, o acolhimento do pedido e o julgamento pela total improcedência do lançamento e 3) a produção de todas as provas admitidas em lei e pelo processo administrativo tributário, bem como pela realização de eventuais diligências.

Cabe registrar a inexistência de Informação Fiscal neste processo.

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 lide exige ICMS do Notificado no valor histórico de R\$ 8.652,42 e é composta de uma Infração detalhadamente exposta no Relatório acima, parte integrante e inseparável deste Acórdão.

A acusação fiscal trata da falta de recolhimento do ICMS Diferencial de Alíquota por parte de remetente localizado em outra Unidade da Federação, quando do envio de mercadorias destinadas a consumidor final não Contribuinte do ICMS situado neste Estado. O transporte das mercadorias (elemento filtrante), foi acobertado pelos DANFEs de nº 449.584, 449.588, 450.121, 450.232 e 450.302 (fls. 08/13).

Inicialmente, cumpre destacar que na presente Notificação Fiscal foram indicados de forma comprehensível os dispositivos infringidos e a multa aplicada relativamente à irregularidade apurada. A Impugnação foi ofertada dentro do prazo regulamentar, não se identificando problemas de intempestividade. Reverenciados o exercício do contraditório e da ampla defesa.

Em síntese, o Notificado alega que é irregular a cobrança do DIFAL alusivo ao ICMS, devido à necessidade de edição de Lei Complementar Nacional que regulamente a matéria. Entende que a EC nº 87/15 previu nova hipótese de incidência tributária com nuances próprias nas operações interestaduais, sendo que a Constituição Federal estabelece claramente que as normas referentes à matéria tributária devem ser regulamentadas por Lei Complementar, aduzindo que a Lei Complementar 87/96, que disciplina a matéria, não prevê a sistemática comercial relativa à alíquota para destinatários não contribuintes.

Ressalta que a matéria em questão já está sendo discutida em juízo, tendo em vista a ação protocolizada no Estado da Bahia (Mandado de Segurança nº 8022095-35.2021.8.05.0001), anexa à defesa, na qual foi concedida a segurança, para assegurar à Impugnante o direito de não recolher o DIFAL ora debatido.

Nessa conjuntura, o Impugnante considera que deve haver a suspensão do julgamento do mérito na presente Notificação Fiscal, até o trânsito em julgado do Mandado de Segurança, e

posteriormente ser julgado totalmente improcedente, vez que demonstrada a ilegalidade da cobrança.

Compulsando os documentos constantes nos autos, em particular os de fls. 26/32, verifico que o Notificado propôs o Mandado de Segurança nº 8022095-35.2021.8.05.0001, que foi concedido em 14/07/2021, para afastar a cobrança do DIFAL e do Adicional do FECP de que tratam as Leis Estaduais de nº 13.373/2015 e 7.998/2001, restando assegurado ao Impetrante o direito de deixar de recolher o DIFAL e Adicional supramencionado, nas operações interestaduais de vendas de mercadorias a consumidores finais não contribuintes do imposto localizados no Estado da Bahia. Isso até que se edite Lei Complementar que regulamente o DIFAL da EC nº 87/95, e posteriormente, Lei Estadual instituindo validamente esse imposto em conformidade com aquela.

Apesar da concessão supra, entendo importante observar que não há impedimento ao exercício do direito da Fazenda Pública Estadual de efetuar o lançamento, nos termos do art. 142 do CTN. Significa dizer, que deve o lançamento ser efetuado, no intuito de prevenir a decadência.

Note-se que o artigo 126 do Código Tributário do Estado da Bahia – COTEB, a seguir transcrito, estabelece que:

*“Art. 126. Escolhida a via judicial pelo contribuinte, fica prejudicada sua defesa ou recurso, importando tal escolha a desistência da defesa ou do recurso interposto, considerando-se esgotada a instância administrativa, devendo o processo administrativo ser remetido à PROFIS para controle da legalidade e adoção das medidas cabíveis.*

(...)

Conforme se verifica da leitura dos dispositivos legais acima reproduzidos, a escolha pelo Contribuinte pela via judicial importa em desistência da defesa pela via administrativa, situação na qual o processo deve ser encaminhado à PGE/PROFIS para controle da legalidade e adoção das medidas cabíveis, inclusive acompanhamento do processo no âmbito do judiciário.

Destaco, que conforme disposto no art. 167, I a III do RPAF/99, não se incluem na competência dos órgãos julgadores administrativos a declaração de constitucionalidade; questão sob a apreciação do Poder Judiciário ou por este já decidida, assim como a negativa de aplicação de ato normativo emanado de autoridade superior.

Nos termos expendidos, entendo PREJUDICADA a análise do mérito da defesa, e opino pelo encaminhamento supramencionado.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 6ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, em instância ÚNICA, considerar PREJUDICADA a análise da defesa apresentada referente à Notificação Fiscal nº 233099.0038/21-3, lavrada contra PROFARMA SPECIALTY S.A., devendo ser intimada, a Notificada, para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$8.652,42, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso II, alínea “a” da Lei 7.014/96, além dos acréscimos legais.

Os autos deverão ser remetidos à PGE/PROFIS para controle da legalidade e adoção das medidas cabíveis, conforme art. 126 do COTEB.

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

PAULO DANILLO REIS LOPES – PRESIDENTE/JULGADOR

EDUARDO VELOSO DOS REIS – RELATOR

JOSÉ CARLOS COUTINHO RICCIO – JULGADOR

