

N.F. N° - 298942.1613/22-0
NOTIFICADA - METALÚRGICA BARRA DO PIRAI S/A
NOTIFICANTE - HELDER RODRIGUES DE OLIVEIRA
ORIGEM - DAT SUL / IFMT SUL / POSTO FISCAL BENITO GAMA
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 07.07.2023

5^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO JJF N° 0100-05/23NF-VD**

EMENTA: ICMS. FALTA DE RECOLHIMENTO. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. REMETENTE LOCALIZADO EM OUTRA UNIDADE DA FEDERAÇÃO. Deixou a Notificada de recolher o ICMS DIFAL destinado a consumidor final, não contribuinte do imposto. A escolha da via judicial pelo sujeito passivo implica renúncia à discussão da lide na esfera administrativa, devendo o PAF ser encaminhado para a Procuradoria Geral do Estado, através de sua Procuradoria Fiscal, para adoção das medidas cabíveis. Defesa PREJUDICADA. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A Notificação Fiscal em epígrafe, **Trânsito de Mercadorias**, lavrada em 13/10/2022, exige da Notificada ICMS no valor histórico de R\$ 6.865,29, mais multa de 60%, equivalente a R\$ 4.119,18, perfazendo um total de R\$ 10.984,47, em decorrência do cometimento da seguinte infração:

Infração 01 - 062.001.002: O remetente e ou prestador localizados 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 e serviços destinados a consumidor final – contribuinte ou não – localizado neste Estado.

Enquadramento Legal: Inciso IV do art. 2º; inciso II do § 4º do art. 2º; § 7º do art. 15 e art. 49-B da Lei de nº 7.014/96 c/c com o art. 99 do ADCT da CF/88, acrescido pela EC de nº 87/2015; e Convênio ICMS 93/15. Multa prevista na alínea ‘a’, Inciso II, do art. 42 da Lei de nº 7.014/96.

Na peça acusatória o Notificante descreve os fatos que se trata de:

“Mercadorias destinada a contribuinte não inscrito ou consumidor final, DANFE de nº. 122.465, cópia anexa, oriundas de outra unidade da federação, sem o recolhimento do ICMS conforme previsto no Regime de Partilha Fiscal – EC de nº. 87/15.”

Anexo aos autos, dentre outros, encontram-se **cópias dos seguintes documentos**: a Notificação Fiscal de nº. 2989421613/22-0, devidamente assinada pelo **Auditor Fiscal** (fl. 01); o Demonstrativo de Débito (fl. 02); o demonstrativo memória da memória de cálculo elaborada pelo Notificante (fl. 03); o **Termo de Ocorrência Fiscal** nº. 2176811238/22-6 (fls. 04 e 05) datado de 13/10/2022; o **DANFE** da Nota Fiscal Eletrônica – **NF-e de nº. 122.465** (fl. 08), Natureza da Operação – Venda de Produção do Estabelecimento Destinado a Não Contribuinte - **CFOP de nº. 6107**, emitido na data de 07/10/2022, pela **Empresa Metalúrgica Barra do Pirai S/A.**, localizada no Estado do **Rio de Janeiro**, carreando as mercadorias com NCM de nº. 7308.90.90 (Telha Easyroof), e tendo como destinatário a Empresa **2F17 Administração de Bens Próprios LTDA.**, **não contribuinte do ICMS.**, localizada no **Município de Feira de Santana**, no Estado da Bahia, **CNPJ de nº. 45.959.500/0001-93**; documento indicando razão social: Não Cadastrado em Contribuinte não Inscrito, e que “Não foi localizado nenhum pagamento para o usuário informado” (fl. 13); o documento do motorista e do veículo (fls. 11 e 12);

A Notificada se insurgue contra o lançamento, através de Advogado manifestando impugnação, onde a peça de defesa consta apensada aos autos (fls. 18 a 23), protocolizada na IFMT SUL/COORD.

ATEND. na data de 09/01/2023 (fl. 17).

Em seu arrazoado a Notificada iniciou sua peça defensiva alegando a tempestividade da mesma e no tópico “*O Objeto da Notificação Fiscal*” tratou ser pessoa jurídica de direito privado, regularmente constituída e domiciliada no **Estado do Rio de Janeiro**, e possui atividade econômica principal de **fabricação de máquinas, aparelhos de refrigeração e ventilação para uso industrial e comercial**, bem como suas peças e acessórios, e que no dia 07/10/2022 realizou uma venda de mercadoria a cliente consumidor final, não contribuinte do ICMS, localizado no município de Feira de Santana, no Estado da Bahia.

Descreveu que, ao ingressar no território baiano foi surpreendida com a lavratura da Notificação Fiscal de nº 2989421613/22-0, por meio da qual lhe são exigidos ICMS-DIFAL no montante total de R\$ 6.865,29 (seis mil, oitocentos e sessenta e cinco reais e vinte e nove centavos), por suposto não recolhimento do ICMS- DIFAL devido na operação interestadual **destinada a consumidor fiscal não contribuinte de ICMS**, entendendo a Autoridade Fiscal que a suposta falta de recolhimento do ICMS-DIFAL se enquadrava como infração à legislação tributária, com base no enquadramento legal constante da Notificação Fiscal, bem como era caso de aplicação de multa com base na alínea "a", do inciso II, do art. 42 da Lei Estadual de nº 7.014/96.

Proferiu no tópico “*Inexistência do Débito Reclamado – ICMS-DIFAL Recolhido Via Depósito Judicial*” que como é de conhecimento dos Estados da Federação, o Supremo Tribunal Federal - STF, em 24 de fevereiro de 2021, nos autos do Recurso Extraordinário e nº 1.287.019/DF (Tema de nº 1.093 de Repercussão Geral), decidiu ser inconstitucional a cobrança do ICMS-DIFAL nas operações que destinem bens a consumidores finais não contribuintes do ICMS, devido à falta da Lei Complementar veiculando normas gerais e instituindo de fato a cobrança do tributo no país.

Registrhou que como forma de resguardar os orçamentos públicos de cada Unidade Federativa que praticava a indevida cobrança há anos, como o Estado da Bahia, o STF modulou os efeitos da mencionada decisão, de modo que a cobrança do ICMS-DIFAL pelos Estados só passasse a ser indevida a partir do primeiro dia do exercício financeiro seguinte à conclusão do julgamento de repercussão geral, ou seja, a partir de 1º de janeiro de 2022, caso não houvesse a publicação da respectiva Lei Complementar até esta data.

Explicou que a Lei Complementar responsável pela regulamentação do ICMS-DIFAL só veio a ser publicada em **05 de janeiro de 2022**, razão pela qual esta deveria se submeter ao Princípio Constitucional da Anterioridade Nonagésima e de Exercício, como consta no próprio art. 3º da Lei Complementar nº 190/2022.

Salientou que nesse sentido, a Notificada ingressou com o **Mandado de Segurança de nº 8019723-79.2022.8.05.0001** perante o Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, no intuito de resguardar seu direito líquido e certo de só recolher o ICMS-DIFAL nas operações a consumidores finais não contribuintes do ICMS no próximo exercício financeiro, ou seja, no ano de 2023.

Garantiu que com o fito de se resguardar contra autuações como a presente e possíveis retenções de mercadorias, a Notificada optou por realizar o depósito judicial mensal dos valores relativos ao ICMS-DIFAL supostamente devido nas operações da empresa ao Estado da Bahia neste contexto, os valores tributários apurados e depositados pelos contribuintes gozam da suspensão da exigibilidade, por força do que dispõe o artigo 151, inciso II, do Código Tributário Nacional - CTN.

Sublinhou que para corroborar a suspensão da exigibilidade expressa no CTN, a Notificada requereu, em sede de pedido liminar, a autorização do juízo para realização dos depósitos mensais, bem como o reconhecimento da suspensão da exigibilidade dos valores depositados judicialmente, o que foi reconhecido pelo juízo da 3ª Vara da Fazenda Pública de Salvador, conforme decisão anexa (fls. 54 a 56), e para comprovação que os valores exigidos na presente notificação estão depósitos judicialmente nos autos do Mandado de Segurança de nº 8019723-79.2022.8.05.0001, a Notificada apresentou a guia de depósito judicial e seu respectivo

comprovante de pagamento (fl. 58), referente à apuração realizada para o mês de outubro do presente ano, no valor de R\$ 40.314,64, não tendo sido a operação referente à Nota Fiscal de nº 122.465 a única realizada pela Notificada no mês de outubro, o valor de R\$ 6.865,29 esta englobado neste montante depositado judicialmente no referido mês.

Finalizou no tópico “**Pedido**” que pelo exposto, a Notificada requer que esta Secretaria de Fazenda reconheça a improcedência/nulidade da Notificação Fiscal de nº 2989421613/22-0, uma vez que os valores exigidos por meio desta estão com sua exigibilidade suspensa, devido ao seu depósito judicial nos autos do Mandado de Segurança de nº 8019723-79.2022.8.05.0001.

Verifico que por ter sido revogado o art. 53 do RPAF/99 através de norma publicada em **18/08/2018**, referente ao Decreto de nº 18.558/18, não consta a Informação Fiscal.

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, Trânsito de Mercadorias, lavrada em 13/10/2022, exige da Notificada ICMS **no valor histórico de R\$ 6.865,29**, mais multa de 60%, equivalente a R\$ 4.119,18, perfazendo um total de R\$ 10.984,47, em decorrência do cometimento da Infração **(062.001.002) de o remetente e ou prestador localizados 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 e serviços destinados a consumidor final – contribuinte ou não – localizado neste Estado.**

O enquadramento legal seguiu a Infração tipificada referenciando ao Inciso IV do art. 2º; inciso II do § 4º do art. 2º; § 7º do art. 15 e art. 49-B da Lei de nº 7.014/96 c/c com o art. 99 do ADCT da CF/88, acrescido pela EC de nº 87/2015; e Convênio ICMS 93/15, e Multa prevista na alínea ‘a’, Inciso II, do art. 42 da Lei de nº 7.014/96.

Tem-se que a presente Notificação Fiscal resultou de uma ação de fiscalização realizada por Autoridade Fiscal do Posto Fiscal Benito Gama (fl. 01), relacionado ao DANFE da Nota Fiscal eletrônica (NF-e) **de nº. 122.465**, emitido na data de **07/10/2022**, pela **Empresa Metalúrgica Barra do Pirai S/A.**, localizada no Estado do **Rio de Janeiro**, carreando as mercadorias com NCM de nº. 7308.90.90 (Telha Easyroof) e tendo como destinatário a **2F17 Administração de Bens Próprios LTDA., não contribuinte do ICMS**, localizada no **Município de Feira de Santana**, sem o pagamento do diferencial de alíquotas do ICMS nas operações e prestações que destinem bens e serviços a consumidor final não contribuinte do ICMS, localizado em outra Unidade Federada, em consonância com a exigência estabelecida no inciso IV, do artigo 2º da Lei de nº 7.014/96, e em consonância com a cláusula primeira do Convênio ICMS 93/2015.

Relativamente ao momento da **instantaneidade da ação fiscal** do trânsito de mercadorias, essa ocorreu na mesma data da **lavratura**, ou seja, em **13/10/2022**. Consta nos autos a consulta realizada dos pagamentos realizados pela Notificada, indicando que “**Não foi localizado nenhum pagamento para o usuário informado**”, indicando razão social: Não Cadastrado em Contribuinte não Inscrito.

Entendo que antes de que seja feito qualquer exame acerca dos aspectos preliminares, procedimentais e meritórios em torno do presente lançamento, exsurge uma questão prejudicial que inviabiliza a prossecução do julgamento e a continuidade do debate administrativo da exigência tributária.

Verifica-se que a Notificada impetrou **Mandado de Segurança Cível de nº 8019723-79.2022.8.05.0001** (fls. 53 a 55), em trâmite perante a 3º Vara da Fazenda Pública da Comarca de

Salvador- BA, visando **obter autorização judicial para deixar de recolher em favor** do Estado da Bahia a contar da data de 01/01/2022, a parcela do DIFAL-ICMS, com pedido de liminar, a qual fora concedida na data de 22/02/2022, donde o Excelentíssimo Magistrado, proferiu decisão, em suma nos seguintes termos:

(...)

Posto isso, concedo a liminar para determinar que a autoridade impetrada, ou quem suas vezes fizer, por si ou por seus agentes, abstenha-se de praticar todo e qualquer ato tendente cobrança do ICMS-DIFAL com base na Lei Estadual de nº. 14.4125/2021, a exemplo de impedir ou apreender mercadorias, promover a inscrição do nome da impetrante em cadastros do tipo CADIN e SERASA etc., com base na lei Estadual de nº. 14.4125/2021 e Lei Complementar de nº. 190/2022 até ulterior deliberação. (grifei)

Note-se ser claro o *decisum* no tocante de que a autoridade impetrada (Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia) se abstivesse de praticar todo e qualquer ato tendente a cobrança do **ICMS-DIFAL**.

O Mandado de Segurança é uma **medida judicial** a qual procura, com rapidez, um direito considerado “líquido e certo”, ou seja, um direito facilmente demonstrável, garantido por lei ou expresso em regulamento ou norma, que esteja sendo violado ou prestes a ser violado por uma autoridade. É chamado de remédio jurídico **por ser um mecanismo mais rápido** para se obter a garantia pretendida e **admitir decisão liminar**, possibilitando que o juiz determine desde logo que o direito seja garantido, **antes de julgar em definitivo o mérito do pedido**. Assim sendo, inerente ao Mandado de Segurança **está a liminar** que se presta para assegurar o direito, reparando, logo no início da demanda, ainda que provisoriamente, a violação cometida.

Importante ressaltar que não há impedimento ao exercício do direito da Fazenda Pública Estadual de efetuar o lançamento, nos termos do art. 142 do Código Tributário Nacional - CTN. Equivale dizer que deve o lançamento ser efetuado no intuito de prevenir a decadência.

(...)

Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.

Parágrafo único. A atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional.

(...)

Do deslindado não consta nos autos o julgamento definitivo do mérito da medida judicial impetrada na data de 22/02/2022, anterior à lavratura da notificação, 13/10/2022, nesta esteira, o RPAF-BA/99 é cristalino ao determinar que a **propositura de medida judicial** pelo contribuinte implicar-se-á na desistência da impugnação na seara administrativa, consoante a inteligência do art. 117, a saber:

“Art. 117. A propositura de medida judicial pelo sujeito passivo importa a renúncia ao poder de recorrer na esfera administrativa ou a desistência da impugnação ou recurso acaso interposto.

§ 1º O Auto de Infração será remetido à DARC para inscrição na Dívida Ativa, na forma prevista no art. 113:

I - na fase em que se encontre, tratando-se de ação judicial relativa a Auto de Infração preexistente;

II - imediatamente após a sua lavratura ou quando se tomar conhecimento da existência da ação judicial, quando esta for anterior ao Auto de Infração, caso a discussão judicial diga respeito especificamente à matéria objeto do procedimento administrativo” (negritos da transcrição)

Constata-se que regra semelhante se encontra resguardada na Lei de nº. 3956/81 (Código Tributário do Estado da Bahia – COTEB), pelo comando do art. 126, c/c o art. 127-C, IV:

“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”.

Art. 127-C. Encerra-se o processo administrativo fiscal, contencioso ou não, com:

(...)

IV - a desistência da defesa ou do recurso, inclusive em decorrência da escolha da via judicial.”

Portanto, ao tomar esta Relatoria ciênciça da existênciça de **Mandado de Segurança**, que se discute matéria de deixar-se de recolher em favor do Estado da Bahia a parcela do DIFAL-ICMS, não se quedam de que qualquer apreciação acerca da impugnação do contribuinte restou **prejudicada**, em face do esgotamento da instânciça administrativa, devendo o Processo Administrativo Fiscal – PAF ser encaminhado ao setor competente.

Isto exposto, tenho a Notificação Fiscal como subsistente, tendo em conta estar a defesa apresentada prejudicada.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, considerar **PREJUDICADO** o exame da impugnação à Notificação Fiscal nº **298942.1613/22-0**, lavrada contra **METALÚRGICA BARRA DO PIRAI S/A**, devendo ser intimado o notificado para efetuar o pagamento no valor de R\$ **6.865,29**, acrescida de multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a”, da Lei nº 7.014/96, bem como os acréscimos legais.

O feito deve ser encaminhado para a Procuradoria Geral do Estado, através de sua Procuradoria Fiscal, para adoção das medidas cabíveis.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 27 de junho de 2023.

VLADIMIR MIRANDA MORGADO – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

EDUARDO DUTRA FREITAS – RELATOR

MARCELO MATTEDI E SILVA - JULGADOR