

N. F. Nº - 206906.0197/22-4
NOTIFICADO - SCIENTIFIC SUPORTE A VIDA LTDA.
NOTIFICANTE - LUIS CARLOS GARCIA MONTEIRO DA COSTA
ORIGEM - DAT SUL / IFMT SUL / POSTO FISCAL FRANCISCO HEREDA
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 08.08.2023

5^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO JJF Nº 0117-05/23NF-VD**

EMENTA: ICMS. FALTA DE RECOLHIMENTO. DIFAL. 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, **no Modelo Fiscalização de Trânsito**, lavrada em **20/10/2022** exige da Notificada ICMS no valor histórico de R\$ 17.099,78 mais multa de 60%, equivalente a R\$ 10.259,87 perfazendo um total de R\$ 27.359,65 em decorrência do cometimento de uma única infração:

Infração 01 – **050.001.002** – Deixou o estabelecimento remetente de mercadoria bem e o prestador de serviço destinados a consumidor final, contribuinte do imposto, de recolher o ICMS decorrente da diferença de alíquotas internas e interestaduais, na hipótese do inciso XVI, do art. 4º da Lei nº 7.014/96.

Enquadramento Legal: Inciso II do § 4º do artigo 2º; Inciso XVI do artigo 4º e item 2 da alínea “J” do inciso I e o item 2 da alínea “c” do inciso II do art. 13 da Lei nº 7.014/96 c/c EC de nº 87/2015, e Convênio ICMS 93/15. Multa tipificada no art. 42, inciso II, alínea “F”, da Lei nº 7.014/96 do Estado da Bahia.

O Notificante acrescentou na descrição dos fatos que se trata de:

“O contribuinte acima identificado, deixou de recolher o ICMS referente ao DIFAL destacado na nota de origem de nº. 41.312, conforme EC de nº. 81/15”

Anexo aos autos, dentre outros, encontram-se os seguintes documentos: a Notificação Fiscal de nº. **2069060197/22-4**, devidamente assinada pelo Auditor Fiscal (fl. 01); o Demonstrativo de Débito (fl. 02); a planilha de cálculo elaborada pelo Notificante (fl. 04); o **Termo de Ocorrência Fiscal de nº. 2323271036/22-1**, datado de **19/10/2022** (fls. 03 e 04.); cópia do DANFE da Nota Fiscal Eletrônica (NF-e) de nº. **041.312** procedente de Pernambuco (fl. 05), emitida em 01/10/2022, pela Empresa **“Safe Supor te a Vida e Comércio Internacional Ltda.”**, **Contribuinte não inscrito**, tendo como natureza da operação **Venda de Mercadorias Adquirida de Terceiro**, correspondente às mercadorias de NCM de nº. 9022.14.13 (Aparelho Densitometria Óssea Hologic Modelo Horizontal), tendo como destinatário **Eliz Clínica Médica Ltda.**, **CNPJ 04.910.762/0001-86**, **Não contribuinte**, Amaralina, Salvador/Ba; histórico dos pagamentos realizados (fl. 06).

A Notificada se insurge contra o lançamento, através de representante, manifestando impugnação, onde a peça de defesa consta apensada aos autos, documentação probatória folhas 18 a 80, protocolizada na IFMT NORTE/COORD. ATEND. na data de 13/02/2023 (fl. 15).

Em seu arrazoado a Notificada iniciou sua defesa no tópico **“Dos Fatos”** onde descreveu a infração lhe imputada, o enquadramento legal e a multa exigida e no tópico **“Das Razões para a**

Anulação da Notificação Fiscal” contou que a Notificação Fiscal é lavrada sobre “o não recolhimento do ICMS – DIFERENCIAL DE ALÍQUOTAS” de mercadoria remetida a destinatário não contribuinte, que quando em 30/12/2021 foi publicada a Lei de nº. 1.608/2021 para tratar do DIFAL, o nosso setor jurídico se valendo dos princípios da anterioridade do exercício em que diz e por entender a majoração do tributo só passaria a valer a partir de primeiro de janeiro do exercício seguinte, e que ainda assim deveria se valer do princípio nonagesimal, decidiu-se por impetrar Mandado de Segurança no Estado da Bahia para que o ICMS Diferencial de Alíquotas a Não Contribuinte fosse arrecadado por contas de depósito judicial e assim fizemos, efetuamos o pagamento em conta judicial e seguiu o transporte ao longo do ano de 2022, a mesma forma ocorreu no transporte da Nota Fiscal de nº. 41.312 emitida em 01/10/2022.

Finalizou no tópico “**Conclusão**” que é incabível a Notificação Fiscal apresentada pelos motivos de que ocorreu equívoco quanto à cobrança, visto que o pagamento por guia de depósito judicial foi efetuado em 03/10/2022, ou seja, recolhido 17 dias antes de ter sua passagem no Posto Fiscal e emitida a Notificação Fiscal, nestes termos, pede a Notificada a completa anulação.

Verifico não haver Informação Fiscal por **força de norma publicada em 18/08/2018**, referente ao Decreto de nº 18.558/18.

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 epígrafe, no Modelo Fiscalização de Estabelecimento, lavrada em **20/10/2022** exige da Notificada ICMS no valor histórico de R\$ 17.099,78 mais multa de 60%, equivalente a R\$ 10.259,87 perfazendo um total de R\$ 27.359,65 em decorrência do cometimento de uma única infração **(050.001.002) de ter deixado o estabelecimento remetente** de mercadoria bem e o prestador de serviço destinados a consumidor final, contribuinte do imposto, **de recolher o ICMS decorrente da diferença de alíquotas** internas e interestaduais, na hipótese do inciso XVI, do art. 4º da Lei de nº. 7.014/96.

O enquadramento legal utilizado baseou-se no inciso II, do § 4º do artigo 2º; Inciso XVI do artigo 4º e item 2 da alínea “J” do inciso I e o item 2 da alínea “c” do inciso II do art. 13 da Lei nº 7.014/96 c/c EC de nº. 87/2015, e Convênio ICMS 93/15 e multa tipificada no art. 42, inciso II, alínea “f” da Lei nº 7.014/96 do Estado da Bahia.

Preliminarmente, constato que o presente lançamento foi efetuado de forma comprehensível, foram indicados os dispositivos infringidos e da multa aplicada relativamente às irregularidades apuradas, 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 da Notificação Fiscal.

A presente Notificação Fiscal resultou de uma ação de fiscalização realizada por Autoridade Fiscal do Posto Fiscal Francisco Hereda, através da abordagem de veículo da Transportadora “Scientific Suporte a Vida LTDA”. (fl. 02), que carreava o DANFE da Nota Fiscal Eletrônica (NF-e) de nº. **041.312** procedente de Pernambuco (fl. 05), emitida em 01/10/2022, pela Empresa **“Safe Suporte a Vida e Comércio Internacional Ltda.”**, **Contribuinte não inscrito**, tendo como natureza da operação **Venda de Mercadorias Adquirida de Terceiro**, correspondente às mercadorias de NCM de nº. 9022.14.13 (Aparelho Densitometria Óssea Hologic Modelo Horizontal), tendo como destinatário **Eliz Clínica Médica Ltda.**, **CNPJ 04.910.762/0001-86**, **Não contribuinte**, donde a Notificada não recolheu o ICMS DIFAL nas saídas de mercadorias destinadas a consumidor não contribuinte conforme o supracitado enquadramento legal da Lei de nº. 7.014/96.

Relativamente ao momento da **instantaneidade da ação fiscal** do trânsito de mercadorias, essa ocorreu na data de **19/10/2022**. 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 de nº 8045635-78.2022.8.05.0001 (fls. 24 a 44), em trâmite perante a 4º 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 11/04/2022, a parcela do DIFAL-ICMS, a Não Contribuinte, com pedido de Tutela de Urgência, a qual fora denegada em Decisão Interlocutória em 25/04/2022 (fl. 69).

Tem-se que 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 **11/04/2022**, **anterior à lavratura da notificação, 20/10/2022**. 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 como prejudicada a Defesa da Notificada em razão de propositura de medida judicial.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, em instânciça ÚNICA, considerar **PREJUDICADO** o exame da impugnação à Notificação Fiscal nº **206906.0197/22-4**, lavrada contra **SCIENTIFIC SUPORTE A VIDA LTDA.**, devendo ser intimado o notificado, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 17.099,78**, acrescido de multa de 60%, prevista no art. 42, II, “F”, da Lei nº 7.014/96, bem como dos acréscimos legais, devendo o feito ser encaminhado para a Procuradoria Geral do Estado, através de sua Procuradoria Fiscal, para adoção das medidas cabíveis.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 20 de julho de 2023.

VLADIMIR MIRANDA MORGADO – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

EDUARDO DUTRA FREITAS - RELATOR

MARCELO MATTEDI E SILVA - JULGADOR