

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

5ª 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 de 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 **41.312** 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**, 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 compreensível, 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 carregava 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 4ª 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 ciência da existência 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 instância 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 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, em instância 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