

A. I. N° - 207104.0016/23-4
AUTUADO - CPX DISTRIBUIDORA S/A
AUTUANTE - LUIZ GONZAGA ALVES DE SOUZA
ORIGEM - DAT METRO / IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 13/11/2023

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**ACORDÃO JJF N° 0169-01/23-VD**

EMENTA: ICMS. OPERAÇÕES INTERESTADUAIS COM MERCADORIAS DESTINADAS A CONSUMIDORES FINAIS NÃO CONTRIBUINTES DO ICMS, LOCALIZADOS NESTE ESTADO. FALTA DE REPASSE, AO ESTADO DA BAHIA, DA PARCELA DEVIDA EM FUNÇÃO DA EC n° 87/15. O autuado interpôs Mandado de Segurança, antes do lançamento fiscal, obtendo liminar que permitia ao impugnante fazer o depósito judicial dos débitos, decorrentes do DIFAL 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, conforme art. 126, do COTEB. **DEFESA PREJUDICADA.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração lavrado em 31/05/2023, exige ICMS no valor histórico de R\$ 638.797,99, mais multa de 60%, imputando ao autuado a seguinte irregularidade:

Infração 01 - 002.001.028 – O remetente e/ou prestador localizado neste estado, inclusive o optante pelo simples nacional, deixou de recolher ICMS partilhado – devido ao estado da Bahia em função da EC n° 87/15 – em operações ou prestações que destinaram mercadorias, bens ou serviços a consumidor final – não contribuinte do imposto – localizado em outra unidade da Federação, nos meses de setembro a dezembro de 2020 e janeiro de 2021.

Enquadramento Legal: Art. 49-C da Lei 7014/96; Art. 99 do ADCT da CF/88, acrescido pela ED n° 87/2015; Convênio ICMS 93/15. Multa Aplicada: Art. 42, II, “f” da Lei 7014/96.

Consta ainda descrito: “*Refere-se ao período de setembro/2020 a janeiro/2021, meses em que esta empresa deixou de fazer o pagamento dos débitos mensais apurados e informados através das respectivas GIA ST (cópias anexas), assim como não foram identificados/comprovados os alegados depósitos judiciais referentes a estes débitos*”.

O contribuinte foi notificado do Auto de Infração em 20/06/23 (DT-e à fl. 13) e ingressou tempestivamente com defesa administrativa em 16/08/23, peça processual que se encontra anexada às fls. 16 a 20. A Impugnação foi formalizada através de petição subscrita por seu advogado, o qual possui os devidos poderes, conforme instrumento de procuração constante nos Autos à fl. 24.

A Impugnante inicia sua peça defensiva abordando sua tempestividade.

Na sequência alega a impossibilidade de cobrança de imposto depositado em juízo, citando o disposto no art. 151, II, do CTN.

Informa que impetrou o Mandado de Segurança (“MS”) n° 0545569-22.2018.8.05.0001 (Doc. 04) perante a 3ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Salvador, para questionar a exigência do Diferencial de Alíquota do ICMS (“DIFAL”), relativamente a operações interestaduais com mercadorias vendidas a consumidores finais não-contribuintes do ICMS localizados neste Estado.

Acrescenta que com o ajuizamento da referida ação, a impugnante utilizou da faculdade prevista no art. 151, II, do Código Tributário Nacional para depositar judicialmente os valores em discussão, e que por conta disso, quaisquer débitos dessa natureza deveriam estar com a sua exigibilidade suspensa por força dos depósitos.

Salienta que a empresa optou por esse procedimento, justamente, para evitar qualquer prejuízo ao Fisco e, ao mesmo tempo, garantir que também não sofresse nenhuma sanção política até o julgamento final do processo.

Reclama que mesmo com a exigibilidade suspensa dos respectivos créditos tributários do DIFAL, foi surpreendida pela lavratura do presente Auto de Infração.

Destaca que houve realização de depósito judicial relativo ao crédito tributário ora cobrado nesse procedimento administrativo na ação antiexacional nº 0545569-22.2018.8.05.0001 (Doc. 05).

Frisa que o depósito judicial é um direito subjetivo do contribuinte e que suspende a exigibilidade do crédito tributário, nos termos do art. 151, II, CTN, que traz à colação, como também trecho do RESP nº 1.140.956, do STF, visando sustentar sua argumentação.

Aduz que diante da inexigibilidade do montante ora exigido, não há em que se falar em multa e juros sobre o valor principal, e que a improcedência do Auto de Infração lavrado é medida de rigor.

Em seguida passa a questionar a constitucionalidade da cobrança, citando precedentes vinculantes.

Menciona que em 24/02/2021, houve o julgamento do Tema 1093, com repercussão geral, e da ADI 5469, em controle concentrado de constitucionalidade, pelo qual foi reconhecida a necessidade de lei complementar prévia de normas gerais para viabilizar a cobrança do imposto questionado.

Pontua que houve modulação de efeitos desses julgamentos, de forma que a eficácia inexigibilidade da exação vigorasse apenas no exercício fiscal de 2022, mas que houve expressa ressalva às ações em curso à época do julgamento, para as quais diz que a exigência do tributo jamais foi válida.

Volta a ressaltar a ação antiexacional nº 0545569-22.2018.8.05.0001, impetrada em 02/08/2018, para discutir a exigibilidade do tributo, e assinala que a mesma está ressaltada da modulação de efeitos.

Esclarece que isso ocorre pois os ditos paradigmas são vinculantes e imediatamente aplicáveis tanto naquela ação individual quanto no caso concreto (art. 927, I e III, do CPC). Assevera que a cobrança do tributo em debate já foi declarada inconstitucional e, portanto, o título executado não é mais exigível.

Comenta que a publicação de acórdão (relativo à ADI 5456), em quaisquer das modalidades de julgamento supracitadas (repercussão geral e controle concentrado de constitucionalidade), vincula objetivamente o direito a ser aplicado nas ações individuais pelos órgãos fracionários dos tribunais de justiça, sob pena de violação das disposições contidas no art. 927, inc. I e III, e art. 1.040, inc. III, do CPC, bem como do art. 28, parágrafo único, da Lei 9.868/1999.

Dessa forma, considera que a decisão da ação antiexacional impetrada está diretamente ligada aos precedentes vinculantes objeto dos julgamentos do Tema 1093/STF e da ADI 5456, e que o prosseguimento deste Auto de Infração, além de violar os dispositivos supramencionados, contraria firmemente o posicionamento firmado pela Suprema Corte.

Ao final, requer:

a) Seja acolhida integralmente a presente Impugnação, para o fim de se julgar improcedente o Auto de Infração e, por via de consequência, cancelar a exigência nele consubstanciada;

b) Seja suspensa a exigibilidade do tributo discutido no presente auto de infração, nos termos do art. 151, II, do CTN;

c) Na remota hipótese de manutenção da cobrança, o que não se acredita, que seja determinado o cancelamento da multa aplicada, porquanto os valores depositados foram realizados na integralidade e dentro da data prevista na legislação para pagamento do tributo, consoante prevê expressamente o Código Tributário Nacional.

O autuante presta informação fiscal, às fls. 109/111, inicialmente destacando que o autuado não discute o montante envolvido na autuação, mas tão somente a legalidade da cobrança em função do Mandado de Segurança interposto, e a constitucionalidade da exigência.

Aduz que de fato o Mandado de Segurança em referência (distribuído em 2018) autorizou liminarmente que o autuado fizesse o depósito judicial dos débitos, decorrentes do DIFAL do ICMS, para assim obter a suspensão da exigibilidade do crédito estadual, conforme previsto no art. 151, II, do CTN.

Entretanto, assevera que os comprovantes anexados com a Impugnação, presentes às fls. 90 (set/2020), 95 (out/2020), 97 (nov/2020), 99 (dez/2020) e 103 (jan/2021), se referem a depósitos feitos pela empresa AGILE DISTRIBUIDORA LTDA, CNPJ nº 22.226.515/0001-47, pelo que considera que os mesmos não servem para afastar a exigência do crédito tributário reclamado através da presente autuação.

Reconhece que a AGILE DISTRIBUIDORA, juntamente com o autuado, integra o polo ativo do MS acima citado, mas assinala que a permissão do CTN, e também a liminar expedida a favor do impugnante, e demais impetrantes, não contém qualquer aleatoriedade quanto à responsabilidade dos referidos depósitos, ou seja, consigna que é o sujeito passivo da obrigação tributária que deve adotar tal providência processual para assim obter suspensão da respectiva exigibilidade.

Registra, ainda, que o Mandado de Segurança em questão não foi julgado quanto ao mérito da demanda submetida ao crivo do Juízo da 3ª VFP, e que talvez por isto o autuado já ingressou com outro MS, distribuído sob o nº 8045044-19.2022.8.05.0001 (11ª VFP), no qual já foi proferida a sentença que anexa às fls. 112 a 123.

Diz que essa sentença, em consonância com a Decisão proferida pelo Egrégio STF no julgamento das ADIs 7066, 7070 e 7078, reconheceu que com o advento da Lei Estadual nº 14.415/2021 e Lei Complementar Federal nº 190/2022, publicada em 05/01/2022, que o Estado da Bahia somente não poderia cobrar o referido DIFAL do ICMS em relação aos fatos geradores ocorridos no período de 01/01/2022 a 05/04/2022.

Ao final, aduzindo que o autuado não dispõe de qualquer decisão judicial definitiva que impeça a cobrança dos débitos em questão, assim como não apresentou comprovantes válidos dos alegados depósitos judiciais, solicita que o Auto de Infração seja julgado procedente.

VOTO

Inicialmente, verifico que 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 apurado consoante o levantamento e documentos acostados aos autos. Foram observados, portanto, todos os requisitos previstos no art. 39 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF), Decreto nº 7.629/99.

No mérito, o presente processo imputa ao autuado a seguinte infração: o remetente e/ou prestador localizado neste estado, inclusive o optante pelo simples nacional, deixou de recolher ICMS partilhado – devido ao estado da Bahia em função da EC nº 87/15 – em operações ou prestações que destinaram mercadorias, bens ou serviços a consumidor final – não contribuinte do imposto – localizado em outra unidade da Federação

Contra a exação, sem contestar os dados nem valores exigidos, a Impugnação alegou a ilegitimidade da exação tendo em vista o reconhecimento do direito de não recolher os débitos de ICMS DIFAL envolvendo mercadorias destinadas a consumidores na forma instituída no Convênio ICMS 93/15, enquanto não for editada uma LC regulamentadora da EC 87/2015, conforme decisão do STF.

Argumentou, ainda, que lhe foi concedida liminar em Mandado de Segurança, impetrado antes da ação fiscal, assegurando-lhe o direito de recolher o imposto questionado via depósito judicial.

Sem embargo, cabe de logo ressaltar que a exigência do imposto em questão está prevista em lei (art. 49-C, da Lei 7014/96; art. 99, do ADCT da CF/88, acrescido pela ED nº 87/2015; e Convênio ICMS 93/15).

Ademais, este órgão 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 art. 167, do RPAF/BA.

Por outro lado, efetivamente o autuado impetrou o Mandado de Segurança (“MS”) nº 0545569-22.2018.8.05.0001 (Doc. 04) perante a 3ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Salvador, para questionar a exigência do Diferencial de Alíquota do ICMS (“DIFAL”), relativamente a operações interestaduais com mercadorias vendidas a consumidores finais não-contribuintes do ICMS localizados neste Estado, obtendo liminar permitindo ao impugnante fazer o depósito judicial dos débitos, decorrentes do DIFAL do ICMS, para assim obter a suspensão da exigibilidade do crédito estadual, conforme previsto no art. 151. II, do CTN.

Embora o autuante reconheça que a empresa AGILE DISTRIBUIDORA, juntamente com o autuado, integra o polo ativo do MS acima citado, entende que os depósitos judiciais realizados não podem ser considerados, dizendo que os mesmos foram feitos em nome da empresa supra citada.

Entretanto da análise dos documentos anexados aos autos pelo autuado, verifico que apesar dos boletos de cobrança das Guias de Depósito Judicial, terem sido emitidas em nome da Agile Distribuidora, os comprovantes de pagamento para o Sistema DJO foram realizadas pela empresa autuada, ou seja, a CPX Distribuidora, conforme documentos às fls. 91, 96, 98, 100 e 104.

Vale salientar, que é comum em demandas judiciais onde constam mais de um impetrante, os documentos emitidos pela justiça serem em nome de apenas o que encabeça a demanda.

Com base no acima exposto, considero que o autuado cumpriu o que determinou a liminar ora analisada.

Destarte, o caput do art. 117 do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, estabelece que “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”.

Já os artigos 126 e 127-C, IV, do Código Tributário do Estado da Bahia - COTEB estabelecem 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.

...

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.”

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.

Diante do exposto, resta **PREJUDICADA** a defesa interposta, devendo o processo ser encaminhado à PGE/PROFIS para a adoção das medidas cabíveis.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, declarar **PREJUDICADA** a defesa interposta, relativa ao Auto de Infração nº **207104.0016/23-4**, lavrado contra **CPX DISTRIBUIDORA S/A** no valor de **R\$ 638.797,99**. Deverá o autuado ser cientificado desta Decisão, com posterior remessa dos autos à PGE/PROFIS para a adoção das medidas cabíveis, conforme art. 126 do COTEB.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 09 de outubro de 2023.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

LUÍS ROBERTO DE SOUSA GOUVEA – RELATOR

OLEGÁRIO MIGUEZ GONZALEZ – JULGADOR