

A.I. Nº - 279464.0005/22-9
AUTUADO - TRONOX PIGMENTOS DO BRASIL S.A.
AUTUANTE - MARCO ANTONIO CARVALHO DE MATOS
ORIGEM - DAT METRO – IFEP INDÚSTRIA
PUBLICAÇÃO - INTERNET 12/09/2023

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0170-02/23-VD

EMENTA: ICMS. 1. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS DESTINADAS A CONSUMO DO ESTABELECIMENTO. MÉRITO. EXTINÇÃO DO PROCESSO. ESCOLHA DA VIA JUDICIAL. ESGOTADA A VIA ADMINISTRATIVA. O contribuinte, de forma antecedente ao lançamento de ofício, optou em levar a discussão da metodologia de determinação da base imponible do ICMS-DIFAL para o Poder Judiciário. A lide, motivo da apreciação pelo Judiciário, não envolveu a forma de cálculo do ICMS-DIFAL nos casos de remetentes estabelecidos em outras unidades da Federação optantes do Simples Nacional. Questão apreciada e conforme disposto no RICMS no art. 321, inc. VIII e § 1º, de ofício, os cálculos foram refeitos. Defesa prejudicada quanto à apreciação do mérito, tendo em vista que a matéria se encontra sub judice no âmbito do Poder Judiciário. A exigibilidade do crédito tributário, deve ficar suspensa até decisão final pelo Poder Judiciário. Defesa **PREJUDICADA**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração foi lavrado em 12/12/2022, para exigir o crédito tributário no valor histórico de R\$ 424.351,27, acrescido da multa de 60%, tipificada no art. 42, inc. II, alínea “F” da Lei nº 7.014/96, pela constatação da infração a seguir descrita.

INFRAÇÃO 01 – 006.005.001: Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo e/ou consumo do próprio estabelecimento.

O autuante informa: “Conforme demonstrado nas planilhas do Anexo I-1, onde encontra-se o demonstrativo analítico indicando os meses em que o DIFAL decorrente das aquisições, foram recolhidas em valores inferiores ao devido e do Anexo I-2 - Resumo do débito de DIFAL recolhido a menor para os Exercícios de 2019 e 2020”.

Enquadramento legal: art. 4º, inc. XV da Lei nº 7.014/96, c/com o art. 305, § 4º, inc. III, alínea “a” do RICMS/2012.

A autuada através de seus advogados impugnou o lançamento, fls. 36 a 50, onde inicialmente demonstrou a tempestividade da defesa, fez um breve relato dos fatos, reproduziu a infração e prometeu evidenciar que não houve recolhimento a menor do ICMS-DIFAL, pelas seguintes razões: (i) em relação a operações de aquisições realizadas que envolveu fornecedores optantes do Simples Nacional, a Fiscalização utilizou critério que majorou de forma indevida a base de cálculo do imposto devido a Bahia, desrespeitando a Lei Complementar, bem como do RICMS/BA; e (ii) existência, prévia à autuação, de depósitos judiciais dos valores do ICMS-DIFAL, inclusive em valores superiores ao lançado.

Ao tratar, no seu entender, do equivocado critério adotado para cálculo do diferencial de alíquotas relativas à operações com fornecedores optantes do Simples Nacional, enfatiza que

desde o procedimento fiscalizatório, reiterou a necessidade de adoção das alíquotas interestaduais para apuração e cálculo do ICMS-DIFAL devido a Bahia nas situações envolvendo fornecedores situados em outros estados optantes do Simples Nacional, de modo a fazer cumprir a Lei Complementar nº 123/2006, bem como o RICMS/BA.

Explica que nestas situações o ICMS-DIFAL deve ser calculado, por imposição legal, tomando por base as alíquotas aplicáveis às pessoas jurídicas não optantes pelo Simples Nacional, e não a partir da alíquota a que o fornecedor está sujeito por conta de tal regime simplificado, como de forma inapropriada considerou o autuante.

Complementa que essas diretrizes legais relacionadas ao Simples Nacional são originadas da própria Lei Complementar nº 123/2006, ao determinar que se utilize para fins de cálculo do ICMS-DIFAL, as alíquotas aplicáveis a pessoas jurídicas não optantes desse regime, conforme art. 13, inc. VII, § 1º, inc. XIII, alínea “h” e § 5º, dispositivos copiados.

Conclui que Lei Complementar não exige o adquirente das mercadorias do pagamento do ICMS-DIFAL, quando o fornecedor dessas mercadorias, situado em outro estado, adota o citado regime simplificado. Contudo, para não prejudicar os fornecedores optantes do Simples Nacional, a lei determina que o cálculo do ICMS-DIFAL para o estado destinatário, no caso, a Bahia, deve ser realizado *“tomando por base as alíquotas aplicáveis às pessoas jurídicas não optantes”*, caso contrário, os destinatários dessas mercadorias seriam onerados com a majoração do ICMS-DIFAL e, conseqüentemente, induziria as empresas a não adquirirem materiais de uso e consumo de tais fornecedores.

Destaca que estas disposições foram internalizadas pela Bahia no seu RICMS, conforme consta no art. 321, inc. VIII e § 1º, reproduzido.

Repisa que o cálculo do ICMS-DIFAL devido a Bahia não poderá partir da carga tributária efetiva do estado de origem de fornecedores optantes do Simples Nacional, devendo se pautar com base nas alíquotas interestaduais aplicáveis aos contribuintes não optantes pelo Simples Nacional, que estão parametrizadas pela maioria dos estabelecimentos comerciais e industriais considerando que atualmente só existem três alíquotas possíveis: 4%, 7% e 12%, as quais servem de base para apuração do ICMS-DIFAL.

Plota recorte do levantamento fiscal - Anexo I-1, exemplificando três operações oriundas de pessoas jurídicas optantes do Simples Nacional situadas no Rio de Janeiro e São Paulo, cuja alíquota interestadual deveria ser de 7%, contudo, foram consideradas a carga tributária efetiva decorrente do Simples Nacional e não das pessoas jurídicas não optantes, dos respectivos estados de origem.

Plota mais um trecho do demonstrativo para destacar que os valores do ICMS-DIFAL calculados pela autuada foi realizada em conformidade com a Lei Complementar nº 123/2006 combinado com o art. 321, inc. VIII e § 1º do RICMS/BA e ressalta que diferença entre alíquotas está majorada. Portanto, essa alteração implica em mudança da metodologia legalmente prevista para cálculo do ICMS-DIFAL.

Salienta que a carga tributária na origem utilizada pelo Fiscal partiu de informações constantes nas notas fiscais que são apenas obrigatórias para fins de apropriação de crédito fiscal de ICMS, conforme manual de preenchimento da NF-e de optantes do Simples Nacional, reproduzido.

Pondera que, como o ICMS não é destacado nas notas fiscais emitidas por fornecedores incluídos no Simples Nacional, para permitir a apropriação do crédito fiscal quando assim for autorizado, há a exigência de que a carga tributária na origem seja imputada no campo das Informações Complementares.

Explana que, quando a mercadoria é destinada para uso e consumo, como é o caso nos autos, não há nenhuma exigência que a carga tributária na origem seja informada no campo das

Informações Complementares, denotando-se que essa informação jamais poderia respaldar o cálculo do ICMS-DIFAL, ao contrário do procedimento adotado pela Autoridade Fiscal.

Conclui que a informação da carga tributária no XML não poderia ter sido o critério adotado pelo Fiscal para cálculo do ICMS-DIFAL, o que confirma a sistemática prevista na Lei Complementar nº 123/2006 e no art. 321, inc. VIII e § 1º do RICMS/BA, ao ordenar que sejam adotadas as alíquotas aplicáveis a não optantes do Simples Nacional, e não a carga tributária na origem.

Sinaliza que o equívoco em tomar como fundamento os dados constantes no campo das Informações Complementares das operações autuadas, culminou no absurdo de se exigir o ICMS-DIFAL com a alíquota interna da Bahia, 18% diretamente sobre o valor da operação, ou seja, o autuante considerou que a carga tributária da origem seria 0,00%.

Plota trecho da planilha do levantamento e recorte de duas figuras de notas fiscais emitidas por fornecedor optante do Simples Nacional, para demonstrar a imprecisão do critério, que confirma as distorções do levantamento. A nota fiscal nº 361, tributada pelo Simples Nacional, sobre a qual o autuante considerou a alíquota zero e a nota fiscal nº 874 do mesmo fornecedor que foi considerada a carga tributária de 2,86%, em razão do mesmo ter indicado no campo das informações complementares conteúdo atinente ao crédito de ICMS.

Reitera que os equívocos no levantamento não seriam cometidos, caso observados os comandos legais do art. 321, inc. VIII e § 1º do RICMS/BA.

Apona estar evidente a imprestabilidade do critério que pautou o levantamento fiscal, sendo necessária a correção dessa premissa adotada pelo autuante em todas as situações envolvendo fornecedores do Simples Nacional.

Para facilitar a análise das razões expostas apresenta a planilha disponibilizada pela Fiscalização - Anexo I-1 e Anexo I-2, com os ajustes que considera devidos, corrigindo as imprecisões no levantamento - Doc. 02 demonstrando que apenas com os ajustes efetuados, o débito lançado de R\$ 424.351,29 seria reduzido para R\$ 252.463,17.

Requer que sejam procedidos os ajustes no critério utilizado para a lavratura do Auto de Infração, de modo a contemplar as disposições do art. 13, § 5º da Lei Complementar nº 123/2006 combinado com o art. 321, inc. VIII e § 1º do RICMS/BA.

Pondera que se for considerado válido o critério adotado no lançamento envolvendo a exigência do ICMS-DIFAL de fornecedores optante do Simples Nacional situados em outros estados, o que não espera, indica que deverão ser revistas as operações nas quais foram adotadas no levantamento a carga tributária de 0,00%, de modo que o autuante indique, do mesmo modo que procedeu em relação às demais, a carga tributária da origem, conforme o percentual do optante pelo Simples Nacional desses casos - Doc. 03, para somente então apurar o ICMS-DIFAL devido.

Afirma que apesar de considerar insustentável, do ponto de vista jurídico, o critério adotado pelo autuante, tal medida se faz necessária para se evitar o absurdo de se tributar uma operação interestadual com base exclusivamente na alíquota interna de 18% para fins de exigência de ICMS-DIFAL, como fora feito.

No tópico “*DA PREEXISTÊNCIA DE DISCUSSÃO JUDICIAL RELACIONADA À MAJORAÇÃO DO CÁLCULO DO ICMS-DIFAL EXIGIDO PELO ESTADO DA BAHIA. INEXISTÊNCIA DE RECOLHIMENTO A MENOR DE ICMS-DIFAL FACE OS DEPÓSITOS JUDICIAIS.*”, sinaliza que mesmo corrigindo os erros de levantamento apontados, remanescem supostas diferenças recolhidas a menor, porém, assegura que também essas são inexistentes.

Explica que apesar de não restar claro na descrição da infração, constata que as diferenças lançadas decorreram das alterações trazidas pela nova redação do art. 17, inc. XI e § 6º da Lei nº 7.014/96, dada pelas Leis nº 13.373/2015 e 13.816/2017, que alteraram a metodologia de cálculo do ICMS-DIFAL devido a Bahia, que deixou de corresponder diferença entre a alíquota interna e interestadual sobre o valor da operação no estado de origem, para uma metodologia que não mais

corresponde a um diferencial de alíquotas, apurando-se uma base dupla e específica para cálculo do DIFAL, considerando a alíquota interna do estado destinatário por dentro e conclui que o Fiscal está se pautando pela nova metodologia de apuração do ICMS-DIFAL.

Registra que a empresa além de apurar o ICMS-DIFAL nos moldes da nova legislação, também está quantificando o ICMS-DIFAL nos moldes da legislação anterior, ou seja, pela diferença entre a alíquota interna e interestadual, sobre o valor da operação no estado de origem, porque a parcela majorada decorrente dessas alterações legislativas está sendo objeto de discussão judicial, fato informado à Fiscalização durante procedimento fiscalizatório.

Relata ter ajuizado, em 18/05/2018, uma Ação Declaratória - Processo nº 0529031-63.2018.8.05.0001 em trâmite na 3ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Salvador/BA, objetivando a declaração da ilegalidade e inconstitucionalidade da nova sistemática de cálculo do ICMS-DIFAL praticado pelo estado da Bahia, com base nos novos dispositivos já citados.

Acrescenta que na inicial pleiteou, em sede de Tutela Provisória de Urgência, a suspensão da exigibilidade do crédito tributário relativo a essa parcela majorada do ICMS-DIFAL, buscando uma autorização judicial para continuar a recolher o ICMS-DIFAL com base na metodologia anterior, qual seja, a mera diferença entre as alíquotas interna e interestadual sobre o valor da operação do estado de origem.

Conta que em 31/07/2018 foi proferida decisão interlocutória - Doc. 04, através da qual restou deferida a Tutela Provisória de Urgência, nos termos que transcreve.

Conclui que, com base na liminar deferida em seu favor, o estado da Bahia sequer poderia realizar o lançamento nos moldes em que foi perpetrado, pois essa autuação apenas poderia ser realizada para fins de prevenir a decadência. No entanto, caso fosse realizado para prevenção de decadência, não deveria exigir multas, o que não ocorreu no presente caso, já que houve enquadramento em infração de recolhimento a menor com exigência de penalidades.

Entende que neste caso, a Autoridade Fiscal não poderia ter procedido ao lançamento nem para prevenção de decadência, pois a empresa, a despeito de estar respaldada por decisão liminar que garante a suspensão da exigibilidade do crédito tributário, por conservadorismo optou por depositar mensalmente, em conta judicial vinculada ao referido processo, as diferenças decorrentes da parcela majorada do ICMS-DIFAL, conforme comprovantes de depósito judiciais que anexa - Doc. 06.

Salienta que toda operação sujeita ao ICMS-DIFAL, o imposto está sendo pago mensalmente com base na metodologia de cálculo anterior e sem acréscimo, cujos depósitos correspondem aos valores das diferenças entre o DIFAL atual calculado a partir de base dupla *versus* DIFAL calculado a partir de mera diferença de alíquotas, com base única idêntica a base do estado de origem.

Aponta que em relação ao período autuado, os valores depositados somam o montante de R\$ 556.057,79 - Doc. 06, quantia superior ao total lançado na infração 01, mesmo antes das correções de levantamento indicadas no tópico anterior.

Reproduz quadro resumo das diferenças com as informações de valores do ICMS-DIFAL que se encontram depositados em juízo:

Período	ICMS-DIFAL			Valores Ajustados	Depósitos Judiciais	Diferença
	Devido	Recolhido	A Recolher			
Fev/19	112.477,23	102.600,30	9.876,93	7.510,14	20.580,79	-13.070,65
Mar/19	109.307,99	96.572,47	12.735,52	10.216,95	19.768,86	-9.551,91
Abr/19	271.253,34	246.093,12	25.160,22	2.225,96	53.880,73	-51.654,77
Mai/19	123.564,31	105.571,28	17.993,03	10.355,05	21.348,90	-10.993,85
Jun/19	132.457,85	127.648,15	4.809,70	1.466,06	26.080,72	-24.614,66
Jul/19	108.144,34	93.205,19	14.939,15	9.677,95	19.173,70	-9.495,75
Ago/19	126.652,75	103.319,27	23.333,48	11.842,50	20.068,92	-8.226,42

Set/19	118.856,72	101.041,76	17.814,96	6.850,39	20.867,15	-14.016,76
Out/19	130.011,82	109.013,20	20.998,62	13.600,99	21.446,51	-7.845,52
Nov/19	183.463,88	158.787,69	24.676,19	13.183,42	33.380,67	-20.197,25
Dez/19	149.237,54	124.711,91	24.525,63	15.347,09	25.457,14	-10.110,05
Jan/20	65.136,02	60.319,40	4.816,62	1.654,65	11.540,10	-9.885,45
Fev/20	104.470,34	91.387,98	13.082,36	9.582,67	18.583,67	-9.001,00
Mar/20	126.986,70	115.462,07	11.524,63	3.225,67	24.106,75	-20.881,08
Abr/20	142.151,58	129.143,72	13.007,86	9.251,57	27.959,06	-18.707,49
Mai/20	181.202,68	139.377,44	41.825,24	25.510,71	27.959,06	-2.448,35
Jun/20	154.158,21	131.818,57	22.339,64	14.847,80	27.993,86	-13.146,06
Jul/20	84.491,43	69.098,93	15.392,50	8.106,40	14.430,75	-6.324,35
Ago/20	162.618,54	137.013,32	25.605,22	23.282,92	28.058,51	-4.775,59
Set/20	188.910,36	158.872,55	30.037,81	27.806,45	33.985,22	-6.178,77
Out/20	137.632,97	114.403,00	23.229,97	9.842,14	22.777,84	-12.935,70
Nov/20	122.992,71	103.937,31	19.055,40	10.762,28	20.789,32	-10.027,04
Dez/20	85.091,00	77.520,41	7.570,59	6.313,41	15.819,56	-9.506,15
Totais	3.121.270,33	2.696.919,04	424.351,29	252.463,17	556.057,79	-303.594,62

Conclui que se afigura desarrazoado e improcedente o presente lançamento, uma vez que os valores objeto da parcela majorada do ICMS-DIFAL, além de estarem com sua exigibilidade suspensa por expressa determinação judicial, estão devidamente depositados em conta judicial vinculada ao Processo nº 8017587-54.2018.8.05.0000.

Acrescenta que na hipótese de não obter êxito no processo judicial, após o trânsito em julgado, os valores depositados serão inevitavelmente convertidos em renda em favor do estado da Bahia, não tendo qualquer sentido na formalização de lançamento tributário para exigência desses valores depositados, pois os valores depositados judicialmente, satisfazem a obrigação tributária, uma vez que existem duas possibilidades relativas a estes: (i) serão convertidos em renda, na hipótese de a ação judicial ter desfecho desfavorável a empresa; ou (ii) serão levantados para a empresa, caso ocorra o trânsito em julgado em seu favor.

Requer a esse Conselho, após os devidos ajustes no levantamento fiscal, que cancele a exigência consubstanciada nos valores remanescentes da infração 01, tendo em vista que os valores exigidos estão devidamente depositados em conta judicial vinculada à Ação de nº 0529031-63.2018.8.05.0001, em trâmite na 3ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Salvador/BA.

Por fim, requer que seja dado provimento às suas razões defensivas, de modo que seja julgado totalmente improcedente o Auto de Infração, assim como pede o acatamento de juntada posterior de documentos em nome do Princípio da Verdade Material, visando ilidir a infração.

O autuante prestou a informação fiscal às fls. 137 a 139, onde após transcrever a infração, ressaltou que a atividade do Auditor Fiscal é vinculada, portanto, seguiu rigorosamente a legislação vigente materializada no RICMS/BA, razão pela qual deixará que o CONSEF se pronuncie sobre o alegado desrespeito às normas contidas na Lei Complementar.

Quanto aos demonstrativos - Anexos I-1 e Anexo I-2, esclarece que os cálculos apresentados seguem rigorosamente o disposto no RICMS/BA e as orientações da DITRI acerca do tema, divulgadas na forma de perguntas respostas e disponíveis no sítio da SEFAZ/BA.

Sobre a metodologia de cálculo do DIFAL utilizada nos demonstrativos que sustentam o Auto de Infração, informa que o programa SIAF, utilizado pela SEFAZ para elaboração das rotinas de fiscalização, emprega o mesmo procedimento, como pode ser visto nas notas de rodapé contida na tela do sistema, conforme figura plotada.

Em relação aos dados coletados e apresentados na planilha, diz restar claro que foram extraídos das informações disponibilizadas pela autuada à SEFAZ/BA no momento da entrega dos arquivos magnéticos.

Destaca que a autuada informou a existência de discussão judicial em curso, referente ao tema abordado, objetivando a declaração da ilegalidade e inconstitucionalidade da sistemática adotada

pelo estado da Bahia referente ao cálculo do ICMS-DIFAL, ajuizada em 18/05/2018 e que, desde então, optou por depositar mensalmente, em conta judicial o valor referente ao ICMS-DIFAL que acha justo.

Relativamente a informação da defesa de que os valores depositados em juízo são superiores ao apurado pela Fiscalização, diz acreditar que se deve ao fato de os conhecimentos de transporte não terem sido arrolados no levantamento e, portanto, não foram incluídos nos Anexos I-1 e Anexo I-2, aliado ao fato de o montante depositado em juízo e declarado pela autuada, incluir período superior ao fiscalizado uma vez que a ação foi ajuizada em 2018.

Conclui, face as alegações da defesa e o contexto em que foram refutadas, que a autuada cometeu as irregularidades descritas no Auto de Infração, razão pela qual a mantém.

É o relatório.

Participou da sessão de julgamento o representante da autuada Dr. Arthur Silva Pires Lopes, OAB/BA 43.737, que em sustentação oral, inicialmente compartilhou telas da defesa apresentada, para demonstrar que a impugnação tem como foco dois pontos: (I) correção dos valores calculados do DIFAL decorrente das aquisições do Simples Nacional; e (II) a metodologia de cálculo do ICMS-DIFAL.

Quanto ao primeiro ponto, repisou as disposições da Lei Complementar nº 123/2006 e do RICMS/2012, quanto as aquisições de contribuintes do Simples Nacional. Demonstrando exemplos contidos no levantamento.

Disse ter identificado que os valores dos créditos adotados no cálculo efetuado pelo autuante do ICMS-DIFAL, foram considerados os valores indicados nas notas fiscais no campo das informações complementares, contrariando os dispositivos legais e regulamentares.

Quanto ao segundo ponto referente a ação judicial interposta junto ao TJ-BA contestando o critério de cálculo do ICMS-DIFAL pela Bahia, repisou o inconformismo da empresa quanto a adoção da base dupla no cálculo do imposto, matéria que não está sendo discutida na esfera administrativa, face a ação judicial sobre este ponto.

Informou estar a empresa realizando os depósitos judiciais dos valores que entende controvertidos, fato que disse impedir a lavratura do presente Auto de Infração, valores, inclusive superiores aos valores calculados pela Fiscalização.

Pediu pela improcedência do Auto de Infração.

VOTO

O Auto de Infração em análise imputa ao sujeito passivo a acusação de não recolher o ICMS-DIFAL decorrente de aquisições interestaduais de mercadorias destinadas ao ativo fixo e consumo do seu estabelecimento, tempestivamente impugnada.

A autuada é contribuinte do ICMS, inscrita no Cadastro Estadual sob a atividade econômica principal de fabricação de outros produtos químicos inorgânicos não especificados, dentre outras secundárias como extração de minérios de nióbio e titânio, de cobre, chumbo, zinco e outros minerais metálicos não-ferrosos não especificados e o seu beneficiamento e o comércio atacadista de outros produtos químicos e petroquímicos. Apura o imposto na sistemática de conta corrente fiscal.

O Termo de Início de Fiscalização foi lavrado pelo autuante e encaminhado via mensagem postada no Domicílio Tributário Eletrônico – DT-e em 14/07/2022, fls. 21, 22 e 27 a 29, cientificando o contribuinte do início da ação fiscal, e intimado a quitar o débito ou apresentar defesa administrativa também via DT-e, fls. 31 e 32, cuja ciência ocorreu com a leitura em 20/12/2022.

Não há preliminares arguidas na defesa a serem apreciadas, contudo, compulsando os autos, verifico que o lançamento foi realizado em observância às determinações legais e regulamentares. A descrição do fato infracional se apresenta de forma clara, é possível se

determinar com certeza a natureza da infração, o autuado e o montante do débito tributário, assim como a multa sugerida e os dispositivos legais e regulamentares infringidos.

Observo que o direito de ampla defesa e do contraditório do contribuinte foi plenamente preservado, inexistindo qualquer vício ou falha que macule de nulidade o Auto de Infração.

Ao abordar as razões de mérito a defesa alegou inicialmente que o Fiscal não adotou as alíquotas interestaduais para apuração e cálculo do ICMS-DIFAL devido a Bahia nas situações envolvendo fornecedores situados em outros estados que são optantes do Simples Nacional, de modo a fazer cumprir a Lei Complementar nº 123/2006, bem como o RICMS/BA, pois o ICMS-DIFAL, nestas situações deve ser calculado tomando por base as alíquotas aplicáveis às pessoas jurídicas não optantes pelo Simples Nacional.

Adiante, apontou como principal razão da autuação o critério adotado pela autoridade fiscal no cálculo das diferenças, quando considerou os critérios contidos na nova redação do art. 17, inc. XI e § 6º da Lei nº 7.014/96, dada pelas Leis nºs 13.373/2015 e 13.816/2017, que alteraram a metodologia de cálculo do ICMS-DIFAL devido a Bahia.

Complementou, a defesa, que o novo método de cálculo deixou de corresponder à simples diferença entre a alíquota interna e interestadual sobre o valor da operação no estado de origem, e adotou uma metodologia que não mais corresponde ao diferencial de alíquotas, apurando-se uma base dupla e específica para cálculo do DIFAL, considerando a alíquota interna do estado destinatário por dentro.

Adiante, registrou que, além de apurar o ICMS-DIFAL nos moldes da nova legislação, também está quantificando o ICMS-DIFAL na forma da legislação anterior, ou seja, como simples diferença entre a alíquota interna e interestadual, sobre o valor da operação no estado de origem e informou que essa parcela majorada decorrente dessas alterações na lei do ICMS está sendo objeto de discussão judicial, de conhecimento da Fiscalização desde o início do procedimento fiscalizatório.

Nesse sentido, afirmou ter ajuizado, em 18/05/2018, uma Ação Declaratória - Processo nº 0529031-63.2018.8.05.0001, em trâmite na 3ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Salvador/BA, objetivando a declaração da ilegalidade e inconstitucionalidade da nova sistemática do cálculo do ICMS-DIFAL adotada pelo Estado da Bahia, através da nova redação do art. 17, inc. XI e § 6º da Lei nº 7.014/96.

Complementou que judicialmente pleiteou, em sede de Tutela Provisória de Urgência, a suspensão da exigibilidade do crédito tributário relativo a essa parcela majorada do ICMS-DIFAL, buscando uma autorização judicial para continuar a recolher o ICMS-DIFAL com base na metodologia anterior, sendo que, em 31/07/2018 foi proferida decisão interlocutória - Doc. 04, com o deferimento da Tutela Provisória de Urgência.

Contra a decisão do Tribunal de Justiça, o Estado da Bahia interpôs Agravo de Instrumento - Processo nº 8017587-54.2018.8.05.0000, o qual foi negado provimento, de forma unânime, pela Quarta Câmara Cível - Doc. 05, estando pendente de julgamento.

Assim, diz que o Fisco estadual sequer poderia realizar o lançamento, pois essa autuação apenas poderia ser realizada para fins de prevenir a decadência e dessa forma, não deveria exigir multas, como ocorreu no presente caso.

Defende que o Fisco não poderia ter procedido ao lançamento nem para prevenção de decadência, pois a empresa, a despeito de estar respaldada por decisão liminar que garante a suspensão da exigibilidade do crédito tributário, optou por depositar mensalmente, em conta judicial, vinculada ao processo, o valor correspondente às diferenças decorrentes a parcela majorada do ICMS-DIFAL, conforme comprovantes de depósito judiciais que anexou - Doc. 06, cujos valores depositados, correspondentes ao período fiscalizado, somam R\$ 556.057,79, valor superior ao total lançado na infração.

Portanto resta claro que a matéria motivadora do lançamento é objeto de ação junto ao Poder Judiciário, fato que faz recorrer ao disposto no art. 117 do RPAF/99, *in verbis*:

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.

Da inteligência do dispositivo transcrito, conclui-se que o Decreto nº 7.629/99 – RPAF, não veda a Administração Tributária em proceder ao lançamento de ofício nas situações em que o sujeito passivo, mesmo anteriormente ao procedimento fiscalizatório, escolha levar a matéria, motivo do lançamento, à apreciação do Poder Judiciário, inclusive nas hipóteses em que o contribuinte deposite os valores objeto da demanda em conta judicial para evitar a incidência dos acréscimos legais.

O citado RPAF/99, ainda trata das consequências para o andamento do contencioso administrativo frente a interposição de medida no âmbito do Poder Judiciário no seu art. 122, inc. IV, que assim, dispõe:

Art. 122. Extingue-se o processo administrativo fiscal: (...)

IV - com a desistência da defesa ou do recurso, inclusive em decorrência de ingresso do sujeito passivo em juízo relativamente à matéria objeto da lide antes de proferida ou de tornada irrecorrível a decisão administrativa;

Portanto, o dispositivo claramente prevê a extinção do processo administrativo fiscal, ou seja, a extinção apenas do contencioso na esfera administrativa, como consequência da desistência da discussão na defesa administrativa pelo ingresso do sujeito passivo em juízo, relativamente à matéria objeto da lide, antes de proferida ou de tornada irrecorrível a decisão administrativa.

Contudo, a defesa abordou uma questão marginal, não incluída na ação judicial proposta pela autuada. Refiro-me ao questionamento quanto a adoção das alíquotas interestaduais para o cálculo do ICMS-DIFAL nas operações decorrentes de fornecedores situados em outras unidades federativas, optantes do Simples Nacional, que entende, por imposição legal, se dever tomar por base, as alíquotas aplicáveis às pessoas jurídicas não optantes pelo Simples Nacional e não as alíquotas a que o fornecedor está sujeito por conta do regime simplificado, como considerou o autuante, inclusive em alguns casos, a alíquota zero.

Portanto, é necessário analisar a arguição defensiva, o que passo a fazer.

É fato que a Lei Complementar nº 123/2006, determina que se utilize, para fins de cálculo do ICMS-DIFAL, as alíquotas aplicáveis a pessoas jurídicas não optantes desse regime no seu art. 13, inc. XIII, alínea “h”, determinação acolhida e agregada ao RICMS/2012 no seu art. 321, inc. VIII e § 1º, *in verbis*:

Art. 321. O recolhimento na forma do Simples Nacional não exclui a incidência do ICMS devido: (...)

VIII - nas aquisições em outros estados e no Distrito Federal de bens ou mercadorias, não sujeitas ao regime de antecipação do recolhimento do imposto, relativo à diferença entre a alíquota interna e a interestadual, observada a dispensa prevista no inciso I do art. 272.

§ 1º A diferença entre a alíquota interna e a interestadual de que tratam a alínea “b” do inciso VII e o inciso VIII deste artigo será calculada tomando-se por base as alíquotas aplicáveis aos contribuintes não optantes pelo Simples Nacional. (Grifos do relator.).

Ao analisar o demonstrativo analítico, fls. 07 a 17, gravado no CD, fl. 20, constato que o autuante, em diversas operações, ao calcular o ICMS-DIFAL devido nas aquisições de remetentes optantes

do regime simplificado, considerou a “*Carga Tributária na Origem - Alíquota*” zerada, ou seja, não considerou o crédito fiscal decorrente dessas aquisições, o que contraria o dispositivo transcrito.

Inobstante o autuante, em sede de informação fiscal, ter declarado que sobre a matéria, seguiu RICMS/BA e as orientações da DITRI divulgadas na forma de perguntas respostas, disponíveis no sítio da SEFAZ, e que a metodologia de cálculo do DIFAL utilizada, decorreu do programa SIAF utilizado pela SEFAZ para elaboração das rotinas de fiscalização, cabe razão a arguição do contribuinte, devendo o demonstrativo ser retificado nesse aspecto para considerar, no caso de operações decorrentes de fornecedores optantes do Simples Nacional, as alíquotas aplicáveis aos contribuintes não optantes pelo Simples Nacional, conforme prevê a legislação.

Dessa forma, de ofício, procedi as retificações no levantamento, restando como devido o montante conforme demonstrativo:

Data Ocorrência	Data Vencimento	Base de Cálculo	Alíquota	Multa	Valor Histórico
28/02/2019	09/03/2019	41.723,02	18,00	60,00	7.510,14
31/03/2019	09/04/2019	59.272,81	18,00	60,00	10.669,11
30/04/2019	09/05/2019	34.971,27	18,00	60,00	6.294,83
31/05/2019	09/06/2019	65.165,97	18,00	60,00	11.729,87
30/06/2019	09/07/2019	11.488,36	18,00	60,00	2.067,91
31/07/2019	09/08/2019	59.027,54	18,00	60,00	10.624,96
31/08/2019	09/09/2019	77.243,87	18,00	60,00	13.903,90
30/09/2019	09/10/2019	48.487,78	18,00	60,00	8.727,80
31/10/2019	09/11/2019	82.958,65	18,00	60,00	14.932,56
30/11/2019	09/12/2019	84.601,37	18,00	60,00	15.228,25
31/12/2019	09/01/2020	93.177,51	18,00	60,00	16.771,95
31/01/2020	09/02/2020	12.264,57	18,00	60,00	2.207,62
29/02/2020	09/03/2020	56.349,78	18,00	60,00	10.142,96
31/03/2020	09/04/2020	26.090,32	18,00	60,00	4.696,26
30/04/2020	09/05/2020	54.702,45	18,00	60,00	9.846,44
31/05/2020	09/06/2020	157.050,08	18,00	60,00	28.269,01
30/06/2020	09/07/2020	89.810,60	18,00	60,00	16.165,91
31/07/2020	09/08/2020	51.296,78	18,00	60,00	9.233,42
31/08/2020	09/09/2020	131.671,82	18,00	60,00	23.700,93
30/09/2020	09/10/2020	156.702,91	18,00	60,00	28.206,52
31/10/2020	09/11/2020	64.783,25	18,00	60,00	11.660,98
30/11/2020	09/12/2020	68.071,12	18,00	60,00	12.252,80
31/12/2020	09/01/2021	36.331,59	18,00	60,00	6.539,69
Total					281.383,82

Do exposto, é procedente a exigência do imposto lançado de ofício no valor de R\$ 281.383,82, resultado do ajuste com o acatamento das arguições da defesa no que se refere a essa questão em particular, não contemplada no questionamento judicial.

Quanto ao mérito da matéria, instalada a lide no Poder Judiciário, caberá daqui por diante a este, decidir a questão, ficando suspensa a exigibilidade do crédito tributário até que a questão seja definitivamente resolvida.

Tal situação decorre do fato de não poderem coexistir dois processos sobre a mesma matéria em discussão simultânea nas esferas administrativa e judicial, para prevenir a ocorrência de decisões díspares, até conflitantes.

O Brasil adota o sistema de unicidade jurisdicional, no qual apenas o Poder Judiciário pode, em caráter definitivo, interpretar e aplicar a lei em cada caso concreto, com o objetivo de garantir o direito das pessoas e promover a justiça.

Ressalto que no presente caso, a lavratura do Auto de Infração é necessária para evitar a decadência dos créditos tributários, considerando inclusive a eventual demora no trâmite e conclusão da lide na esfera judicial.

Considerando o fato do contribuinte estar depositando em conta judicial vinculada ao processo dos valores decorrentes da diferença exigida pelo Fisco, quando proferida a decisão pela Justiça, caso o Estado da Bahia seja a vencedora, será realizado um encontro de contas entre os valores lançados no Auto de Infração e aqueles depositados pelo contribuinte em juízo.

O fato de ter o contribuinte efetuado o depósito judicial dos valores exigidos não impede o Fisco de lavrar o Auto de Infração, tendo em vista que o ato objetivou apenas garantir a futura execução do crédito tributário.

A mesma matéria já foi apreciada pelo CONSEF, no julgamento do Auto de Infração nº 2069550003/19-1, Acórdão JJF nº 0020-05/23-VD, em 13/02/2023, onde foi apensado aos autos, a pedido do Relator, o Parecer da Procuradoria Fiscal da PGE acerca da opção do mesmo sujeito passivo da esfera judicial, frente a controvérsia da mesma matéria aqui tratada, oportunidade que o i. Procurador Dr. José Augusto Martins Júnior, assim se posicionou:

“Indaga-nos a 5ª JJF acerca das seguintes questões:

a) Informar em que situação se encontra o a Ação Declaratória Proc. 0529031-63.2018.8.05.0001, interposta na 3ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Salvador/BA, quanto a declaração de ilegalidade e inconstitucionalidade da nova sistemática do ‘ICMS-DIFAL’ perpetrada pelo Estado na nova redação do art. 17, XI e § 6º da Lei nº 7.014/96 (Leis nº 13.373/2015 e 13.816/2017).

b) Como contribuinte efetuou depósito em juízo relativo ao imposto que está sendo exigido, indaga se que diante da identidade entre as matérias discutidas nas demandas judiciais e administrativa, se é o caso de se aplicar o disposto no art. 122, IV, do RPAF/BA, e considerar desistência da defesa formulada perante este CONSEF.

(...)

1. Qual a repercussão jurídica no da decisão do STF no ARE 665134 de 27/04/2020 em relação a processos ainda não julgados na esfera administrativa, considerando disposto na Legislação tributária.

São os questionamentos, passemos ao exame.

Iniciaremos nossa exposição adentrando no item ‘b’ do questionamento formulado pela JJF, por entender prejudicial ao esclarecimento da alínea ‘a’.

Pois bem, observa-se do exame das demandas judicial e administrativa, concernente à infração 04 dos autos, que as lides são absolutamente congruentes, aplicando-se, desta forma, o art. 117 do RPAF/BA, preservando-se o princípio da unidade da jurisdição”.

Importante ressaltar que a infração 04 a que se refere o i. Procurador, no parecer acima referido trata exatamente da mesma infração deste processo, qual seja: “*Infração 04 – 06.02.01 - Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento. Ocorrência verificada nos meses de agosto, setembro, outubro, novembro e dezembro de 2018. Valor exigido: R\$ 59.570,33, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inc. II, alínea “f” da Lei nº 7.014/96*”.

Destarte, considerando o estabelecido na legislação estadual, tenho como prejudicada a defesa administrativa interposta pelo sujeito passivo em relação a infração 01, inclusive no que se refere aos valores depositados em juízo pelo sujeito passivo, devendo os autos serem remetidos ao órgão de controle da legalidade visando a inscrição em Dívida Ativa o débito tributário e prosseguimento da discussão da lide na esfera judicial.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PREJUDICADA** a defesa referente o Auto de Infração nº **279464.0005/22-9**, lavrado contra **TRONOX PIGMENTOS DO BRASIL S.A.**, (atual razão social **CRISTAL PIGMENTOS DO BRASIL S.A.**), sendo procedente a exação no montante de **R\$ 281.383,82**, acrescida da multa de 60%, prevista no art. 42, inc. II, alínea “f” da Lei nº 7.014/96, devendo os autos serem encaminhados ao órgão de controle da legalidade visando a inscrição do débito tributário e prosseguimento da discussão da lide na esfera judicial.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 01 de setembro de 2023.

JORGE INÁCIO DE AQUINO – PRESIDENTE

JOSÉ ADELSON MATTOS RAMOS – RELATOR

JOSÉ CARLOS COUTINHO RICCIO – JULGADOR