

**A. I. N°** - 128984.1179/22-0  
**AUTUADO** - GRIPMASTER IND E COM E SOLUÇÕES EM BORRACHA LTDA.  
**AUTUANTE** - RUI ALVES DE AMORIM  
**ORIGEM** - DAT SUL / IFMT SUL  
**PUBLICAÇÃO** - INTERNET – 22/12/2023

### 3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

#### ACÓRDÃO JJF N° 0255-03/23-VD

**EMENTA:** ICMS. EXTINÇÃO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. DEFESA PREJUDICADA. Extingue-se o processo administrativo fiscal em decorrência de ingresso do sujeito passivo em juízo relativamente à matéria objeto da lide. Defesa PREJUDICADA, em relação ao exame do mérito desta infração. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

#### RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 06/07/2022, refere-se à exigência de R\$ 44.688,00 de ICMS, acrescido da multa de 60%, em decorrência da seguinte irregularidade:

Infração 01 – 062.001.002: Remetente e/ou prestador localizados em outra unidade da Federação, inclusive optante pelo Simples Nacional, não efetuou o recolhimento do ICMS em razão da aplicação de alíquota diversa da prevista na EC n° 87/15, nas saídas de mercadorias, bens e serviços destinados a consumidor final – contribuinte ou não – localizado neste Estado.

Consta na descrição dos fatos: Comercialização interestadual com mercadorias tributadas e destinadas a consumidor final. Não foi efetuado o recolhimento do ICMS partilha antes do ingresso das mercadorias em território baiano, conforme previsto na EC 87 de 2015, DANFE N° 51001, TOF 210446.109/22-4.

O Autuado, por meio de advogado, apresentou impugnação às fls. 16/17 do PAF. Informa que, anteriormente à lavratura do presente Auto de Infração, impetrou Mandado de Segurança de n° 8025031-96.2022.8.05.0001, visando o reconhecimento de seu direito de não se submeter ao recolhimento do DIFAL e do FCEP referente aos fatos geradores ocorridos durante o ano de 2022, em decorrência da aplicação do princípio da anterioridade anual (art. 150, III, “b” da Constituição Federal).

Observa que, devidamente processado o feito, em 04/03/2022, o MM Juízo da 3ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Salvador – Ba, proferiu r. decisão deferindo o pedido e liminar para que a Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia “abstenha-se de praticar todo e qualquer ato tendente cobrança do ICMS-DIFAL a exemplo de impedir ou apreender mercadorias, promover a inscrição do nome da impetrante em cadastro do tipo CADIN e SERASA etc., com base na Lei Estadual n° 14.425/2021 e Lei Complementar n° 190/2022 até ulterior deliberação”.

Ressalta que em 04/03/2022 foi proferida decisão liminar suspendendo a exigibilidade de valores a título de ICMS-DIFAL, como é o caso do débito consubstanciado no presente Auto de Infração.

Assim, sendo, com o objetivo de evitar quaisquer transtornos, como a continuidade da cobrança dos valores, bem como, a inscrição do débito em dívida ativa e posterior propositura de Execução Fiscal, requer seja lançada sobre o Auto de Infração em questão a suspensão da exigibilidade do crédito tributário, nos termos do art. 151, IV do CTN, considerando a liminar obtida em 04/03/2022, vigente até o momento.

O Autuante presta informação fiscal às fls. 39/40 dos autos. Diz que a autuação está conforme a legislação do ICMS da Bahia e o Defendente não anexou ao presente processo cópia do Mandado de Segurança alegado na impugnação para que fosse verificado os Termos do referido Mandado.

Pelos fatos expostos e pelo que consta em todo o processo, pede a procedência do presente Auto de Infração.

À fl. 42, esta Junta de Julgamento Fiscal deliberou por converter o presente processo em diligência à Infaz de origem solicitando que intimasse o Autuado, mediante recibo, concedendo o prazo de dez dias para apresentar cópia da Decisão Judicial referente ao Mandado de Segurança alegado na Impugnação.

O PAF foi devolvido com o Aviso de Recebimento à fl. 44, comprovando o envio da Intimação, constando a data de entrega em 10/02/2023, mas o Defendente não apresentou qualquer documento ou manifestação.

Na sessão de julgamento realizada no dia 14/12/2023, a Defesa informou o envio de cópia do Mandado de Segurança com da Decisão Judicial.

No referido processo, foram apresentados requerimentos conforme síntese a seguir:

*“reconhecer o direito líquido e certo da Impetrante de não se submeter ao recolhimento do Difal e do Fecep até que seja editada nova lei estadual reinstituindo o Difal, que, nesse caso, somente poderá ser exigido no exercício financeiro seguinte ao da publicação dessa lei estadual, observado o intervalo mínimo de 90 (noventa) dias, nos termos do artigo 150, III, ‘b’ e ‘c’, da Constituição Federal, o qual consagra os princípios da anterioridade anual e nonagesimal;*

*caso o pedido supra seja indeferido, subsidiariamente, requer a concessão parcial da segurança para, reconhecer o direito líquido e certo da Impetrante de não se submeter ao recolhimento do Difal e do Fecep referente aos fatos geradores ocorridos durante o ano-calendário de 2022, em decorrência da aplicação do princípio da anterioridade anual (artigo 150, III, ‘b’, da Constituição Federal)”*.

Na sessão de Julgamento foi realizada sustentação oral por videoconferência pela advogada, Dra. Francielle Aparecida Cesco Sezotzki – OAB/SP – 444.913.

## **VOTO**

Inicialmente, constato que o presente Auto de Infração está embasado no levantamento fiscal efetuado pelo Autuante, foi fornecida ao Autuado cópia do mencionado demonstrativo, não foi identificado qualquer prejuízo para a Defesa, a infração apurada foi descrita 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 apurados consoante o levantamento acostado aos autos, que é de fácil entendimento quanto ao método de apuração do imposto exigido, e não se encontram no presente processo os motivos elencados na legislação para se determinar a nulidade deste lançamento.

O presente Auto de Infração trata da falta recolhimento do ICMS/DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS, devido pelas vendas interestaduais de material de uso ou consumo, de acordo com a EC 87/15, no mês de julho de 2022.

Observe que por meio da Emenda Constitucional 87, de 16/04/2015, foram alterados os incisos VII e VIII do § 2º do art. 155 da Constituição Federal, de forma que *“nas operações e prestações que destinem bens e serviços a consumidor final, contribuinte ou não do imposto, localizado em outro Estado, adotar-se-á a alíquota interestadual e caberá ao Estado de localização do destinatário o imposto correspondente à diferença entre a alíquota interna do Estado destinatário e a alíquota interestadual”*.

Vale ressaltar que a responsabilidade pelo recolhimento do ICMS correspondente à diferença

entre a alíquota interna e a interestadual foi atribuída ao remetente, quando o destinatário não for contribuinte do imposto.

Por outro lado, por meio da Lei nº 13.373, de 21/09/2015, foi acrescentado à Lei 7.014/96, o art. 49-C, estabelecendo:

Art. 49-C. Na hipótese de operações ou prestações que destinarem mercadorias, bens ou serviços a consumidor final não contribuinte do imposto localizado em outra unidade da Federação, deverá ser recolhido para este Estado, além do imposto calculado mediante utilização da alíquota interestadual, o valor correspondente à diferença entre a alíquota interna da unidade federada de destino e a alíquota interestadual, na seguinte proporção:

I - em 2016: 60% (sessenta por cento);

II - em 2017: 40% (quarenta por cento);

III - em 2018: 20% (vinte por cento).

O Convênio 93/15 dispõe sobre os procedimentos a serem observados nas operações e prestações que destinem bens e serviços a consumidor final não contribuinte do ICMS, localizado em outra unidade federada. Conforme Cláusula primeira: *“Nas operações e prestações que destinem bens e serviços a consumidor final não contribuinte do ICMS, localizado em outra unidade federada, devem ser observadas as disposições previstas neste convênio”*.

O Defendente alegou que, anteriormente à lavratura do presente Auto de Infração, impetrou Mandado de Segurança de nº 8025031-96.2022.8.05.0001, visando o reconhecimento de seu direito de não se submeter ao recolhimento do DIFAL e do FCEP referente aos fatos geradores ocorridos durante o ano de 2022, em decorrência da aplicação do princípio da anterioridade anual.

Disse que em 04/03/2022 foi proferida decisão liminar suspendendo a exigibilidade de valores a título de ICMS-DIFAL, como é o caso do débito consubstanciado no presente Auto de Infração.

O Autuante afirmou que a autuação está conforme a legislação do ICMS da Bahia e o Defendente não anexou ao presente processo cópia do Mandado de Segurança alegado na impugnação, para que fosse verificado os Termos do referido Mandado.

Para a sessão de julgamento o Defendente apresentou cópia do referido Mandado de Segurança e da Decisão Judicial no sentido de que foi deferida a liminar para impor à autoridade impetrada a obrigação de não exigir da impetrante o DIFAL regulamentado pela LC 190/2022 antes de 1º de janeiro de 2023. Foi decidido pela *“suspensão da exigibilidade dos créditos tributários relativos ao DIFAL nas operações de vendas de mercadorias pela IMPETRANTE a consumidores finais não contribuintes do ICMS situados no Estado da Bahia, no período de 90 dias contados da publicação da Lei Complementar Federal nº 190/2022, ocorrida em 05/01/2022, bem como determinar que se abstenha a Autoridade Impetrada de promover qualquer ato de sansão, penalidade, restrição ou limitação de direitos, especialmente impedimento do trânsito de mercadorias destinadas aos “consumidores finais” situados neste Estado e/ou apreensão destas”*.

Entendo que não há motivo para obstaculizar a lavratura de Auto de Infração em razão da existência de medidas judiciais, haja vista que de acordo com o entendimento já pacificado nos Tribunais Superiores do nosso País, os procedimentos necessários à constituição do crédito tributário não são obstados por ações judiciais. Ou seja, a suspensão da exigibilidade do crédito tributário decorrente de concessão de medida liminar ou tutela antecipada (art. 151, V do CTN), tem apenas o efeito de suspender o ajuizamento de execução fiscal, mas não impede o lançamento do imposto na constituição do crédito tributário.

Observe que sendo a matéria objeto de Ação Judicial, com decisão favorável ao autuado, considera-se esgotada a instância administrativa em decorrência da escolha da via judicial pelo sujeito passivo, ficando prejudicada a defesa interposta, conforme art. 117 do RPAF-BA/99.

Assim, nos termos do art. 122, incisos II e IV do RPAF/99, considero extinto o presente processo administrativo fiscal, em decorrência do ingresso pelo sujeito passivo em juízo, relativamente à matéria objeto da lide, e o presente PAF deverá ser remetido à PGE/PROFIS para adoção das providências de sua alçada.

Quanto à multa por descumprimento de obrigação principal e à exigência de acréscimos moratórios decorrentes da autuação, vale destacar que estando a decisão sujeita ao duplo grau de jurisdição, só haverá infração se a mesma não for confirmada em definitivo pelo Poder Judiciário. Caso ocorra sentença em última instância favorável à Fazenda Estadual, haverá infração e multa a ser cobrada.

O RPAF/BA, no seu artigo 39, determina que o Auto de Infração conterá, dentre outros requisitos, a descrição dos fatos considerados infrações de obrigações tributárias principal e acessórias, a alíquota, o percentual da multa cabível, os dispositivos tidos como infringidos em que esteja tipificada a infração com a multa correspondente. Dessa forma, o Fisco estadual não pode efetuar o lançamento do crédito tributário, com a lavratura do Auto de Infração, sem a imposição da multa correspondente.

Portanto, em relação à multa, acréscimos moratórios, e atualização monetária decorrentes do débito objeto da autuação, a sua aplicação é consequência da falta de recolhimento do imposto, o que resultou na lavratura do presente Auto de Infração.

Os acréscimos moratórios abrangem o período em que a exigibilidade do crédito tributário estiver suspensa, e esses acréscimos moratórios devem ser calculados sobre o valor do tributo atualizado monetariamente na data do recolhimento do tributo, consoante a regra do artigo 101, § 3º e 102, § 1º, ambos da Lei nº 3.956/81 (COTEB). Deve ser dada ao autuado a oportunidade de quitar o débito, concedendo-se prazo, sem incidência da multa por descumprimento de obrigação principal, caso a decisão final do Poder Judiciário não seja favorável ao Defendente.

Face ao exposto, voto no sentido de considerar PREJUDICADA a defesa, e Auto de Infração PROCEDENTE, quanto à multa e acréscimos moratórios, ficando suspensa a exigibilidade do crédito tributário até decisão final da lide pelo Poder Judiciário.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PREJUDICADA** a defesa relativa ao o Auto de Infração nº **128984.1179/22-0**, lavrado contra **GRIPMASTER IND E COM E SOLUÇÕES EM BORRACHA LTDA.**, que exige o imposto no montante de **R\$ 44.688,00**, acrescidos de multa de 60%, prevista no art. 42, inciso II, alínea “f” da Lei 7.014/96, além dos acréscimos moratórios.

Os autos devem ser remetidos à PGE/PROFIS para adoção das medidas cabíveis.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 15 de dezembro de 2023

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - JULGADOR

ZILRISNAIDE MATOS FERNANDES PINTO - JULGADORA