

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

3^a 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 nº 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 Nº 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 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 (art. 150, III, “b” da Constituição Federal).

Observa que, devidamente processado o feito, em 04/03/2022, o MM Juízo da 3^a 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 nº 14.425/2021 e Lei Complementar nº 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.

Observo 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.

Observo 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