

PROCESSO	- A. I. N° 279464.0005/22-9
RECORRENTES	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e TRONOX PIGMENTOS DO BRASIL S.A. (CRISTAL PIGMENTOS DO BRASIL S.A.)
RECORRIDOS	- TRONOX PIGMENTOS DO BRASIL S.A. (CRISTAL PIGMENTOS DO BRASIL S.A.) e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS	- RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO - Acórdão 2ª JJF n° 0170-02/23-VD
ORIGEM	- DAT METRO / IFEP INDÚSTRIA
PUBLICAÇÃO	- INTERNET: 19/04/2024

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0115-12/24-VD

EMENTA: ICMS. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS DESTINADAS A CONSUMO DO ESTABELECIMENTO. ESGOTADA A VIA ADMINISTRATIVA. Medida judicial relativa a Auto de Infração, cuja lide judicial diz respeito à matéria objeto do ato administrativo. Recurso Voluntário prejudicado quanto à apreciação do mérito, já que a matéria que se encontra *sub judice* no Poder Judiciário, reflete diretamente na decisão de mérito do presente Auto de Infração. Mantida a Decisão recorrida. Recurso de Ofício NÃO PROVIDO. Considerar PREJUDICADO a análise do Recurso Voluntário. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício, previsto no art. 169, I, “a” do RPAF, devido a desoneração feita pela JJF, e de Recurso Voluntário, previsto no art. 169, I, “b” do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal, aprovado pelo Decreto n° 7.629/99, impetrado pelo sujeito passivo contra a Decisão exarada pela 2ª JJF, através do Acórdão n° 0170-02/23-VD, que julgou Prejudicada a Defesa referente ao Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 12/12/2022 para exigir do estabelecimento, sob Inscrição Estadual n° 000.000.992, o débito no valor histórico de R\$ 424.351,27, acrescido da multa de 60%, inerente ao período de fevereiro de 2019 a dezembro de 2020, relativo a seguinte acusação:

“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.

Conforme demonstrado nas planilhas do Anexo I-1: - onde encontra-se o demonstrativo analítico indicando os meses onde 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.”

A Decisão recorrida julgou “**PREJUDICADA** a defesa referente ao Auto de Infração n° 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 n° 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.”, diante das seguintes considerações:

VOTO

[...]

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 n° 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 interlocatória - 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 inteleção do dispositivo transscrito, 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 irrecorribel 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 irrecorribel a decisão administrativa.

Contudo, a defesa abordou uma questão marginal, não incluída na ação judicial proposta pela autuante. 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. 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 tomado-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 transcreto.

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:

[...]

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 dispareces, 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 5ªJJF 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.

Não se conformando com a Decisão de 1ª Instância, o sujeito passivo em sua peça recursal, às fls. 165 a 178 dos autos, após sinopse processual, salientou que, apesar das correções de ofício no levantamento fiscal procedidas pela JJF, ao julgar “procedente o crédito tributário no montante de R\$ 281.383,82, considerando prejudicada a defesa, determinando o encaminhamento dos autos ao órgão de controle da legalidade, visando a inscrição do débito tributário e prosseguimento da discussão da lide na esfera judicial”, demonstrará que merece ser reformada a Decisão recorrida, diante das seguintes razões:

1. Os critérios de correção envolvendo fornecedores optantes do Simples Nacional, cuja matéria a JJF, de forma acertada, retificou o critério equivocado que pautou o lançamento original, envolvendo a apuração do ICMS-DIFAL relacionado às operações interestaduais com tais fornecedores, eis que a Lei Complementar nº 123/2006 impõe a utilização, para fins de cálculo do ICMS-DIFAL, das alíquotas aplicáveis a pessoas jurídicas “não optantes”, o que foi inclusive recepcionado pelo RICMS/BA.

Aduz o recorrente que, através da sua impugnação, também apresentou os cálculos realizados a partir do próprio levantamento fiscal, onde fizera as correções de valores em plena obediência ao que determina o art. 321, VIII e § 1º do RICMS/BA, que incorpora as regras da Lei Complementar do Simples Nacional (art. 13, § 5º da LC nº 123/2006), cujos cálculos reapresenta (doc. 02), para demonstrar que os valores lançados deveriam ser ajustados para R\$ 252.463,17, diferente do valor de R\$ 281.383,82 apurado pela JJF, do que salienta que não lhe foi disponibilizada a composição dos cálculos realizados pela JJF para verificar com exatidão o motivo dessa diferença.

Por esse motivo, considerando não ter tido acesso às memórias de cálculo adotadas pela JJF, reitera os critérios que foram adotados para realização dos seus cálculos constantes na impugnação, para subsidiar a análise por essa Câmara de Julgamento, reduzindo o seu montante para R\$ 252.463,17, conforme cálculos constantes em anexo (doc. 02).

2. Os valores remanescentes após a correção do levantamento, pois esses montantes correspondem a valores depositados judicialmente, realizados pelo recorrente, não devendo prosseguir as suas cobranças, do que salienta que, apesar de não restar clara a motivação da Infração, tais diferenças lançadas decorrem das alterações trazidas pela nova redação do art. 17, inciso 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 ao Estado da Bahia, que deixou de corresponder à mera “*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, incidente sobre uma base de cálculo majorada, cuja parcela majorada decorrente dessas alterações legislativas está sendo objeto de discussão judicial, discussão jurídica essa que não está sendo debatida no presente contencioso administrativo.

Destaca que, conforme informou nos presentes autos e a JJF registrou na Decisão recorrida, foi ajuizada, em 18/05/2018, a Ação Declaratória nº 0529031-63.2018.8.05.0001, em trâmite na 3ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Salvador/BA, por meio da qual objetiva a declaração da ilegalidade e constitucionalidade da nova sistemática do “ICMS-DIFAL” perpetrada pelo Estado da Bahia, através da nova redação do art. 17, XI e § 6º da Lei nº 7.014/96, dada pelas Leis nº 13.373/2015 e 13.816/2017, tendo, em 31/07/2018, sido proferida decisão interlocatória (doc. 4 da impugnação), através da qual restou deferida a Tutela Provisória de Urgência, de cuja decisão o Estado da Bahia interpôs Agravo de Instrumento junto ao Tribunal de Justiça do Estado da Bahia (Processo nº 8017587-54.2018.8.05.0000), o qual foi negado provimento, de forma unânime, pela Quarta Câmara Cível (doc. 5 da impugnação), estando pendente de julgamento o feito por sentença.

Assim, sustenta que, com base somente na liminar, 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, eis que, 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 de nº 0529031-63.2018.8.05.0001, tais diferenças decorrentes da parcela “majorada do ICMS-DIFAL”, conforme comprovantes de depósito judiciais apresentados (doc. 6 da impugnação), os quais coteja com os valores ajustados de R\$ 252.463,17 para demonstrar quantias depositadas judicialmente de R\$ 556.058,60.

Logo, segundo o recorrente, afigura-se completamente desarrazoado e improcedente o presente lançamento tributário, 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 Proc. nº 8017587-54.2018.8.05.0000 e, deste modo, na remota hipótese de não obter desfecho favorável no referido processo judicial, após o trânsito em julgado, os valores depositados serão inevitavelmente convertidos em renda em favor do Estado da Bahia, não tendo sentido na formalização de lançamento fiscal para exigência desses valores depositados, do que diz ser racional concluir pela total inaplicabilidade ao presente caso do quanto disposto no art. 117 e 122, IV do RPAF/BA, como adotado pelo órgão julgador de piso, já que a ação judicial mencionada foi ajuizada muito antes do presente lançamento tributário sob análise, pois, não há que se falar que o contribuinte esteja discutindo o mesmo tema de forma concomitante, na esfera administrativa e judicial, de modo a importar renúncia ou desistência de sua defesa.

Registra-se que a discussão travada entre Fisco e Contribuinte se restringem unicamente ao

processo judicial, no qual a íntegra da parcela majorada do ICMS-DIFAL está devidamente depositada em sua integralidade, não havendo, reitera-se, no âmbito deste processo administrativo, nenhuma alegação defensiva que esteja sendo aduzida no âmbito daqueles autos judiciais.

Assim, não há como se “renunciar ou desistir de defesa” do que sequer ocorreu, razão pela qual se afasta por completo as presunções do art. 117 do RPAF/BA. Registra-se, inclusive, que essa situação não foi enfrentada no parecer da PGE/BA citado na decisão de primeira instância, que, data vénia, não teve o cuidado de analisar a situação concreta dos autos.

Enquanto no processo judicial está se discutindo a impossibilidade de majoração da base de cálculo do ICMS-DIFAL, no presente processo administrativo fiscal o recorrente sustenta tão somente que este lançamento tributário é inócuo porque o crédito tributário exigido está integralmente depositado, de forma que esse Auto de Infração, no máximo, poderia ser formalizado para prevenir decadência e completa: ***“São matérias completamente distintas, não havendo que se falar, portanto, em concomitância de discussões como equivocadamente entendeu a decisão de primeira instância!”***

Em outras palavras, diz que não discute aqui a ilegitimidade da majoração da base de cálculo do ICMS-DIFAL (como faz crer a decisão de piso), mas apenas aduz que o lançamento tributário de crédito que está integralmente depositado, razão pela qual o Auto de Infração não deveria sequer ter sido lavrado ou, caso assim não se entenda, poderia no máximo ser formalizado para prevenir decadência.

Justamente por esse motivo, segundo o apelante, demonstra desde sua defesa que a autoridade fiscal não poderia ter realizado o lançamento tributário como o fez, descumprindo uma ordem judicial e ainda o realizando com multa e juros (sequer foi um lançamento para prevenir decadência!), de algo que está suspenso por ordem judicial e também pelo depósito judicial do montante envolvido, o que demonstra o total desacerto do presente lançamento no mérito, por ofensa direta ao art. 151, incisos II e V do Código Tributário Nacional:

Art. 151. Suspendem a exigibilidade do crédito tributário:

(...)

II - o depósito do seu montante integral;

(...)

*V – a concessão de medida liminar ou de tutela antecipada, em outras espécies de ação judicial;
(Incluído pela Lcp nº 104, de 2001)*

Repisa que na remota hipótese de não obter um desfecho favorável no referido 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 fiscal para exigência desses valores depositados!

Diante o exposto, requer que receba o presente recurso e, no mérito, após os devidos ajustes no levantamento fiscal conforme descrito no tópico anterior, cancele a exigência remanescente, 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, julgando improcedente o Auto de Infração.

Registrada na sessão de videoconferência, a presença do advogado Dr. Arthur Pires Lopes que exerceu o seu direito regimente da palavra em defesa do contribuinte.

É o relatório.

VOTO

Trata-se de Recurso de Ofício por ter a Decisão recorrida exonerado o sujeito passivo de parte do débito originalmente exigido no lançamento de ofício, conforme previsto no art. 169, I, “a” do

RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, como também de Recurso Voluntário, nos termos do art. 169, I, “b” do RPAF, interposto pelo contribuinte no sentido de modificar a Decisão da 1^a instância que julgou “*PREJUDICADA a defesa referente o Auto de Infração nº 279464.0005/22-9* (...) sendo procedente a exação no montante de R\$ 281.383,82 (...) 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.”

Quanto ao Recurso de Ofício, apesar de **não** ter sido interposto mediante declaração na própria Decisão recorrida, conforme determina o art. 170, I do RPAF, verifica-se, consoante previsto no inciso III do mesmo dispositivo legal, pelo qual estipula que: “*não sendo interposto o recurso de ofício nos casos em que haja previsão, o servidor que verificar o fato lavrará termo nos autos, informando ao Presidente do Conselho acerca do descumprimento daquela formalidade, para que este determine o processamento do recurso*”, que tal lapso foi sanado visto que o “*processamento do recurso*”, efetivamente, ocorreu no sistema, tendo sido, inclusive, consignado na Pauta de Julgamento tratar-se de “*Recurso de Ofício e Voluntário*”, do que foi cientificado o sujeito passivo.

Assim, em respeito ao princípio da celeridade processual, aplica-se ao caso concreto o previsto no art. 164, IV, “e”, c/c o § 3º do RPAF/99, abaixo transscrito, por se tratar a dita omissão recursal de inexatidão contida na Resolução, contudo, sem qualquer *prejuízo ao sujeito passivo, fato este reconhecido inclusive pelo próprio advogado presente em sessão*, diante do quanto já relatado.

Art. 164. As decisões dos órgãos julgadores serão tomadas por acórdão, devendo este conter:

[...]

IV - resolução, que consiste no acórdão propriamente dito, contendo:

[...]

e) o recurso de ofício, quando for o caso.

[...]

§ 3º Os erros de nome, de número ou de cálculo e outras inexatidões manifestas que se encontrem na resolução poderão ser a qualquer tempo retificados a requerimento do interessado, do representante da Procuradoria Geral do Estado ou de qualquer membro do Conselho.

Da análise do Recurso de Ofício, verifica-se que a desoneração do valor de R\$ 424.351,27, exigido no Auto de Infração, ao montante de R\$ 281.383,82, decorreu em razão do acolhimento da alegação de defesa (não contemplada no questionamento judicial - Processo nº 0529031-63.2018.8.05.0001, relativo à nova sistemática do cálculo do ICMS-DIFAL através do art. 17, XI e § 6º da Lei nº 7.014/96), no sentido de:

“...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.”

Assim, a JJF acolheu a alegação de defesa com substrato na legislação regente, especificamente prevista no art. 13, XIII, “h” da Lei Complementar nº 123/2006, recepcionada no art. 321, VIII e § 1º do Decreto nº 13.780/12 (RICMS/2012), os quais determinam que se utilize, para fins de cálculo do ICMS-DIFAL, as alíquotas aplicáveis a pessoas jurídicas não optantes do Simples Nacional, conforme excerto da Decisão a seguir:

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. 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 transrito.

[...]

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.

Diante destas razões, para efeito da exação do ICMS-DIFAL, entendo correta a Decisão recorrida em 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.

Do exposto, Não dou Provimento ao Recurso de Ofício.

Quanto às razões do Recurso Voluntário restringem-se: *i) os critérios de correção envolvendo fornecedores optantes do Simples Nacional, cuja matéria a JJF retificou o lançamento original, e ii) os valores remanescentes após a correção do levantamento, pois esses montantes correspondem a valores depositados judicialmente, realizados pelo recorrente, não devendo prosseguir as suas cobranças, eis que foi ajuizada, em 18/05/2018, a Ação Declaratória nº 0529031-63.2018.8.05.0001, em trâmite na 3ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Salvador/BA, por meio da qual objetiva a declaração da ilegalidade e inconstitucionalidade da nova sistemática do “ICMS-DIFAL” perpetrada pelo Estado da Bahia, através da nova redação do art. 17, XI e § 6º da Lei nº 7.014/96, dada pelas Leis nºs 13.373/2015 e 13.816/2017.*

Quanto à primeira alegação, a JJF procedeu as retificações no levantamento fiscal e apurou como devido o montante de R\$ 281.383,82, após “... 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”. Portanto, o fato de a JJF já ter procedido o ajuste, conforme reconhecido pelo próprio recorrente, torna-se sem objeto tal pretensão recursal.

Assim, apesar de o recorrente ter alegado os valores lançados deveriam ser ajustados para R\$ 252.463,17, do que salienta que não lhe foi disponibilizada a composição dos cálculos realizados pela JJF para verificar com exatidão o motivo dessa diferença, o próprio apelante informa, às fls. 175 dos autos, que optou por depositar mensalmente, em conta judicial vinculada ao referido Processo, tais diferenças decorrentes da parcela “majorada do ICMS-DIFAL” (doc. 6 da impugnação), no montante de R\$ 556.058,60. Em consequência, apesar de sustentar que o valor correto ajustado seria R\$ 252.463,17, paradoxalmente, o próprio contribuinte realiza depósitos judiciais de valores superiores ao lançado ou ajustado, conforme ele mesmo alega na sua peça recursal, às fls. 166 dos autos, a seguir transcrita:

2. *Mesmo corrigindo as imprecisões de levantamento, não há que se falar em “diferença recolhida a menor” que dê subsistência ao lançamento, face à existência, prévia à autuação, de depósitos judiciais de valores de ICMS-DIFAL, inclusive em valores superiores ao lançado*

Contudo, válido registrar que tal mensuração do *quantum debeatur* será através da conclusão da lide judicial existente e, em consequência, não se torna tão relevante, no presente momento, a quantificação questionada, pois, efetivamente, será definida através do poder judiciário.

Assim, diante do *ajuste* procedido no levantamento fiscal pela JJF relativo à consideração das alíquotas aplicáveis aos contribuintes não optantes pelo Simples Nacional, como também de que tal *mensuração* final será a determinada em juízo, entendo prejudicada a análise recursal destes dois itens (ajuste/valor).

Inerente à segunda alegação, pela qual o recorrente sustenta que não deve prosseguir a cobrança do valor remanescente eis que já depositados judicialmente, em decorrência do ajuizamento, em 18/05/2018, da Ação Declaratória nº 0529031-63.2018.8.05.0001, em trâmite na 3ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Salvador/BA, por meio da qual objetiva a declaração da ilegalidade e inconstitucionalidade da nova sistemática do “ICMS-DIFAL” perpetrada pelo Estado da Bahia, através da nova redação do art. 17, XI e § 6º da Lei nº 7.014/96, dada pelas Leis nº 13.373/2015 e 13.816/2017, do que ressalta que, na remota hipótese de não obter desfecho favorável 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 fiscal para exigência desses valores depositados, *temos a ressaltar* que o presente lançamento de ofício visa evitar a decadência dos créditos tributários, considerando inclusive a eventual demora no trâmite e conclusão da lide na esfera judicial, conjugada com uma posterior desistência da ação pelo autor e consequente pedido de resgate da quantia depositada 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, já que o ato objetivou apenas *garantir* a futura execução do crédito tributário.

Assim, a lavratura do presente lançamento de ofício não acarretará qualquer prejuízo ao apelante, pois, o fato de o contribuinte estar depositando em conta judicial vinculada ao processo os valores decorrentes da diferença exigida pelo Fisco, quando proferida a decisão pela Justiça, caso o Estado da Bahia seja a parte vencedora, será realizado um encontro de contas entre os valores lançados no Auto de Infração, **prevalecendo o determinado em juízo**, com a conversão dos valores depositados em renda ao erário baiano ou a conversão ao contribuinte, na hipótese da decisão judicial lhe ser favorável.

Porém, nos termos do art. 156, incisos VI e X do CTN, a extinção do crédito tributário ocorrerá após a conversão do depósito em renda à parte vencedora após decisão judicial passada em julgado. Eis a razão da exigibilidade do crédito tributário ficar suspensa até a decisão final pelo Poder Judiciário, nos termos do art. 151, II e V do CTN, e a defesa e/ou recursos na esfera administrativa ficarem prejudicados.

Portanto, discordo do recorrente quando concluiu *pela total inaplicabilidade ao presente caso do quanto disposto no art. 117 e 122, IV do RPAF/BA*, eis que a Ação de Pedido de Tutela de Urgência ajuizada pelo sujeito passivo, em 18/05/2018, através Ação Declaratória nº 0529031-63.2018.8.05.0001, pedindo a suspensão da exigibilidade do crédito tributário relativo a parcela majorada do ICMS-DIFAL, matéria que também objeto deste Auto de Infração, implicou na renúncia da instância administrativa, mesmo quando a ação judicial for anterior ao Auto de Infração, nos termos do art. 126 do COTEB (Lei nº 3.956/81) e do art. 117 do RPAF/BA, a seguir transcritos:

“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. 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. (grifei)

Logo, entendo que o Recurso Voluntário encontra-se prejudicado, quanto às suas razões de mérito, com a consequente extinção do processo administrativo fiscal, diante da escolha judicial pelo contribuinte, esgotando-se a instância administrativa, conforme previsto nos citados artigos 126 COTEB e 117 do RPAF, por optar o sujeito passivo pela ação judicial sobre a **mesma matéria**, objeto do lançamento de ofício.

Diante de tais considerações, conluso PREJUDICADO o Recurso Voluntário, inerente às razões de mérito relativas à exigência consignada no Auto de Infração, por inexistir objeto à pretensão recursal quanto ao primeiro item ou por se tratar de objeto com repercussão direta à demanda judicial, devendo cientificar o recorrente e, em seguida, remeter o Auto de Infração à PGE/PROFIS para adoção das medidas cabíveis.

Do exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício e PREJUDICADO o Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NÃO PROVER o Recurso de Ofício interposto e considerar PREJUDICADA a análise do Recurso Voluntário apresentado, mantendo a Decisão recorrida referente o Auto de Infração nº 279464.0005/22-9, lavrado contra TRONOX PIGMENTOS DO BRASIL S.A. (CRISTAL PIGMENTOS DO BRASIL S.A.), no valor de R\$ 281.383,82, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “f” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser cientificado o recorrente e remetido os autos à PGE/PROFIS para adoção das medidas cabíveis.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 20 de março de 2024.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA - PRESIDENTE

FERNANDO A. BRITO DE ARAÚJO - RELATOR

THIAGO ANTON ALBAN - REPR. DA PGE/PROFIS