

N.F. N° - 281317.0512/22-7
NOTIFICADO - EDM EMPRESA DISTRIBUIDORA DE MOBILIÁRIOS LTDA.
NOTIFICANTE - JONEY CESAR LORDELLLO DA SILVA
ORIGEM - DAT METRO / IFMT – POSTO FISCAL HONORATO VIANA
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 03.05.2024

5^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO JJF N° 0075-05/24NF-VF**

EMENTA: ICMS. FALTA DE RECOLHIMENTO. DIFAL. REMETENTE LOCALIZADO EM OUTRA UNIDADE DA FEDERAÇÃO. ESCOLHA DA VIA JUDICIAL. DESISTÊNCIA TÁCITA. Deixou a Notificada de recolher o ICMS DIFAL destinado a consumidor final, não contribuinte do imposto. A escolha da via judicial pelo sujeito passivo implica renúncia à discussão da lide na esfera administrativa, devendo o PAF ser encaminhado para a Procuradoria Geral do Estado, através de sua Procuradoria Fiscal, para adoção das medidas cabíveis. Defesa apresentada **PREJUDICADA**. Notificação Fiscal **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A Notificação Fiscal em epígrafe, **Trânsito de Mercadorias**, lavrada em 06/07/2022, exige do Notificado ICMS no valor histórico de R\$ 11.247,31, mais multa de 60%, equivalente a R\$ 6.748,38, perfazendo um total de R\$ 17.995,69, em decorrência do cometimento da seguinte infração:

Infração 01 - 050.001.002: Deixou o estabelecimento remetente de mercadoria ou bem e o prestador de serviço destinados a consumidor final, não contribuinte do imposto, de recolher o ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na hipótese do inciso XVI do art. 4º da Lei de nº. 7.014/96.

Enquadramento Legal: Inciso II do § 4º do art. 2º, inciso XVI do art. 4º e item 2º da alínea “J” do inciso I e o item 2 da alínea “c” do inciso II do art. 13 Lei de nº. 7.014/96 c/c EC de nº. 87/15 e Convênio 93/15. Multa prevista na alínea “f” do inciso II do art. 42 da Lei de nº. 7.014/96.

Na peça acusatória o Notificante descreve os fatos que se trata de:

“Na data indicada, no exercício de minhas atribuições, conclui a análise dos documentos e detectei a seguinte irregularidade referente ao TOF de nº. 0998831289/22-6. Em ação fiscalizatória, conforme Termo de Ocorrência Fiscal acima referido, o qual em conjunto com outros documentos, consta anexo como instrumento probatório, foram analisadas as operações das NF-es de nºs. 06.615 e 06.616, todas emitidas pela empresa de CNPJ de nº. 031.472.249/0001-00, cujos DANFEs também estão aqui anexados, nas quais são enviados produtos/mercadorias, em operação interestadual, para destinatário estabelecido no Estado da Bahia, não inscrito no cadastro de contribuintes do ICMS deste Estado. Em face da análise das operações das NF-es, foi constatado que não foi recolhido o ICMS (DIFAL) no montante equivalente à diferença entre o valor resultante da aplicação da alíquota na operação interna no Estado de destino e o valor resultante da aplicação da alíquota utilizada na operação interestadual no estado de origem.”

Anexo aos autos, dentre outros, encontram-se **cópias dos seguintes documentos**: a Notificação Fiscal de nº. 281317.0512/22-7, devidamente assinada pelo **Auditor Fiscal** (fl. 01); o Demonstrativo de Débito (fl. 03); o **Termo de Ocorrência Fiscal** nº. 099883.1289/22-6 (fls. 04 e 05) datado de 06/07/2022 – às 15h07min; o demonstrativo memória do cálculo elaborado pelo Notificante (fl. 06); os DANFEs das Notas Fiscais Eletrônicas – **NF-es de nºs. 06.615 e 06.616** (fls. 07 e 08), Natureza da Operação – Venda de Mercadoria Recebida de Terceiro Destinada a Não Contribuinte - **CFOP de nº. 6108**, emitidos na data de 22/06/2022, pela **EDM Empresa Distribuidora de Mobiliários Ltda (Notificada)**, localizada no Estado do **Espirito Santo**, carreando as mercadorias com NCM de nº. 9403.20.00 (Móveis de Metal), e tendo como destinatário o **Município de Mata de São João e a Escola Sainte Odile Ltda.**, localizados no Estado da Bahia, **CNPJ de nº. 15.126.437/0029-44**; o

documento do motorista e do caminhão (fls. 12 e 13);

Em seu arrazoado a Notificada iniciou sua peça de defesa alegando a tempestividade da mesma e no tópico “**Os Fatos e a Nulidade Absoluta da Autuação**” contou que é pessoa jurídica domiciliada no Estado do Espírito Santo, tendo por atividade econômica o comércio de móveis e artigos de colchoaria e que alguns clientes são consumidores finais que não se qualificam como contribuintes do ICMS e estão situados no Estado da Bahia, estando por conta disso inscrita, desde 11/03/2019, no Cadastro de Contribuintes do Estado da Bahia sob o nº 156.185.833, cumprindo à Notificada apurar o DIFAL nas operações realizadas em cada período de apuração efetuando o respectivo recolhimento no mês subsequente, dentro do prazo de vencimento determinado pelo artigo 332, XVII do RICMS/BA/12.

Tratou que não contribuintes do ICMS localizados no Estado da Bahia, adquiriram mercadorias em operações realizadas no dia 22/06/2022, conforme visto nos DANFEs das NF-es de nºs. 6.615 e 6.616, sendo que em abordagem realizada no dia 06/07/2022 (durante o transporte das mercadorias), **mesmo informado sobre a existência de inscrição no cadastro de contribuintes da Bahia**, o Notificante entendeu que a empresa deveria ter realizado o recolhimento do DIFAL antes da saída da mercadoria de seu estabelecimento de origem, destacando que a I.E. estava devidamente referenciada nos documentos fiscais que acompanhavam as mercadorias.

Acrescentou que o DIFAL apurado nas operações ocorridas no mês de junho de 2022 foi devidamente pago pela Notificada por meio de depósito judicial efetuado no bojo do **Mandado de Segurança nº 8055735-92.2022.8.05.0001**, onde por meio da referida ação, a Notificada **discute a viabilidade da exigência do DIFAL no ano de 2022**, tendo em vista a necessária aplicação do princípio constitucional da anterioridade nonagesimal (art. 150, III, “b” da CF) e, por consequência, da anterioridade de exercício (art. 150, III “c” da CF), sendo que essa informação foi devidamente indicada pela Notificada no campo “*Informações Complementares*” dos documentos fiscais ora analisados.

Asseverou que considerando que a totalidade do DIFAL que seria incidente na referida operação foi depositado em juízo pelo contribuinte, não há o que se falar em lavratura de auto de infração para a cobrança do tributo, ante a suspensão da exigibilidade do crédito tributário prevista no artigo 151, II do CTN.

Ademais, ainda que assim não se entenda, é preciso observar que não há o que se falar em cobrança do DIFAL antes do início da vigência da Lei Complementar nº 190/2022, o que ocorrerá apenas em 1º de janeiro de 2023, ante a necessária aplicação dos princípios da anterioridade nonagesimal e de exercício.

Acentuou no tópico “**Empresa Inscrita no Cadastro de Contribuintes do Estado da Bahia – Impossibilidade de Cobrança do DIFAL por Operação**” que no presente caso está-se diante de operações realizadas no dia 22/06/2022 por empresa inscrita no cadastro de contribuintes da Bahia, situação devidamente referenciada nas Notas Fiscais de nºs. 6.615 e 6.616, sendo assim, o **DIFAL apurável nessas operações apenas deveria ser recolhido pela empresa até o dia 15/07/2022** (juntamente com o tributo apuração em outras operações destinadas ao Estado da Bahia).

Afirmou no tópico “**DIFAL Pago por Meio de Depósito Judicial nos Autos do Mandado de Segurança de nº 8055735-92.2022.8.05.0001**” que o DIFAL apurado nas Notas Fiscais em análise (e nas operações realizadas no mês de junho de 2022) foi pago pela Notificada por meio de depósito judicial realizado no bojo do Mandado de Segurança nº 8055735-92.2022.8.05.0001, que tem como objeto o reconhecimento da impossibilidade da exigência do DIFAL em 2022, tendo em vista a necessária aplicação dos princípios da anterioridade nonagesimal e de exercício, em atenção à produção de efeitos da Lei Complementar de nº 190/2022, e que a referida providência tem como efeito a suspensão da exigibilidade do crédito tributário, nos termos do artigo 151, II do CTN, donde trouxe jurisprudências do STJ que tratam de depósitos judiciais (fls. 33 e 34).

Afirmou no tópico “*Nulidade – Notificação Lavrada com Base em Norma Declarada Inconstitucional pelo STF*” que as Cláusulas do Convênio ICMS de nº 93/2015 que, em tese, permitiam a cobrança do DIFAL pelos Estados foram declaradas inconstitucionais pelo STF no julgamento da ADI de nº 5.469/DF, restando consignado na referida ADI que a cobrança do DIFAL dependia da edição de Lei Complementar, sendo o referido Convênio insuficiente para a regulamentação da matéria, sendo que por conta da modulação os efeitos da referida decisão passaram a ser produzidos apenas a partir de 1º de janeiro 2022.

Destacou que a redação dos dispositivos da Lei Estadual de nº 7.014/1996 indicados na Notificação Fiscal não levam em consideração as alterações promovidas pela Lei Complementar de nº 190/2022 e pela Lei Estadual de nº 14.415/2021.

Registrhou no tópico “*Impossibilidade da Cobrança do DIFAL em 2022*” onde assentou em que pese as nulidades e improcedências apresentadas, são muitos os argumentos que demonstram a impossibilidade de cobrança do DIFAL sobre operações em análise sem a devida observação dos princípios da anterioridade de exercício e da anterioridade nonagesimal.

Dissertou sobre os “*Efeitos da declaração de inconstitucionalidade do DIFAL – ADI nº 5.469/DF – Extinção do DIFAL cobrado com base no Convênio de nº 93/15 – Criação de novo DIFAL a partir da LC 190/22*” (fls. 100 a 109) onde asseverou que como regera a teoria da nulidade do ato ou norma declarada inconstitucional, ou seja, **não são admitidos efeitos válidos à norma inconstitucional**, de modo que todas as relações jurídicas regidas por ela devam retornar ao seu status original, sob pena de violação à supremacia da Constituição, onde no caso do DIFAL, a aplicação da teoria da nulidade da norma inconstitucional tem como consequência **a anulação de toda e qualquer cobrança feita com base no Convênio ICMS de nº 93/15** desde a sua entrada em vigor, entretanto, devido aos efeitos das relações jurídico-tributárias já realizadas ocasionaria a necessidade de restituição de todos os valores indevidamente recolhidos ao final do julgamento da ADI o STF decidiu pela modulação dos efeitos da referida declaração de inconstitucionalidade, de modo que eles só fossem produzidos a partir do ano de 2022.

Explanou sobre a “*Criação de novas relações jurídico-tributárias entre remetente e Estados de destino*” (fls.109 a 113) onde após a publicação da EC 87/2015, os incisos VII e VIII do § 2º do artigo 155 da CF passaram a prever que, nas operações destinadas a consumidores finais não contribuintes do ICMS, localizados em outro Estado, o remetente da mercadoria seria o responsável pelo recolhimento do imposto correspondente à alíquota interestadual ao Estado de Origem e do imposto correspondente à diferença entre a alíquota interna do Estado destinatário e a alíquota interestadual ao Estado de Destino. Sendo que nesse novo cenário, a notificada passou a manter duas relações jurídico-tributárias distintas: uma com o Estado de origem (recolhimento do imposto com base na alíquota interestadual) e outra como o Estado de destino (recolhimento do diferencial de alíquotas).

Mencionou que não há dúvidas, portanto, que a EC 87/15 inaugurou uma nova espécie de relação jurídico-tributária. O contribuinte remetente que antes se relacionava juridicamente apenas com o seu próprio Estado sede (Estado de Origem), passou a se relacionar com diversos ou até mesmo todos os Estados, a depender da extensão de sua atividade.

Frisou que, **apenas com o início da produção de efeitos da Lei Complementar de nº 190/2022** a cobrança do DIFAL, com base na EC 87/15, terá aptidão jurídico normativa para ser implementada pelos Estados, sendo certo que, em razão das múltiplas relações jurídico-tributárias inéditas, deverão ser respeitados os princípios constitucionais da anterioridade de exercício e a anterioridade nonagesimal.

Destacou no tópico “*Majoração de Tributo – Modificação da Base de Cálculo para a Cobrança do DIFAL que resultou em Aumento do Valor a Ser Recolhido*” onde confeccionou um quadro demonstrativo (fls. 49 a 52) das modificações legislativas em relação à redação da LC de nº. 87/1996 Antes e Após as alterações promovidas pela LC de nº. 190/2022, trazendo simulação da base de cálculo da forma de cálculo dos valores que eram exigidos antes das alterações, sendo

que as novas regras estabelecidas pela LC de nº 190/2022 ocasionaram um evidente aumento do valor a ser recolhido a título de DIFAL nas operações interestaduais.

Ponderou que nesse sentido, é nítido que, ainda que se entenda que o DIFAL nas vendas a não contribuinte já existia (ao arreio da decisão do STF), é certo que **a LC de nº 190/2022 AUMENTOU O VALOR DO DIFAL AINDA COM BASE NO CONVÊNIO ICMS 93/15**, ao criar nova base de cálculo majorada para o DIFAL, o que não existia na redação anterior da LC de nº 87/1996 e no Convênio ICMS 93/15.

Tratou no tópico **“Necessária Aplicação do Princípio da Anterioridade de Exercício – Artigo 150, III, “b” da CF”** onde alertou que a publicação da LC de nº 190/2022 deve ser acompanhada da aplicação dos princípios da anterioridade nonagesimal e de exercício, dissertando sobre o assunto, trazendo doutrina dos tributaristas Luciano Amaro, Eduardo Sabbag e ensinamentos do Ministro Alexandre de Moraes, advertindo que com isso, qualquer Legislação Estadual que vise instituir a exigência do DIFAL em operações interestaduais destinadas a não contribuintes do imposto antes que a LC de nº 190/2022 passe a produzir seus efeitos, o que, como exposto, só ocorrerá a partir de 2023, violará frontalmente a Constituição Federal, e à própria LC de nº 190/2022.

Acrescentou no tópico **“Impossibilidade de Cobrança do DIFAL antes da Disponibilização de Portal Próprio para a Divulgação de Informações Necessárias ao Cumprimento das Obrigações Tributárias, Principais e Acessórias, nas Operações e Prestações Interestaduais”** que a Lei Complementar de nº 190/2022 criou uma condição expressa para que os Estados possam iniciar a cobrança do DIFAL em operações interestaduais destinadas a consumidor final não contribuinte do imposto, onde o § 4º do artigo 24-A da Lei Complementar de nº 87 dispõe que o inciso II do § 2º do art. 4º, a alínea “b” do inciso V do caput do art. 11 e o inciso XVI do caput do art. 12 da referida Lei Complementar SOMENTE PRODUZIRÃO EFEITOS a partir do 1º dia útil do 3º mês subsequente ao da disponibilização do portal mencionado no caput do artigo.

Assinalou que é interessante notar que, em tentativa desesperada de justificar a Notificação Fiscal em epígrafe, o Notificante argumenta que a prazo previsto no artigo 24-A da LC 87/96 não se aplicaria à alínea “b” do inciso V do art. 11 da LC 87/96, uma vez que, no seu sentir, o § 5º do artigo 24-A da LC 87/96 permitiria a exigência do imposto do remetente das mercadorias na condição de responsável tributário da operação.

Sendo assim, por previsão expressa da LC de nº 190/2022, não há o que se falar em cobrança do DIFAL em operações interestaduais destinadas a consumidores finais não contribuintes do ICMS, até o 1º dia útil do 3º mês subsequente após a disponibilização do portal em questão, razão pela qual deve-se afastar qualquer iminente ato coator que vise exigir o DIFAL sem a observância do referido prazo.

Finalizou no tópico **“Pedido”** onde tendo em vista que a Notificada está inscrita no Cadastro de Contribuintes do Estado da Bahia, não há o que se falar em recolhimento do tributo antes da saída das mercadorias (por operação), posto que a apuração do DIFAL é realizada com base em todas as operações realizadas em cada período e o pagamento deve observar o vencimento previsto no artigo 332, XVII do RICMS/BA.

Que o DIFAL apurado nas operações analisadas **foi devidamente pago por meio de depósito judicial efetuado no bojo do Mandado de Segurança de nº 8055735-92.2022.8.05.0001**, o que impõe o reconhecimento da suspensão da exigibilidade do crédito tributário (art. 151, II do CTN) e a impossibilidade de lavratura de auto de infração para a cobrança do tributo, sendo nulo a Notificação Fiscal posto que utilizou como fundamento o Convênio ICMS de nº 93/15, norma anteriormente declarada como inconstitucional pelo STF no julgamento da ADI de nº 5.469/DF.

Acrescentou que não há o que se falar em cobrança do DIFAL antes do início da vigência da Lei Complementar de nº 190/2022, o que ocorrerá apenas em 1º de janeiro de 2023, ante a necessária aplicação dos princípios da anterioridade nonagesimal e de exercício previstos nos artigos 150, III, b e c da CF, e que é impossível a cobrança do DIFAL até o 1º dia útil do 3º mês subsequente após a

criação de portal específico para disponibilização de todas as informações e ferramentas necessárias para que as empresas tenham condições de cumprir as obrigações tributárias atinentes ao novo DIFAL, nos termos do artigo 24-A, caput e § 4º da LC de nº 87/96, introduzido pela LC de nº 190/2022.

Verifico que por ter sido revogado o art. 53 do RPAF/99 através de norma publicada em **18/08/2018**, referente ao Decreto de nº 18.558/18, não consta a Informação Fiscal.

Distribuído o Processo Administrativo Fiscal - PAF para esta Junta, fiquei incumbido de apreciá-lo. Entendo como satisfatórios para formação do meu convencimento os elementos presentes nos autos, estando o PAF devidamente instruído.

É o relatório.

VOTO

A Notificação Fiscal, Trânsito de Mercadorias, lavrada em 06/07/2022, exige do Notificado ICMS **no valor histórico de R\$ 11.247,31**, mais multa de 60%, equivalente a R\$ 6.748,38, perfazendo um total de R\$ 17.995,69, em decorrência do cometimento da Infração **(050.001.002) de deixar o estabelecimento remetente de mercadoria ou bem e o prestador de serviço destinados a consumidor final, não contribuinte do imposto, de recolher o ICMS decorrente da diferença entre alíquotas internas e interestaduais.**

O enquadramento legal seguiu a Infração tipificada referenciando ao Inciso II do § 4º do art. 2º, inciso XVI do art. 4º e item 2º da alínea “J” do inciso I e o item 2 da alínea “c” do inciso II do art. 13 Lei de nº 7.014/96 c/c EC de nº. 87/15 e Convênio 93/15 e Multa prevista na alínea “f” do inciso II do art. 42 da Lei de nº 7.014/96.

Tem-se que a presente Notificação Fiscal resultou de uma ação de fiscalização realizada por Autoridade Fiscal do Posto Fiscal Honorato Viana (fl. 01), relacionado aos DANFEs das Notas Fiscais Eletrônicas – **NF-es de nºs. 06.615 e 06.616** (fls. 07 e 08), Natureza da Operação – Venda de Mercadoria Recebida de Terceiro Destinada a Não Contribuinte - **CFOP de nº. 6108**, emitidos na data de 22/06/2022, pela **EDM Empresa Distribuidora de Móveis Ltda (Notificada)**, localizada no Estado do **Espirito Santo**, carreando as mercadorias com NCM de nº. 9403.20.00 (Móveis de Metal), e tendo como destinatário o **Município de Mata de São João e a Escola Sainte Odile Ltda.**, localizados no Estado da Bahia, **CNPJ de nº. 15.126.437/0029-44** sem o pagamento do diferencial de alíquotas do ICMS nas operações e prestações que destinem bens e serviços a consumidor final não contribuinte do ICMS, localizado em outra Unidade Federada, em consonância com a exigência estabelecida no inciso IV do artigo 2º da Lei de nº 7.014/96, e em consonância com a cláusula primeira do Convênio ICMS 93/2015.

Relativamente ao momento da **instantaneidade da ação fiscal** do trânsito de mercadorias, essa ocorreu às 15h07min, na mesma data da **lavratura**, ou seja, em **06/07/2022**, entretanto, esta se fez horas depois às 17h15min.

Entendo que antes de que seja feito qualquer exame acerca dos aspectos preliminares, procedimentais e meritórios em torno do presente lançamento, exsurge uma questão prejudicial que inviabiliza a prossecução do julgamento e a continuidade do debate administrativo da exigência tributária.

Verifica-se, em consulta ao site **consultapublicapje.tjba.jus.br** que a Notificada impetrhou na data de 02/05/2022 **Mandado de Segurança Cível** de nº **8055735-92.2022.8.05.0001**, em trâmite perante a 3º Vara da Fazenda Pública da Comarca de Salvador- BA, visando para que:

“ seja afastado o iminente ato coator de exigência às IMPETRANTES, pelas autoridades citadas acima, do diferencial de alíquotas do ICMS nas operações interestaduais destinadas a consumidores finais não contribuintes antes do exercício financeiro de 2023 em atenção à produção de efeitos da LC 190/2022 que deverá respeitar o princípio da anterioridade de exercício; ou (v) subsidiariamente, profira sentença que conceda parcialmente a segurança pleiteada, para que seja afastado o iminente ato coator de exigência às

IMPETRANTES, pelas autoridades citadas acima, do diferencial de alíquotas do ICMS nas operações interestaduais destinadas a consumidores finais não contribuintes antes do 1º dia útil do 3º mês subsequente ao da criação, pelos Estados e pelo DF, de portal específico para disponibilização de todas as informações e ferramentas necessárias para que as empresas tenham condições de cumprir as obrigações tributárias atinentes ao novo DIFAL, nos termos do artigo 24-A, caput e § 4º da LC 87/1996, introduzido pela LC 190/2022.”

Donde o Excelentíssimo Magistrado, proferiu decisão em liminar na data de 13/09/2022, posterior a instantaneidade da ação fiscal, sendo em suma nos seguintes termos:

(...)

Posto isso, concedo a liminar para determinar que a autoridade impetrada, ou quem suas vezes fizer, por si ou por seus agentes, abstenha-se de praticar todo e qualquer ato tendente cobrança do ICMS-DIFAL com base na Lei Estadual nº 14.4125/2021, a exemplo de impedir ou apreender mercadorias, promover a inscrição do nome da impetrante em cadastros do tipo CADIN e SERASA etc, até que a Lei Complementar n. 190/2022 passe a produzir efeitos.. (grifei)

Note-se ser claro o *decisum* no tocante de que a autoridade impetrada (Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia) se abstivesse de praticar todo e qualquer ato tendente a cobrança do ICMS-DIFAL, até que a Lei Complementar de nº. 190/2022 passe a produzir efeitos.

O Mandado de Segurança é uma **medida judicial** a qual procura, com rapidez, um direito considerado “líquido e certo”, ou seja, um direito facilmente demonstrável, garantido por lei ou expresso em regulamento ou norma, que esteja sendo violado ou prestes a ser violado por uma autoridade. É chamado de remédio jurídico **por ser um mecanismo mais rápido** para se obter a garantia pretendida e **admitir decisão liminar**, possibilitando que o juiz determine desde logo que o direito seja garantido, **antes de julgar em definitivo o mérito do pedido**. Assim sendo, inerente ao Mandado de Segurança **está a liminar** que se presta para assegurar o direito, reparando, logo no início da demanda, ainda que provisoriamente, a violação cometida.

Do deslindado não consta nos autos o julgamento definitivo do mérito da medida judicial impetrada na data de 02/05/2022, anterior à lavratura da notificação, nesta esteira, o RPAF-BA/99 é cristalino ao determinar que a **propositura de medida judicial** pelo contribuinte implicar-se-á na desistência da impugnação na seara administrativa, consoante a inteligência do art. 117, a saber:

“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” (negritos da transcrição)”

Constata-se que regra semelhante se encontra resguardada na Lei de nº. 3.956/81 (Código Tributário do Estado da Bahia – COTEB), pelo comando do art. 126, c/c o art. 127-C, IV:

“Art. 126. Escolhida a via judicial pelo contribuinte, fica prejudicada sua defesa ou recurso, importando tal escolha a desistência da defesa ou do recurso interposto, considerando-se esgotada a instância administrativa, devendo o processo administrativo ser remetido à PROFIS para controle da legalidade e adoção das medidas cabíveis”.

Art. 127-C. Encerra-se o processo administrativo fiscal, contencioso ou não, com:

(...)

IV - a desistência da defesa ou do recurso, inclusive em decorrência da escolha da via judicial.”

Portanto, ao tomar esta Relatoria ciênciia da existência de **Mandado de Segurança**, que se discute matéria de deixar-se de recolher em favor do Estado da Bahia a parcela do DIFAL-ICMS, dúvidas não se quedam de que qualquer apreciação acerca da impugnação do contribuinte restou

prejudicada, em face do esgotamento da instância administrativa, devendo o Processo Administrativo Fiscal – PAF ser encaminhado ao setor competente.

Isto exposto, tenho a Notificação Fiscal como subsistente, tendo em conta estar a defesa apresentada prejudicada.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, em instância ÚNICA, considerar **PREJUDICADA** a defesa apresentada, restando incólume a Notificação Fiscal nº 281317.0512/22-7, lavrada contra **EDM EMPRESA DISTRIBUIDORA DE MOBILIÁRIOS LTDA.**, que exige ICMS no montante de R\$ 11.247,31, acrescida de multa de 60%, prevista no art. 42, II, “f”, da Lei nº 7.014/96, bem como os acréscimos legais, devendo o feito ser encaminhado para a Procuradoria Geral do Estado, através de sua Procuradoria Fiscal, para adoção das medidas cabíveis, em conformidade com o disposto no art. 126 do Código Tributário do Estado da Bahia, aprovado pela Lei 3.956/81.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 04 de abril de 2024.

VLADIMIR MIRANDA MORGADO - PRESIDENTE

EDUARDO DUTRA FREITAS – RELATOR

LUIZ ALBERTO AMARAL DE OLIVEIRA - JULGADOR