

PROCESSO - A. I. N° 272041.0003/23-9
RECORRENTE - FACON ENGENHARIA LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 5ª JJF nº 0021-05/24-VD
ORIGEM - DAT SUL / INFAZ EXTREMO SUL
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 17/07/2025

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO CJF N° 0241-12/25-VD**

EMENTA: ICMS. FALTA DE RECOLHIMENTO. DIFERENÇA ENTRE ALÍQUOTAS INTERNA E INTERESTADUAL. BENS DESTINADOS AO CONSUMO E AO ATIVO IMOBILIZADO. Reconhecida a desistência tácita da impugnação, à luz dos artigos 126 do COTEB e 117 do RPAF/99. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Considera-se a análise do Recurso **PREJUDICADA**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto em face da decisão proferida pela 5ª JJF referente ao presente auto de infração Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 20/03/2023 (ciência em 31/03/2023, pelo DT-e), exige ICMS no valor histórico de R\$ 164.105,83, além de multa e dos acréscimos moratórios, em decorrência da seguinte infração:

***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. Multa 60%.*

A autuada apresenta impugnação às folhas 30/43. À folha 164, o autuante presta informação fiscal. Refez os cálculos e obteve o ICMS-DIFAL de R\$ 6.213,12, conforme demonstrativo acostado. Opina que o Auto de Infração é Procedente em Parte.

A JJF procedeu decisão com base no voto condutor transcrito.

VOTO

Trata-se de infração única, cuja conduta autuada foi descrita como “Falta de recolhimento de ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais (DIFAL), na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo e/ou consumo do próprio estabelecimento”. O Sujeito Passivo se opôs ao lançamento, alegando, dentre outras coisas, que, por se tratar de não contribuinte do ICMS, não está sujeito ao recolhimento do diferencial de alíquotas.

Nesse sentido, informa que manejou ação judicial (Mandado de Segurança Preventivo), mediante a qual obteve provimento liminar, cujo dispositivo proíbe o Estado da Bahia de cobrar ICMS-DIFAL sobre as aquisições de mercadorias em outras Unidades da federação, conforme dispositivo abaixo.

*Posto isso, concedo a segurança 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 a cobrança do ICMS-DIFAL no momento da aquisição/compra de mercadorias qualificadas como insumos do processo produtivo**, tais como guindastes veiculares, endireitadeira (central de aço), par de truques, ou quaisquer outros veículos, máquinas, equipamentos destinados à prestação do serviço de construção civil (empreitada global) adquiridos pela impetrante, no exercício de suas atividades a exemplo de impedir ou apreender mercadorias, promover a inscrição do nome da impetrante em cadastros do tipo CADIN e SERASA etc, até ulterior deliberação.”*

Como se vê, em que pese tenha impugnado o presente lançamento administrativo, o Sujeito Passivo manejou, em concomitância, medida judicial cujo objeto coincide, na sua inteireza, com a presente exigência fiscal, o que atrai a incidência do quanto disposto no art. 126 do Código Tributário do Estado da Bahia, aprovado pela Lei 3.956/81, abaixo reproduzido.

*“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** (grifo acrescido), considerando-se esgotada a instância administrativa, devendo o processo administrativo ser remetido à PROFIS para controle da*

legalidade e adoção das medidas cabíveis.”

Assim, é forçoso reconhecer que a escolha da via judicial importa na desistência da presente impugnação, cujo exame fica prejudicado, devendo os autos serem remetidos para inscrição em dívida ativa. Frise-se que o MS ainda não transitou em julgado, o que impõe a feitura do presente lançamento, com vistas a obstar a fluência do prazo de cadencial.

Diante do exposto, dou por prejudicado o exame da petição impugnatória, dada a sua desistência tácita.

O representante do recorrente apresenta peça recursal às fls. 195/200, tecendo o seguinte:

Fez uma **breve síntese do acórdão recorrido**, onde descreveu o valor exigido e a infração imputada fazendo referência a infração de DIFAL destinadas ao ativo fixo e/ou consumo do próprio estabelecimento, referente aos exercícios de exercícios de 2021 e 2022. Reportou que, após apresentada defesa administrativa, bem como a decisão liminar proferida no Mandado de Segurança Preventivo em setembro/2022, distribuído sob o nº 8146467-22.2022.8.05.0001, a qual impedia a autoridade fazendária de autuar a Recorrente com relação ao DIFAL na compra de mercadorias destinadas à prestação do serviço de construção civil. Salientou que a JJF julgou prejudicada a defesa apresentada e manteve incólume a autuação impugnada.

Alegou em relação à **ausência de prejudicialidade e coincidência da matéria não versada no processo judicial, tendo assim necessidade de reforma do acórdão**. Explica que o entendimento da JJF não merece prosperar, pois o Mandado de Segurança Preventivo foi impetrado preventivamente pela Recorrente em 29.09.2022, sendo que a autuação foi lavrada em 20.03.2023, isto é, após a propositura da ação mencionada, o que afasta a prejudicialidade suscitada pela Autoridade Julgadora.

Salienta que a referida ação judicial tem como objeto, no mérito, apenas afastar obrigação ao recolhimento de ICMS-DIFAL na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo e/ou consumo para fins de fabricação e montagem de galpões. Em outras palavras, o que se discute na ação proposta anteriormente à autuação é a condição da Recorrente de prestadora de serviços de construção civil, o que, por consequência, afastaria a incidência do ICMS nas operações de compra de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo e/ou consumo para fins de fabricação e montagem de galpões.

Discorre que, partindo para a análise do auto de infração impugnado, bem como da defesa administrativa julgada prejudicada, verifica-se que não há entre esta e a ação judicial coincidência com a exigência fiscal. Ora, um dos fundamentos da defesa administrativa da Recorrente, e que sequer foi ventilado no processo judicial, isto é, não integra o escopo do mandado de segurança preventivo (cópia anexa), é a dispensa do lançamento e pagamento do ICMS-DIFAL nas aquisições de bens do ativo permanente para microempresas e empresas de pequeno porte. Inclusive, foi acolhido pelo Fiscal Paulo Nogueira da Gama nas informações fiscais prestadas à autoridade julgadora, onde o mesmo reduziu o débito cobrado de R\$ 164.105,83 para R\$ 6.213,12, refazendo o demonstrativo de débito.

Repete que a leitura da ação judicial revela que não existe nenhuma coincidência entre o fundamento que ensejou o acolhimento da defesa pelo fiscal Paulo Nogueira da Gama e o teor da ação judicial, a qual sequer é mencionada nos autos. Assim, a defesa administrativa da Recorrente não resta prejudicada pela mencionada ação judicial, de modo que deve ser apreciada por esta Câmara Julgadora, reformando-se a decisão da junta de julgamento.

Destaca que, conforme disposição do RICMS, estão dispensadas do lançamento e do pagamento do ICMS-DIFAL, dentre outras, as Microempresas e as Empresas de Pequeno Porte nas aquisições de bens do ativo permanente e de materiais de uso e consumo, conforme o art. 272, Incisos I, “a” e II, “b”. Desse modo, pela legislação de regência, verifica-se que a autuação fiscal é indevida, em especial nos fatos geradores listados no exercício de 2021, visto que a Recorrente estava enquadrada como Empresa de Pequeno Porte (EPP) nesse período, conforme se fez prova pelos documentos anexos.

Assim, afirma que estava desobrigada/dispensada de lançar e pagar o diferencial de alíquotas de ICMS nas aquisições de bens do ativo permanente/fixo e de material de uso e consumo. Como exposto, a autuação ora impugnada teve como objetivo apontar a falta de recolhimento de ICMS-DIFAL nas aquisições de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação “destinadas ao ativo fixo e/ou consumo do próprio estabelecimento”, uma vez que a FACON ENGENHARIA esteve enquadrada como EPP, durante todo o ano de 2021, não há falar, neste período, no recolhimento de ICMS-DIFAL nas aquisições de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo e/ou consumo do próprio estabelecimento.

Aponta nulidade do auto de infração suscitada na defesa administrativa também não foi objeto de ação judicial também não foi objeto da ação judicial, o que reforça a ausência de coincidência entre a exigência fiscal e a ação judicial, afastando, por completo, a incidência do art. 726 do COTEB e do art. 717 do RPAF.

Sustenta que diante da ausência de prejudicialidade na defesa administrativa apresentada pela Recorrente, mostra-se insubsistente o Auto de Infração e todas as supostas irregularidades apuradas, motivo pelo qual deve ser reformada a decisão da 5ª JF, a fim de julgar improcedente a autuação fiscal com relação aos débitos ICMS-DIFAL.

Finaliza requerendo reforma da decisão de piso, a fim de acolher as razões apresentada pela Recorrente, julgando-se Improcedente a autuação fiscal.

É o relatório.

VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra Decisão que julgou Procedente o Auto de Infração em epígrafe, lavrado para exigir ICMS no valor histórico de R\$ 164.105,83 mais multa de 60%, em razão do contribuinte “*deixar de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais nas aquisições de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo e/ou consumo do próprio estabelecimento*” referente ao período de 2021 a 2022.

Observe que, no recurso voluntário apresentado, o Recorrente realiza uma breve síntese do acórdão recorrido, descrevendo o objeto da autuação e o valor exigido a título de ICMS-DIFAL, referente ao lançamento em questão. Reitera, em sede recursal, que, após a apresentação da defesa administrativa e a concessão de liminar no Mandado de Segurança Preventivo, proferida em setembro de 2022, nos autos do Processo nº 8146467-22.2022.8.05.000, determinando que a autoridade fazendária **abstenha-se de praticar todo e qualquer ato tendente a cobrança do ICMS-DIFAL no momento da aquisição/compra de mercadorias qualificadas como insumos do processo produtivo**, na aquisição de mercadorias destinadas à prestação de serviços de construção civil.

No mérito, aduz o Recorrente que no julgamento de primeira instância equivocadamente a JF considerou prejudicada a defesa apresentada e manteve integralmente a autuação impugnada e sustenta **a inexistência de prejudicialidade e de identidade de matéria entre os processos administrativo e judicial**, o que justificaria a necessidade de reforma do acórdão. Argumenta que o entendimento adotado pela JF não deve prevalecer, uma vez que o Mandado de Segurança Preventivo foi impetrado preventivamente pela Recorrente em 29/09/2022, enquanto a autuação somente foi lavrada em 20/03/2023, ou seja, posteriormente à propositura da ação judicial, o que afasta a alegada prejudicialidade suscitada pela autoridade julgadora.

Aduz ainda o Recorrente que a referida ação judicial tem por objeto exclusivamente afastar a obrigação de recolher o ICMS-DIFAL nas aquisições interestaduais de mercadorias destinadas ao ativo imobilizado e/ou consumo, para fins de fabricação e montagem de galpões. Esclarece que a discussão travada na ação, proposta anteriormente à autuação, refere-se à condição do Recorrente como prestador de serviços de construção civil, o que, por consequência, afastaria a incidência do

ICMS nas operações de aquisição interestadual de mercadorias destinadas ao ativo imobilizado e/ou consumo com essa finalidade específica.

Em respeito ao Princípio da Celeridade Processual, passo à análise de mérito no tocante a alegação do Recorrente quanto à **inexistência de prejudicialidade e de identidade de matéria entre os processos administrativo e judicial**.

Compulsando os autos, verifico que o agente autuante acolheu parcialmente as alegações da autuada, reduzindo o lançamento de R\$ 164.105,83 para R\$ 6.213,12, conforme demonstrado na informação fiscal à fl. 164 e nos demonstrativos às fls. 165/170, tomando como base o art. 272, inciso I, alínea “a”, item 2, do RICMS/BA.

No entanto, ao confrontar os demonstrativos apensados à informação fiscal pelo agente autuante, com fundamento no art. 272, inciso I, alínea “a”, item 2 do RICMS/BA, verifico que houve equívoco da fiscalização na interpretação do citado artigo, tendo em vista que:

- 1) Os fatos geradores da autuação ocorreram nos meses de janeiro a abril, junho, agosto outubro e dezembro de 2021 e, janeiro a fevereiro, agosto a setembro e dezembro de 2022.
- 2) Que para os fatos geradores acima descritos, o recorrente tinha forma de apuração do ICMS conta corrente fiscal.
- 3) Contata-se nos dados cadastrais do Contribuinte na SEFAZ/BA, que o recorrente foi excluído do Simples Nacional em 31.12.2020.

Para um melhor entendimento, em relação a matéria, o disposto no art. 272 do RICMS/BA, assim emana, conforme vejamos:

Art. 272. Fica dispensado o lançamento e o pagamento relativo:

I - a diferença de alíquotas;

a) nas aquisições de bens do ativo permanente destinada a:

1 – até 31/12/2026, indústria de laticínios;

2 – microempresas e empresas de pequeno porte.

Constata-se nos autos que, para os fatos geradores do lançamento, ou seja, nos exercícios de 2021 e 2022, o Recorrente não possuía enquadramento que o dispensasse do lançamento e do pagamento relativo à diferença de alíquotas (DIFAL) entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, destinadas ao ativo fixo e/ou ao consumo do próprio estabelecimento, em razão de ter sido excluído do regime de apuração do Simples Nacional em 31/12/2020.

Assim, por não concordar com a redução do lançamento fiscal de R\$ 164.105,83 para R\$ 6.213,12, efetuada pela fiscalização, conforme apresentado na informação fiscal à fl. 164 e nos demonstrativos às fls. 165/170, com base no disposto no art. 272, inciso I, alínea “a”, item 2, do RICMS/BA, entendo que o Auto de Infração deve ser mantido integralmente. Portanto, de ofício, mantenho o lançamento em lide.

Da análise dos autos, constata-se que o Recorrente impetrou a referida ação judicial, tendo obtido decisão liminar no Mandado de Segurança Preventivo, proferida em setembro de 2022, no Processo nº 8146467-22.2022.8.05.0001, a qual impedia a autoridade fazendária de exigir do sujeito passivo o pagamento do ICMS-DIFAL nas aquisições interestaduais de mercadorias destinadas à prestação dos serviços por ele realizados, conforme se transcreve abaixo:

*“Posto isso, concedo a segurança 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 a cobrança do ICMS-DIFAL no momento da aquisição/compra de mercadorias qualificadas como insumos do processo produtivo, tais como guindastes veiculares, endireitadeira (central de aço), par de truques, ou quaisquer outros veículos, máquinas, equipamentos destinados à prestação do serviço de construção civil (empreitada global) adquiridos pela impetrante, no exercício de suas atividades a exemplo de impedir ou apreender mercadorias, promover a inscrição do nome da impetrante em cadastros do tipo CADIN e SERASA etc, até ulterior deliberação.**”*

No que se refere à alegação do Recorrente de que o entendimento da JF não merece prosperar, sustenta que o Mandado de Segurança Preventivo foi impetrado preventivamente pela Recorrente em 29/09/2022, enquanto a autuação foi lavrada em 20/03/2023, ou seja, após a propositura da referida ação judicial, o que, segundo alega, afastaria a prejudicialidade suscitada pela Autoridade Julgadora.

Entretanto, da análise da decisão recorrida, verifica-se que não assiste razão às alegações do sujeito passivo. Isso porque o autuado optou por ajuizar ação judicial preventiva, na qual foi proferida decisão liminar no Mandado de Segurança Preventivo, em setembro de 2022, nos autos do Processo nº 8146467-22.2022.8.05.0001.

Assim, a decisão de primeiro grau fundamentou o seu voto nos seguintes termos:

“Como se vê, em que pese tenha impugnado o presente lançamento administrativo, o Sujeito Passivo manejou, em concomitância, medida judicial cujo objeto coincide, na sua inteireza, com a presente exigência fiscal, o que atrai a incidência do quanto disposto no art. 126 do Código Tributário do Estado da Bahia, aprovado pela Lei 3.956/81, abaixo reproduzido.

*“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** (grifo acrescido), considerando-se esgotada a instância administrativa, devendo o processo administrativo ser remetido à PROFIS para controle da legalidade e adoção das medidas cabíveis.”*

Assim, é forçoso reconhecer que a escolha da via judicial importa na desistência da presente impugnação, cujo exame fica prejudicado, devendo os autos serem remetidos para inscrição em dívida ativa. Frise-se que o MS ainda não transitou em julgado, o que impõe a feitura do presente lançamento, com vistas a obstar a fluência do prazo de cadencial.

Diante do exposto, dou por prejudicado o exame da petição impugnatória, dada a sua desistência tácita.”

No contexto da decisão recorrida, é forçoso reconhecer que a opção pela via judicial implica na desistência da presente impugnação/recurso, cujo exame resta prejudicado, devendo os autos ser remetidos à PGE/PROFIS para adoção das medidas cabíveis. Fica implícita, assim, a suspensão do presente processo até o trânsito em julgado da decisão judicial, especialmente porque caberia à PGE/PROFIS a adoção das providências pertinentes.

Em consulta processual ao TJBA, verifica-se que o Mandado de Segurança nº 8146467-22.2022.8.05.0001 encontra-se, atualmente, concluso para julgamento, após o saneamento realizado, conforme certidão (ID: 500353756) emitida em 13/05/2025. Não há, portanto, trânsito em julgado, o que justifica a lavratura do presente lançamento, com o objetivo de impedir a consumação do prazo decadencial.

Ademais, a jurisprudência consolidada na Súmula CARF nº 48 também indica que a suspensão da exigibilidade do crédito tributário, por força de medida judicial, não impede a lavratura do auto de infração, conforme se observa:

Súmula CARF nº 48:

A suspensão da exigibilidade do crédito tributário por força de medida judicial não impede a lavratura de auto de infração.

Acórdão nº CSRF/02-03.257, de 30/06/2008 Acórdão nº 101-96910, de 17/09/2008 Acórdão nº 107-09452, de 13/08/2008 Acórdão nº 204-03122, de 07/04/2008 Acórdão nº 101-96492, de 06/12/2007 Acórdão nº 202-18012, de 22/05/2007 Acórdão nº 106-15548, de 24/05/2006

Dessa forma, ao optar pelo ajuizamento do Mandado de Segurança preventivamente, o sujeito passivo acaba por desistir da presente impugnação/recurso, razão pela qual entendo que o exame do presente recurso se encontra prejudicado, devendo os autos ser remetidos à PGE/PROFIS para a adoção das medidas cabíveis.

Dito isto, considero PREJUDICADA a análise do Recurso Voluntário apresentado e voto pelo seu NÃO PROVIMENTO.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e manter a decisão recorrida que considerou **PREJUDICADA** a análise da lide referente ao Auto de Infração nº 272041.0003/23-9, lavrado contra **FACON ENGENHARIA LTDA.**, no valor de **R\$ 164.105,83**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “f” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais. O presente processo administrativo deve ser remetido à PROFIS para controle da legalidade e adoção das medidas cabíveis, em conformidade com o disposto no art. 126 do Código Tributário do Estado da Bahia, aprovado pela Lei nº 3.956/81.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 16 de junho de 2025.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE

ANTONIO DIJALMA LEMOS BARRETO – RELATOR

RAIMUNDO LUIZ DE ANDRADE - REPR DA PGE/PROFIS