

**PROCESSO** - A. I. N° 272041.0003/23-9  
**RECORRENTE** - FACON ENGENHARIA LTDA.  
**RECORRIDA** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECURSO** - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 5<sup>a</sup> JJF n° 0021-05/24-VD  
**ORIGEM** - DAT SUL / INFAS EXTREMO SUL  
**PUBLICAÇÃO** - INTERNET: 17/07/2025

**2<sup>a</sup> 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 PROVADO**. Considera-se a análise do Recurso **PREJUDICADA**. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

Trata-se de Recurso Voluntário interposto em face da decisão proferida pela 5<sup>a</sup> 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 transrito.

**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 caducidade.

*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 insubstancial o Auto de Infração e todas as supostas irregularidades apuradas, motivo pelo qual deve ser reformada a decisão da 5ª JJF, 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.

Observo 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 **abstinha-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 JJF 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 JJF 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, mantendo o lançamento em lide.

Da análise dos autos, constata-se que o Recorrente impetrhou 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 JJF 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 decadência.*

*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 2<sup>a</sup> 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