

PROCESSO	- A. I. N° 207104.0027/23-6
RECORRENTE	- INSIDER COMÉRCIO DE VESTUÁRIO LTDA.
RECORRIDA	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO	- RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 3 ^a JJF n° 0022-03/25-VD
ORIGEM	- DAT METRO / IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO	- INTERNET: 19/09/2025

2^a CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0335-12/25-VD

EMENTA: ICMS. FALTA DE RECOLHIMENTO. MERCADORIAS DESTINADAS A CONSUMIDOR FINAL NÃO CONTRIBUINTE. EC N° 87/15. IMPUGNAÇÃO PREJUDICADA. CONCOMITÂNCIA COM A DISCUSSÃO JUDICIAL DA LIDE. A propositura de medida judicial pelo sujeito passivo importa a renúncia do poder de recorrer na esfera administrativa. Suspensa a exigibilidade do crédito tributário. A exigibilidade do crédito tributário, deve ficar suspensa até decisão final da lide pelo Poder Judiciário. Mantida a Decisão recorrida. Considerar PREJUDICADO a análise do Recurso Voluntário. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra Decisão que julgou Procedente o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 20/09/2023, em razão da seguinte irregularidade:

Infração 01 - 02.01.03: O remetente e/ou prestador localizado em outra unidade da federação deixou de recolher o ICMS devido ao estado da Bahia em função da EC n° 87/15, em operações ou prestações que destinaram mercadorias, bens ou serviços a consumidor final não contribuinte localizado neste Estado, nos meses de janeiro a dezembro de 2019 e 2020 e janeiro a abril e junho a dezembro de 2021, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 274.003,28, acrescido da multa de 60%, prevista no Art. 42, II, "f", da Lei n° 7.014/96.

A 3^a JJF decidiu pela Procedência do Auto de Infração, por unanimidade, mediante o Acórdão JJF n° 0022-03/25-VD (fls. 214 a 226), com base no voto a seguir transscrito:

“No mérito o presente Auto de Infração exige ICMS referente ao recolhimento a menos devido ao Estado da Bahia pelo remetente e/ou prestador de localizado em outra Unidade da Federação, em função da EC n° 87/15, em operações ou prestações que destinam mercadorias, bens ou serviços a consumidor final não contribuinte localizado neste Estado.

Em sede Defesa, o Autuado pugnou pelo cancelamento do Auto de Infração, em síntese, pelos seguintes motivos:

- i) - o Supremo Tribunal Federal (“STF”) decidiu pela inconstitucionalidade da cobrança do ICMS-DIFAL instituído pela Emenda Constitucional 87/15 (EC 87/2015) até a edição de lei complementar federal regulamentando a cobrança
- ii) - foi proferida decisão no Mandado de Segurança n° 8012161-53.2021.8.05.0001, impetrado pela Impugnante, suspendendo a exigibilidade do DIFAL nas operações com consumidores finais não contribuintes localizados no estado da Bahia;
- iii) - não estava obrigada ao recolhimento do DIFAL-ICMS até outubro de 2019, pois, naquele período, estava enquadrada no regime do Simples Nacional.

Essa 3^a JJF em diligência à PGE PROFIS, para que emitisse parecer abordando as implicações jurídicas em relação à matéria objeto do presente Auto de Infração, tendo em vista as decisões do STJ acerca da matéria, bem como pelo fato de não dispor de informações sobre a real e atual situação em que se encontra, no âmbito judicial, o Mandado de Segurança n° 8012161-53.2021.8.05.0001, bem como, se aplicável o inciso IV, de art. 122, do RPAF-BA/99.

Em opinativo a PGE-PROFIS, fls. 139 a 142, em relação ao questionamento formulado na parte inicial da diligência, concernente ao andamento do MS n° 8012161- 53.2021.8.05.0001, informou que a decisão acima reproduzida, foi objeto de embargos declaratórios pelo impetrante, tendo sido julgado no sentido do não acolhimento por inexistência de omissão, contradição ou obscuridade, em 9 de março de 2023, sendo o processo redistribuído por direcionamento em 31/01/24.

Quanto à segunda indagação, se seria aplicável o inciso V, do art. 122, do RPAF-BA/99, afirma o Parecerista

entender ser aplicável ao caso o inciso II, do art. 117, do RPAF-BA/99, uma vez que a infração imputada no lançamento, especificamente a cobrança do DIFAL nas operações interestaduais destinadas a consumidor final não contribuinte do ICMS, é coincidente com a pretensão formulada no MS nº 8012161-53.2021.8.05.0001.

Acrescentou ainda que a matéria objeto da pretensão no mandamus foi julgada na ADI 5469, tendo o decisum declarado:

Decisão: O Tribunal, por maioria, julgou procedente o pedido formulado na ação direta, para declarar a inconstitucionalidade formal das cláusulas primeira, segunda, terceira, sexta e nona do Convênio ICMS nº 93 de 17 de setembro de 2015, do Conselho Nacional de Política Fazendária (CONFAZ), por invasão de campo próprio de lei complementar federal, nos termos do voto do Relator, vencidos os Ministros Nunes Marques e Gilmar Mendes, e, parcialmente, os Ministros Alexandre de Moraes, Ricardo Lewandowski e Luiz Fux (Presidente). Em seguida, o Tribunal, por maioria, modulou os efeitos da declaração de inconstitucionalidade das cláusulas primeira, segunda, terceira, sexta e nona do convênio questionado para que a decisão produza efeitos, quanto à cláusula nona, desde a data da concessão da medida cautelar nos autos da ADI nº 5.464/DF e, quanto às cláusulas primeira, segunda, terceira e sexta, a partir do exercício financeiro seguinte à conclusão deste julgamento (2022), aplicando-se a mesma solução em relação às respectivas leis dos estados e do Distrito Federal, para as quais a decisão produzirá efeitos a partir do exercício financeiro seguinte à conclusão deste julgamento (2022), exceto no que diz respeito às normas legais que versarem sobre a cláusula nona do Convênio ICMS nº 93/2015, cujos efeitos retroagem à data da concessão da medida cautelar nos autos da ADI nº 5.464/DF. Ficam ressalvadas da proposta de modulação as ações judiciais em curso. Vencidos, nesse ponto, o Ministro Edson Fachin, que aderia à proposta original de modulação dos efeitos, e o Ministro Marco Aurélio, que não modulava os efeitos da decisão. Plenário, 24.02.2021 (Sessão realizada por videoconferência - Resolução 672/2020/STF).

Verifico que a 3ª Vara da Fazenda Pública no Mandado de Segurança nº 801216153.2021.8.0001, em decisão cuja cópia foi acostada às fls. 200 a 206, concedeu em parte a segurança pleiteada para assegurar à impetrante, em definitivo, seu direito líquido e certo de não se sujeitar a exigência do DIFAL-ICMS pelo Estado da Bahia, quando destinatário nas operações interestaduais destinadas a consumidor final, não contribuinte do ICMS, desde a impetração do writ (02/02/2021) a 05/04/2022.

A respeito dessa matéria o RPAF-BA/99, ao se referir a existência do processo ou procedimento administrativo concomitante com discussão judicial da lide, expressamente dispõe que:

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.

§ 2º A ação judicial proposta pelo sujeito passivo não suspende a execução do crédito tributário, salvo quando:

I - acompanhada do depósito do seu montante integral;

II - concedida medida liminar em mandado de segurança, determinando a suspensão.

§ 3º A suspensão da exigibilidade do crédito nos casos de depósito do valor ou de concessão de medida liminar em mandado de segurança não dispensa o cumprimento das obrigações acessórias dependentes da obrigação principal cujo crédito seja suspenso, ou dela consequentes.

§ 4º Quando o contribuinte ou responsável, antecipando-se a procedimento administrativo ou medida de fiscalização, promover contra a fazenda pública estadual qualquer ação judicial em que se discuta matéria tributária, a repartição fiscal competente deverá providenciar e fornecer à Procuradoria Geral do Estado, por provação desta:

I - Termo de Ocorrência, a ser imediatamente lavrado para apurar a situação tributária do contribuinte, com relação à questão discutida em juízo;

II - os elementos de informação que possam facilitar a defesa judicial da Fazenda Pública e a completa apuração do crédito tributário.

§ 5º Na hipótese do parágrafo anterior, se a matéria discutida envolver procedimentos futuros, serão realizadas verificações periódicas para controle das atividades tributáveis.

Como informa a PGE-PROFIS em seu opinativo que o MS nº 801216153.2021.8.0001 foi objeto de embargos declaratórios pelo impetrante, tendo sido julgado no sentido do não acolhimento por inexistência de omissão,

contradição ou obscuridade, em 9 de março de 2023, sendo o processo redistribuído por direcionamento em 31/01/24. Portanto, resta de fato, configurada a consentaneidade da aplicação, no presente caso, do inciso II, do art. 117, do RPAF-BA/99.

Quanto à solicitação para que todas as intimações alusivas ao presente feito sejam dirigidas exclusivamente aos Patronos do Autuado e enviadas em nome do advogado João André Buttini de Moraes, inscrito na OAB/SP nº 287.864, com endereço profissional na Avenida Brigadeiro Faria Lima, 4509, cj. 62, CEP 04538-133, cidade de São Paulo, Estado de São Paulo, sob pena de nulidade, consigno não haver óbice algum para o seu atendimento, contudo, nos termos do RPAF-BA/99, o não atendimento não implica nulidade. Ademais, o representante do Autuado poderá cadastrar seu correio eletrônico junto a esta SEFAZ, para receber as intimações atinentes ao presente feito.

Isto posto, com supedâneo na norma regulamentar acima transcrita, voto pela declaração de extinção do presente processo administrativo fiscal, restando mantido o lançamento tributário, devendo os autos serem encaminhados à PGE-PROFIS para adoção das providências pertinentes à sua alcada, ficando suspensa a exigibilidade do crédito tributário até ulterior decisão pelo poder judiciário.”

O Autuado apresentou Recurso Voluntário (fls. 236 a 254), nos termos do Art. 169, I, “b” do RPAF/99, onde, após um breve relato dos fatos, alegou que a sentença do Mandado de Segurança nº 8012161-53.2021.8.0001, é definitiva e garante a inexigibilidade do DIFAL no período indicado, o que foi ignorado pela decisão administrativa.

Asseverou que o Mandado de Segurança foi impetrado em 02/02/2021, antes do julgamento do Tema 1.093/STF, sob a repercussão geral, para afastar a cobrança do DIFAL na Bahia, alegando ausência de lei complementar que regulamentasse a matéria e, em 01/11/2024, tomou ciência da sentença que concedeu, em definitivo, a segurança, assegurando a não exigência do DIFAL no período de 02/02/2021 a 05/04/2022.

Ressaltou que o entendimento da PGE/PROFIS foi equivocado, pois a sentença resolve o mérito da causa, dando uma solução definitiva ao litígio.

Afirmou que teve ciência do Auto de Infração em 24/10/2023 e que, ainda que a discussão seja sobre o DIFAL, é evidente que não há identidade quanto ao período objeto das discussões, já que o Mandado de Segurança, ao contrário do Auto de Infração, pleiteia o afastamento do DIFAL relativo ao período quinquenal anterior ao *mandamus*, desde 2016 até a edição da lei complementar que deveria regulamentar a cobrança do DIFAL, o que ocorreu apenas em dezembro de 2021, enquanto o Auto de Infração está restrito a um período específico.

Disse que estava enquadrada no regime do Simples Nacional no período de janeiro a outubro de 2019, sendo indevida a cobrança, conforme decisão do STF no julgamento da ADI nº 5.464 em conjunto com o RE nº 1.287.019, em sede de repercussão geral, quando foi fixada a seguinte tese: “A cobrança do diferencial de alíquota alusiva ao ICMS, conforme introduzido pela emenda EC 87/2015, pressupõe a edição de lei complementar veiculando normas gerais”.

Discorreu sobre o caráter confiscatório e abusivo da multa aplicada, violando os princípios da razoabilidade, proporcionalidade e vedação ao confisco, bem como pela necessidade de busca da verdade material, com a realização de diligência.

Requeru a reforma da Decisão recorrida para que seja provido o Recurso Voluntário, a fim de que seja reconhecida a nulidade do Auto de Infração e, no mérito, seja integralmente cancelado, e, subsidiariamente, caso mantida a exigência fiscal, que seja relevada ou reduzida a multa a patamares minimamente razoáveis.

Pugnou pela publicação das intimações exclusivamente em nome do seu patrono, que indicou, sob pena de nulidade.

Registro a presença da advogada do Autuado, que exerceu o seu direito regimental à sustentação oral, Sra. Vanessa Carrillo do Nascimento, inscrita na OAB/SP sob o nº 337.496.

VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra Decisão que julgou Procedente o Auto de Infração em epígrafe, lavrado para exigir ICMS e multa pela falta de recolhimento do imposto

devido ao Estado da Bahia em função da EC nº 87/15, em operações ou prestações que destinaram mercadorias, bens ou serviços a consumidor final não contribuinte localizado neste Estado.

No que concerne à solicitação do Autuado de que as intimações sejam enviadas ao seu advogado, para fins de recebimento das comunicações no presente feito, inexiste óbice ao seu atendimento, mas ressalto que as condições de validade das intimações são as previstas no Art. 108 e seguintes do RPAF/99.

Constatando nos autos que o Autuado ingressou na justiça quanto à exigência do imposto em período de 2016 a 31/12/2021, implicando na renúncia ao poder de recorrer administrativamente ou a desistência da impugnação ou recurso acaso interposto, restou PREJUDICADO o julgamento do Recurso Voluntário em relação à apreciação deste Colegiado, nos termos do Art. 126 da Lei nº 3.956/81 (COTEB) e do Art. 117 do RPAF/99, devendo ser encaminhados os autos à PGE/PROFIS para as medidas cabíveis, na forma prevista no Art. 113 do RPAF/99, mantendo suspensa a exigibilidade do crédito tributário, conforme previsto no Art. 151, IV do CTN.

Estão incluídos no período a que se refere o *mandamus* toda a exigência lançada no Auto de Infração, tanto no que se refere ao período enquadrado no regime do Simples Nacional, quanto aos demais períodos até 31/12/2021, o que contraria a alegação recursal de falta de identidade do lançamento com a ação judicial.

Quanto ao argumento de que as multas aplicadas são inconstitucionais, por possuir caráter confiscatório e afrontar princípios insculpidos na CF/88, ressalto que esta Câmara não tem competência para declarar a ilegalidade ou inconstitucionalidade da legislação estadual, nos termos do Art. 125, I e III da Lei nº 3.956/81 (COTEB) e do Art. 167, I e III do RPAF/99, sendo certo que a multa aplicada está prevista no Art. 42 da Lei nº 7.014/96, não havendo previsão legal para seu cancelamento ou redução.

Saliento que este processo administrativo se pautou integralmente pela busca da verdade material, inclusive com intervenção da PGE/PROFIS, a pedido dos julgadores de piso, não tendo qualquer motivo para a realização de novas diligências.

Diante do exposto, voto por julgar PREJUDICADO o Recurso Voluntário, em razão da escolha da via judicial, implicando na renúncia ao poder de recorrer administrativamente, nos termos do Art. 126 da Lei nº 3.956/81 (COTEB) e do Art. 117 do RPAF/99, devendo ser encaminhados os autos à PGE/PROFIS para as medidas cabíveis, na forma prevista no Art. 113 do RPAF/99, mantendo suspensa a exigibilidade do crédito tributário, conforme previsto no Art. 151, IV do CTN.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, considerar PREJUDICADA a análise do Recurso Voluntário apresentado e manter a Decisão recorrida que julgou PROCEDENTE o Auto de Infração nº 207104.0027/23-6, lavrado contra **INSIDER COMÉRCIO DE VESTUÁRIO LTDA**, no valor de **R\$ 274.003,28**, acrescido da multa de 60%, prevista no Art. 42, II, “f” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser encaminhados os autos à PGE/PROFIS para as medidas cabíveis, na forma prevista no Art. 113 do RPAF/99, mantendo suspensa a exigibilidade do crédito tributário, conforme previsto no Art. 151, IV do CTN.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 28 de agosto de 2025.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE

MARCELO MATTEDEI E SILVA – RELATOR

VICENTE OLIVA BURATTO - REPR. DA PGE/PROFIS