

A. I. Nº	- 298636.0009/23-4
AUTUADO	- V. TAL – REDE NEUTRA DE TELECOMUNICAÇÕES S.A.
AUTUANTE	- EDSON JOSÉ DE OLIVEIRA CARNEIRO
ORIGEM	- DAT METRO / IFEP SERVIÇOS
PUBLICAÇÃO	- INTERNET: 02/06/2025

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0079-04/25-Vd

EMENTA: ICMS. DIFERENÇA ENTRE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS DESTINADOS AO ATIVO FIXO E/OU USO OU CONSUMO PRÓPRIO PELO ESTABELECIMENTO. FALTA DE PAGAMENTO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Impugnação administrativa prejudicada quanto à apreciação do mérito, tendo em vista que a matéria se encontra *sub judice* no âmbito do Poder Judiciário. Remessa dos autos à PGE/PROFIS para a adoção das medidas cabíveis. Defesa **PREJUDICADA** quanto a análise do mérito. Não acolhidas as arguições de nulidade. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Cuidam os presentes autos de exigência de crédito tributário no montante de R\$ 473.252,84, mais multa de 60% prevista pelo Art. 42, inciso II, alínea “f”, da Lei nº 7.014/96, referente ao período 07/06/2020 a 31/12/2022, em face da 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*”.

Foi acrescentado como descrição dos fatos que “*O contribuinte não efetuou lançamentos das Notas Fiscais dos bens do ativo permanente não registradas na EFD – Escrituração Fiscal Digital, oriundas de outras unidades da federação. Obtemos os cálculos do ICMS sobre Diferencial de Alíquota*”, (sic).

O autuado, através de seus Representantes Legais, ingressou com Impugnação ao lançamento, fls. 43 a 73, elaborando, inicialmente, uma síntese dos fatos e destacando a tempestividade da peça defensiva, para, em seguida, passar a arguir a nulidade do Auto de Infração sob o argumento da ocorrência de vício de motivação por imprecisão na sua fundamentação legal, na medida em que não foi indicado o percentual de correção monetária e o seu respectivo enquadramento legal, constando apenas no campo “Demonstrativo de Débito” o valor atualizado e não a forma como foi calculado.

Após citar os artigos 39, inciso IV, alínea “e” e 47 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal do Estado da Bahia – RPAF/BA, 142 do Código Tributário Nacional – CTN e Súmula 01 deste CONSEF, conclui este tópico pugnando pela nulidade do Auto de Infração por vício material.

Em seguida, ingressou ao mérito da autuação, onde no tópico III.2 da peça defensiva alegou “ausência de infração – recolhimento do diferencial de alíquotas”, onde pontuou que em relação a 37 (trinta e sete) das notas fiscais relacionadas pelo autuante, quais sejam, as de nºs 6249, 6292, 6600, 10614, 10613, 42485, 10703, 15948, 672308, 672758, 672703, 25269, 18916, 673130, 673129, 29891, 29890, 42582, 29075, 12553, 6777, 6154, 43078, 43052, 43086, 44216, 715620, 674810, 715687, 1558048, 43237, 715479, 43225, 43222, 43228, 676016 e 675861, doc. 13, tiveram o imposto devidamente recolhido, conforme quadro afixado à fl. 49, no qual consta o número da nota fiscal e da chave de acesso, o valor da Difal que calculou e o calculado pelo autuante, inferior ao que calculou, a data do lançamento no LRE e a data do recolhimento, neste caso, em 09/02/23 e 09/03/23.

A título exemplificativo, destacou a NF-e nº 6777, apontando que a mesma foi devidamente registrada no LRE em 01/2023 cujo Difal, no valor de R\$ 11.152,18 consta no Relatório do Diferencial de Alíquotas do mês 01/23, doc. 15, estando incluída no recolhimento da Difal deste mês, no montante de R\$ 564.012,98, conforme demonstrativos, documentos e comprovante de pagamento afixados às fls. 50 a 52, cujos fatos, ao seu entender, deixaram de ser verificados pelo autuante, procedendo a autuação de forma totalmente equivocada.

No tópico seguinte “*III.3 – Ausência de infração – Transferências entre filiais*”, apontou que 26 operações oriundas de outros estados através das notas fiscais nºs 75, 238, 243, 247, 549, 3932, 51, 76337, 2952, 3084, 3151, 3161, 1174, 7639, 9145, 9148, 248, 7812, 4769, 204, 2298, 205, 12070, 29620, 245 e 2133, doc. 19 e quadro à fl. 54, sua exigibilidade, à época em que foram realizadas as operações, estava suspensa por decisão judicial proferida na Ação Declaratória de Inexistência de Relação Tributária c/c Repetição de Indébito nº 8008832-67.2020.8.05.0001, doc. 20 e doc. 13, cópia integral, em trâmite perante a 4ª Vara Especializada da Fazenda Pública da Comarca de Salvador/BA.

Esclareceu que, à época, era denominada Telecom Comunicação Multimídia S/A, ajuizou em 27/01/2020 a referida ação visando ao afastamento de exigência do ICMS e do diferencial de alíquotas, sobre operações de transferências de quaisquer bens, entre os estabelecimentos da mesma pessoa jurídica, com fundamento no Art. 155, inciso II, da Constituição Federal, art. 2º da Lei Complementar nº 87/96 e Súmula 166 do STJ.

Disse que, ao analisar o feito, o MM. Magistrado da 4ª Vara Especializada da Fazenda Pública da Comarca de Salvador/BA deferiu, em **08/06/2020**, a tutela de urgência para determinar que a Fazenda Pública do Estado da Bahia se abstinha de cobrar ICMS-DIFAL sobre as transferências de quaisquer bens entre seus estabelecimentos, doc. 21:

[...] Dessa forma, diante dos argumentos expostos e comprovados, sem adentrar no mérito, mas porque vislumbrei presentes os requisitos autorizadores, CONCEDO A LIMINAR para determinar a Ré que se abstenha de exigir o ICMS referente às transferências de quaisquer bens para os estabelecimentos filiais localizados dentro do Estado da Bahia, seja no momento da saída (destacando na Nota Fiscal), quer seja na entrada (exigência do diferencial de alíquota) e, ainda, que a Fiscalização Estadual se abstenha de exigir a referida exação e de praticar qualquer ato atinente à apreensão das mercadorias das Autoras com o fim único de compeli-las ao pagamento do ICMS, ou, ainda, em virtude da existência de débitos vencidos em favor do Estado da Bahia.

Destacou que referida decisão foi confirmada na sentença proferida em 31/05/2022, nos seguintes termos, doc. 22:

Dianete do exposto, JULGO PROCEDENTE os pedidos formulados pela Parte Autora, para declarar a inexistência dos débitos tributários de ICMS objeto desta ação e determinar, em definitivo, que a parte Ré se abstenha de exigir das autoras o ICMS referente às transferências de quaisquer bens para os estabelecimentos filiais situadas dentro do Estado da Bahia. Somando-se a isso, declaro o direito a repetição do indébito da Autora em virtude dos pagamentos realizados indevidamente no 210943.1113-16-6 e AI 279468.0003-17-0, devidamente corrigido pela taxa SELIC e com os acréscimos legais a ser apurada em fase de liquidação de sentença. Por fim, condeno o Réu na devolução à parte autora dos pagamentos das despesas processuais e no pagamento dos honorários advocatícios no mínimo legal estabelecido no art. 85, § 3º, sob o valor da causa.

Observou que, contudo, o Estado, por sua vez, interpôs recurso de apelação em 14/08/2023, o qual aguarda julgamento.

Pontuou que o entendimento adotado na sentença está abarcado pelo que foi decidido na ADC 49/RN, na qual foi reconhecida a impossibilidade de exigência de ICMS sobre operações entre filiais, para os processos pendentes de conclusão até 29/04/2021, nos termos do art. 927, inciso I, do CPC e do art. 28, Parágrafo único, da Lei nº 9.868/1999.

Neste sentido disse não pairar dúvidas sobre a impossibilidade de exigência do ICMS-Difal, primeiro em razão da suspensão da exigibilidade do imposto, nos termos ao art. 151, inciso V do CTN e, segundo, porque a sentença que confirma a tutela de urgência possui efeito imediato, nos termos do art. 1.012, § 1º, inciso V, do CPC.

Aduziu, ainda, que não se desconhece que a decisão proferida em sede de tutela de urgência não impede ao Fisco de efetuar o lançamento para evitar a decadência, contudo, não é a hipótese dos autos, visto que antes mesmo da lavratura do presente auto de infração em 23/06/2023, já havia sido proferida sentença de mérito confirmando a tutela de urgência, em 31/05/2023, e, a despeito disso, ainda que se entenda pela manutenção da lavratura do auto de infração, quanto ao ponto, haveria a necessidade de consignar expressamente no auto de infração sobre tal finalidade, a fim de que o crédito tributário permanecesse com a exigibilidade suspensa até o deslinde definitivo da discussão na esfera judicial nos termos do art. 117, § 2º, inciso II, do RPAF/BA.

Destacou, ainda, que o Auto de Infração que é lavrado para evitar decadência é realizado sem a inclusão de multa de ofício, uma vez que a conduta do contribuinte é amparada por ordem judicial, em razão da suspensão da exigibilidade do crédito tributário, em consonância com o art. 63 da Lei nº 9.430/96, aplicado no âmbito federal, o que não foi observado no caso dos autos, visto que foi aplicada a multa de 60% sobre o valor do imposto, nas operações de transferências, citando, para embasar seu argumento o entendimento adotado pela 2ª Câmara de Julgamento Fiscal deste CONSEF mediante Acórdão CJF nº 0242-12/08, cuja ementa assim se apresenta:

ICMS. 1. IMPORTAÇÃO. BENS DESTINADOS A EMPRESA PRESTADORA DE SERVIÇOS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Empresa prestadora de serviço quando realiza operação de circulação de mercadoria é obrigada a pagar o ICMS. No caso de importação esta obrigação consta expressamente em lei. Recurso prejudicado quanto à apreciação do mérito, pois a matéria está sub judice, o que importa em presunção de legitimidade do Auto de Infração. Exigibilidade do crédito tributário suspensa. 2. MULTA POR DESCUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO PRINCIPAL E DE MORA. A multa por descumprimento da obrigação principal, proposta pelo autuante, é a prevista no art. 42, II, "f", da Lei nº 7.014/96, e se aplica ao presente caso, pois o imposto deixou de ser recolhido tempestivamente. Os acréscimos moratórios abrangem o período em que a exigibilidade do crédito tributário estiver suspensa, conforme regra inserta nos art. 101, § 3º, e 102, § 1º, da Lei nº 3.956/81 (COTEB). Deve ser dada ao recorrente a oportunidade de quitar o débito, no prazo legal, sem incidência das penalidades moratórias, caso a Decisão final proferida pelo Poder Judiciário lhe seja desfavorável. Recurso PREJUDICADO, em relação à obrigação principal, e NÃO PROVIDO, quanto à multa e aos acréscimos moratórios. Decisão não unânime. (CONSEF. 2ª Câmara de Julgamento Fiscal. Acórdão CJF n. 0242-12/08. Conselheiro Relator: Álvaro Barreto Vieira. DJ-e: 18/08/2008. Grifos acrescidos).

Desse modo, requereu o cancelamento do auto de infração, em razão da decisão de mérito proferida na Ação Declaratória nº 8008832-67.2020.8.05.0001, antes mesmo da lavratura do presente auto de infração, nos termos do art. 142 do CTN, visto que não incide ICMS-DIFAL nas operações de transferência entre filiais, ou, na hipótese de manutenção do auto de infração para evitar decadência, requer-se, ao menos, o sobremento do feito, nos termos do art. 117, § 2º, inciso II, do Decreto nº 7.629/1999, até o trânsito em julgado da Ação Declaratória nº 8008832-67.2020.8.05.0001, com a exclusão da respectiva multa de ofício, visto que inaplicável ao caso.

Adentrou ao tópico “III.4 – Ausência de infração: Operações não realizadas”, citando que em relação as notas que indicou, o lançamento se baseou apenas na análise da conta gráfica, não havendo qualquer verificação, análise ou confirmação da efetiva operação, objeto das notas autuadas, e, tampouco, obrigatoriedade de pagamento do imposto.

Desta forma, disse que conforme se infere pelas informações destacadas nos eventos, as notas fiscais discriminadas no quadro constante à fl. 60, quais sejam, nºs 9170, 9173, 9174, 92, 72954, 621560, 33, 34, 44978, 7612, 7625, 7678, 426618, 427328, 7786, 45570, 129428, 7864, 3525, 3526, 3524, 1047, 7884, 130043, 232357, 7956, 350486, 1067, 1066, 8023, 131780, 3539, 8043, 3545, 48745, 132471, 46587, 132538, 8085, 132662, 68, 1085, 1084, 130776, 22880, 452917, 454323, 454324, 3757297, 130929, 130986, 130982, 130983, 130984, 130985, 130987, 45466, 3575, 6670, 3609, 3608, 140346, 12310, 49716, 6098 e 12616, doc. 28 e doc. 14, não se realizaram as operações interestaduais, em razão da ausência de “*confirmação da operação*”, bem como o registro de passagem em postos fiscais, apontando como exemplo a NF-e nº 3525, cujo fato, afirmou, se repetem em relação a todos os demais documentos fiscais.

Após tecer outras considerações a este respeito, concluiu este tópico sustentando que a exigência fiscal não se sustenta uma vez que, ao seu entender, restou comprovado que as operações acima listadas não estão sujeitas ao recolhimento do ICMS-DIFAL, na medida em que não ocorreu a

efetiva circulação de mercadorias, o que torna nulo o lançamento fiscal.

No tópico denominado “*III.5 – Ausência de Infração – Demais operações – Inexigibilidade do ICMS-DIFAL*”, relacionadas as questões abaixo enumeradas:

i) Notas Fiscais nºs 1151, 1417, 1906, 2933, 2937 e 2939, doc. 29, são decorrentes de emissão pelo Posto Planeta Saturno para recolhimento do FECP devido ao Estado do Rio de Janeiro;

ii) Nota Fiscal nº 146565, doc. 30, emitida equivocadamente em seu nome pelo Posto Aline, localizado no Estado de Alagoas, apenas para pagamento do imposto no valor de R\$ 149,23, constando no campo informações adicionais que a nota fiscal foi emitida em razão de operação decorrente das Notas Fiscais de Consumidor Eletrônica nºs 166239 e 166980, relativas a aquisições de óleo diesel.

iii) Notas Fiscais nºs 3977, 4013, 4128 e 4129, emitidas pela AES Brasil Operações S/A, contendo expressamente na natureza da operação a informação que se tratava de venda de energia adquirida remetida para industrialização – CFOP 6123, onde não incide o ICMS nos termos do art. 3º, inciso III da LC 87/96, e mesmo artigo da Lei nº 7.014/96.

iv) Notas Fiscais nºs 36618, 36619, 36667 e 36668, CFOP 6949, tratam de operações de Simples Remessa.

Ingressou no tópico “*III.6 – Erro na apuração na base de cálculo*”, citando que o autuante anexou ao auto de infração a planilha denominada “*NF-e não escrituradas (Difal)*”, contudo, pela análise da coluna “O”, referente a “*BC ICMS DIFAL*”, não é possível identificar a forma como o imposto foi apurado, o que evidencia a nulidade do lançamento.

A título de exemplo apontou a NF-e 675861 que tem o valor total de R\$ 28.647,38 e, por sua vez, utilizada como base de cálculo do ICMS destacado na nota fiscal, em atenção ao disposto no art. 13 da LC 87/96, no entanto, para essa mesma nota fiscal, o autuante adotou como base de cálculo o valor de R\$ 29.603,94, não se sabendo como chegou a esse valor, situação esta que se repete com todas as demais 147 notas fiscais autuadas.

A despeito disso, registrou que o autuante, ao lavrar o auto de infração, deixou de considerar na base de cálculo, a necessidade de aproveitamento do crédito do próprio ICMS-Difal cobrado no presente lançamento, em relação as Notas Fiscais nºs 9170, 9173, 9174, 92, 72954, 621560, 33, 34, 44978, 7612, 7625, 7678, 426618, 427328, 7786, 45570, 129428, 7864, 3525, 3526, 3524, 1047, 7884, 130043, 232357, 7956, 350486, 1067, 1066, 8023, 131780, 3539, 8043, 3545, 48745, 132471, 46587, 132538, 8085, 132662, 68, 1085, 1084, 130776, 22880, 452917, 454323, 454324, 3757297, 130929, 130986, 130982, 130983, 130984, 130985, 130987, 45466, 3575, 6670, 3609, 3608, 140346, 12310, 49716, 6098, 12616, 76337, 3392 e 3462, as quais, caso seja mantido o entendimento de efetiva circulação de mercadoria, o que não é a hipótese, pois não são classificadas como ativo imobilizado, uma vez que se referem a cabos que são utilizados na prestação de serviços de telecomunicações e que, portanto, geram créditos, mencionando a legislação pertinente.

Questionou a aplicação da penalidade de 60% com fundamento no art. 42, inciso II, alínea “f”, da Lei nº 7.014/96 que ao seu entender não se enquadra ao fato autuado, portanto ausência de subsunção do fato à penalidade, porque a comprovação da inocorrência da hipótese de incidência do ICMS-DIFAL e a consequente inexistência de obrigação principal afasta, por decorrência lógica, a alegação de ausência de recolhimento do imposto.

Em conclusão, apresentou os seguintes pedidos:

- a) Seja cancelado o presente auto de infração, por vício material, em razão da ausência de indicação do percentual de atualização monetária e do respectivo fundamento legal;
- b) Seja cancelado o presente auto de infração em razão de comprovação do recolhimento do ICMS-DIFAL;
- c) Seja cancelado o presente auto de infração em razão da decisão de mérito proferida na Ação

Declaratória nº 8008832-67.2020.8.05.0001, que determinou a impossibilidade de exigência de ICMS-Difal, antes da lavratura do auto de infração, ou, ao menos, o sobrestamento do processo, nos termos do art. 117, § 2º, inciso II do RPAF/BA;

d) Seja cancelado o presente auto de infração uma vez que parte das operações relacionadas não estão sujeitas ao recolhimento do ICMS-Difal;

e) Seja cancelado o presente auto de infração em razão de erro na apuração da base de cálculo;

f) Sucessivamente, seja cancelada a multa de 60% tendo em vista a ausência de subsunção do fato à penalidade prevista no art. 42, inciso II, alínea “f”, da Lei nº 7.014/96;

Ao final, requereu que todas as publicações e intimações referentes ao presente processo sejam efetuadas, exclusivamente, em nome do advogado que indicou e respectivo endereço profissional.

O autuante apresentou Informação Fiscal, fl. 2.133, citando que apresenta o Registro de Entradas da EFD do autuado com todas as notas fiscais oriundas de outras unidades da federação referente aos exercícios de 2019 a 2022, sendo que não foram encontradas as notas fiscais não lançadas referentes ao presente Auto de Infração, fls. 06 a 21, ficando, desta forma, claro que não ocorreu o pagamento do ICMS-Difal, acrescentando que está apresentando, em anexo, de forma impressa, a primeira e a última folha do RE – EFD, e CD-R gravado em Excel com o Registro de Entradas contendo todas as notas fiscais registradas.

Disse que à fl. 23 contém CD-R com planilha contendo a equação da Base de Cálculo do destino, da seguinte maneira:

- Valor da operação no estado de origem: Art. 17, XI, “a”, da Lei nº 7.014/96.
- $BCo = VSI + 0,07 \times BCo$
- BCo : Base de cálculo origem
- VSI : Valor sem imposto.
- Valor da operação no estado de destino: Art. 17, XI, “b”, da Lei nº 7.014/96.
- $BCd = VSI + 0,18 \times BCd$
- BCd : Base de cálculo de destino
- VSI : Valor sem imposto.
- Efetuando o sistema de duas equações e duas incógnitas: $BCd = (BCo - 0,07 \times BCo) / 0,82$.

Com relação a fundamentação do lançamento disse que o Art. 17, § 1º, I e II, dão respaldo ao lançamento, concluindo que está correto em seu entendimento e equivocado o autuado.

O autuado se manifestou acerca da Informação Fiscal, fls. 2.143 a 2.148, efetuando uma síntese dos fatos ocorridos até o presente momento processual, argumentando, entretanto, a intempestividade da Informação Fiscal, vez que o art. 127 do RPAF/BA determina o prazo de 30 dias para esse fim, porém, consta à fl. 2.132 o encaminhamento do processo ao autuante em 1º de setembro de 2023 enquanto que a informação fiscal apenas foi protocolada em 06 de outubro de 2023, ou seja, 33 dias após a intimação para sua apresentação, portanto, manifestamente intempestiva.

Aduziu em seguida que o autuante apenas acostou aos autos o Registro de Saídas da EFD de 2019 a 2022, alegando que as notas fiscais não lançadas não foram encontradas em seu registro de saídas, ficando claro que não foram feitos os pagamentos do ICMS-DIFAL.

Disse que ao arrepio do que determina o § 6º do art. 127 do RPAF/BA a informação fiscal não abrangeu todos os aspectos da defesa, com fundamentação, sendo apresentada uma manifestação totalmente desconexa com os autos, não rechaçando nenhum argumento que apresentou, ressaltando que o autuante ao acostar aos autos o Registro de Saídas deixou de considerar que o auto de infração foi lavrado por suposta ausência de registro de notas fiscais de entradas, não se discutindo neste contencioso administrativo as operações de saídas e, tampouco o período de 2019, observando que o autuante colacionou a planilha de fls. 2.314 a 2.315, contendo notas fiscais

que sequer foram objeto da autuação.

Observou que o autuante não apresentou qualquer manifestação em relação aos argumentos que apresentou na peça defensiva, concluiu reiterando todos os argumentos já apresentados.

Em 19 de dezembro de 2023 o presente PAF foi convertido em diligência, fl. 2.153, com o seguinte objetivo:

"... que o autuante analise e se pronuncie a respeito da integralidade dos argumentos defensivos apresentados pela defesa, bem como em relação aos trazidos na manifestação supra."

Após o atendimento, deverão ser entregues ao autuado cópia desta solicitação de diligência, bem como do novo pronunciamento que deverá ser apresentado pelo autuante, abrangendo os aspectos alusivos à defesa e a manifestação acima citados, com a concessão ao autuado do prazo de 30 (trinta) dias para nova manifestação.

Ocorrendo manifestação pelo autuado, o autuante também deverá voltar a se pronunciar, no prazo regulamentar."

Em atendimento, o autuante assim se pronunciou, fl. 2.156:

"O Auto de Infração apresenta os arquivos das Notas Fiscais Eletrônicas no Sistema SIAF da Secretaria da Fazenda mas, a EFD (Escrituração Fiscal Digital) não registrou estas notas fiscais no Registro de Entradas e consequentemente o Registro de Apuração.

Notas Fiscais Eletrônicas (não registradas na EFD) estão apresentadas na planilha em Excel o CD-R (Pag. 23 do Auto de Infração) com os seguintes campos "chave NF-e" e "Descrição Item".

Nos calculamos na planilha os valores dos impostos (não pagos pelo contribuinte) referente as diferenças de alíquotas oriundas de outras unidades da federação adquiridas como bem do ativo fixo.

A Informação Fiscal da Pag. 2137 do processo apresenta o CD-R com o Livro Registro de Entradas e todas as Notas Fiscais de Entradas oriundas de outras Unidades da Federação nos exercícios de 2019 a 2022. As Notas Fiscais não lançadas, referentes ao presente Auto de Infração (pag. 6 a 21) não foram encontradas no registro de entradas da EFD, portanto fica claro que não foram feitos os pagamentos do ICMS sobre diferenças de alíquotas.

A única solução é o contribuinte enviar cópias dos DAE's, com seus comprovantes de pagamento e, no corpo dos DAE's os números das respectivas notas fiscais não registradas.

No sistema INC da Secretaria da Fazenda os referidos DAE's não foram encontrados. Portanto, a fiscalização fica aguardando, em tempo hábil, a apresentação pelo contribuinte das documentações referidas para que as providências cabíveis sejam tomadas". (grifo acrescido).

O autuado se pronunciou a respeito do resultado da diligência acima, fls. 2.160 a 2.171, apresentando, mais uma vez uma síntese fática dos autos, pontuando, em seguida, que o autuante em sua manifestação de fl. 2.156 alegou que há notas fiscais no Sistema SIAF sem registro no seu RE/EFD, concluindo, por isso, que não houve o recolhimento do ICMS-DIFAL.

Citou que, novamente o autuante não enfrentou todos os argumentos que foram apresentados na peça defensiva, com a devida fundamentação, não rechaçando nenhum argumento que apresentou. Disse que ao contrário do posicionamento do autuante relacionado às 37 notas fiscais que indicou, o ICMS-Difal foi devidamente recolhido, conforme já demonstrado anteriormente, voltando a detalhar tais recolhimentos.

Nesse rumo, reapresentou todos os demais argumentos já trazidos anteriormente e que deixaram de ser enfrentados pelo autuante, os quais foram reiterados.

O autuante se pronunciou à fl. 2.178, afirmando que ao contrário do que diz o autuado, o Auto de Infração é claramente procedente, acrescentando que o autuado, na diligência, não apresentou cópia dos DAE's referentes aos pagamentos das notas fiscais não registradas na EFD e reafirmou, sem maiores detalhamentos a procedência do auto de infração.

Em 10/07/2024, mais uma vez o PAF foi convertido em diligência, fls. 2.183 a 2.185, onde de forma pormenorizada, a diligência foi encaminhada, na seguinte forma:

“(...)

Em 22 de março de 2024 o autuado foi cientificado do resultado da diligência, fl. 2.158, e se manifestou às fls. 2.160 a 2.171, destacando que o autuante, ao arreio do que determina o art. 127 do RPAF/BA, novamente se manifestou de forma genérica não abrangendo todos os aspectos da defesa com fundamentação.

Neste sentido pontuou que não foram enfrentados pelo autuante os seguintes argumentos:

i) Que as 37 (trinta e sete) notas fiscais listadas às fls. 59 e 2.162, foram devidamente registradas e o ICMS-Difal devidamente recolhido, consoante quadro afixado à fl. 2.163, quando da apuração do imposto mensal, (doc. 08, 09, 10 e 11 da impugnação), além de exemplos constantes às fls. 2.164 a 2.166.

ii) Que além das notas fiscais acima referidas, outras 26 (vinte e seis) indicadas à fl. 2.167, (doc. 08 da impugnação), decorrem de transferências recebidas de outras filiais, sendo que, conforme já consignado na impugnação, não é possível a exigência do ICMS-Difal, primeiro, em razão da suspensão da exigibilidade do imposto previamente à lavratura do presente auto de infração, conforme determinado na Ação Declaratória de Inexistência de Relação Tributária c/c Repetição de Indébito nº 8008832-67.2020.8.05.001, (doc. 09 da impugnação), em trâmite perante a 4ª Vara Especializada da Fazenda Pública da Comarca de Salvador/BA e, segundo, porque a sentença que conforma a tutela de urgência possui efeito imediato, nos termos ao art. 1.012, § 1º, V, do CPC.

iii) Conforme se infere pelas informações destacadas em 66 (sessenta e seis) notas fiscais citadas à fl. 2.168, (doc. 14 da impugnação), as operações não se realizaram em razão de “ausência de confirmação da operação”, que é de obrigação do destinatário, enquanto que por meio de consulta completa das notas fiscais extraídas do Portal de Nota Fiscal Eletrônica, e que, além da ausência de “confirmação da operação”, não consta nem mesmo o registro de passagem nos postos fiscais o que evidencia a ausência da operação de circulação de mercadoria.

iv) Que foram incluídas na autuação operações que não estão sujeitas ao ICMS-Difal, quais sejam:

- a) Notas fiscais 1151, 1417, 1906, 2933, 2937 e 2939 (doc. 15 da impugnação), decorrentes de emissão pelo Posto Planeta Saturno para recolhimento do FECP devido ao Estado do Rio de Janeiro;
- b) Nota Fiscal nº 146555 (doc. 16 da impugnação) emitida equivocadamente em seu nome;
- c) Notas Fiscais 3977, 4013, 4128 e 4129 (doc. 17 da impugnação), são relacionadas a aquisições de energia elétrica para industrialização;
- d) Notas Fiscais 36618, 36619, 36667, 36668, 3392, 3462 e 76335, (doc. 18 da impugnação), tratam de operações de simples remessa.

Com base nos argumentos acima sintetizou: das 147 notas fiscais autuadas, tem-se que: a) 37 notas fiscais foram registradas e o imposto recolhido; b) 26 notas fiscais decorrem de transferências de mercadorias. c) 66 notas fiscais as operações não foram realizadas; d) 06 notas fiscais são decorrentes de emissão pelo Posto Planeta Saturno para recolhimento do FECP devido ao Estado do Rio de Janeiro; e) 01 nota fiscal emitida equivocadamente em seu nome; f) 04 notas fiscais são decorrentes de aquisição de energia elétrica para industrialização; g) 07 notas fiscais são de simples remessa.

v) Que não foi enfrentado pelo autuante o argumento de erro na apuração da base de cálculo do ICMS, porque conforme citado na impugnação, por meio da análise da coluna “O”, referente a “BC ICMS DIFAL”, objeto da planilha “NF-e não Escrituradas (Difal)”, não é possível identificar a forma como o imposto foi apurado.

vi) Deixou, também, de analisar o fato de não ter sido considerado na base de cálculo, a necessidade de aproveitamento do crédito do próprio ICMS-Difal cobrado no presente lançamento em relação às notas fiscais nºs 9170, 9173, 9174, 73594, 621560, 44978, 7612, 7678, 426618, 427328, 7786, 45570, 129428, 7864, 7884, 130043, 232357, 7956, 345486, 8023, 131780, 8043, 48745, 132471, 46587, 132538, 8085, 132662, 130776, 22880, 452917, 454324, 3757297, 130929, 130986, 130982, 130983, 140984, 130985, 130987, 45466, 6670, 140346, 12310, 49716, 6098, 12616, 76337, 3392 e 3462, (fl. 2.170), que, caso mantido o entendimento de efetiva circulação de mercadoria, que considera não ser a hipótese, são classificados como ativo immobilizado, uma vez que se referem a cabos que são utilizados na prestação de serviço de telecomunicação, e que, portanto geram créditos do ICMS, nos termos da Resolução 396/2005, art. 179 da Lei nº 7.014/96 e arts. 19 e 20 da Lei Complementar 87/96.

Considerando que em sua manifestação à fl. 2.178, cadastrada com data de 15/05/2024, o autuante não se pronunciou em relação às questões acima suscitadas pelo autuado em sua manifestação, deliberou esta 4ª Junta de Julgamento Fiscal em sessão de Pauta Suplementar realizada nesta data, pela remessa do presente PAF em nova diligência à Infaz de origem no sentido de que o autuante analise, **individualmente**, cada item

acima destacado, devendo, em relação a cada tópico/ítem, efetuar demonstrativo que deverá ser totalizado mensalmente, abarcando as notas fiscais citadas pelo autuado em sua manifestação, e, em seguida se pronunciar.

Assim é que, por exemplo, em relação ao item “i)” acima, pede-se que as 37 (trinta e sete) notas fiscais listadas às fls. 59, deverão ser indicadas individualmente e totalizadas por cada mês, através de um demonstrativo específico, efetuando o mesmo procedimento em relação aos demais itens.

No caso específico do item “i)”, tomado como exemplo, caso não se entenda que as apurações mensais apresentadas pelo autuado sejam insuficientes para comprovar o recolhimento, intimar o autuado para que, no prazo de 20 (vinte) dias apresente as respectivas planilhas de apuração mensal dos cálculos do ICMS-Difal, pertinentes as notas fiscais citadas acima, que deverão ser objeto de análise pelo autuante. Ocorrendo exclusão efetuar demonstrativo do débito remanescente em relação a este item, o mesmo em relação aos demais.

Após a execução dos exames pelo autuante relacionados a todos os itens aqui destacados, deverá ser apresentado um demonstrativo do débito remanescente, acaso sejam processadas exclusões, nos mesmos moldes do constante na peça inicial (auto de infração).

Cumprida a diligência na forma solicitada, o autuado deverá ser cientificado, com entrega do seu resultado e cópia deste pedido de diligência, com a concessão do prazo de 20 (vinte) dias para manifestação, se assim desejar.

Ocorrendo manifestação pelo autuado acerca da diligência, o autuante também deverá se pronunciar. (...)”.

Em atendimento o autuante se pronunciou, fls. 2.190 e 2.191, citando, inicialmente, que o autuado afirmou no item “i” da fl. 2.183, que as 37 notas fiscais listadas às fls. 5 e 2162, foram devidamente registradas e o ICMS-Difal recolhido, entretanto não as encontrou no livro RE e, para saber se estas notas se encontram registradas ou não, qualquer um poderá demonstrar de duas maneiras:

i) Consta à fl. 2.137 CD-R contendo a planilha com Registro de Entradas em formato Excel e, no canto superior direito tem um ícone escrito “*localizar e selecionar*”, mostrando o campo com o número da referida nota fiscal;

ii) No SIAF existe o menu contendo: Escrita fiscal; Selecionar: Documentos de entradas e saídas com itens; selecionar entradas, existe um filtro que contém um campo com o número da nota fiscal, enquanto que às fls. 18 a 21, contém a indicação das notas fiscais com “*marca texto*”.

Observou, em seguida, que em relação a nota fiscal 6249, fl. 59, não se tem a mesma nota (6249) da planilha do RE, apontando as seguintes diferenças:

- Nota não registrada nº 6249, CNPJ 21.614.259/0001-00, valor R\$ 287.64,69 (?);
- Nota registrada nº 6249, CNPJ 13.038.845/0001-18, valor R\$ 1.736,56, o que deixa claro que não ocorreu o pagamento do imposto em relação a esta nota fiscal.

Quanto ao item “b”, fl. 2.184, que se refere a 26 notas fiscais de transferências recebidas de outros estados, fl. 2.167, disse que:

- As 15 (quinze) notas fiscais com o CFOP 6552, nºs 75, 238, 243, 247, 549, 3932, 2952, 248, 4769, 204, 2298, 205, 12070, 245 e 2133, serão excluídas da autuação, porém sem apresentar justificativa;
- As 04 (quatro) notas fiscais nºs 7639, 9145, 9145 e 29620, também serão excluídas do lançamento, sem que, da mesma forma, apresentar as justificativas;
- Nota Fiscal nº 1174, CFOP 5667, por igual, foi excluída do lançamento;

Entretanto, manteve a exigência recaída sobre as 06 notas fiscais de nº 51, 3084, 3151, 3161, 7812 e 76337, com CFOP 6949 – Outras saídas não especificadas.

No que pertine ao item “iii”, fl. 2.168, disse que as 66 notas fiscais indicadas, não foram confirmadas, não se mantendo o argumento defensivo, citando o art. 89, § 17 do RICMS/BA para consubstanciar seu posicionamento.

Naquilo que se relaciona ao item “iv”, disse que apenas as notas fiscais nº 3392 e 3462 não serão

excluídas já que nestas não consta a informação de “simples remessa”, mas, “outras saídas não especificadas”, com descrição do item com quantidades em unidade.

Em relação ao item “v”, erro na base de cálculo, considera um argumento equivocado pois a equação que apresenta a coluna “O” da planilha do A.I., fl. 23 – CD-R em Excel, está correta, cuja explicação consta à fl. 2.133 dos autos.

Por fim, no tocante ao item “vi”, disse que o autuado citou que foi deixado de ser considerado o aproveitamento do crédito do ICMS, o que considera um absurdo, já que o crédito se refere ao próprio valor constante no documento de origem, considerado no cálculo do imposto.

Quanto a afirmativa do autuado relacionada a créditos sobre serviços de telecomunicações, considera totalmente equivocada já que aqui se está tratando de aquisições de bens para o ativo permanente e não de prestação de serviços de telecomunicações.

Apesar de concluir pugnando pela Procedência do Auto de Infração, anexou às fls. 2.192 a 2.205, que elaborou a título de notas fiscais não registradas, cujo débito remanescente foi totalizado no valor de R\$ 201.578,45, portanto, reduzindo o valor originalmente autuado.

Cientificado, o autuado se manifestou, fls. 2.213 a 2.220v, voltando a questionar integralmente a autuação, repetindo os mesmos argumentos já trazidos anteriormente.

Por fim, o autuante se pronunciou, fl. 2.231, reiterando a procedência do auto de infração.

Em 30 de janeiro de 2025, foi deliberado por esta 4^a Junta de Julgamento Fiscal, em sessão de Pauta Suplementar realizada nessa data, pela conversão do feito em diligência à PGE/PROFIS, conforme contextualizado às fls. 2.235 a 2.237, de onde se extrai o que consta abaixo:

(...)

Dentre os diversos argumentos defensivos apresentados, destacamos os que seguem abaixo, motivadores deste pedido de diligência.

Assim é que, no tópico “III.3 – Ausência de infração – Transferências entre filiais”, apontou que 26 operações oriundas de outros estados através das notas fiscais nos 75, 238, 243, 247, 549, 3932, 51, 76337, 2952, 3084, 3151, 3161, 1174, 7639, 9145, 9148, 248, 7812, 4769, 204, 2298, 205, 12070, 29620, 245 e 2133, doc. 19 e quadro à fl. 54, sua exigibilidade, à época em que foram realizadas as operações, estava suspensa por decisão judicial proferida na Ação Declaratória de Inexistência de Relação Tributária c/c Repetição de Indébito nº 8008832-67.2020.8.05.0001, doc. 20 e doc. 13, cópia integral, em trâmite perante a 4^a Vara Especializada da Fazenda Pública da Comarca de Salvador/BA.

Esclareceu que, à época, era denominada Telecom Comunicação Multimídia S/A, ajuizou em 27/01/2020 a referida ação visando ao afastamento de exigência do ICMS e do diferencial de alíquotas, sobre operações de transferências de quaisquer bens, entre os estabelecimentos da mesma pessoa jurídica, com fundamento no Art. 155, inciso II, da Constituição Federal, art. 2º da Lei Complementar nº 87/96 e Súmula 166 do STJ.

Disse que, ao analisar o feito, o MM. Magistrado da 4^a Vara Especializada da Fazenda Pública da Comarca de Salvador/BA deferiu, em 08/06/2020, a tutela de urgência para determinar que a Fazenda Pública do Estado da Bahia se abstinha de cobrar ICMS-DIFAL sobre as transferências de quaisquer bens entre seus estabelecimentos, doc. 21:

*[...] Dessa forma, diante dos argumentos expendidos e comprovados, sem adentrar no mérito, mas porque vislumbrei presentes os requisitos autorizadores, **CONCEDO A LIMINAR para determinar a Ré que se abstenha de exigir o ICMS referente às transferências de quaisquer bens para os estabelecimentos filiais localizados dentro do Estado da Bahia, seja no momento da saída (destacando na Nota Fiscal), quer seja na entrada (exigência do diferencial de alíquota) e, ainda, que a Fiscalização Estadual se abstenha de exigir a referida exação e de praticar qualquer ato atinente à apreensão das mercadorias das Autoras com o fim único de compeli-las ao pagamento do ICMS, ou, ainda, em virtude da existência de débitos vencidos em favor do Estado da Bahia.***

Destacou que referida decisão foi confirmada na sentença proferida em 31/05/2022, nos seguintes termos, doc. 22:

Diante do exposto, JULGO PROCEDENTE os pedidos formulados pela Parte Autora, para declarar a inexistência dos débitos tributários de ICMS objeto desta ação e determinar, em

definitivo, que a parte Ré se abstinha de exigir das autoras o ICMS referente às transferências de quaisquer bens para os estabelecimentos filiais situadas dentro do Estado da Bahia. Somando-se a isso, declaro o direito a repetição do indébito da Autora em virtude dos pagamentos realizados indevidamente no 210943.1113-16-6 e AI 279468.0003-17-0, devidamente corrigido pela taxa SELIC e com os acréscimos legais a ser apurada em fase de liquidação de sentença. Por fim, condeno o Réu na devolução à parte autora dos pagamentos das despesas processuais e no pagamento dos honorários advocatícios no mínimo legal estabelecido no art. 85, § 3º, sob o valor da causa.

Observou que, contudo, o Estado, por sua vez, interpôs recurso de apelação em 14/08/2023, o qual aguarda julgamento.

Pontuou que o entendimento adotado na sentença está abarcado pelo que foi decidido na ADC 49/RN, na qual foi reconhecida a impossibilidade de exigência de ICMS sobre operações entre filiais, para os processos pendentes de conclusão até 29/04/2021, nos termos do art. 927, inciso I, do CPC e do art. 28, Parágrafo único, da Lei nº 9.868/1999.

Neste sentido disse não pairar dúvidas sobre a impossibilidade de exigência do ICMS-Difal, primeiro em razão da suspensão da exigibilidade do imposto, nos termos ao art. 151, inciso V do CTN e, segundo, porque a sentença que confirma a tutela de urgência possui efeito imediato, nos termos do art. 1.012, § 1º, inciso V, do CPC.

Aduziu, ainda, que não se desconhece que a decisão proferida em sede de tutela de urgência não impede ao Fisco de efetuar o lançamento para evitar a decadência, contudo, não é a hipótese dos autos, visto que antes mesmo da lavratura do presente auto de infração em 23/06/2023, já havia sido proferida sentença de mérito confirmado a tutela de urgência, em 31/05/2023, e, a despeito disso, ainda que se entenda pela manutenção da lavratura do auto de infração, quanto ao ponto, haveria a necessidade de consignar expressamente no auto de infração sobre tal finalidade, a fim de que o crédito tributário permanecesse com a exigibilidade suspensa até o deslinde definitivo da discussão na esfera judicial nos termos do art. 117, § 2º, inciso II, do RPAF/BA.

Destacou, ainda, que o Auto de Infração que é lavrado para evitar decadência é realizado sem a inclusão de multa de ofício, uma vez que a conduta do contribuinte é amparada por ordem judicial, em razão da suspensão da exigibilidade do crédito tributário, em consonância com o art. 63 da Lei nº 9.430/96, aplicado no âmbito federal, o que não foi observado no caso dos autos, visto que foi aplicada a multa de 60% sobre o valor do imposto, nas operações de transferências, citando, para embasar seu argumento o entendimento adotado pela 2ª Câmara de Julgamento Fiscal deste CONSEF mediante Acórdão CJF nº 0242-12/08, cuja ementa assim se apresenta:

ICMS. 1. IMPORTAÇÃO. BENS DESTINADOS A EMPRESA PRESTADORA DE SERVIÇOS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Empresa prestadora de serviço quando realiza operação de circulação de mercadoria é obrigada a pagar o ICMS. No caso de importação esta obrigação consta expressamente em lei. Recurso prejudicado quanto à apreciação do mérito, pois a matéria está sub judice, o que importa em presunção de legitimidade do Auto de Infração. Exigibilidade do crédito tributário suspensa. 2. MULTA POR DESCUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO PRINCIPAL E DE MORA. A multa por descumprimento da obrigação principal, proposta pelo autuante, é a prevista no art. 42, II, "f", da Lei nº 7.014/96, e se aplica ao presente caso, pois o imposto deixou de ser recolhido tempestivamente. Os acréscimos moratórios abrangem o período em que a exigibilidade do crédito tributário estiver suspensa, conforme regra inserta nos art. 101, § 3º, e 102, § 1º, da Lei nº 3.956/81 (COTEB). **Deve ser dada ao recorrente a oportunidade de quitar o débito, no prazo legal, sem incidência das penalidades moratórias, caso a Decisão final proferida pelo Poder Judiciário lhe seja desfavorável.** Recurso PREJUDICADO, em relação à obrigação principal, e NÃO PROVÍDO, quanto à multa e aos acréscimos moratórios. Decisão não unânime. (CONSEF. 2ª Câmara de Julgamento Fiscal. Acórdão CJF n. 0242-12/08. Conselheiro Relator: Álvaro Barreto Vieira. DJ-e: 18/08/2008. Grifos acrescidos).

Desse modo, requereu o cancelamento do auto de infração, em razão da decisão de mérito proferida na Ação Declaratória nº 8008832-67.2020.8.05.0001, antes mesmo da lavratura do presente auto de infração, nos termos do art. 142 do CTN, visto que não incide ICMS-DIFAL nas operações de transferência entre filiais, ou, na hipótese de manutenção do auto de infração para evitar decadência, requer-se, ao menos, o sobrerestamento do feito, nos termos do art. 117, § 2º, inciso II, do Decreto nº 7.629/1999, até o trânsito em julgado da Ação Declaratória nº 8008832-67.2020.8.05.0001, com a exclusão da respectiva multa de ofício, visto que inaplicável ao caso.

Isto posto e visando um embasamento jurídico consistente quando do julgamento, deliberou esta 4ª Junta de Julgamento Fiscal, em sessão de Pauta Suplementar realizada nesta data, pelo encaminhamento do

presente PAF em diligência à PGE/Profis no sentido de que esse Órgão emita Parecer Jurídico acerca da matéria acima posta". (grifo acrescentado).

Em atendimento, a PGE/PROFIS/NCA, emitiu o Parecer nº 2025157202-0, datado de 28 de março de 2025, fls. 2.240 a 2.242, da lavra do I. Procurador Dr. José Augusto Martins Júnior, contendo à seguinte conclusão:

"Compulsando os autos e, em especial a matéria objeto da Ação Declaratória nº 8008832-67.2020.8.05.0001, entendemos que a pretensão de julgamento de matéria objeto do lançamento no presente contencioso administrativo, por conduto da peça defensiva manejada pelo contribuinte às fls. 43/73 dos autos, encontra-se prejudicada em face da interposição de medida judicial pelo autuado anterior à lavratura do Auto de Infração, aplicando-se ao caso os ditames do art. 117, II, do RPAF/BA, com escopo de evitar decisões contraditórias entre instâncias administrativa e judicial (Princípio da Unidade de Jurisdição).

Assim sendo, com fulcro no art. 117, II, do RPAF/BA, por evidente preclusão lógica, entendemos pelo não acolhimento da DEFESA, porquanto prejudicada, opinando pelo encaminhamento do processo à 4ª JJF/CONSEF para deliberação, retornando, após, para inscrição em dívida ativa e acompanhamento do Processo Judicial nº 8008832-67.2020.8.05.0001 em trâmite na 4ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Salvador-Bahia".

De acordo com o constante à fl. 2.249, em 07/04/2025 preposto do autuado obteve vista aos presentes autos.

Registro o comparecimento à sessão de julgamento virtual realizada nesta data da representante legal substabelecida do autuado, Dra. Taymara Fátima Pereira, OAB/SC nº 37.524, para fim de efetuar sustentação oral dos argumentos defensivos.

VOTO

O Auto de Infração sob exame foi expedido objetivando exigir crédito tributário no montante de R\$ 473.252,84, mais multa de 60% prevista pelo Art. 42, inciso II, alínea "f", da Lei nº 7.014/96, referente ao período 07/06/2020 a 31/12/2022, em face da seguinte acusação: "*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*", tendo sido acrescentado como descrição dos fatos que "*O contribuinte não efetuou lançamentos das Notas Fiscais dos bens do ativo permanente não registradas na EFD – Escrituração Fiscal Digital, oriundas de outras unidades da federação, (...)*".

Em preliminar foi arguida nulidade do Auto de Infração sob o argumento da ocorrência de vício de motivação por imprecisão na sua fundamentação legal, na medida em que não foi indicado o percentual de correção monetária e o seu respectivo enquadramento legal, constando apenas no campo "*Demonstrativo de Débito*" o valor atualizado e não a forma como foi calculado, implicando assim, ao seu entender, na ocorrência de vício material.

Não assiste razão ao atuado em seu argumento. Isto porque, consta no corpo do próprio Auto de Infração que o valor atualizado do débito foi consignado até o momento da lavratura do auto de infração, estando sujeito a alterações a serem calculadas pela repartição fazendária no ato do pagamento.

Portanto, a atualização monetária do débito está disciplinada no Art. 102, da Lei nº 3.956/81 – Código Tributário do Estado da Bahia, cabendo a Repartição Fazendária processar sua atualização no momento do pagamento, inexistindo, assim, a ocorrência de vício material no lançamento conforme pleiteado pelo autuado.

Observo, ainda, que apesar do autuado no bojo da peça defensiva ter suscitado a nulidade do auto de infração sob outros aspectos, estes deverão ser enfrentados no âmbito meritório por entender que tais argumentos se amoldam a questões de mérito.

Isto posto, vejo que, no rol dos argumentos defensivos, o autuado apontou a existência de 26

operações oriundas de outros estados através das notas fiscais nos 75, 238, 243, 247, 549, 3932, 51, 76337, 2952, 3084, 3151, 3161, 1174, 7639, 9145, 9148, 248, 7812, 4769, 204, 2298, 205, 12070, 29620, 245 e 2133, doc. 19 e quadro à fl. 54, cuja exigibilidade, à época em que foram realizadas as operações, estava suspensa por decisão judicial proferida na Ação Declaratória de Inexistência de Relação Tributária c/c Repetição de Indébito nº 8008832-67.2020.8.05.0001, doc. 20 e doc. 13, cópia integral, em trâmite perante a 4ª Vara Especializada da Fazenda Pública da Comarca de Salvador/BA.

Esclareceu que, à época, era denominada Telecom Comunicação Multimídia S/A., ajuizou em 27/01/2020 a referida ação visando ao afastamento de exigência do ICMS e do diferencial de alíquotas, sobre operações de transferências de quaisquer bens, entre os estabelecimentos da mesma pessoa jurídica, com fundamento no Art. 155, inciso II, da Constituição Federal, art. 2º da Lei Complementar nº 87/96 e Súmula 166 do STJ.

Disse que, ao analisar o feito, o MM. Magistrado da 4ª Vara Especializada da Fazenda Pública da Comarca de Salvador/BA deferiu, em **08/06/2020**, a tutela de urgência para determinar que a Fazenda Pública do Estado da Bahia se abstinha de cobrar ICMS-DIFAL sobre as transferências de quaisquer bens entre seus estabelecimentos, doc. 21.

Desse modo, requereu o cancelamento do auto de infração, em razão da decisão de mérito proferida na Ação Declaratória nº 8008832-67.2020.8.05.0001, antes mesmo da lavratura do presente auto de infração, nos termos do art. 142 do CTN, visto que não incide ICMS-DIFAL nas operações de transferência entre filiais, ou, na hipótese de manutenção do auto de infração para evitar decadência, requer-se, ao menos, o sobrerestamento do feito, nos termos do art. 117, § 2º, inciso II, do Decreto nº 7.629/1999, até o trânsito em julgado da Ação Declaratória nº 8008832-67.2020.8.05.0001, com a exclusão da respectiva multa de ofício, visto que inaplicável ao caso.

Isto posto e visando um embasamento jurídico consistente quando do julgamento, deliberou esta 4ª Junta de Julgamento Fiscal, em sessão de Pauta Suplementar realizada nesta data, pelo encaminhamento do presente PAF em diligência à PGE/Profis no sentido de que esse Órgão emita Parecer Jurídico acerca da matéria acima posta.

Em atendimento, a PGE/PROFIS/NCA, emitiu o Parecer nº 2025157202-0, datado de 28 de março de 2025, fls. 2.240 a 2.242, da lavra do I. Procurador Dr. José Augusto Martins Júnior, contendo à seguinte conclusão:

"Compulsando os autos e, em especial a matéria objeto da Ação Declaratória nº 8008832-67.2020.8.05.0001, entendemos que a pretensão de julgamento de matéria objeto do lançamento no presente contencioso administrativo, por conduto da peça defensiva manejada pelo contribuinte às fls. 43/73 dos autos, encontra-se prejudicada em face da interposição de medida judicial pelo autuado anterior à lavratura do Auto de Infração, aplicando-se ao caso os ditames do art. 117, II, do RPAF/BA, com escopo de evitar decisões contraditórias entre instâncias administrativa e judicial (Princípio da Unidade de Jurisdição).

Assim sendo, com fulcro no art. 117, II, do RPAF/BA, por evidente preclusão lógica, entendemos pelo não acolhimento da DEFESA, por quanto prejudicada, opinando pelo encaminhamento do processo à 4ª JJF/CONSEF para deliberação, retornando, após, para inscrição em dívida ativa e acompanhamento do Processo Judicial nº 8008832-67.2020.8.05.0001 em trâmite na 4ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Salvador-Bahia". (grifos acrescentados).

De fato, o COTEB – Código Tributário do Estado da Bahia, no seu art. 126 dispõe: “*Escolhida a via judicial pelo contribuinte, fica prejudicada sua defesa ou Recurso Voluntário, importando tal escolha à desistência da defesa ou do Recurso Voluntário interposto, considerando-se esgotada a instância administrativa, devendo o processo administrativo ser remetido à Procuradoria da Fazenda Estadual para controle da legalidade e adoção das medidas cabíveis*”.

Tal determinação foi incorporada pelo RPAF/BA que prevê no caput do seu 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 interposto*”.

Assim, entendo que, com fulcro no opinativo da PGE/Profis e dos dispositivos legais acima postos, a defesa interposta, em relação ao seu mérito, resta PREJUDICADA, já que o autuado está

discutindo a matéria no âmbito do Poder Judiciário.

Desta forma, o presente PAF deverá ser remetido à PGE/Profis para adoção das medidas da sua alçada, ficando suspensa a exigibilidade do crédito tributário até a decisão final da lide pelo Poder Judiciário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, considerar **PREJUDICADA** a defesa interposta, relativa ao Auto de Infração nº **298636.0009/23-4**, lavrado contra V. TAL – REDE NEUTRA DE TELECOMUNICAÇÕES S.A., no valor de **R\$ 473.252,84**, acrescido da multa de 60%, prevista no Art. 42, II, “f” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais. Deverá o autuado ser cientificado desta Decisão, com posterior remessa dos autos à PGE/PROFIS para a adoção das medidas cabíveis.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 06 de maio de 2025.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE / RELATOR

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ - JULGADORA