

A. I. Nº - 080556.0003/24-4  
AUTUADO - DUX COMPANY LTDA.  
AUTUANTE - VANILDA SOUZA LOPES  
ORIGEM - DAT METRO / IFEP COMÉRCIO  
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 09/06/2025

**4<sup>a</sup> JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL****ACÓRDÃO JJF Nº 0098-04/25-VD**

**EMENTA:** ICMS. DIFERENÇA ENTRE ALÍQUOTAS. PARTILHAMENTO. OPERAÇÕES INTERESTADUAIS DESTINADAS À CONSUMIDOR FINAL. EMENDA CONSTITUCIONAL 87/15. RETENÇÃO A MENOS DO IMPOSTO. Impugnação administrativa prejudicada, tendo em vista que a matéria se encontra *sub judice* no âmbito do Poder Judiciário. Processo deverá ser encaminhado à PGE/PROFIS para a adoção das medidas cabíveis. Defesa **PREJUDICADA**. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

O Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 28/06/2024 exige ICMS no valor de R\$ 223.129,31, em decorrência do cometimento da seguinte infração:

Infração 01 - 006.002.005 - *Deixou o estabelecimento remetente de mercadoria, bem ou serviço, para uso, consumo ou ativo permanente, destinados a consumidor final, não contribuinte do imposto, de recolher o ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na hipótese do inciso XVI, do art. 4º da Lei nº 7.014/96.* Enquadramento Legal: Inciso II, do § 4º do artigo 2º; inciso XVI do artigo 4º; item 2, da alínea “j” do inciso I e item 2 da alínea “c” do inciso II, ambos do art. 13º da Lei nº 7.014/96 do Estado da Bahia e EC de nº 87/2015. Multa tipificada no art. 42, inciso II, alínea “i” da Lei nº 7.014/96 do Estado da Bahia.

Na Descrição dos Fatos encontra-se descrito que: “*O remetente localizado em outra unidade da federação, deixou de recolher o ICMS devido ao estado da Bahia em operações ou prestações que destinaram mercadorias a consumidor final não contribuinte, localizado neste Estado em função da EC de 87/2015, alterada pela Lei Complementar nº 190/22 e Convênio ICMS 236/21 e Lei 7.014/96*”.

O autuado, através de advogados legalmente habilitados, ingressou com a Impugnação ao lançamento, fls. 55a 71 e inicialmente informa que recebeu, em 08 de maio de 2024, Termo de Início Fiscalização/Intimação com a solicitação para apresentação dos documentos fiscais, que indicou, referentes ao período de 01/10/2020 a 31/12/2023.

A intimação foi atendida tempestivamente, tendo sido disponibilizada planilha Excel contendo todas as operações realizadas no período solicitado, com as devidas informações.

Em que pese o atendimento integral à intimação, com o envio das informações solicitadas, a Impugnante foi surpreendida com a lavratura de Auto de Infração em que se exige Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na hipótese do Inciso XVI do art. 4º da Lei nº 7.016/1996 – ICMS Difal não contribuinte.

Transcreve o teor da acusação, e assevera que de acordo com o que passará a demonstrar o Auto de Infração não merece prosperar, seja pelo fato de que inexistia Lei Complementar vigente prevendo a exigibilidade do ICMS Difal à época dos fatos gerados relacionados no Auto de Infração, seja pela não observância do princípio da anterioridade anual. Ademais, nota-se o caráter confiscatório das multas aplicadas.

Fala sobre a tempestividade da apresentação da defesa, e com base no art. 145 do RPAF solicita a realização de diligência para análise da Planilha Excel já entregue aos cuidados da Fiscalização quando do atendimento a intimação supracitada.

Passa a se pronunciar sobre o mérito, no tópico que denominou **DA NECESSIDADE DE LEI**

**COMPLEMENTAR PARA COBRANÇA DO ICMS DIFAL**, lembrando que o Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais (ICMS Difal) foi introduzido na Constituição Federal pela Emenda Constitucional nº 87/2015, com a inserção dos incisos VII e VIII ao parágrafo 2º do artigo 155 da CF.

A despeito da necessidade de Lei Complementar para efetiva cobrança deste imposto, como será tratado mais adiante, o Conselho Nacional de Política Fazendária – CONFAZ, celebrou o Convênio ICMS nº 93/2015, que dispôs sobre os procedimentos que deveriam ser observados nas operações e prestações que destinem bens e serviços a consumidor final não contribuinte do ICMS, localizado em outra unidade federada.

Entretanto, irresignados pela cobrança do ICMS Difal – não contribuinte - pelos Estados da Federação, os contribuintes recorreram ao judiciário alegando a inconstitucionalidade da cobrança deste tributo sem que houvesse Lei Complementar que o previsse. Isso porque, o artigo 146 da Constituição Federal atribui à lei complementar estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária sobre definição de tributos, de seus respectivos fatos geradores, bases de cálculo e contribuintes, bem como sobre a obrigação, lançamento, crédito, prescrição e decadência tributários.

O tema foi objeto de julgamento pelo plenário do Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário nº 1.287.019/DF, afetado por Repercussão Geral, ocasião em que foi declarado inconstitucional o Convênio ICMS nº 93/2015, justamente pela necessidade de Lei Complementar para que o ICMS Difal – não contribuinte - pudesse ser exigido pelos Estados.

Transcreve trecho da Ementa do Acórdão proferido no referido Recurso Extraordinário a ratificação, pelo STF, sobre a necessidade de Lei Complementar com esse objetivo.

O julgamento pelo STF ocupou-se, ainda, de fixar a seguinte tese para o Tema nº 1.093: “*A cobrança do diferencial de alíquota alusivo ao ICMS, conforme introduzido pela Emenda Constitucional nº 87/2015, pressupõe edição de lei complementar veiculando normas gerais.*”

Ocorre que o ICMS sobre as operações e prestações em que haja destinação de bens e serviços a consumidor final não contribuinte do ICMS só passou a ser previsto em Lei Complementar com a publicação da LC nº 190/2022, em 05 de janeiro de 2022, que promoveu alterações na Lei Kandir que, apenas então, passou a prever a cobrança do ICMS diferencial de alíquotas.

Evidente, portanto, a inconstitucionalidade da cobrança do ICMS Difal antes da publicação da Lei Complementar nº 190/2022 e, por esta razão, o Auto de Infração ora impugnado não merece prosperar em relação aos fatos geradores supostamente ocorridos em 2021. Ademais, os valores exigidos para o ano de 2022 também não devem prosperar, haja vista ofensa ao princípio da anterioridade nonagesimal, conforme será demonstrado no tópico a seguir.

**DA VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA ANTERIORIDADE ANUAL:** Afirma que além da impossibilidade de cobrança do ICMS Difal antes da publicação da LC nº 190/2022, como sustentado acima, é necessário observar a inconstitucionalidade da cobrança deste tributo em todo o exercício de 2022, uma vez que afronta o princípio da anterioridade anual expresso na Constituição Federal, em seu artigo 150, inciso III.

Aduz que a Constituição Federal é cristalina ao impedir a cobrança de tributo no mesmo exercício financeiro em que tenha sido publicada a lei que o instituiu e menciona que a anterioridade anual prevista na alínea “b” transcrita acima só não deve ser observada se houver previsão de exceção no próprio texto constitucional, o que ocorre exclusivamente em relação aos seguintes tributos: contribuições destinadas à seguridade social, CIDE-combustíveis, ICMS-combustíveis, empréstimo compulsório, imposto de importação IOF e imposto extraordinário de guerra. Ou seja, o diferencial de alíquota do ICMS não se encontra dentre as exceções previstas na Constituição e, portanto, deve ser respeita a anterioridade do exercício financeiro.

Desta forma, conclui-se **indevida** a cobrança do ICMS Difal pela Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia em relação às operações que ocorreram **no ano de 2022**, ou seja, no mesmo ano em que foi publicada a Lei Complementar que instituiu o ICMS Difal e, neste sentido, também não merece

prosperar o Auto de Infração em relação aos fatos geradores supostamente ocorridos em 2022.

Em suma, se o Supremo Tribunal Federal definiu ser inconstitucional a cobrança de ICMS-Difal sem Lei Complementar que a regulamente e tendo ocorrido a publicação da LC nº 190/2022 apenas em 05/01/2022, inafastável a premissa de que tal tributo só poderia ser exigido dos contribuintes no primeiro dia do ano calendário de 2023.

Fala sobre a falta de proporcionalidade e razoabilidade da multa aplicada de 60% prevista no artigo 42, inciso II, alínea “f”, da Lei nº 7.014/1996, mostrando-se completamente desarrazoada.

Sobre a razoabilidade, transcreve ensinamentos de Hely Lopes Meirelles e Adair Loredo Santos e assevera que o artigo 150, IV, da Constituição Federal, vedou a instituição e cobrança de tributo com efeito confiscatório. A despeito de o texto constitucional se referir a tributos, fato é que o princípio também é aplicável a multas, estando submetidas ao princípio genérico de vedação ao confisco decorrente da proteção da propriedade privada.

Acrescenta que a aplicabilidade da vedação ao confisco em relação às multas é acolhida pelo STF, conforme pode se verificar de trecho extraído de importante decisão da lavra do Ministro Celso de Mello, que copiou, além de outro o entendimento da E. Corte no julgamento da ADIN nº 551, na qual restou consignado que a desproporção entre a multa imposta e o imposto devido impinge à penalização caráter confiscatório, que tem o condão de torná-la inconstitucional.

Fala sobre os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, trazendo entendimentos de estudiosos sobre o tema e transcreve decisão paradigma proferida por este Conselho, em atenção ao § 2º do art. 73, que ressalta que devem ser respeitados os princípios da proporcionalidade e razoabilidade, na linha do entendimento do STF.

Conclui ter restado claro que a multa de 60% sobre o imposto supostamente devido, aplicada no presente Auto de Infração, é desproporcional e não atende o requisito da razoabilidade, razão pela qual deve ser anulada ou, ao menos, reduzida.

Por fim requer que sejam acolhidos os argumentos expostos na presente Impugnação para que o Auto de Infração seja julgado improcedente e o processo devidamente extinto, notadamente pelos fatos de que:

- I) o artigo 146 da Constituição Federal atribui à Lei Complementar estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária sobre definição de tributos, de seus respectivos fatos geradores, bases de cálculo e contribuintes, bem como sobre a obrigação, lançamento, crédito, prescrição e decadência tributários;
- II) a Lei Complementar nº 190/2022, que prevê a incidência do diferencial de alíquotas do ICMS nas operações que destinem mercadorias a não contribuintes do imposto localizado em UF distinta do remente, **só foi publicada em 05/01/2022**;
- III) a cobrança do ICMS-Difal antes da LC nº 190/2022 é inconstitucional, e, portanto, o Auto de Infração não deve prosperar em relação aos fatos gerados supostamente ocorridos no ano de 2021;
- IV) a Constituição Federal prevê a aplicação da anterioridade anual para cobrança de tributos e, portanto, o ICMS-Difal só pode ser cobrado a partir de 1º de janeiro de 2023, não devendo prosperar o Auto de Infração em relação aos fatos gerados supostamente ocorridos no ano de 2022.

Caso não se entenda pela procedência da Impugnação apresentada, pleiteia **a conversão dos autos em diligência fiscal**, para que se apure a realidade dos fatos em levantamento fiscal ou, ao menos, a redução das multas impostas, em respeito aos Princípios da Razoabilidade e Proporcionalidade, não devendo prosperar a multa aplicada no percentual de 60% do valor do imposto.

Por fim, requer que toda e qualquer comunicação, intimação ou notificação referente aos autos seja dirigida diretamente à Impugnante.

Às fls. 97 a 105 foi anexada uma petição do sujeito passivo inicialmente esclarecendo que a mesma tem por objetivo aditar a impugnação tempestivamente protocolada em 05/09/2024, consoante documentação acostada, em virtude da superveniência de novos fatos e pagamentos **não considerados pela autoridade fiscal** e identificados pela Impugnante em momento posterior à apresentação de Impugnação, com fulcro nos parágrafos quinto e sexto do artigo 123 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF) do Estado da Bahia.

Esclarece que após a apresentação da impugnação, a Impugnante identificou que a totalidade dos valores exigidos no Auto de Infração foi depositada em juízo no decorrer dos anos de 2021 e 2022.

Assim, a Impugnante requer, observando os princípios e a legislação atinente ao processo administrativo fiscal, em especial ao princípio da verdade material, apresentar provas documentais de que os valores exigidos no Auto de Infração já foram pagos pela Impugnante e, em se tratando de pagamento, se está diante de questão de ordem pública, a qual deve ser reconhecida de ofício.

O Auto de Infração ora rebatido deve, portanto, ser cancelado de ofício, uma vez que os fatos aqui comprovados se referem ao pagamento dos valores exigidos, conforme se demonstrará a seguir.

**MANDADO DE SEGURANÇA Nº 8022469-51.2021.8.05.0001 – FATOS GERADORES OCORRIDOS EM 2021:** Afirma que a Impugnante impetrou o Mandado de Segurança nº 8022469-51.2021.8.05.0001, em 26/02/2021, com pedido de liminar, visando afastar a cobrança de ICMS Difal e do Adicional FECP, uma vez que não existia Lei Complementar que justificasse a cobrança do tributo pelo Estado da Bahia.

A liminar foi deferida em 04 de abril de 2021, momento a partir do qual foram iniciados os depósitos judiciais dos valores que seriam devidos a título de ICMS Difal e Adicional FECP, que foram realizados sempre até o dia 15 do mês subsequente à ocorrência do fato gerador, a exemplo dos comprovantes de depósito dos meses de março a agosto de 2021 (**Doc. III**), selecionados a título amostral.

Nesta linha, a totalidade dos valores apurados a serem recolhidos a título de ICMS Difal e Adicional FECP pelos fatos gerados ocorridos entre os meses de março a novembro de 2021 – precisamente os meses do ano de 2021 exigidos no Auto de Infração – foi depositado em juízo, como consta no Extrato da Conta Judicial nº 3441504080 (**Doc. IV**), vinculado ao Mandado de Segurança aqui tratado.

Se comparados os valores exigidos no Auto de Infração com os valores efetivamente depositados em juízo, verifica-se, na realidade, que em todos os meses foram depositados valores superiores aos agora exigidos:

Período	Valor Auto de Infração	Valor Depositado em Juízo	Saldo do mês
<b>mar/21</b>	11.132,35	11.429,89	<b>297,54</b>
<b>abr/21</b>	8.022,61	8.224,28	<b>201,67</b>
<b>mai/21</b>	11.876,78	12.152,02	<b>275,24</b>
<b>jun/21</b>	9.349,91	9.545,77	<b>195,86</b>
<b>jul/21</b>	12.061,89	12.287,12	<b>225,23</b>
<b>ago/21</b>	11.990,96	12.178,82	<b>187,86</b>
<b>set/21</b>	11.219,61	11.358,79	<b>139,18</b>
<b>out/21</b>	11.640,20	11.736,54	<b>96,34</b>
<b>nov/21</b>	19.019,46	19.103,35	<b>83,89</b>

Destaca que a própria Impugnante requereu nos autos do Mandado de Segurança a conversão dos valores em renda a favor do Estado da Bahia, quando do pedido de desistência do processo.

Isto é, em 17/02/2022, em decorrência da modulação dos efeitos da decisão do Tema nº 1093 pelo Supremo Tribunal Federal, que acabou por tornar o Mandado de Segurança ineficaz por ter sido impetrado após a data do julgamento do referido Tema, a Impugnante requereu homologação do pedido de desistência da ação judicial e **a conversão em renda do tributo depositado em favor do Estado da Bahia**.

Assim, em 13/09/2023, foi proferida sentença nos autos do Mandado de Segurança, homologando o

pedido de desistência e determinando a conversão dos depósitos judiciais em renda.

Importante observar que a conversão de depósito em renda é modalidade de extinção do crédito tributário, conforme previsão expressa do artigo 156 do Código Tributário Nacional:

*“Art. 156. Extinguem o crédito tributário:*

*(...)*

*VI - a conversão de depósito em renda;(...)" (g.n)*

Resta comprovado, portanto, que os valores exigidos no Auto de Infração, referente aos meses de março a novembro de 2021, já foram devidamente pagos pela Impugnante e que a extinção do crédito tributário já foi objeto inclusive de determinação judicial, haja vista a determinação de conversão dos depósitos judiciais em renda nos autos do Mandado de Segurança, de modo que o Auto de Infração deve ser cancelado.

**MANDADO DE SEGURANÇA N° 8044546-20.2022.8.05.0001 – FATOS GERADORES OCORRIDOS EM 2022:** Em 08/04/2022 houve a impetração de novo Mandado de segurança, desta vez com o fito de afastar a cobrança, pelo Estado da Bahia, do ICMS Difal por todo o ano-calendário de 2022, uma vez que a Lei Complementar nº 190/2022, que estabeleceu a cobrança do tributo, foi publicada em 05/01/2022.

O referido Mandado de Segurança está sobrestado enquanto não ocorre o julgamento do Tema nº 1266 pelo Supremo Tribunal Federal, conforme decisão proferida em 23 de outubro de 2023.

A exemplo do que ocorreu no Mandado de Segurança abordado no tópico anterior, a Impugnante realizou, no decorrer do Mandado de Segurança nº 8044546-20.2022.8.05.0001, depósitos judiciais referentes ao ICMS Difal pelos fatos geradores ocorridos entre os meses de abril e setembro de 2022 – os mesmos meses de 2022 que são exigidos no Auto de Infração ora impugnado.

Conforme os extratos das contas judiciais de nº 3453067403 e nº 345346256, ambas vinculadas ao Mandado de Segurança aqui explicado, a Impugnante efetuou, ao todo, depósitos em valor superior ao valor exigido para os meses de abril e setembro de 2022, consoante tabela comparativa a seguir:

Período	Valor Auto de Infração	Valor Depositado em Juízo	Saldo do mês
abr/22	15.049,13	15.268,12	<b>218,99</b>
mai/22	17.478,55	17.478,55	-
jun/22	15.359,42	15.359,42	-
jul/22	19.402,98	18.401,03	<b>-1.001,95</b>
ago/22	22.398,58	23.477,28	<b>1.078,70</b>
set/22	27.126,88	27.126,88	-
	<b>116.815,54</b>	<b>117.111,28</b>	<b>295,74</b>

Convém destacar que o único mês em que foi efetuado depósito judicial em valor inferior ao exigido no Auto de Infração, como demonstrado acima e na documentação acostada, foi julho de 2022. Entretanto, no mês imediatamente subsequente, agosto de 2022, foi realizado depósito em valor superior ao exigido, em montante suficiente para suplantar o déficit do depósito anterior.

Observa-se, ainda, que restou saldo positivo de R\$ 295,74 comparando a totalidade dos depósitos à totalidade dos valores exigidos para os meses de 2022. Requer-se, portanto, sejam aproveitados os depósitos excedentes para quitação da diferença referente aos fatos geradores ocorridos em julho de 2022.

Desta forma, assim como em relação aos valores dos meses de 2021, os valores exigidos no Auto de Infração referente aos meses de abril a setembro de 2022 já foram devidamente pagos pela Impugnante.

Finaliza asseverando que ante a comprovada a realização dos depósitos judiciais dos valores exigidos no Auto de Infração, requer:

- I) **Seja recebida a presente petição acompanhada da documentação acostada**, nos termos dos § 5º e 6º do Art. 123 do RPAF da Bahia;

- II) **Sejam acolhidos os argumentos expostos para que o Auto de Infração seja cancelado e o processo devidamente extinto**, uma vez que os valores foram integralmente depositados em juízo nos Mandados de Segurança detalhados na presente petição;
- III) Caso não recebida a presente petição como aditamento à impugnação, **que o cancelamento do Auto de Infração seja reconhecido de ofício em virtude de se tratar de matéria de ordem pública**;
- IV) Caso não acolhidos os pedidos acima, **pleiteia-se a conversão dos autos em diligência fiscal**, para que se apure a realidade dos fatos em levantamento fiscal.
- V) Por fim, requer que toda e qualquer comunicação, intimação ou notificação referente aos autos seja dirigida diretamente à Impugnante.

A autuante presta a Informação Fiscal às folhas 200 a 203 inicialmente transcrevendo o teor da infração. Após fazer um resumo dos argumentos defensivos se pronuncia esclarecendo que a apuração do ICMS DIFAL para não contribuinte - valores relacionados no Auto de Infração, levou em consideração as vendas realizadas pela empresa para o Estado da Bahia, sendo o ICMS DIFAL para não Contribuintes, calculado e Declarado em suas GIAS ST, no período de março/2021 a novembro/2021 e abril/22 a setembro/2022, sem recolhimentos para a SEFAZ/Ba, conforme demonstrativos anexos ao PAF.

Na ação fiscal, o contribuinte apresentou informações solicitadas, para analisar as operações para o estado da Bahia e o cálculo do ICMS DIFAL para não contribuintes, relativos aos valores declarados nas GIAS ST (fls. 10 a 40).

Diz que a defendant argumenta que efetuou depósito judicial referente aos valores declarados (que foram autuados), tendo recorrido ao judiciário, por considerar constitucional a cobrança do ICMS DIFAL não contribuinte sem previsão em Lei Complementar, e falta de observação do princípio da anterioridade.

Tendo em vista que foram anexadas cópias de documentos e não tem acesso ao processo, sugeriu o encaminhamento à PGE, para se manifestar quanto aos depósitos judiciais realizados pelo autuado.

Quanto à multa, foi aplicado o percentual determinado na legislação para o tipo de infração apurada e a autuante não tem competência de reduzir multa.

Arremata que, considerando que os valores autuados foram declarados pelo contribuinte nos documentos apresentados à SEFAZ/BA (GIAS ST), e tendo em vista que, na forma da legislação em vigor, os elementos que ensejaram a ação fiscal foram devidamente caracterizados; e considerando, ainda, que a empresa apresentou documentos de pagamentos judiciais, mas não tem como verificar todos os pagamentos por mês/valores calculados e declarados, sugere o encaminhamento à PGE, para manifestação quanto aos depósitos judiciais realizados pelo autuado, no período relativo à autuação.

Registro o comparecimento à sessão virtual de julgamento, realizada nesta data do representante legal do autuado, Dr. Felipe Romão de Paiva, OAB/PE nº 458.791, para fim de efetuar sustentação oral dos argumentos defensivos.

## VOTO

A acusação objeto do presente lançamento está assim descrita:

*“Deixou o estabelecimento remetente de mercadoria, bem ou serviço, para uso, consumo ou ativo permanente, destinados a consumidor final, não contribuinte do imposto, de recolher o ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na hipótese do inciso XVI, do art. 4º da Lei nº 7.014/96”.* Enquadramento Legal: Inciso II, do § 4º do artigo 2º; inciso XVI do artigo 4º; item 2, da alínea “j” do inciso I e item 2 da alínea “c” do inciso II, ambos do art. 13º da Lei nº 7.014/96 do Estado da Bahia e EC de nº 87/2015. Multa tipificada no art. 42, inciso II, alínea “i” da Lei nº 7.014/96 do Estado da Bahia.

Na Descrição dos Fatos encontra-se descrito que: “*O remetente localizado em outra unidade da federação, deixou de recolher o ICMS devido ao estado da Bahia em operações ou prestações que destinaram mercadorias a consumidor final não contribuinte, localizado neste Estado em função da EC de 87/2015, alterada pela Lei Complementar nº 190/22 e Convênio ICMS 236/21 e Lei 7.014/96*”.

A defesa comunicou a existência de ações judiciais, conforme a seguir:

**MANDADO DE SEGURANÇA Nº 8022469-51.2021.8.05.0001 – FATOS GERADORES OCORRIDOS EM 2021:** Afirma que impetrou o Mandado de Segurança nº 8022469-51.2021.8.05.0001, em 26/02/2021, com pedido de liminar, visando afastar a cobrança de ICMS Difal e do Adicional FECP, uma vez que não existia Lei Complementar que justificasse a cobrança do tributo pelo Estado da Bahia. A liminar foi deferida em 04 de abril de 2021, momento a partir do qual foram iniciados os depósitos judiciais dos valores que seriam devidos a título de ICMS Difal e Adicional FECP, que foram realizados sempre até o dia 15 do mês subsequente à ocorrência do fato gerador. Dessa forma, a totalidade dos valores apurados a serem recolhidos a título de ICMS Difal e Adicional FECP pelos fatos gerados ocorridos entre os meses de março a novembro de 2021, exigidos no presente Auto de Infração – foi depositado em juízo, como consta no Extrato da Conta Judicial nº 3441504080 (Doc. 0), vinculado ao Mandado de Segurança aqui tratado.

Prossegue asseverando que em 17/02/2022, em decorrência da modulação dos efeitos da decisão do Tema nº 1093 pelo Supremo Tribunal Federal, que acabou por tornar o Mandado de Segurança ineficaz por ter sido impetrado após a data do julgamento do referido Tema, a Impugnante requereu homologação do pedido de desistência da ação judicial e a conversão em renda do tributo depositado em favor do Estado da Bahia. Assim, em 13/09/2023, foi proferida sentença nos autos do Mandado de Segurança, homologando o pedido de desistência e determinando a conversão dos depósitos judiciais em renda, sendo que os referidos valores depositados, em todos os meses do exercício de 2021 superaram os montantes auituados.

**MANDADO DE SEGURANÇA Nº 8044546-20.2022.8.05.0001 – FATOS GERADORES OCORRIDOS EM 2022:** Em 08/04/2022 houve a impetração de novo Mandado de segurança, desta vez com o fito de afastar a cobrança, pelo Estado da Bahia, do ICMS Difal por todo o ano-calendário de 2022, uma vez que a Lei Complementar nº 190/2022, que estabeleceu a cobrança do tributo, foi publicada em 05/01/2022. O referido Mandado de Segurança está sobrestado enquanto não ocorre o julgamento do Tema nº 1266 pelo Supremo Tribunal Federal, conforme decisão proferida em 23 de outubro de 2023.

A exemplo do que ocorreu no Mandado de Segurança abordado no tópico anterior, a Impugnante realizou, depósitos judiciais referentes ao ICMS Difal pelos fatos geradores ocorridos entre os meses de abril e setembro de 2022 objeto de exigência no presente Auto de Infração ora impugnado.

Acrescenta que de acordo os extratos das contas judiciais de nº 3453067403 e nº 345346256 ambas vinculadas ao referido Mandado de Segurança, a Impugnante efetuou, ao todo, depósitos em valor superior ao valor exigido para os meses de abril e setembro de 2022.

Solicita o cancelamento do Auto de infração e a extinção do processo, tendo em vista que os valores ora exigidos foram integralmente depositados em juízo nos Mandados de Segurança citados.

Considerando que nas referidas ações se discutem exatamente a conduta infracional descrita no Auto de Infração incidem os comandos normativos no art. 117, § 1º, inc. II, do RPAF (Regulamento do Processo Administrativo Fiscal), aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, com a seguinte redação:

*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 provocação 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.

Sendo assim, considerando a existência de ação judicial anterior à lavratura do auto de infração, versando sobre a mesma matéria, impõe-se a aplicação do art. 117 do RPAF/BA que assim determina: “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”. Em consequência, os autos deverão ser remetidos para a Procuradoria do Estado para que sejam adotadas as medidas de praxe, especialmente, no que se refere à defesa dos interesses da Fazenda Pública perante o Poder Judiciário.

Importante ainda ressaltar que a este órgão julgador falece competência para declarar inconstitucionalidade da legislação baiana e examinar questão sob apreciação do Poder Judiciário, em obediência ao disposto no art. 125 do COTEB.

Com base em todo o exposto, julgo PREJUDICADA a defesa interposta devendo o processo ser encaminhado à PGE/PROFIS para a adoção das medidas cabíveis, registrando que consta nos autos a notícia de existência de depósito judicial atinente as operações objeto do presente lançamento.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, considerar PREJUDICADA a defesa apresentada, constante no Auto de Infração nº 080556.0003/24-4, lavrado contra DUX COMPANY LTDA., no valor de R\$ 223.129,31 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, 27 de maio de 2025.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ - RELATORA

FERNANDO ANTÔNIO BRITO DE ARAÚJO - JULGADOR