

A. I. Nº - 269616.0035/22-1
AUTUADO - LOJAS AMERICANAS S/A
AUTUANTES - WÁGNER RUY DE OLIVEIRA MASCARENHAS, JOSÉ MACEDO DE AGUIAR E
JOÃO KOJI SUNANO
ORIGEM - DAT METRO / IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 02.06.2023

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO JJF Nº 0066-05/23-VD**

EMENTA: ICMS. PARTILHA DE RECEITA. MERCADORIA PARA CONSUMIDOR FINAL NÃO CONTRIBUINTE DO IMPOSTO LOCALIZADO NA BAHIA. TEMA 1093 DO STF. Pautada a cobrança nas normas inscritas no Conv. ICMS 93/2015, e, no simétrico estadual, na Lei 13.373/2015, encontra-se o contribuinte autuado protegido pelos efeitos da modulação adotada pelo STF, considerando que impetrou mandado de segurança questionador da constitucionalidade do acordo interestadual e diplomas correlatos, por ferimento ao princípio da estrita reserva de lei complementar. A propositura de medida judicial atrai para o PAF questão prejudicial que impede a apreciação administrativa de mérito, segundo o art. 117, c/c o art. 167, II, ambos do RPAF-BA. **PREJUDICIALIDADE decretada de ofício.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

Cumpre inicialmente reforçar que o presente relatório atende as premissas estabelecidas no inciso II, do art. 164 do RPAF-BA, máxime quanto à adoção dos critérios da relevância dos fatos e da sumulação dos pronunciamentos dos participantes processuais, adaptado inclusive para as sessões virtuais de julgamento.

Com enquadramentos legais e datas dos fatos geradores apostos no seu descritivo, o Auto de Infração em tela, lavrado em 28/9/2022, no total histórico de **R\$ 199.270,56**, apresenta o texto seguinte:

Infração 01 – 002.001.030 – O remetente e/ou prestador localizado em outro Estado deixou de recolher o ICMS ao Estado da Bahia em face da EC 87/15, em operações ou prestações que destinaram mercadorias, bens ou serviços a consumidor final – não contribuinte do imposto – situado em território baiano.

Auditoria junta, entre outros documentos, planilhas demonstrativas da infração detectada, termo de início de fiscalização e CD (fls. 06/10).

Dia 02.12.2022 a empresa oferece contestação (fls. 16/51), ocasião em que:

Adverte que o Supremo Tribunal Federal decidiu pela inconstitucionalidade da cobrança do ICMS-DIFAL, instituído pela EC 87/15, até a edição de lei complementar federal regulamentando a cobrança.

Neste sentido, esmiúça que em função da emenda citada, adveio o Conv. ICMS 93/2015, que estipulou normas sobre a cobrança do DIFAL para operações de remessa a consumidor final não contribuinte de ICMS. E, como consequência, a Bahia publicou a Lei 13.373/2015, regimentando as operações e prestações interestaduais que destinem mercadorias, bens e serviços a consumidor final localizado neste Estado, contribuinte ou não do imposto.

Todavia, provocado para declarar ou não a aplicabilidade do citado acordo interestadual em vista

do princípio da reserva de lei complementar de normas gerais, o STF, depois de reconhecer repercussão geral sobre este mesmo tema, abarcado no RE 1.287.019/DF, terminou por fixar a seguinte tese, Tema 1093, assim repercutida: “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.”

Observa que, não obstante o Plenário tenha determinado que a declaração de inconstitucionalidade passasse a produzir efeitos apenas a partir de 2022, as ações judiciais em curso foram expressamente excluídas da modulação dos efeitos. Transcreveu o seguinte trecho da decisão: “Por fim, 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 aderiu à proposta original de modulação dos efeitos, e o Ministro Marco Aurélio (Relator), que não modulava os efeitos da decisão. Redigirá o acórdão o Ministro Dias Toffoli. Plenário, 24.02.2021 (Sessão realizada por videoconferência - Resolução 672/2020/STF).”

Argumenta que a desobrigação de pagar a DIFAL lhe beneficia pelo fato de ter impetrado em 12.12.2018 o MS **sob nº 0574451-91.2018.8.05.0001**, cujo propósito foi exatamente discutir a cobrança da **constitucionalidade da cobrança do DIFAL**, portanto não sendo alcançado pelos efeitos prospectivos fixados na modulação em comento.

Cita ementa de decisão recente deste Conselho (Ac. CJF Nº 0263-11/22), na qual em idêntico precedente julgou pela improcedência da cobrança fiscal.

Lembra o disposto no art. 927 do CPC, o qual manda os juízes e tribunais seguirem as decisões prolatadas em controle concentrado de constitucionalidade, caso da ADIn. 6469, bem como as decisões em julgamento de recursos extraordinários.

Reforça que impetrou o MS nº 0574451-91.2018.8.05.0001, distribuído para a 3ª VFP, postulando o reconhecimento do seu direito líquido e certo de não recolher o ICMS-DIFAL ao Estado até a edição de lei complementar nacional regulamentando a cobrança, cuja decisão suspendeu a exigibilidade da DIFAL nas operações com consumidores finais não contribuintes localizados no Estado da Bahia.

Transcreve o seguinte trecho da referida decisão interlocutória: “concedo EM PARTE a segurança liminar para determinar que as autoridades apontadas coatoras, ou quem suas vezes fizer, abstenham-se de praticar todo e qualquer ato tendente de cobrança do crédito tributário relativo ao Diferencial de Alíquota - DIFAL de que trata a Lei Estadual nº 13.373/2015 e a Lei Estadual nº 7.998/2001, cobrado por força do Convênio ICMS nº 93/2015, por ocasião da entrada das mercadorias em território baiano, abstendo-se, ainda, o Estado da Bahia de proceder a retenção das mercadorias por conta dessa circunstância, até ulterior deliberação juízo”.

Esclarece que durante a ação fiscal avisou ao Estado em 30.9.2022 da existência da mencionada decisão liminar vigente no **mandado de segurança nº 0574451-91.2018.8.05.0001**, suspendendo a exigibilidade dos créditos tributários de DIFAL, mesma data em que tomou ciência da autuação, o que mostra não ter havido exame da situação jurídica protetiva a qual se encontrava a empresa. Ademais, a decisão do STF sobre o Tema 1093 transitou em julgado em 03.3.2022, cerca de seis meses antes da lavratura do auto de infração.

Pontua que a auditoria presumiu a irregularidade nas operações da impugnante e sequer analisou as justificativas e documentos apresentados durante a ação fiscal que comprovam a regularidade nas suas atividades.

Pondera no mérito que, na remota hipótese de afastamento das razões de nulidade do auto de infração, o fisco deixou de considerar a ocorrência de situações previstas na Constituição Federal e na legislação federal que afastam a cobrança do imposto, e, nas operações em que era efetivamente devido o tributo, providenciou o pagamento do ICMS-DIFAL.

Com efeito, além do fisco não ter considerado recolhimentos feitos a título de DIFAL, ignorou as operações com CDs e DVDs, reconhecidamente imunes, as operações com redução da base de cálculo do ICMS em transações com produtos usados e softwares, operações cujas notas fiscais tiveram erros de emissão, corrigidos através de carta de correção, operações encaminhadas para contribuintes de ICMS, além de operações de remessas de brindes. Trouxe vários exemplos demonstrativos da sua peça defensiva.

Secundariamente, persegue a redução da multa proposta, porque confiscatória, segundo doutrina e jurisprudência abalizadas.

Ao final, solicita diligência e remessa das comunicações processuais exclusivamente para o endereço dos profissionais constituídos nos autos.

Juntados pela defendente, entre outros documentos:

Doc. 01 (fls. 52/117): documentos de representação legal.

Doc. 02 (fls. 118/149): cópia do instrumento de autuação e planilhas elaboradas pela fiscalização.

Doc. 03 (fls. 150/151): intimação para ciência do lançamento de ofício.

Doc. 04 (fls. 152/182): petição inicial do mandado de segurança.

Doc. 05 (fls. 183/188): decisão interlocutória proferida no MS mencionado.

Doc. 06 (fls. 189/192): e-mail trocado entre a fiscalização e a empresa.

Doc. 07 (fls. 193/195): NF 2687999 e 2688000.

Doc. 08 (fls. 196/198): NF 3625962 e 3625963.

Doc. 09 (fls. 199/208): dados de notas fiscais.

Doc. 10 (fls. 209/210): demonstrativo de notas fiscais com cálculo correto da DIFAL.

Doc. 11 (fls. 211/221): dados de notas fiscais.

Doc. 12 (fls. 293/298): demonstrativo contendo a NF 5153130.

Doc. 13 (fls. 223/229): espelho de GIAS-ST, GNRES e de comprovantes de pagamento.

Em petição apartada, o contribuinte apensa mídia digital contendo arquivos eletrônicos (fl. 232/233).

Os autuantes, nas informações fiscais (fls. 236/237), pela voz de um dos auditores, admitem que a autuada obteve sim decisão favorável em sede de mandado de segurança e que o STF modulou os efeitos “da EC 87/15” (sic.), de tal forma que os contribuintes beneficiários de “medida cautelar” ficaram desonerados da exigência do imposto nas condições retratadas na autuação, entre 2016 e 2021, só sendo possível a tributação a partir de janeiro de 2022, pela via da LC 190/22.

Assim, posicionam-se pela improcedência da autuação.

Após as medidas instrutórias tomadas, entendo como satisfatórios para formação do meu convencimento os elementos probatórios trazidos aos autos, estando o PAF devidamente instruído, não havendo necessidade, nos termos do art. 147, I, “a”, do RPAF-BA, de qualquer dilação probatória, inclusive diligência ou perícia.

É o relatório.

VOTO

Vamos às questões puramente de natureza procedimental dentro do processo: requer a autuada que as comunicações neste PAF sejam encaminhadas para o endereço dos advogados com procuração nos autos.

Pode o órgão de preparo facultativamente dar ciência dos atos processuais praticados aos i. profissionais constituídos nos autos. Tal providência é até benfazeja, mas jamais a sua falta pode emperrar o andamento do feito. A obrigação vai apenas no sentido das comunicações e intimações serem encaminhadas via domicílio tributário eletrônico (DT-e), indicado pelo próprio contribuinte, conforme determina a legislação de regência, qual seja, o art. 129 do COTEB, c/c os arts. 108 e 109 do RPAF da Bahia.

Improcede o pleito.

Uma questão prejudicial é levantada pela impugnante, em busca da nulidade da autuação, sob o argumento de que o STF deliberou pela inconstitucionalidade da cobrança do ICMS-DIFAL com base no Conv. ICMS 93/2015, editado em virtude da EC 87/15, por entender que a matéria tratada no citado acordo interestadual é de estrita reserva de lei complementar, na época ainda não aprovada pelo legislador competente.

Debaixo da citada emenda e do acordo interestadual, a Bahia promulgou a Lei 13.373/2015, alterando a lei estadual institutiva do ICMS, criando normas sobre a cobrança do DIFAL para operações de remessa a consumidor final não contribuinte de ICMS. Este foi o lastro da autuação.

Entretanto, a Suprema Corte reconheceu caráter de repercussão geral no assunto discutido no RE 1.287.019/DF, cujo tema fixado, de nº 1093, foi o seguinte:

Tema 1093 - Necessidade de edição de lei complementar visando a cobrança da Diferença de Alíquotas do ICMS – DIFAL nas operações interestaduais envolvendo consumidores finais não contribuintes do imposto, nos termos da Emenda Constitucional nº 87/2015.

A descrição do debate judicial tomou o seguinte teor:

“Recurso extraordinário em que se discute, à luz dos artigos 5º, incisos LIV e LV; 93, inciso IX; 146, incisos I e III, alínea “a”; e 155, inciso XII, alíneas “a”, “c”, “d” e “i”, da Constituição Federal, se a instituição do diferencial de alíquota de ICMS, conforme previsto no artigo 155, § 2º, incisos VII e VIII, na redação dada pela Emenda Constitucional nº 87/2015, exige, ou não, a edição de lei complementar disciplinando o tema”.

E a tese fixada foi esta:

“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”.

Frente a necessidade de se modular os efeitos da decisão de teto, considerando a data da publicação do Conv. ICMS 93/2015 e a data da publicação do referido pronunciamento da Suprema Corte, além de existirem neste íterim várias ações no Judiciário perseguindo a inconstitucionalidade do citado acordo interestadual e leis estaduais correlatas, obteve-se o seguinte veredicto:

Decisão: O Tribunal, por maioria, apreciando o tema 1.093 da repercussão geral, deu provimento ao recurso extraordinário, assentando a invalidade “da cobrança, em operação interestadual envolvendo mercadoria destinada a consumidor final não contribuinte, do diferencial de alíquota do ICMS, na forma do Convênio nº 93/2015, ausente lei complementar disciplinadora”, vencidos os Ministros Nunes Marques, Alexandre de Moraes, Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Luiz Fux (Presidente). Em seguida, por maioria, foi fixada a seguinte tese: “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”, vencido o Ministro Alexandre de Moraes. Por fim, 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 aderiu à proposta original de modulação dos efeitos, e o Ministro Marco Aurélio (Relator), que não modulava os efeitos da decisão. Redigirá o acórdão o Ministro Dias Toffoli. Plenário, 24.02.2021 (Sessão realizada por videoconferência - Resolução 672/2020/STF).

Dita decisão foi publicada em 25.5.2021 e seu trânsito em julgado se deu em 30.3.2022.

Por sua vez, a decisão proferida em controle concentrado de constitucionalidade em face da ação direta nº 5.464/DF, de objeto semelhante no mérito, possui o conteúdo abaixo:

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 aderiu 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).

Dita decisão foi publicada em 25.5.2021 e seu trânsito em julgado se deu em 23.3.2022.

Consoante atestado no documento de fls. 245 a 248, a 3ª VFP de Salvador, no dia 25.3.2021 (fl. 244) e em caráter liminar, acatou em favor da defendente o pedido formulado no mandado de segurança **impetrado em 12.12.2018** (fl. 213), sob o nº 0574451-91.2018.8.05.0001, **de mesmo objeto da autuação**, em cuja parte **dispositiva** se disse o seguinte:

“...concedo EM PARTE a segurança **liminar** para determinar que as autoridades apontadas coatoras, ou quem suas vezes fizer, **abstenham-se de praticar todo e qualquer ato tendente cobrança do crédito tributário relativo ao Diferencial de Alíquota - DIFAL de que trata a Lei Estadual nº 13.373/2015 e a Lei Estadual nº 7.998/2001, cobrado por força do Convênio ICMS nº 93/2015**, por ocasião da entrada das mercadorias em território baiano, abstendo-se, ainda, o Estado da Bahia de proceder a retenção das mercadorias por conta dessa circunstância, até ulterior deliberação juízo”.

Esta relatoria consultou na data de sessão deste julgamento o processo judicial mencionado pelo **link**
<https://consultapublicapje.tjba.jus.br/pje/ConsultaPublica/DetalheProcessoConsultaPublica/istView.seam?ca=532c0dfc16badbdf60820e2a900388323965f4a66bd61268> e não viu alteração do **decisum**.

Vale ainda mencionar que nesta consulta identificou-se o seguinte despacho, assinado em 18.01.2019:

Processo nº: 0574451-91.2018.8.05.0001 Classe Assunto: Mandado de Segurança - ICMS / Incidência Sobre o Ativo Fixo Impetrante: B2W COMPANHIA GLOBAL DO VAREJO (SUBMARINO) e outros

Impetrado: GERENTE DE ARRECADAÇÃO DO ICMS DA DIRETORIA DE ARRECADAÇÃO, CRÉDITO TRIBUTÁRIO E CONTROLE DA SECRETARIA DA FAZENDA DO ES e outro O mandado de segurança foi impetrado em face do GERENTE DE ARRECADAÇÃO DO ICMS DA DIRETORIA DE ARRECADAÇÃO, CRÉDITO TRIBUTÁRIO E CONTROLE DA SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DA BAHIA a quem não compete a prática do ato apontado coator, conforme artigo 13, III, a 1 do Decreto nº 16.406 /2015 (Regimento Interno da Sefaz). Com efeito, a competência cometida à autoridade apontada como coatora se volta não para atos de fiscalização, como autuação por infração fiscal, mas sim para a arrecadação em si. Assim, deve o Impetrante, para, no prazo de quinze dias (CPC, 321), corrigir o polo passivo da demanda e sob pena de indeferimento da inicial. I. Salvador (BA), 18 de janeiro de 2019. Rolemberg José Araujo Costa Juiz de Direito

Em síntese, em 25.5.2021 a **impugnante já houvera proposto o mandado de segurança** e, mais ainda, possuía em seu favor decisão interlocutória liminar, de modo que, já pela primeira circunstância, é beneficiária de estar livre da cobrança do diferencial de alíquota, a teor do conteúdo da decisão que delineou as balizas modulatórias do julgamento do STF, vale dizer, só valer a inconstitucionalidade a partir de 2022, exceto para aqueles contribuintes que contarem com ações judiciais em curso, repita-se, **caso da defendente**.

Aliás, pela voz extraída no Ac. CJF Nº 0263-11/22, o segundo grau trouxe o seguinte entendimento acerca do assunto, citando pronunciamento da d. PGE:

“A d. PGE/PROFIS, em parecer exarado pelo Dr. José Augusto Martins Junior, entendeu que no caso da lide, a partir da redação dada pela EC 87/2015, independente do consumidor final ser contribuinte ou não do ICMS, passou-se a adotar a alíquota interestadual, cabendo ao estado de destino a DIFAL, conforme trechos abaixo transcritos: Que o TEMA 1093 do STF pressupõe a edição de lei complementar veiculando normas gerais, ficando ressalvadas da modulação as ações judiciais em curso. Que em razão disso não cabe nesta oportunidade apreciar o mérito da impossibilidade ou não da cobrança da exação, além do conteúdo e respectivos prazos fixados no comando exarado pela Suprema Corte. **Que quanto à modulação, há nos autos indicação de que o autuado ajuizou ação judicial voltada a discutir o conteúdo desta questão quanto às suas operações com o estado da Bahia, enquadrando-se na modulação determinada**, ou seja, quando há ações em curso, desde que **proposta** até a data do julgamento do RE 1.287.019/DF. Assim, havendo ação judicial **proposta** pelo autuado discutindo a questão relativa à impossibilidade de exigência da DIFAL nas operações destinadas consumidores não contribuintes do imposto por força da ausência de lei complementar, **não deve ser mantida a exigência fiscal** nos termos impostos na autuação, referente à infração 01. Assim, tendo em vista o retorno da diligência à PGE/PROFIS, acolho o parecer, votando pela **insubsistência** da infração 01.

No caso agora sob apreciação, em face da impetração do mandado de segurança retro mencionado, **indubitavelmente a defendente atraiu para si a prejudicialidade** do exame administrativo, nos termos do art. 117 do RPAF-BA, até porque, à vista do art. 167, II, do mesmo diploma regulamentar, falece competência a este Conselho **examinar e decidir sobre matérias já definitivamente apreciadas pelo Judiciário**.

Caberá à d. PGE, seja no segundo grau, seja com o expediente da representação administrativa pela ilegalidade, à vista da economia processual e na qualidade de órgão responsável pelo ajuizamento do executivo fiscal, posicionar-se a respeito do encaminhamento a ser dado ao presente PAF, na melhor exegese dos arts. 117 e 167 do RPAF-BA, c/c o art. 119-C do COTEB, abaixo reproduzidos:

RPAF-BA:

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:

§ 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.

...

Art. 167. Não se incluem na competência dos órgãos julgadores:

I - a declaração de inconstitucionalidade;

II - **questão sob a apreciação do Poder Judiciário ou por este já decidida.**

III - a negativa de aplicação de ato normativo emanado de autoridade superior.

COTEB:

Art. 119-C. Fica a Fazenda Estadual autorizada a **não inscrever em Dívida Ativa**, a não **ajuizar** a respectiva execução fiscal, a não interpor recurso ou a desistir do que tenha sido interposto, desde que inexistam outros fundamentos relevantes para seu prosseguimento, na hipótese de matérias que tenham sido objeto de **reiteradas decisões** contrárias à Fazenda Pública Estadual, em virtude de jurisprudência pacífica do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça.

§ 1º O cumprimento do disposto neste artigo dependerá de ato declaratório do titular do órgão competente, aprovado pelo Secretário da Fazenda.

§ 2º Caberá ao Procurador que atuar no feito requerer a extinção das execuções fiscais e a manifestar expressamente o desinteresse da Fazenda Estadual em recorrer da decisão, no que envolver as matérias a que se refere o caput, deste artigo.

§ 3º Serão cancelados o lançamento e a inscrição dos débitos a que se refere o caput, deste artigo, inclusive os já ajuizados.

Em função da questão prejudicial acolhida, restaram igualmente prejudicados o exame de mérito e os pedidos subsidiários de redução da multa e de realização de diligência para apuração das alegações de mérito.

Isto posto, em face do questionamento da matéria ter sido agitado pelo impugnante em sede judicial, o nosso julgamento vai na linha da prejudicialidade, encerrando-se o presente processo administrativo sem exame do mérito, devendo o PAF ser encaminhado para a inscrição em dívida ativa, oportunidade em que, após os saneamentos de praxe pelo órgão de controle, medidas complementares poderão ser efetivadas, inclusive representação pela ilegalidade do lançamento.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PREJUDICADO** o exame da impugnação ao **Auto de Infração nº 269616.0035/22-1**, lavrado contra **LOJAS AMERICANAS S/A**, devendo ser intimado, o autuado, para efetuar o pagamento do valor de **R\$ 199.270,56**, acrescido de multa de 60%, prevista no art. 42, II,

“f” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, e o PAF ser encaminhado para o órgão fazendário de controle para as medidas cabíveis, inclusive, em sendo o caso, inscrição do crédito tributário em dívida ativa ou representação pela ilegalidade do lançamento.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 03 de maio de 2023.

VLADIMIR MIRANDA MORGADO – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO/RELATOR

MARCELO MATTEDI E SILVA - JULGADOR