

A.I. Nº - 269616.0040/22-5
AUTUADO - AMERICANAS S.A.
AUTUANTES - JOSÉ MACEDO DE AGUIAR, WAGNER RUY DE OLIVEIRA MASCARENHAS e
JOÃO KOJI SUNANO
ORIGEM - DAT METRO / IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 30/06/2023

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO JJF Nº 0119-04/23-VD**

EMENTA: ICMS. IMPUGNAÇÃO PREJUDICADA. CONCOMITÂNCIA COM DISCUSSÃO JUDICIAL DA LIDE. A propositura de medida judicial pelo sujeito passivo importa a renúncia do poder de recorrer na esfera administrativa. Mantida a subsistência do lançamento tributário até decisão final da lide pelo Poder Judiciário. Suspensa a exigibilidade do crédito tributário. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em referência foi expedido em 30 de setembro de 2022 para reclamar crédito tributário no montante de R\$ 3.590.230,50, mais multa de 60% com previsão no Art. 42, inciso II, alínea “f” da Lei nº 7.014/96, com base na imputação a seguir, relacionada ao período de janeiro/2018 a dezembro/2021: **Infração 01 – 002.001.030:** “O remetente e/ou prestador localizado em outra unidade da federação deixou de recolher o ICMS devido ao estado da Bahia em função da EC nº 87/15, em operações ou prestações que destinaram mercadorias, bens ou serviços a consumidor final não contribuinte localizado neste Estado”.

O autuado, por intermédio de seus Representantes Legais, ingressou com impugnação ao lançamento, fls. 21 a 73, onde, inicialmente, arguiu inconstitucionalidade da cobrança do ICMS-DIFAL com fulcro na “Tese fixada na Repercussão geral RE nº 1.287.019 (Tema 1093) e ADI nº 5469 – STF”, acrescentando, em seguida que possui decisão liminar vigente suspendendo a exigibilidade da DIFAL devido em operações com consumidores finais não contribuintes do ICMS localizados no Estado da Bahia.

A este respeito mencionou que em 12 de dezembro de 2018 impetrou o mandado de segurança nº 0574451.91.2018.8.05.0001, (Doc. 04 e Doc. 05), fls. 186 a 189, distribuído para a 3ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Salvador requerendo o reconhecimento do seu direito líquido e certo de não recolher o ICMS-DIFAL ao estado até edição de lei complementar nacional regulamentando a cobrança.

Pontuou que em 25 de março de 2021, foi proferida decisão no referido mandado de segurança concedendo a liminar pleiteada e determinando a suspensão da exigibilidade da DIFAL devida ao Estado da Bahia, conforme a seguir:

(...)

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 7.9998/2001, cobrado por força do Convênio ICMS nº 93/2015, por ocasião da entrada das mercadorias no território baiano, abstando-se, ainda, o Estado da Bahia de proceder a retenção das mercadorias por conta dessa circunstância, até ulterior deliberação juízo.

Com base no argumento supra, em preliminar, arguiu a nulidade do Auto de Infração.

Um dos autuantes ao prestar informação fiscal, fls. 307 e 308, citou que o autuado efetivamente destacou o cobrou do destinatário a parcela do ICMS devido ao Estado da Bahia, portanto, apesar de ter obtido mandado de segurança para não efetuar o pagamento do ICMS em vendas à consumidores finais, ao incluir tal valor na operação, e efetivamente cobrá-lo, tem a obrigação de efetuar o recolhimento correspondente ao estado de destino, sob pena de caracterizar apropriação indébita do tributo, sujeitando-se, assim, às respectivas cominações legais.

VOTO

A respeito da questão sob enfoque o Regulamento do Processo Administrativo Fiscal do Estado da Bahia – RPAF/BA, ao se referir a existência do processo ou procedimento administrativo concomitante com discussão judicial da lide, dispõe que:

Art. 117. A propositura de medida judicial pelo sujeito passivo importa a renúncia ao poder de recorrer na esfera administrativa ou a desistência da impugnação ou recurso acaso interposto.

§ 1º O Auto de Infração será remetido à DARC para inscrição na Dívida Ativa, na forma prevista no art. 113:

I - na fase em que se encontre, tratando-se de ação judicial relativa a Auto de Infração preexistente;

II - imediatamente após a sua lavratura ou quando se tomar conhecimento da existência da ação judicial, quando esta for anterior ao Auto de Infração, caso a discussão judicial diga respeito especificamente à matéria objeto do procedimento administrativo.

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

I - acompanhada do depósito do seu montante integral;

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

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

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

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

RESOLUÇÃO

ACORDÃO os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, declarar **PREJUDICADO** o exame da impugnação relativa ao Auto de Infração nº **269616.0040/22-5**, lavrado contra **AMERICANAS S.A.**, devendo ser intimado o Sujeito Passivo para pagamento do valor de **R\$ 3.590.230,50**, acrescido da multa de 60% prevista no Art. 42, inciso II, alínea “f” da Lei nº 7.014/96 e demais acréscimos legais. Devem os autos ser encaminhados à DARC para adoção das providências previstas no art. 117 e seguintes do RPAF/99.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF 13 de junho de 2023.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE / RELATOR

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ - JULGADORA

JOÃO VICENTE COSTA NETO – JULGADOR