

<b>PROCESSO</b>	- A. I. Nº 269616.0040/22-5
<b>RECORRENTE</b>	- LOJAS AMERICANAS S. A.
<b>RECORRIDA</b>	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
<b>RECURSO</b>	- RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4ª JJF nº 0119-04/23-VD
<b>ORIGEM</b>	- DAT METRO / IFEP COMÉRCIO
<b>PUBLICAÇÃO</b>	- INTERNET 16.04.2024

### 1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

#### ACÓRDÃO CJF Nº 0057-11/24-VD

**EMENTA:** ICMS. CONCOMITÂNCIA COM DISCUSSÃO JUDICIAL DA LIDE. RENÚNCIA TÁCITA DO DIREITO DE RECORRER. A propositura de medida judicial pelo sujeito passivo importa a renúncia ao 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. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVÍDO. Decisão unânime.

### RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário contra a Decisão proferida por meio do Acórdão da 4ª JJF (Junta de Julgamento Fiscal) Nº 0119-04/23-VD, que julgou Procedente o Auto de Infração acima epigrafado, reconhecendo renúncia ao poder de recorrer na esfera administrativa, lavrado no dia 30/09/2022 para formalizar a constituição de crédito tributário no montante de R\$ 3.590.230,50, sob a acusação do cometimento do cometimento da irregularidade assim discriminada na instância originária na instância de origem:

*“Infração 01 – 002.001.030: O remetente e/ ou prestador localizado em outra unidade da federação [RJ] 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”.*

A JJF apreciou a lide no dia 13/06/2023 e julgou o Auto de Infração Procedente, nos seguintes termos (fls. 318/319):

#### “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 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”.

Respaldado no art. 169, I, “b” do RPAF/99, o contribuinte interpôs Recurso Voluntário às fls. 330 a 379, no qual argumenta que a medida judicial foi tomada por si antes da lavratura do Auto de Infração, por meio do Mandado de Segurança Preventivo nº 0574451-91.2018.8.05.0001, para ver garantido o seu direito de não ser autuado pela cobrança da DIFAL nas operações com consumidores finais não contribuintes localizados neste Estado.

Portanto, não se aplicaria o art. 117 do RPAF, que diz respeito ao ajuizamento de ação para discussão da cobrança após a lavratura do lançamento de ofício.

Em seguida, passa a levantar argumentações recursais semelhantes às defensivas, como, por exemplo, a nulidade da cobrança do imposto pretendida pela Fiscalização, devido à inconstitucionalidade e ilegalidade, conforme a síntese a seguir.

Argui a inconstitucionalidade da cobrança do ICMS-DIFAL, com fulcro na tese fixada na Repercussão geral RE nº 1.287.019 (Tema 1.093) e ADI nº 5.469 – STF, acrescentando, em seguida que possui decisão liminar vigente suspendendo a exigibilidade devida em operações com consumidores finais não contribuintes do ICMS localizados no Estado da Bahia.

Em 12 de dezembro de 2018 impetrou o Mandado de Segurança nº 0574451.91.2018.8.05.0001, 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 a edição de lei complementar nacional regulamentando a cobrança.

Em 25 de março de 2021 foi proferida decisão no referido mandado de segurança, concedendo a liminar pleiteada e determinando a suspensão da exigibilidade.

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

As demais alegações são idênticas às da impugnação, que nos absteremos de transcrever, por vislumbrar que será desnecessário, conforme o Voto que segue abaixo.

Pede deferimento.

## VOTO

De acordo com o que foi corretamente acentuado pela Junta de Julgamento Fiscal, a respeito da questão sob enfoque, o Regulamento do Processo Administrativo Fiscal do Estado da Bahia – RPAF/BA, ao se referir à existência de 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 provação desta:

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

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

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

Além do dispositivo transscrito, o art. 167, II do citado Regulamento Processual proíbe que o Conselho de Fazenda decida sobre matéria sob apreciação do Poder Judiciário, tenha sido ela intentada antes ou depois da lavratura do Auto de Infração:

“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”.

Isto posto, com supedâneo nas normas regulamentares acima transcritas, voto pela EXTINÇÃO do presente processo administrativo fiscal, restando mantido o lançamento tributário, devendo os autos serem encaminhados à DARC para a adoção das providências pertinentes à sua alçada, ficando suspensa a exigibilidade do crédito tributário até ulterior decisão pelo Poder Judiciário.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NÃO PROVER o Recurso Voluntário apresentado e manter a Decisão recorrida que julgou PREJUDICADO o exame da impugnação relativa ao Auto de Infração nº 269616.0040/22-5, lavrado contra AMERICANAS S.A., no valor de R\$ 3.590.230,50, acrescido da multa de 60%, prevista no Art. 42, II, “f” da Lei nº 7.014/96 e dos 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, 04 de março de 2024.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

PAULO DANILÓ REIS LOPES – RELATOR

EVANDRO KAPPES - REPR. DA PGE/PROFIS