

**A. I. Nº** - 281105.0005/19-4  
**AUTUADO** - VIAÇÃO NOVO HORIZONTE LTDA.  
**AUTUANTE** - JALON SANTOS OLIVEIRA  
**ORIGEM** - INFAZ ATACADO  
**PUBLICAÇÃO** - INTERNET – 17/08/2020

**1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO JJF Nº 0065-01/20-VD**

**EMENTA:** ICMS. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS DESTINADAS A CONSUMO DO ESTABELECIMENTO. A escolha da via judicial pelo sujeito passivo, implica renúncia à discussão da lide na esfera administrativa, devendo o PAF ser remetido à Diretoria de Controle da Arrecadação, Crédito Tributário e Cobrança (DARC), para adoção das medidas cabíveis, ficando suspensa a exigibilidade do crédito tributário, nos termos do artigo 151, inciso IV do Código Tributário Nacional-CTN. Defesa **PREJUDICADA**. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

O Auto de Infração em lide, lavrado em 28/10/2018, formaliza a exigência de crédito tributário no valor total histórico de R\$1.060.011,49, em razão do cometimento da seguinte infração à legislação do ICMS imputada ao autuado: *Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento.*

Período de ocorrência: março, agosto a dezembro de 2014, fevereiro, junho a dezembro de 2015, janeiro a dezembro de 2016.

O autuado apresentou defesa (fls.160 a 191). Registra que se trata de empresa que atua há mais de 53 anos no transporte rodoviário de passageiros em linhas intermunicipais e interestaduais.

Frisa que em decorrência de ações em que discute a constitucionalidade do imposto incidente sobre a sua atividade econômica principal, todo o montante apurado a título da indigitada exação é apurado, informado e depositado judicialmente, em atendimento à ordem proferida pelo juízo da 1ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Salvador e ao que dispõe o art. 151, II do Código Tributário Nacional.

Diz que foi surpreendido com a lavratura do presente Auto de Infração, contudo, quando submetido a uma análise aprofundada resta certo que a pretensão da Fiscalização não poderá proceder por uma série de questões absolutamente relevantes.

Em primeiro lugar, alega que a Fiscalização negou vigência ao período e vigência da sentença proferida nos autos da Ação Ordinária Declaratória nº. 9331299/2002, oriunda da 1ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Salvador, que declarou a inexistência de relação jurídica da empresa para com o Estado da Bahia, cuja apelação, à época, fora recebida, tão somente, no efeito devolutivo.

Em segundo lugar, sustenta que descabe falar-se em diferencial de alíquotas, haja vista que, ainda que existisse relação jurídica entre a empresa e o Estado da Bahia, seria decorrente de prestação de serviço de transporte rodoviário de passageiros e não da operação de circulação de mercadorias, o que afastaria, desse modo, a incidência da norma que obrigaria a empresa a recolher o indigitado diferencial.

Em terceiro lugar, diz que mesmo que fosse o caso de incidir a exigência de recolhimento do diferencial de alíquotas, o crédito tributário foi constituído com aplicação da alíquota interna de 17%, o que impõem a nulidade completa do Auto de Infração por utilização errônea de critério

jurídico.

Acrescenta que outros fatos impeditivos da autuação, mas não menos importantes, há que ser reconhecido, pelo menos duas causas de nulidade flagrante do Auto de Infração.

Salienta que diante dessas circunstâncias, não restou alternativa a empresa renunciar o direito de redução das multas impostas e apresentar Defesa, no intuito de demonstrar, sem a necessidade de interferência do Poder Judiciário, as inquestionáveis causas de nulidade da autuação.

Alega ofensa à norma judicial válida, vigente e eficaz. Discorre sobre o “processo de positivação”. Observa que cada estágio do processo de positivação do direito possui uma tutela jurisdicional que é adequada, útil e necessária para aquela etapa, de forma que essa conexão instrumental se revela no interesse de agir, qualificado como condição da ação.

Aduz que é nesse contexto que se insere a Ação Declaratória de Inexistência de Relação Jurídico-Tributária, na qual o autor busca a manifestação do Poder Judiciário a respeito da existência, do modo de ser, ou da inexistência, de uma relação jurídica, a fim de superar um estado de incerteza, de insegurança. Acrescenta que à época o fundamento dessa ação encontrava-se previsto no artigo 4º do CPC/73, ao passo que, no novo CPC continua tendo suporte no art. 19 e 20, conforme redação que reproduz. Tece amplo comentário sobre a ação declaratória.

Alega que a Fiscalização deveria ter adotado as cautelas recomendadas pela Constituição Federal de 1988 e pelo Código Tributário do Estado da Bahia, a fim de se oportunizar o contraditório, viabilizar que a empresa apresentasse os fatos impeditivos para autuação e, dessa forma, imprimir maior eficiência ao uso do poder de polícia do Estado.

Registra que ajuizou a Ação Cautelar Inominada, distribuída sob o nº 9271743/2002, em que o Poder Judiciário autorizou que a empresa realizasse os depósitos judiciais referentes ao montante mensal apurado a título de ICMS, com o desígnio de suspender a exigibilidade do crédito tributário, conforme transcrição que apresenta.

Assinala que posteriormente a referida Ação Ordinária (Declaratória de Inexistência de Relação Jurídica-Tributária) nº. 9331299/2002 também fora ajuizada, de modo que, no ano de 2005, sobreveio sentença de mérito, declarando a inexistência de relação jurídico-tributária entre a empresa e a Fazenda Pública Estadual, no que se refere ao ICMS incidente sobre a prestação de serviço de transporte, conforme excerto do julgado que reproduz.

Sustenta que desde então, não é mais qualificado como contribuinte de ICMS, o que implica em inúmeras consequências jurídicas, todas elas que fulminam a autuação, no caso:

- a) por não ser contribuinte do ICMS, está desobrigado a recolher hipotéticos diferenciais de alíquotas quando da aquisição de insumos e bens do ativo fixo em outros Estados da Federação;
- b) não está obrigado a fornecer documentos requisitados pela Administração Tributária, exigidos como se não existisse norma impeditiva para a produção de Auto de Infração, tendo em vista que inexistente *“interesse na arrecadação”*

Afirma que nesse sentido, o Auto de Infração também encontra norma impeditiva expressa no Código Tributário Nacional, no seu artigo 113, § 2º, cuja redação reproduz.

Salienta que a sentença proferida em sede de ação declaratória, cuja apelação foi recebida, tão somente, no efeito devolutivo, retira da empresa a condição de contribuinte do ICMS e retira da Administração o poder de exigir documentos e retira do Fisco baiano a competência para lavratura de autos de infrações.

Acrescenta que com isso, os efeitos da sentença vigente à época dos supostos fatos jurídicos deverão ser respeitados pela Administração Pública, sob pena de descumprimento de norma judicial, sujeitando-se seus infratores às sanções legais, pois está o Fisco.

Menciona que a interpretação adequada do referido dispositivo já foi pacificada até mesmo pelo

Superior Tribunal de Justiça, conforme evidencia o Acórdão proferido no REsp 539084/SP, de relatoria do Exmº Senhor Ministro Francisco Falcão, cuja ementa reproduz.

Conclusivamente, diz que é necessário haver a nulidade imediata do Auto de Infração, por não ser contribuinte do ICMS.

Prosseguindo, apresenta amplo histórico sobre as diversas regras matrizes de incidência tributária do ICMS. Diz que elas são tão distintas que, por quase 50 anos, os signos presuntivos de riqueza que ora são por ele contemplados, estiveram sob a tutela de entes federativos distintos. Discorre sobre a competência para instituição de imposto sobre a prestação de serviço de transporte rodoviário sob a égide das Constituições de 1964, 1967 e 1988. Apresenta a estruturação das três regras matrizes de incidência tributária do ICMS. Invoca os ensinamentos de Paulo de Barros Carvalho, Hector Villegas, Leandro Paulsen, Hugo de Brito Machado e Roque Antônio Carrazza e da jurisprudência para fundamentar o seu arrazoadado. Explicita cada uma das Regras Matrizes do ICMS às fls. 178 a 180.

Conclusivamente, afirma que as notas fiscais anexadas ao Auto de Infração são inócuas e pretendem provar uma pretensão jurídica que está em manifesta contrariedade ao que dispõe a Constituição Federal em seu artigo 155, VII, “a” e “b”. Diz que quando muito poderiam ser utilizadas para cobrar o suposto diferencial de alíquota do vendedor da mercadoria situado no Estado de São Paulo, o qual, não obstante, não é de competência do Estado da Bahia, nem de sua responsabilidade.

Continuando, argui a nulidade do Auto de Infração por descumprimento do artigo 142 do CTN. Alega que deveria o autuante constituir individualmente os valores relativos a suposta diferença de alíquotas e multa de 60%, contudo, apresentou uma única coluna com a soma da alegada diferença de alíquotas com a multa, ofendendo, a um só tempo, a regra prevista no artigo 142 do CTN e, por via reflexa, o direito ao contraditório e ampla defesa, impossibilitando que a empresa tenha conhecimento daquilo que representa o ICMS e do valor que representa a multa.

Tece outras considerações e, conclusivamente, sustenta que não há alternativa a não ser a nulidade do Auto de Infração, pois não pode ser prejudicado por uma nulidade que inviabiliza o pleno exercício do contraditório e ampla defesa.

Prosseguindo, alega aplicação indevida da alíquota interna de 17%.

Consigna que supondo que incidisse na espécie, a regra constitucional da diferença de alíquotas, art. 155, § 2º, VII e VIII da CF, e supondo que fosse contribuinte do ICMS ao tempo da autuação, o que segundo diz admite apenas para esgotar a matéria de defesa, é necessário registrar que a alíquota aplicável não seria a alíquota interna de 17%, conforme procedido pelo autuante, mas tão somente a diferença. Diz que desse modo, seria necessário aplicar a diferença da alíquota em cada uma das notas fiscais de aquisição utilizadas pela Administração Tributária para a lavratura do Auto de Infração.

Nesse sentido, requer a realização de diligência para determinar a realização de perícia, a fim de obter a alíquota aplicável em cada caso, pois sendo a alíquota interestadual de 12% e, a alíquota do Estado da Bahia de 17%, o valor a ser exigido seria, obviamente, de 5% e não de 17%, conforme procedeu o autuante.

Argui a ocorrência da decadência do direito de constituição do crédito tributário pela Fazenda Pública Estadual, no período de 31/03/2014 a 30/08/2018, alegando que o exercício deste direito extingue-se no prazo de 5 anos, conforme previsto no art. 173, I do CTN.

Finaliza a peça defensiva requerendo:

- a) a suspensão imediata da exigibilidade do crédito tributário para o Auto de Infração em questão;
- b) a nulidade do Auto de Infração e da multa imposta;
- c) a intimação dos atos processuais na pessoa do procurador, cujo domicílio profissional consta

no instrumento de procuração, inclusive para as audiências de julgamento, sob pena de nulidade;  
e) autorização para posterior juntada de documentos.

O autuante prestou Informação Fiscal (fls.238 a 240). Diz que se percebe que o principal motivador da defesa apresentada gira em torno da autuação pela falta de recolhimento do ICMS referente à diferença de alíquotas, em aquisições de materiais oriundos de outras unidades da Federação. Acrescenta que outras argumentações são colocadas, como a suposta inconstitucionalidade da cobrança de ICMS sobre a prestação de serviço rodoviário de passageiros e sobre a arguida nulidade do Auto de Infração.

Diz que não lhe cabe discorrer sobre questões já em curso na justiça, como a que trata da constitucionalidade ou não do enquadramento do autuado como contribuinte do ICMS, bem como sobre a vasta jurisprudência acostada aos autos, em torno do tratamento diferenciado dado a outras empresas, como as de construção civil e as de transporte aéreo de passageiros. Acrescenta que deve se ater apenas às questões fáticas inerentes a autuação, ou seja, a falta de recolhimento de complementação de alíquotas em aquisições de materiais oriundos de outros Estados, bem como a arguição de decadência arguida pelo impugnante.

Observa que a principal linha de defesa do autuado é de que, mesmo sendo considerado contribuinte, que afirma não ser, a alíquota de 17% utilizada estaria errada, haja vista que a correta seria a diferença entre a alíquota interestadual aplicada para o Estado de origem e a alíquota interna do Estado de destino.

Afirma que o procedimento da autuação foi esse exatamente aduzido pelo impugnante. Diz que basta observar os demonstrativos de cálculo das infrações, nas últimas colunas, que o imposto devido corresponde à diferença de 5% (17% - 12%) para os estados do norte, nordeste e centro-oeste e Espírito Santo e de 10% (17%-7%) para estados do sul e sudeste do Brasil.

Contesta a arguição defensiva de ocorrência da decadência. Manifesta o entendimento de que, no tocante ao prazo decadencial atinente aos fatos geradores ocorridos entre 04/2014 a 30/08/2018, não se aplica a decadência, haja vista que por ser o ICMS tributo lançado por homologação, em havendo omissão do contribuinte, mesmo por se considerar fora do campo de incidência do ICMS, a regra aplicada é do artigo 173 do CTN, ou seja, o direito de constituição do crédito tributário pela Fazenda Pública do Estado da Bahia se esgotaria em no primeiro dia do exercício de 2015 para os fatos geradores ocorridos no exercício de 2014, sendo, desse modo, tempestivo o lançamento de crédito tributário na data de lavratura do presente Auto de Infração, em 28/06/2019. Reproduz o artigo 173, I do CTN.

Finaliza a peça informativa opinando pela procedência do Auto de Infração.

#### **VOTO**

Conforme consignado pelo próprio autuado, trata-se de empresa que atua há mais de 53 anos no transporte rodoviário de passageiros em linhas intermunicipais e interestaduais, e em decorrência de ações em que discute a constitucionalidade do ICMS incidente sobre a sua atividade econômica principal, todo o montante apurado a título da exação é apurado, informado e depositado judicialmente, em atendimento à ordem proferida pelo juízo da 1ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Salvador, e ao que dispõe o art. 151, II do Código Tributário Nacional.

Alega que a Fiscalização negou vigência ao período e vigência da sentença proferida nos autos da Ação Ordinária Declaratória nº. 9331299/2002, oriunda da 1ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Salvador, que declarou a inexistência de relação jurídica da empresa para com o Estado da Bahia, cuja apelação, à época, fora recebida tão somente no efeito devolutivo.

O artigo 126 do Código Tributário do Estado da Bahia, instituído pela Lei nº 3.956, de 11/12/1981, estabelece o seguinte.

*Art. 126. Escolhida a via judicial pelo contribuinte, fica prejudicada sua defesa ou recurso, importando tal escolha a desistência da defesa ou do recurso interposto, considerando-se esgotada a instância*

*administrativa, devendo o processo administrativo ser remetido à PROFIS para controle da legalidade e adoção das medidas cabíveis.*

Verifica-se da simples leitura do dispositivo legal acima reproduzido, que tendo o contribuinte escolhido a via judicial - como é o caso do presente Auto de Infração - desiste da Defesa interposta, situação na qual o PAF deve ser encaminhado à Procuradoria da Fazenda Estadual/PROFIS, para os devidos fins.

Já o art. 117 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF), aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, estabelece 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.*

Conforme determinado na norma regulamentar processual acima transcrita, a propositura de medida judicial pelo sujeito passivo, importa a renúncia ao poder de recorrer na esfera administrativa, ou desistência da impugnação ou recurso acaso interposto.

No presente caso, verifica-se que a propositura da medida judicial foi anterior ao Auto de Infração e com reflexo direto com a matéria objeto do procedimento administrativo, haja vista que a decisão judicial definirá a quem assiste razão, se ao autuado por entender que não se trata de contribuinte do ICMS ou a Fazenda Pública Estadual que entende se tratar o autuado de contribuinte do ICMS.

Vale observar, que o lançamento de ofício se faz necessário no sentido de salvaguardar e impedir a ocorrência da decadência do direito de a Fazenda Pública Estadual constituir o crédito tributário, mesmo havendo depósitos judiciais, em relação aos valores e às competências que o ente tributante entende como de direito.

No presente caso, o fato do Auto de Infração e demais atos dele decorrentes ser objeto que diz respeito especificamente à matéria da demanda judicial, com consequência direta, resulta que a Defesa fica prejudicada no âmbito administrativo, conforme previsto nos artigos 126 do COTEB e 117 do RPAF, sob pena de decisões conflitantes, e de se tornar sem efeito a Decisão na esfera administrativa, a qual deve obediência à Decisão na esfera judicial.

Diante do exposto, considero **PREJUDICADA** a Defesa apresentada pelo autuado, no que se refere à exigência apontada no Auto de Infração em tela, haja vista que se trata de matéria que tem repercussão direta com a demanda judicial promovida pelo autuado, devendo o Auto de Infração ser remetido à Diretoria de Controle da Arrecadação, Crédito Tributário e Cobrança (DARC), para inscrição em Dívida Ativa, na forma prevista no art. 113 do RPAF, cuja exigibilidade do crédito tributário ficará suspensa, nos termos do artigo 151, IV do CTN.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por

unanimidade, considerar **PREJUDICADA** a Defesa apresentada referente ao Auto de Infração nº **281105.0005/19-4**, lavrado contra **VIAÇÃO NOVO HORIZONTE LTDA.**, com imposto no valor de **R\$1.060.011,49**, acrescido da multa de 60%, prevista no artigo 42, inciso II, alínea “f” da Lei nº. 7.014/96, devendo ser cientificado o autuado desta Decisão e os autos serem remetidos à Diretoria de Controle da Arrecadação, Crédito Tributário e Cobrança (DARC) para adoção das medidas cabíveis, ficando suspensa a exigibilidade do crédito tributário, nos termos do artigo 151, inciso IV do Código Tributário Nacional-CTN.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 29 de junho de 2020

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE/RELATOR

LUÍS ROBERTO DE SOUSA GOUVÊA – JULGADOR

OLEGÁRIO MIGUEZ GONZALEZ - JULGADOR