

A. I. Nº - 281105.0004/19-8
AUTUADO - VIAÇÃO NOVO HORIZONTE LTDA.
AUTUANTE - JALON SANTOS OLIVEIRA
ORIGEM - DAT METRO / INFAZ ATACADO
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 23/12/2021

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0222-04/21-VD

EMENTA: ICMS. 1. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS DESTINADAS A CONSUMO DO ESTABELECIMENTO. 2. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE REGISTRO NA ESCRITA FISCAL. MULTA POR DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. 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 28/06/2019, formaliza a exigência de crédito tributário no valor total de R\$196.763,25, em decorrência das seguintes acusações:

Infração 01- 06.01.01 – *“Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação, destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento, no mês de outubro de 2015. Adquiriu veículos, topo ônibus, no estado do RS, registrando 7% de ICMS para a UF de origem e deixando de recolher a complementação de alíquotas de 5% para a UF de destino, o Estado da BA”*. Valor lançado R\$98.550,00 mais multa de 60% com previsão no Art. 42, inciso II, alínea “f”, da Lei nº 7.014/96.

Infração 02 – 16.01.02 – *“Deu entrada no estabelecimento de mercadoria (s) não tributável (s) sem o devido registro na escrita fiscal, no período de janeiro/2014 a dezembro/2016”*. Multa aplicada no total de R\$98.213,25 com previsão no Art. 42, inciso IX da Lei nº 7.014/96.

O autuado, por intermédio de seu representante legal, ingressou com Impugnação ao lançamento, fls.110 a 142, tecendo considerações iniciais relativamente aos fatos que envolvem a presente autuação, destacando que em decorrência de ações judiciais em que discute a constitucionalidade do imposto incidente sobre sua atividade econômica principal, todo o montante 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 – CTN.

Dizendo-se surpreendido com a lavratura do Auto de Infração, sustentou que, em primeiro lugar, o Fisco negou vigência relativamente ao período em que vigorou a sentença proferida nos autos da Ação Ordinária nº 9331200/2002, oriunda da 1ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Salvador, que declarou a inexistência de relação jurídica da empresa com o requerido, cuja apelação, à época, fora recebida, tão somente, no efeito devolutivo.

Em segundo lugar, pontuou que não há de se falar em diferencial de alíquotas, uma vez que ainda que existisse relação jurídica entre a empresa autuada e o Estado da Bahia, que 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 lhe obrigaria a recolher o

indigitado diferencial.

Em terceiro lugar, sustentou 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 12%, o que impõe a nulidade completa do Auto de Infração por utilização errônea de critério jurídico.

Acrescentou que outros fatos impeditivos da autuação, mas não menos importantes, hão que ser reconhecidos, pelo menos duas causas de nulidade flagrante do Auto de Infração.

Salienta que diante dessas circunstâncias, não lhe restou alternativa a 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.

No tópico seguinte alegou ofensa à norma judicial válida, vigente e eficaz, discorrendo sobre o *“processo de positivação”*, observando 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.

Continuou sua argumentação de cunho eminentemente jurídico, aduzindo 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.

Alegou 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.

Rememorou que ajuizou a Ação Cautelar Inominada, distribuída sob o nº 9271743/2002, em que o Poder Judiciário lhe autorizou que 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.

Assinalou 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 reproduziu, sustentando 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”*

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

Salientou 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 infração.

Afirmou 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 reproduziu.

Concluiu o presente tópico asseverando que é necessário haver a nulidade imediata do Auto de Infração, por não ser contribuinte do ICMS.

No tópico seguinte passou a se referir ao ICMS, o qual intitula de imposto 3 em 1 e a impossibilidade de confusão entre as diversas regras matrizes de incidência tributária, desenvolvendo longa tese jurídica a este respeito, descrevendo, de forma resumida, cada uma das regras matrizes do ICMS, para concluir sustentando 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.

Passo seguinte passou a arguir a nulidade do Auto de Infração por descumprimento do artigo 142 do CTN, alegando que o autuante deveria 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.

Após tecer outras considerações a este respeito, concluiu sustentando que não há alternativa, a não ser a nulidade do Auto de Infração e Imposição de Multa pois não pode ser prejudicado por uma nulidade que inviabiliza o pleno exercício do contraditório e ampla defesa.

Passou a discorrer a respeito do que denominou “*aplicação indevida da alíquota interna*” citando 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, afirmando 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, requereu 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.

Por derradeiro arguiu 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 se extingue no prazo de 5 anos, conforme previsto no art. 173, I do CTN.

Em conclusão apresentou os seguintes pedidos:

- a) a suspensão imediata da exigibilidade do crédito tributário para o Auto de Infração em questão;
- b) o julgamento procedente dos pedidos, anulando-se por completo, o Auto de Infração e Imposição de Multa nº 2811050004/19-8;
- 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;
d) autorização para posterior juntada de documentos.

O autuante apresentou Informação Fiscal, fls. 187 a 189, destacando, inicialmente, que não é da sua competência dirimir sobre questões e decisões da Instância Judicial, cujo ato aqui foi o de lançar crédito tributário devido, consoante previsão do Art. 173 do CTN.

Ao adentrar ao mérito da autuação disse que identificou três pontos levantados pelo autuado. No primeiro, que diz respeito aos termos da decisão monocrática do Juízo da Primeira Vara de Fazenda Pública, em 20/06/2005, fls. 171 a 182, desobrigando o autuado ao recolhimento do ICMS sobre a prestação de serviços de transportes de passageiros, disse não ter conhecimento da decisão do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia sobre a matéria.

Acrescentou que na sentença, não foi determinado à Fazenda Pública o impedimento de lançamento e constituição de crédito tributário, até o trânsito em julgado da ação.

Como segundo ponto destacou que vislumbrou uma alegação totalmente descabida onde o autuado citou que no Auto de Infração foi apresentado o valor do imposto reclamado em uma única linha, quando deveria ter sido constituído individualmente. Neste sentido pontuou que o demonstrativo analítico que lhe foi entregue estão relacionadas as notas fiscais, com suas correspondentes chaves de acesso e todas as informações necessárias, dados esses que foram extraídos de documentos fiscais emitidos contra o autuado por um dos seus fornecedores de carrocerias para ônibus.

A título de terceiro argumento que diz respeito a alegação de que fora utilizada a alíquota de 17%, disse ser totalmente infundada, posto que, a que foi utilizada a título de Difal é exatamente a mesma que o autuado pleiteia, ou seja 12%, logo a exigência recaiu no patamar de 5%.

Quanto a alegação de decadência disse que não se aplica, pois, o fato gerador referente ao mês de outubro/2015, não está alcançado por essa questão enquanto que em relação a infração 02, a decadência prevista pelo Art. 150 do CTN também não se aplica por se tratar de penalidade por descumprimento de obrigação acessória.

Em conclusão disse que o autuado não comprovou o recolhimento do ICMS a título de diferença entre alíquotas, buscando amparo na decisão da Primeira Vara da Fazenda Pública, e, também, não comprovou o registro das notas fiscais indicadas na infração 02, razão pela qual pugnou pela Procedência do Auto de Infração.

VOTO

A exigência tributária que versa na presente autuação, cujo valor total exigido atingiu o montante de R\$196.763,24, em valor histórico, assim está posta:

Infração 01- 06.01.01 – *“Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação, destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento, no mês de outubro de 2015. Adquiriu veículos, topo ônibus, no estado do RS, registrando 7% de ICMS para a UF de origem e deixando de recolher a complementação de alíquotas de 5% para a UF de destino, o Estado da BA”*. Valor lançado R\$98.550,00 mais multa de 60% com previsão no Art. 42, inciso II, alínea “f”, da Lei nº 7.014/96.

Infração 02 – 16.01.02 – *“Deu entrada no estabelecimento de mercadoria (s) não tributável (s) sem o devido registro na escrita fiscal, no período de janeiro/2014 a dezembro/2016”*. Multa aplicada no total de R\$98.213,25 com previsão no Art. 42, inciso IX da Lei nº 7.014/96.

Esta matéria também foi objeto de expedição do Auto de Infração nº **281105.0005/19-4**, neste caso referente a aquisições de materiais para uso ou consumo próprio pelo estabelecimento do autuado, o qual foi apreciado pela 1ª Junta de Julgamento Fiscal que em 29 de junho de 2020, proferiu, por unanimidade, o Acórdão nº 0065-01/20-VD, através do qual foi considerada

“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”.

Isto posto e pelo fato da matéria acima ser a mesma e os termos da defesa também serem idênticos, e ainda por concordar com a fundamentação esposada no Voto proferido pelo Dr. Rubens Moutinho dos Santos, valho-me do mesmo para referendar meu posicionamento, razão pela qual e com a devida vênia, o transcrevo abaixo, passando este, em seu inteiro teor, fazer parte do presente voto:

“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”.*

Isto posto e com fulcro no inteiro teor do Voto acima transcrito, considero **PREJUDICADA** a defesa apresentada pelo autuado em relação ao presente Auto de Infração, devendo o mesmo 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/BA, cuja exigibilidade do crédito tributário ficará suspensa, nos termos do artigo 151, IV do CTN.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, considerar **PREJUDICADA** a Defesa apresentada referente ao Auto de Infração nº **281105.0004/19-8**, lavrado contra **VIAÇÃO NOVO HORIZONTE LTDA.**, com imposto no valor de **R\$98.550,00**, acrescido da multa de 60%, prevista no artigo 42, inciso II, alínea “f” da Lei nº. 7.014/96, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$98.213,25**, com os acréscimos moratórios estabelecidos pela Lei nº 9.837/05, 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, 25 de outubro de 2021.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ - JULGADORA

JOÃO VICENTE COSTA NETO – JULGADOR