

PROCESSO - A. I. Nº 121644.0003/12-6
RECORRENTE - AUTO VIAÇÃO CAMURUJIPE LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JJF nº 0280-01/12
ORIGEM - INFAZ SANTO AMARO
INTERNET - 01.10.2013

3ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0366-13/13

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DO IMPOSTO. O contribuinte se creditou do ICMS apurado mensalmente durante o período de janeiro/07 a março/06, com base em demanda judicial de Ação Ordinária nº 140.98.655.269-7. A Procuradoria do Estado da Bahia ingressou com Ação Rescisória, Embargos Infringentes nº 0095645-11.1998.8.05.0001, autos remetidos ao Superior Tribunal de Justiça. Matéria submetida à apreciação do Poder Judiciário, a defesa fica prejudicada, nos termos do art. 117 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal desse Estado (RPAF/BA) aprovado pelo Decreto 7.629/90, deve o PAF ser remetido à Procuradoria Geral do Estado – PGE para adoção das providências de sua alçada. Mantida a infração. 2. IMPOSTO LANÇADO E NÃO RECOLHIDO. DMA. Falta de recolhimento do imposto referente a operação lançada na Declaração de Apuração Mensal do ICMS - DMA. Infração caracterizada. Preliminares de nulidade não acolhidas. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário contra a Decisão da 1ª Junta de Julgamento Fiscal (1ª JJF) que julgou Procedente o Auto de Infração em epígrafe, lavrado para exigir ICMS no valor de R\$6.825.980,13, em decorrência das seguintes irregularidades:

INFRAÇÃO 1 – Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a imposto não destacado em documentos fiscais, mediante compensação de saldos devedores do ICMS, apurados mensalmente, com fundamento em sentença exarada no processo nº 140986552697, cuja execução se encontra embargada com ação rescisória pendente de julgamento definitivo. Período de janeiro de 2007 a setembro de 2009; outubro de 2011 a março de 2012. Lançado ICMS no valor de R\$6.586.772,39, mais multa de 60%.

INFRAÇÃO 2 – Falta de recolhimento de ICMS, no prazo regulamentar, declarado na DMA – Declaração de Apuração Mensal do ICMS, relativa ao mês de abril de 2012. Valor lançado R\$239.207,74, acrescido de multa de 50%.

O autuado apresentou defesa, a informação fiscal foi prestada e, em seguida, a lide foi decidida com base no seguinte voto:

Trata-se de Auto de Infração lavrado para exigir o ICMS consubstanciado na apuração de duas infrações descritas e relatadas na inicial dos autos. A infração 02, a falta de recolhimento do ICMS declarado na DMA – Declaração de Apuração Mensal do mês de abril no valor de R\$239.297,74, sequer foi impugnada pelo sujeito passivo, estando, pois, caracterizada.

Na infração 01, o Fisco Estadual exige o imposto, acrescido da multa de 60%, pela utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente aos valores não destacados em documento fiscal e mediante a compensação dos saldos devedores, apurados mensalmente, com fundamento em sentença exarada no processo nº 140986552697,

cuja execução encontra-se embargada com ação rescisória pendente de julgamento, no valor de R\$ 6.586.772,39.

O Auditor Fiscal, responsável pelo feito, elaborou demonstrativo de débito, fls. 9/19, cujos valores foram extraídos da escrita fiscal do contribuinte autuado, além das Declarações Eletrônicas de Apuração Mensal de ICMS (DMA), cujas cópias encontram-se também acostadas aos autos, fls. 28/111.

Constato que contra a Sentença do Juízo de Direito da 2ª Vara na Ação ordinária nº140.98.655.269-7, a Procuradoria Geral do Estado da Bahia ingressou com ação rescisória, número inicial 51643-7/2005 (atualmente Embargos Infringentes nº 0095645-11.1998.8.05.0001), autos remetidos ao Superior Tribunal de Justiça, em 23 de abril de 2012, matéria que ainda se encontra sob apreciação judicial, não tendo ocorrido trânsito em julgado da sentença, conforme constam do espelho de Consulta de Processo do 2º Grau do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, apenso às fls. 157/161, além da consulta feita no endereço eletrônico <http://esaj.tjba.jus.br/cpo/sg/show.do?pro>, na data da presente sessão.

Nesses termos, estando a matéria submetida a apreciação do Poder Judiciário, não há como ter julgamento de mérito, nos termos do art. 117 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal desse Estado – RPAF/BA, aprovado pelo Decreto 7.629 de 09 de julho de 1999, a seguir transcrito:

“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”.

Assim sendo, prejudicada na esfera administrativo a apreciação do mérito da defesa do autuado, tendo em vista a discussão judicial da matéria, deve o PAF ser remetido à Procuradoria Geral do Estado – PGE para adoção das providências de sua alçada.

No que diz respeito à infração 02, o contribuinte não nega o descumprimento da obrigação principal de pagar o ICMS declarado através do DMA, (fl. 112) no valor de R\$ 239.207,74, estando, pois devidamente caracterizada.

Face ao exposto, considero prejudicada a defesa, acorde art. 117, RPAF BA, quanto ao exame do mérito, ficando suspensa a exigibilidade do crédito tributário, até a Decisão final da lide pelo Poder Judiciário, cabendo a PGE adotar as medidas cabíveis, com relação à infração 01, no valor de R\$ 6.586.772,39. A infração 02 resta configurada no valor de R\$ 239.207,74.

Inconformado com a Decisão proferida pela 1ª JF, o contribuinte apresenta Recurso Voluntário e, preliminarmente, afirma que há uma impropriedade no Acórdão recorrido, uma vez que decidiu pela suspensão da exigência fiscal referente à Infração 1 e, no entanto, determina o pagamento do valor exigido na Infração 2, sendo que esses dois itens do lançamento de ofício são decorrentes da compensação dos mesmos créditos já reconhecidos por Decisão judicial. Explica que, como é detentor de créditos reconhecidos por Decisão judicial transitada em julgado, efetuou a compensação “*de todos os débitos perseguidos nesta ação com os referidos créditos*”. Frisa que as duas infrações, por se originarem de fatos idênticos, deveriam ter o mesmo destino, ou seja, deveriam ser extintos ou, ao menos, ficarem com a exigibilidade suspensa até que o Poder Judiciário decida, definitivamente, a referida ação rescisória.

Sustenta que a Decisão recorrida não pode prevalecer, pois mantém a exigência de tributo que se encontra extinto na forma do art. 156, inc. II, do Código Tributário Nacional – CTN. Afirma que a pretensão fiscal, mantida pela Decisão recorrida, tem por fundamento a informação de que a Decisão proferida no processo judicial, por meio do qual buscou reaver valores de ICMS recolhido indevidamente, “*encontra-se embargada, com ação rescisória pendente, ainda, de julgamento definitivo*”, motivo pelo qual, no entendimento do autuante, não poderia ter sido efetuada a compensação desses valores com os débitos de ICMS, objeto deste processo.

Assegura que tal entendimento está equivocado, já que é titular de crédito fiscal líquido e certo oriundo de recolhimento indevido do ICMS, já reconhecido por Decisão judicial transitada em julgado em 2 de junho de 2004 (Ação Ordinária - Processo nº 140986552697), tendo utilizado esse crédito para compensar obrigações da mesma natureza devidas ao Estado da Bahia, conforme expressamente autorizado na referida Decisão judicial.

Reconhece que a Procuradoria do Estado da Bahia ingressou com ação rescisória, número inicial 51643-7/2005 (atualmente nº 0095645-11.1998.8.05.0001), com o objetivo de anular a Decisão proferida na ação ordinária nº 140986552697. Aduz que tal ação foi remetida em 23 de abril de 2012 ao Superior Tribunal de Justiça para análise do Recurso especial interposto pela Fazenda do

Estado da Bahia, contra a Decisão do Tribunal de Justiça da Bahia que negou o seu provimento (doc. 3 da defesa).

Ressalta que a propositura dessa ação não produz o efeito de suspender a execução da sentença rescindenda, como alega o autuante, já que não houve a concessão de medida cautelar ou antecipatória da tutela, a que alude o art. 489 do Código de Processo Civil (CPC), com a redação dada pela Lei nº 11.280/2006. Afirma que é inadmissível a conclusão a que chegou a primeira instância e o consequente prosseguimento do presente processo administrativo, que intenta receber valores indevidos, em flagrante enriquecimento sem causa.

Destaca que a manutenção deste lançamento de ofício afronta o disposto no art. 467 do CPC, pois apesar de a Decisão transitada em julgado ter reconhecido o crédito de ICMS do recorrente, utilizado para extinguir os valores contidos nos autos, o autuante com o aval deste órgão julgador insiste em não reconhecer a compensação realizada. Para embasar seus argumentos, transcreve dispositivos legais e farta doutrina acerca de “coisa julgada”.

Assevera que pelos motivos acima elencados o Auto de Infração não poderá prevalecer, também por violar o Princípio da Moralidade Administrativa, previsto no artigo 37 da Constituição Federal. Acrescenta que a conduta do Estado da Bahia em não reconhecer a compensação promovida pelo recorrente está, em verdade, procrastinando a devolução das quantias indevidamente recolhidas aos cofres do Estado e locupletando-se à custa do recorrente.

Ao concluir, o recorrente afirma que o lançamento tributário de ofício deverá ser declarado nulo, haja vista o desrespeito à coisa julgada e aos princípios da moralidade e da vedação do enriquecimento sem causa. Diz que o lançamento encontra-se em desconformidade com os artigos 108, 114, 116, 142, do CTN, motivo pelo qual deverá ser acolhida a presente impugnação, anulando-se o lançamento do ICMS e da multa. Solicita que o Auto de Infração seja julgado improcedente. Requer que, ao menos, fique suspensa a exigibilidade das Infrações 1 e 2, já que originam do mesmo fato.

Ao exarar o Parecer de fls. 202 e 203, o ilustre representante da PGE/PROFIS opina pelo Não Provimento do Recurso Voluntário, pois, conforme exposto na Decisão recorrida, o art. 117 do RPAF/99, prevê que a propositura de medida judicial pelo sujeito passivo importa a renúncia ao poder de recorrer na esfera administrativa, por falta de interesse recursal, por conta da autoridade de coisa julgada no âmbito administrativo. Acrescenta que a suposta compensação alegada pelo recorrente deve ser realizada em expediente próprio, conforme determina a legislação de regência.

VOTO

Preliminarmente, o recorrente suscitou a nulidade da Decisão recorrida sob o argumento de que os dois itens que compõem o lançamento de ofício são decorrentes dos mesmos créditos reconhecidos por Decisão judicial e, no entanto, a Primeira Instância decidiu pela suspensão da exigência fiscal referente à Infração 1 e pelo pagamento do valor exigido na Infração 2.

Afasto essa preliminar de nulidade, pois o lançamento tributário de ofício em comento é composto por duas infrações diversas: na Infração 1, o recorrente foi acusado de ter indevidamente compensado saldos credores de ICMS com fundamento em sentença judicial cuja execução encontra-se embargada; já na Infração 2, a acusação trata de falta de recolhimento de ICMS declarado pelo recorrente em DMA, conforme se pode constar no documento probante acostado à fl. 112. Assim, as decisões da primeira instância foram diferentes porque diferentes eram as irregularidades apuradas no Auto de Infração, não havendo, portanto, qualquer impropriedade ou contradição na Decisão recorrida, como alegado em sede de preliminar.

Foi arguida a nulidade do Auto de Infração sob o argumento de que houve desrespeito à coisa julgada e aos princípios da moralidade e da vedação de enriquecimento sem causa.

Também afasto essa preliminar de nulidade, pois a Decisão judicial a que se refere o recorrente ainda se encontra em apreciação pelo Poder Judiciário, já que a Procuradoria Geral do Estado da

Bahia ingressou com ação rescisória com o objetivo de anular a Decisão que fora favorável ao recorrente. O fato de a Procuradoria Geral do Estado ter recorrido dessa referida Decisão não caracteriza desrespeito à coisa julgada e muito menos de afronta aos princípios da moralidade e da vedação de enriquecimento sem causa.

O recorrente afirma que o ICMS lançado está extinto nos termos do art. 156, II, do CTN, pois é titular de crédito fiscal líquido e certo, reconhecido por Decisão judicial transitada em julgado (Ação Ordinária nº 140986552697). Diz que esse crédito foi utilizado para compensar obrigações da mesma natureza devidas ao Estado da Bahia. Assevera que a ação interposta pela Procuradoria Geral do Estado da Bahia não suspende a execução da sentença que lhe foi favorável, já que não houve concessão de medida cautelar ou antecipatória da tutela.

Esses argumentos recursais não se mostram capazes de modificar a Decisão recorrida, uma vez que a Ação Ordinária nº 140986552697, a qual tinha embasado a compensação de créditos realizada pelo recorrente, foi embargada pela Procuradoria Geral do Estado da Bahia, estando, portanto, a matéria ainda sob a apreciação do Poder Judiciário, conforme o documento de fls. 157/161.

Tendo em vista que o direito aos créditos fiscais em questão está sob a apreciação do Poder Judiciário, fica prejudicada a apreciação do mérito da lide no âmbito administrativo nos termos do art. 117 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal do Estado da Bahia. Dessa forma, deve o presente processo administrativo fiscal ser remetido à Procuradoria Geral do Estado para a adoção das providências de sua alçada, conforme acertadamente decidiu a primeira instância.

Quanto à Infração 2, a qual trata da falta de recolhimento de imposto declarado em DMA, o recorrente não traz argumento capaz de elidir a acusação que lhe foi imputada. O pleito recursal para que fique suspensa a exigibilidade do crédito tributário referente à infração em comento não pode ser acolhido, pois esse item do lançamento trata de imposto que foi lançado pelo próprio recorrente e não recolhido no prazo regulamentar.

Não há como se acolher o pedido de redução de multa, uma vez que as penalidades indicadas no Auto de Infração em epígrafe são decorrentes de descumprimento de obrigação principal, matéria que não se inclui na competência das Câmaras de Julgamento Fiscal.

Voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário quanto à Infração 2, a qual subsiste integralmente. No que tange à Infração 1, fica Prejudicada a apreciação do Recurso Voluntário quanto ao mérito, bem como suspensa a exigibilidade do correspondente crédito tributário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **121644.0003/12-6**, lavrado contra **AUTO VIAÇÃO CAMURUJIPE LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$239.207,74**, acrescido da multa de 50%, prevista no art. 42, I, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais. Restou **PREJUDICADA** a análise do mérito com relação à Infração 1, no valor de **R\$6.586.772,39**, devendo os autos ser remetidos à PGE para adoção das medidas cabíveis, restando suspensa a exigibilidade do crédito até a Decisão final pelo Poder Judiciário.

Sala das Sessões do CONSEF, 09 de setembro de 2013.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – RELATOR

ANGELI MARIA GUIMARÃES FEITOSA – REPR. PGE/PROFIS