

A. I. Nº - 232948.0601/16-8
AUTUADO - AUTO VIAÇÃO CAMURUJIPE LTDA.
AUTUANTE - AVELINO PEREIRA DOS SANTOS FILHO
ORIGEM - INFAZ ATACADO
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 06/01/2017

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0238-01/16

EMENTA: ICMS. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DO IMPOSTO. O contribuinte creditou-se do ICMS apurado mensalmente durante o período de julho/13 a dezembro/15, 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. A matéria encontra-se sob a apreciação judicial; não houve o trânsito em julgado da sentença que, proferida contra o Estado está sujeita ao duplo grau de jurisdição (art. 475, CPC); o sujeito passivo somente poderá contrapor direito subjetivo contra o crédito tributário, nas condições e garantias da lei (art.170, CTN); não pode ser feita compensação tributária por medida judicial, senão após o trânsito em julgado da decisão que reconheça e autorize a compensação (Súmula 212, STJ, artigo 170-A do CTN). Infração subsistente. Preliminar de nulidade não acolhida. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 09/06/2016, exige ICMS no valor histórico de R\$8.725.210,50 em razão da apuração da irregularidade assim descrita: "*Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a imposto não destacado em documentos fiscais. Os créditos destacados nos livros e documentos fiscais classificados como outros créditos*". Multa de 60%.

Inconformado com a lavratura do Auto de Infração, advogados do autuado apresenta defesa (fls. 126/132). Diz que o mesmo surgiu por ter compensado saldos devedores ICMS apurados nos meses de julho de 2013 a dezembro de 2015, com fundamento em sentença transitada em julgado no Processo nº 140986552687, atacada via ação rescisória pendente de julgamento definitivo .

Alega que o presente lançamento viola a coisa julgada, não possui a mínima condição de prosperar a autuação; a presente impugnação demonstrará a sua impertinência e completa improcedência.

Alega à extinção dos créditos tributários, ora exigidos, na forma do artigo 156, II, do CTN. Uma análise, mesmo que superficial do lançamento e dos fatos revelará a inconsistência com que foi edificado. Explica que é titular de crédito tributário 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 suas, de mesma natureza, devidas ao Estado da Bahia, conforme expressamente autorizado na decisão judicial referida.

Pontua que a Procuradoria do Estado da Bahia ingressou com ação rescisória, a qual recebeu inicialmente o n. 51643-7/2005 (estando atualmente tramitando perante o Superior Tribunal de Justiça, sob o n. EARESP 235365 - 2014/0247368-1, conforme certidão extraída do site do

mencionado Tribunal - DOC 3). Referida ação tem o objetivo de anular a decisão proferida na ação ordinária mencionada. Todavia, não foi ainda definitivamente julgada, motivo esse que, por si só, já seria suficiente para impedir a lavratura do lançamento fiscal, porquanto a simples propositura de ação rescisória não produz o efeito de suspender a execução da sentença rescindenda, como quer fazer crer o provedor deste lançamento, já que não houve a concessão de tutela provisória, a que aludia o artigo 489 do antigo CPC e 969 do Novo Diploma Processual (transcreve).

Sustenta que é inadmissível o prosseguimento deste processo administrativo, já que, fazendo tábula rasa de todo o sistema processual brasileiro, intenta receber valores indevidos em flagrante enriquecimento sem causa. Diz que o lançamento viola ainda o art. 502 do Novo CPC, (art. 467 do Código de Processo Civil revogado), que dispõe sobre a coisa julgada material, que torna imutável e indiscutível a decisão de mérito e não mais sujeita a recurso.

Disse que apesar de transitada em julgado a decisão que reconheceu o crédito de ICMS da Impugnante, o qual foi utilizado para extinguir todos os valores perseguidos por este processo, obstina-se o agente fiscal, em nítida violação à coisa julgada, em transgredir o "decisum" e não reconhecer a compensação realizada. Cita ensinamento de Antonio Carlos de Araújo Cintra (Comentário ao Código de Processo Civil, 2ª Edição, Volume IV, Ed. Forense, pág. 306). Reproduz doutrina de Antonio Carlos de Araújo Cintra e Cândido Rangel Dinamarco (Idem, pág. 303/305).

Registra ainda que o Auto de Infração, ora impugnado, não poderá prevalecer, não só pelos motivos acima elencados, mas, sobretudo por violar o Princípio da Moralidade Administrativa que se encontra estampado no artigo 37, "caput", da Constituição Federal.

Insiste que não reconhecer como legítima a compensação promovida, o agente fiscal está, na verdade, procrastinando a devolução de quantias recolhidas indevidamente aos cofres do Estado e locupletando-se indevidamente, à custa do empobrecimento do contribuinte, o que não haverá de prosperar. Diz que a conduta estatal não se compadece com o princípio da moralidade, ao exigir valores que já se encontram extintos pela compensação.

Alega a impossibilidade da cobrança da multa de 60%. Ressaltando que, mesmo se superado o argumento jurídico acima exposto, o que se admite apenas por argumento, jamais poderia ter sido aplicada penalidade ao contribuinte, por cumprir decisão judicial definitiva, que lhe é favorável. Assevera que tal assunto se encontra pacificado na Súmula 9 (Sessão Plenária realizada em 18/09/2007, publicada no DOU de 26/09/2007, seção 1, p. 28, do 2º Conselho de Contribuintes do Ministério da Fazenda, atual Conselho Administrativo de Recursos Fiscais).

Reitera que não se justifica a aplicação de penalidade, já que a compensação glosada se deu ao amparo de decisão judicial, transitada em julgado. A ação rescisória não retira a autoridade da coisa julgada, tampouco, o direito à referida compensação, como antes demonstrado.

Garante que a cobrança é arbitrária e em completa desobediência à decisão judicial, de forma que o lançamento tributário deverá ser declarado Nulo, por qualquer dos ângulos acima apontados, haja vista o completo desrespeito à coisa julgada, aos princípios constitucionais da moralidade a que está sujeita o Poder Público e do que veda o enriquecimento sem causa.

Diz que o lançamento tem bases nitidamente subjetivas, em completa desconformidade com os comandos que rezaem dos artigos 108, 114, 116, 142, entre outros, do Código Tributário Nacional, motivo pelo qual deverá ser acolhida a presente impugnação, anulando-o, inclusive, a multa pelo descumprimento de obrigação acessória.

Requer seja declarada a improcedência do Auto de Infração e a produção de todas as provas em direito admitidas, especialmente pela juntada de documentos corroborando a improcedência das exigências formuladas.

O Auditor Fiscal presta Informação (fls. 147/149), apresentando uma síntese da peça defensiva.

Esclarece que efetuou o lançamento de ofício, em obediência ao disposto no artigo 142 do CTN, fato que independe do livre arbítrio da autoridade administrativa, haja vista que a ação judicial ainda não foi definitivamente julgada.

Explica que em 20/06/2012, foi lavrado auto de infração de nº 121644.0003/12-6, no valor de R\$6.586.772,39, com indicação da mesma infração e julgado procedente na esfera administrativa.

Esclarece que posteriormente fora emitido novo Auto de Infração nº 298578.0006/13-2, no valor de R\$3.615.500,05, com julgamento procedente e suspensão a sua exigibilidade até a decisão final do julgamento pelo Poder Judiciário

Solicita que o presente Auto de Infração seja julgado totalmente procedente visto que o lançamento fora efetivado conforme estabelece a legislação vigente e que as alegações do Autuado têm como base decisões judiciais anteriores ainda não julgada definitivo.

VOTO

Trata-se de auto de infração lavrado para exigir o ICMS consubstanciado na apuração da infração descrita e relatada na inicial dos autos.

Cumpre, antes, analisar o arguição de nulidade dos autos suscitada pelo sujeito passivo, no entendimento que houve violação da coisa julgada (art. 502 do CPC - Lei 13.105/2015) e ao Princípio da Moralidade Administrativa (art. 37, CF 88) por não reconhecer a compensação promovida pelo impugnante; questiona ainda o autuado que o lançamento encontra-se em desconformidade com os comandos dos artigos 108, 114, 116, 142, do Código Tributário Nacional.

Não acato a preliminar de nulidade, tendo em vista que se encontram presentes os pressupostos de validade processual, tendo sido identificados o autuado, o montante do débito verificado e os fatos geradores do lançamento de ofício, lastreado nos demonstrativos de apuração anexados aos autos. Inexiste qualquer violação ao princípio constitucional da moralidade administrativa, posto que o administrador público gere bens e direitos dos quais não é o titular e deve atentar para a supremacia do interesse público, observando o procedimento reto, legítimo, com a utilização de meios lícitos e legais visando atingir os objetivos da Administração Pública. Segundo mesmo o parágrafo único do CTN, a atividade de lançamento tributário é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional. A matéria, objeto do auto de infração, será apreciada, a seguir, nas questões de mérito.

O Auto de Infração exige o imposto, acrescido da multa de 60%, pela utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a valores não destacados em documento fiscal mediante a compensação dos saldos devedores, apurados mensalmente, nos períodos de julho de 2013 a dezembro de 2015, com fundamento em sentença exarada no Processo nº 140986552697, cuja execução encontra-se embargada com ação rescisória pendente de julgamento, no valor de R\$ 8.725.210,50.

O Auditor Fiscal, responsável pelo feito, juntou aos autos cópias da apuração do ICMS mês a mês, desenvolvida pelo SIAF - Sistema Integrado de Auditoria Fiscal, ferramenta de Auditoria de ICMS com base no SPED - Sistema Público de Escrituração Digital, cujos valores foram extraídos da escrita fiscal do contribuinte autuado (fls. 12/113). Os valores se referem aos créditos de ICMS apropriados pelo autuado, idealizados a partir da sentença judicial retro referida e cujos efeitos encontram-se suspensas pela ação rescisória interposta pela Procuradoria do Estado da Bahia.

O autuado argui que o Fisco pretende exigir tributos que se encontra extinto na forma do artigo 156, II, do Código Tributário nacional - CTN, asseverando o equivocado do entendimento, já que é titular de crédito tributário líquido e certo, oriundo de recolhimento indevido do ICMS, já reconhecido por decisão judicial transitada em julgado em 02 de junho de 2004 (Ação Ordinária - Processo nº 140986552697), utilizando-o para compensar obrigações da mesma natureza, devidas ao Estado da Bahia.

Constato que contra a Sentença do Juízo de Direito da 2ª Vara na Ação Ordinária nº 140.98.655.269-7, a Procuradoria do Estado da Bahia ingressou com ação rescisória, número inicial 51643-7/2005 (Embargos Infringentes nº 0095645-11.1998.8.05.0001), autos remetidos ao Superior Tribunal de Justiça, em 23 de abril de 2012; estando tramitando no momento perante esse Superior Tribunal de Justiça, nos Embargos de Divergência em Agravo em Recurso Especial sob o número EARESP 235365 - 2014/0247368-1, conforme certidão coladas aos autos (fls. 142/143).

Portanto, a matéria ainda se encontra sob apreciação judicial, não tendo ocorrido trânsito em julgado da sentença, ao contrário do que assevera o contribuinte, pois pendente recurso. Além disso, em sentença proferida contra o Estado, não mais será instaurado um processo autônomo de execução, com a citação da Fazenda Pública para a oposição de embargos, mas será requerido pelo credor o cumprimento de sentença, com a intimação da devedora para apresentar a sua impugnação. O art. 534 do novo CPC alterou o procedimento adotado pelo CPC de 1973, que preconizava um processo de execução contra a Fazenda Pública, conforme a dicção de seu art. 730. Retirada, portanto, a autonomia do Processo de Execução, tornando a execução uma fase do procedimento subsequente à fase de conhecimento.

E isso porque, para que possa atuar de forma eficiente em prol de toda a coletividade, a Fazenda Pública é dotada de condições especiais para sua atuação. Trata-se, na realidade, de prerrogativas conferidas pelo legislador à Fazenda Pública, as quais não podem ser tidas como privilégios, eis que são absolutamente necessárias para a defesa do Erário.

Além do mais, a sentença em desfavor à fazenda pública se submete à remessa necessária, prerrogativa confirmada no novo Código de Processo Civil (art. 496).

Portanto, estando sob apreciação judicial a questão do aproveitamento do crédito, o contribuinte não poderia fazer a compensação em data anterior ao trânsito em julgado da sentença judicial.

Inadequada também a arguição defensiva de extinção de tributos, na forma do Código Tributário nacional (CTN). Certo que o CTN, no seu art. 156, II, incluiu a compensação como forma de extinção de crédito tributário, no entanto, o sujeito passivo somente poderá contrapor o seu crédito ao crédito tributário, como direito subjetivo seu, nas condições e sob as garantias que a lei fixar.

As linhas gerais da compensação tributária vieram traçadas no art. 170, do Código Tributário Nacional, pelo qual *“a lei pode, nas condições e sob as garantias que estipular, ou cuja estipulação em cada caso atribuir à autoridade administrativa, autorizar a compensação de créditos tributários com créditos líquidos e certos, vencidos ou vincendos, do sujeito passivo contra a Fazenda Pública”*.

Por se tratar de atividade estritamente vinculada, a compensação feita fora dos moldes legais implica responsabilidades. Para encerrar as discussões acerca dos limites, restrições impostas e mesmo sobre auto – aplicabilidade da compensação, foram promulgadas diversas leis ordinárias regulamentando a matéria, entre tais: Lei nºs 8.383/91 e 9.430/96.

Outrossim, a possibilidade de compensar os valores, ora exigidos, com suposto valores pagos a mais, em face da Ação Judicial em curso, não pode ser acolhida, tendo em vista que somente após decisão final, os valores supostamente a favor do contribuinte autuado poderiam ser utilizados para quitar débitos tributários.

Enfim, a compensação arguida pelo autuado não pode ser feita por medida judicial, senão após o trânsito em julgado da decisão que reconheça e autorize a compensação, com estribo ainda na Súmula nº 212, STJ, além do artigo 170-A do CTN, incluído pela Lei Complementar nº 104/2001, a seguir reproduzido, não podendo, portanto, o contribuinte deixar de pagar o tributo devido.

art. 170-A. É vedada a compensação mediante o aproveitamento de tributo, objeto de contestação judicial pelo sujeito passivo, antes do trânsito em julgado da respectiva decisão judicial.

O contribuinte não contestou os valores levantados pelo autuante nas planilhas acostadas ao PAF,

ainda porque foram declarados pelo próprio autuado, através da sua escrituração eletrônica, estando, pois, caracterizado o valor da exigência e o sujeito passivo deve aos cofres públicos do Estado da Bahia, o montante de R\$8.725.210,50, mais a multa de 60%.

Com relação à multa imposta, a sua aplicação está conforma a Lei de ICMS desse Estado, para a situação ocorrida, no caso concreto.

Face ao exposto, sou pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração, no valor de R\$8.725.210,50.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **232948.0601/16-8**, lavrado contra **AUTO VIAÇÃO CAMURUJIPE LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$8.725.210,50**, acrescido da multa 60%, prevista no art. 42, VII, "a", da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 16 de dezembro de 2016.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO – RELATOR

OLEGÁRIO MIGUEZ GONZALEZ - JULGADOR