

**PROCESSO** - A. I. 232948.0601/16-8  
**RECORRENTE** - AUTO VIAÇÃO CAMURUJIPE LTDA.  
**RECORRIDA** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECURSO** - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JJF nº 0238-01/16  
**ORIGEM** - INFAZ ATACADO  
**PUBLICAÇÃO** - INTERNET 27/12/2017

## 1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO CJP Nº 0336-11/17

**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, estando pendente de decisão final (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). Fica prejudicada à apreciação do mérito, tendo em vista que a matéria se encontra *sub judice* no âmbito do Poder Judiciário. A exigibilidade do crédito tributário, entretanto, deve ficar suspensa. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **PREJUDICADO**. Decisão unânime.

## RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte, com base no art. 169, I, “b”, do RPAF/BA, contra a decisão da 1ª JJF que julgou Procedente o Auto de Infração lavrado em 09/06/2016, exigindo ICMS em razão da utilização indevida de crédito fiscal de ICMS *“referente a imposto não destacado em documentos fiscais. Os créditos destacados nos livros e documentos fiscais classificados como outros créditos”* - R\$8.725.210,50 acrescido da multa de 60%.

Na Decisão proferia a 1ª JJF (fls. 154/158) inicialmente afastou a nulidade suscitada sob o argumento de 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 e falta de conformidade do lançamento nos termos dos artigos 108, 114, 116, 142, do Código Tributário Nacional (CTN), fundamentando que no processual encontra-se os pressupostos de validade, identificando o autuado, o montante do débito, descrevendo os fatos geradores, com suporte em demonstrativos, inexistindo qualquer violação ao princípio constitucional da moralidade administrativa, posto a administração pública com base no princípio da supremacia do interesse público, utiliza de procedimento legítimo e meios lícitos e legais, para efetivar o lançamento tributário que é atividade vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional, cuja matéria, objeto da autuação será apreciada, no mérito.

No mérito apreciou que o lançamento acusa 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.*

No Recurso Voluntário interposto (fls. 171/178), o recorrente afirma que não obstante as consistentes razões que orientaram sua impugnação, o Auto de Infração foi julgado Procedente sob a falsa premissa de que utilizou crédito tributário para extinguir obrigações de mesma natureza, antes do trânsito em julgado da decisão judicial, o que é vedado pelo art. 170 do CTN.

Afirma que essa premissa não é verdadeira, visto que a própria decisão ora recorrida aprecia que *"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 n. 140.98.655.269-7. A Procuradoria do Estado da Bahia ingressou com ação rescisória... A matéria encontra-se sob a apreciação judicial; não houve trânsito em julgado da sentença que, proferida contra o Estado, está sujeita ao duplo grau de jurisdição ..."*

Diz que a Decisão recorrida se contradiz ao afirmar que a Recorrente não é titular de decisão transitada em julgado e ao mesmo tempo afirmar ter sido interposta pela Procuradoria ação rescisória, que constitui condição *sine quo non* para propositura da ação rescisória o trânsito em julgado, nos termos do art. 485 do Código de Processo Civil (CPC) vigente há época dos fatos.

Ressalta que decisão que vigora hoje é a proferida no Processo nº 1400986552697, já transitada em julgado, conforme documento anexo (fl. 179) que foi atacada por meio de ação rescisória conforme certidão de objeto (fls. 180 a 183), que está no STJ, pendente de decisão definitiva.

Anexa ao processo decisão proferida pelo Juiz da 2ª Vara da Fazenda Pública (fls. 184 a 189) e o Acórdão do Tribunal de Justiça, que a manteve (fls. 190 a 193), que lhe assegurou o seu direito de compensar os valores que recolheu a maior a título de ICMS, com débitos da mesma natureza, devidos ao Estado da Bahia, que o Fisco não concorda e tenta, a todo o custo, desconstituir tal decisão por meio de expedientes espúrios, como é o caso deste lançamento, eivado de nulidade.

Conclui afirmando que as conclusões proferidas pela primeira instância administrativa não podem prevalecer, o que deve ser reformada por meio do recurso interposto.

Transcreve o art. 156, II do CTN e afirma que o crédito tributário que procurou reaver por meio de processo judicial, em razão de ter recolhido indevidamente valores de ICMS, o que lhe foi assegurado por decisão judicial transitada em julgado em 2/06/2004 (Ação Ordinária - Processo nº 140986552697), tendo a Procuradoria do Estado da Bahia ingressado com ação rescisória (nº 51643-7/2005) que tramitando no Superior Tribunal de Justiça, sob o EARESP 235365 - 2014/0247368-1.

Afirma que a referida ação tem o objetivo de anular a decisão proferida na ação ordinária mencionada, que *"não foi ainda definitivamente julgada"*, motivo pelo qual seria suficiente para impedir a lavratura do lançamento fiscal, visto que a propositura de ação rescisória não produz o efeito de suspender a execução da sentença, já que não houve a concessão de tutela provisória, como previsto no art. 489 do antigo CPC e 969 do Novo CPC (Lei 11.280/2006).

Diz que a manutenção do lançamento viola o art. 467 do CPC, visto que o reconhecimento do crédito de ICMS utilizado constitui coisa julgada.

Transcreve texto de doutrinadores sob o efeito da coisa julgada, a aplicação dos princípios da Moralidade, Legalidade, Impessoalidade e Publicidade, que a administração pública deve obedecer (art. 37 da CF 88) não podendo o Estado da Bahia exigir valores que se encontram extintos pela compensação.

Com relação à multa de 60%, afirma que jamais poderia ser aplicada, por ir de encontro ao

cumprimento de uma decisão judicial, já proferida em caráter definitiva, conforme determina a Súmula 9, do Conselho de Contribuintes do Ministério da Fazenda, atual Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF), cujo teor transcreveu à fl. 176.

Conclui requerendo que o lançamento tributário seja declarado nulo, com a reforma da decisão da primeira instância para julgar improcedente o lançamento e em qualquer situação, exclusão da multa lançada.

Na assentada do julgamento em 03/05/17, considerando a demanda judicial de Ação Ordinária nº 140.98.655.269-7, vigora hoje a proferida no Processo nº 1400986552697 transitado em julgado (fl. 179) e atacada por meio de ação rescisória (fls. 180 a 183), pendente no STJ, de decisão definitiva. E decisão proferida pelo Juiz da 2ª Vara da Fazenda Pública (fls. 184/189) cujo Acórdão do Tribunal de Justiça a manteve (fls. 190/193) assegurou o seu direito de compensar os valores que recolheu a maior a título de ICMS, com débitos da mesma natureza, devidos ao Estado da Bahia.

E que a Procuradoria do Estado da Bahia ingressou com a Ação Rescisória nº 51643-7/2005 (Embargos Infringentes nº 0095645-11.1998.8.05.0001) e os autos remetidos ao STJ - 23/04/2012, cujo embargo tramita no momento no STJ, nos Embargos de Divergência em Agravo em Recurso Especial sob o número EARESP 235365 - 2014/0247368-1 (fls. 180/183).

A 1ª CJF decidiu converter o processo em diligência à PGE/PROFIS, no sentido de que seja investigado qual a situação do julgamento dos Embargos que tramita no STJ (fl. 198).

A PGE/PROFIS acostou às fls. 202 a 208, certidão de julgamento da Segunda Turma do STJ tendo o Procurador Jorge Salomão Oliveira dos Santos informado às fls. 210 a 213 que:

1. O julgamento dos Embargos de Divergência no Agravo do Recurso Especial (EAREsp nº 235365-BA) não produziu efeito sob o lançamento tributário em questão;
2. A questão principal que poderá anular o lançamento tributário encontra-se na ação rescisória (fls. 184/189 e 190/192) cujo desfecho depende do julgamento dos EDcl nos Embargos de Divergência em Agravo em Recurso Especial nº 235.365-BA pelo STJ.

Salienta que a decisão judicial que declarou a inexistência de relação jurídica entre as partes (Estado e empresa) autorizando a utilização do crédito fiscal (compensação) o autuado opôs Embargos Infringentes que foram acolhidos pelo TJ/BA, restaurando os efeitos do Acórdão (fls. 190/192), tendo o Estado da Bahia interposto REsp contra tal Decisão e Agravo ao STJ.

E que o STJ deu provimento ao REsp do Estado da Bahia, anulando os embargos infringentes da agravante e determinando o retorno ao TJ/BA para proferir novo julgamento sobre a questão.

Esclarece que a última decisão do STJ cindiu o julgamento dos embargos declaratórios para possibilitar remessa à Seção para julgamento aos demais paradigmas, sem alterar o provimento do REsp 235.365-BA – 2012/0202763-6.

Afirma que ao contrário do afirmando pelo sujeito passivo de que a questão de fundo lhe é favorável, não está solucionada definitivamente, pois é prevalecer a decisão do STJ que deu provimento ao REsp do Estado da Bahia (pendente de julgamento pela Seção do STJ), haverá novo julgamento da ação rescisória.

Ressalta que o mencionado crédito tributário encontra-se com a exigibilidade suspensa por força de liminar, cabendo a PGE e SEFAZ/BA adotar providências no sentido de acaso mantida a higidez do crédito tributário, quando da emissão da CDA verificar se permanece suspensa a exigibilidade para evitar ação de execução sem que haja uma decisão final exarada pelo Poder Judicial. Indicou à fl. 213/verso o nome do Procurador Luiz Paulo Romano da PJTS do Distrito Federal que acompanha tramite processual no STJ.

## VOTO

No Recurso Voluntário interposto, o sujeito passivo não discutiu o mérito da exigência fiscal,

afirmando que por se tratar de compensação de crédito fiscal de ICMS que foi recolhido indevidamente, já foi “*reconhecido por decisão judicial transitado em julgado*”, em conformidade com o disposto no art. 156 do Código Tributário Nacional (CTN).

Verifico que conforme descrição da infração, a empresa utilizou crédito fiscal de ICMS referente a imposto não destacado em documento fiscal, tendo sido lançado no livro de Apuração do ICMS a título de outros créditos, apurando o ICMS devido por mês, referente à prestação de serviços de transporte, escriturou nos livros próprios (fls. 12, 35 e 77) e em seguida, creditou-se do valor total apurado mensalmente, baseado na Ação Ordinária nº 140.98.655.269-7, no qual demandou Ação de Repetição de Indébito (fls. 184 a 189), para utilização do crédito tributário proveniente do pagamento indevido do ICMS.

Na situação presente, entendo que na impugnação inicial o sujeito passivo não discutiu o mérito quanto aos valores que ele próprio apurou e escriturou nos livros fiscais próprios, que resultou no não recolhimento do ICMS devido no prazo regulamentar e que foi objeto da exigência fiscal.

Quanto à discussão judicial, verifico que a empresa interpôs Ação Ordinária contra o Estado da Bahia em 07/08/00 (fls. 184/189) para obter declaração judicial que desonerasse o pagamento do ICMS sobre operações de transporte, sob alegação de que a Lei nº 5.341/89 havia derogado a Lei nº 7.825/89 e requereu restituição do imposto pago no período.

Tendo obtido decisão favorável em 1º grau e transitado em julgado em 09/06/04, conforme apreciado no julgamento do A. I. Nº 279933.0005/07-8, a decisão foi confirmada em janeiro de 2007, sendo objeto de ação rescisória movida pelo Estado da Bahia, com sentença proferida em 15/10/09.

Em atendimento a diligência determinada por esta 1ª CJF (fl. 198) a PGE/PROFIS acostou certidão de julgamento da Segunda Turma do STJ (fls. 202 a 208) e informou que o julgamento dos Embargos de Divergência no Agravo do Recurso Especial (EAREsp nº 235365-BA) não produziu efeito sob o lançamento tributário em questão, cuja anulação do lançamento encontra-se na ação rescisória (fls. 184/192) e o desfecho depende do julgamento dos EDCI nos Embargos de Divergência em Agravo em Recurso Especial nº 235.365-BA pelo STJ.

Conforme consta no relatório os Embargos Infringentes não foram acolhidos pelo TJ/BA, restaurando os efeitos do Acórdão (fls. 190/192), tendo o Estado da Bahia interposto REsp contra tal Decisão e Agravo ao STJ, que deu provimento ao REsp do Estado da Bahia, anulando os embargos infringentes da agravante e determinando o retorno ao TJ/BA para novo julgamento.

Logo, conforme ressaltado no opinativo da PGE/PROFIS a questão principal do lançamento não está solucionada definitivamente, pois está pendente de julgamento pela Seção do STJ, até ocorrer o julgamento da ação rescisória.

No mérito, constato que a acusação é de que o ICMS escriturado em livros fiscais próprios não foi recolhido no prazo regulamentar de acordo com demonstrativos, identificação da ocorrência dos fatos geradores, montante do débito em consonância com o disposto no art. 39 do RPAF/BA.

Quanto à questão judicial interposta pelo recorrente, entendo que conforme citado na Ação Ordinária, após o trânsito em julgado da sentença em caráter definitivo, “*se vencedor na ação de repetição de indébito tributário, após o trânsito em julgado da sentença, o contribuinte tem o direito de optar entre a execução por título judicial contra a Fazenda Pública via precatório (CPC, art. 730) e a compensação, via auto lançamento*”.

Conforme apreciado na Decisão da primeira instância, tendo a Procuradoria do Estado da Bahia ingressado com a Ação Rescisória nº 51643-7/2005 (Embargos Infringentes nº 0095645-11.1998.8.05.0001) e REsp provido pelo STJ determinando a intimação ao MP-BA e submeter a novo julgamento, com remessa a Seção do STJ, há ainda possibilidade de julgamento da ação rescisória em curso com possibilidade de ser julgada procedente e rescindida a sentença mencionada.

Pelo exposto, conforme fundamentado na Decisão ora recorrida, a matéria que é objeto do

lançamento ainda se encontra sob apreciação judicial, pendente de recurso, ou seja, o aproveitamento do crédito fiscal a título de compensação que o contribuinte fez nos exercícios de 2013 a 2015, só lhe é assegurado quando houver uma Decisão judicial em caráter definitivo.

Portanto, cabe ao Estado da Bahia constituir o crédito tributário para fins de evitar a decadência, obstando-se a sua exigibilidade. Tendo o sujeito passivo escolhido à via judicial, ficam prejudicados sua defesa e recurso, importando na desistência da defesa ou Recurso interposto, esgotada a instância administrativa, nos termos do art. 117 do RPAF/BA, tendo em vista que o objeto da demanda judicial coincide o objeto da demanda administrativa.

Ressalte-se ainda que conforme fundamentado na Decisão proferida 1ª JJF, o sujeito passivo não pode fazer a compensação enquanto não houver uma decisão em caráter definitivo 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”.*

Relativamente ao pedido de cancelamento da multa, verifico que em se tratando de descumprimento de obrigação principal, esta 1ª CJF não tem previsão legal para sua apreciação (art. 158 do RPAF/BA).

Ressalto que a exigibilidade do crédito tributário fica suspensa por força de liminar, até que haja uma decisão final exarada pelo Poder Judicial.

Pelo exposto, considero PREJUDICADA a análise do mérito, por se tratar de objeto idêntico à demanda judicial, e voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, devendo o Auto de Infração ser encaminhado a PGE/PROFIS para acompanhar a Decisão final proferida na esfera judicial.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade considerar **PREJUDICADO** o Recurso Voluntário e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 232948.0601/16-8, lavrado contra **AUTO VIAÇÃO CAMURUJIPE LTDA.**, com valor de **R\$8.725.210,50**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo a exigibilidade do crédito tributário ficar suspensa, nos termos do artigo 151, IV, do Código Tributário Nacional.

Sala das Sessões do CONSEF, 28 de novembro de 2017.

RUBENS BEZERRA SOARES - PRESIDENTE

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JUNIOR – REPR. DA PGE/PROFIS