

A. I. Nº - 232948.0024/18-7
AUTUADO - AUTO VIAÇÃO CAMURUJIPE LTDA.
AUTUANTE - AVELINO PEREIRA DOS SANTOS FILHO
ORIGEM - INFAZ ATACADO
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 04.09.2019

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0140-04/19

EMENTA: ICMS. 1. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS. BENS DESTINADOS AO ATIVO IMOBILIZADO E/ OU CONSUMO. O contribuinte não recolheu a diferença a diferença entre a alíquota interna do ICMS do Estado destinatário e a alíquota interestadual alíquota, por ter utilizado crédito fiscal , 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). Impugnação administrativa prejudicada quanto 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. Processo deverá ser encaminhado à PGE/PROFIS para a adoção das medidas cabíveis. Defesa **PREJUDICADA**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 09/10/2018, exige ICMS no valor histórico de R\$858.892,66 em decorrência do cometimento da seguinte infração à legislação do ICMS:

Infração 01- 06.05.01 – Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da federação destinadas ao ativo fixo e/ou consumo do próprio estabelecimento.

Consta ainda na descrição dos fatos que: *Contribuinte usou indevidamente créditos classificados como “outros créditos, destacados no LAICMS: - deixou de recolher Diferencial de Alíquota sobre compras para o ativo imobilizado e para o consumo;*

O autuado através de advogado legalmente habilitado apresentou impugnação (fls. 27/37), inicialmente falando sobre a tempestividade da sua apresentação. Após assevera que o lançamento além de ser ilíquido e incerto, demonstrar-se-á que o valor do ICMS por ele exigido encontra-se, também, extinto por compensação feita ao amparo de decisão judicial transitada em julgado no Processo n. 140986552687, que foi atacada via ação rescisória pendente de julgamento definitivo, não possuindo, portanto, a mínima condição de prosperar, pelo motivos que passa a expor.

Afirma que o agente fiscal exige tributo que se encontra extinto na forma do artigo 156, inciso II, do Código Tributário Nacional, cujo teor transcreve.

Assevera ser de conhecimento da SEFAZ/BA e da Procuradoria Estadual que a Impugnante 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).

Entende ser 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.

Acrescenta 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.

Assevera não reconhecer como legítima a compensação promovida, já que 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.

Aduz que superado o obstáculo jurídico acima exposto, o que se admite somente para argumentar, em prol do princípio da eventualidade, verifica-se a total improcedência do lançamento realizado, que foi edificado em desconformidade com o ordenamento jurídico, sob a égide das disposições constitucionais que regem o tributo ora exigido, de forma que inexequível juridicamente sua cobrança.

Acrescenta ser manifestamente improcedente a exigência, haja vista que até maio de 2016, a legislação estadual dispensava o lançamento e o pagamento relativo a diferença de alíquota nas aquisições de bens do ativo permanente efetuados por prestadores de serviços de transporte de pessoas, optantes pela redução da base de cálculo prevista no inciso I do art. 267, que é, justamente, o caso da Impugnante.

Após transcrever o disposto no 272, I, “a”, 3, do RICMS Baiano, que vigorou até 20/05/2016, informa que a sua redação foi alterada pelo Decreto n. 16.738, de 20/5/2016, passando, somente a partir desta data, portanto, a ser possível o lançamento relativo a diferença de alíquota na hipótese mencionada no supratranscrito artigo 272, I, “a”, 3.

Ressalta que apesar da clareza solar do dispositivo acima, foi lavrado o presente lançamento exigindo o pagamento de diferença de alíquota do ICMS da Impugnante, apurada na aquisição de bens do ativo permanente ocorrida nos meses de janeiro a maio de 2016, com o que não pode ela concordar, porquanto, tal lançamento viola, a um só tempo os PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS da

IRRETROATIVIDADE, SEGURANÇA JURÍDICA, BOA FÉ ADMINISTRATIVA e DIREITO ADQUIRIDO, na medida em que exige pagamento de imposto apurado em época em que a legislação o dispensava.

O fato é que o estado baiano deu um verdadeiro incentivo para as empresas de transporte de passageiros, induzindo-as a adquirir novos bens, necessários ao desenvolvimento de suas atividades, utilizando o tributo como forma, portanto, de estimular determinada conduta, deixando a sua finalidade arrecadatória, para segundo plano. A conduta estimulada foi justamente a de adquirir bens para compor o seu ativo permanente, caracterizando, assim, ato jurídico perfeito e fazendo surgir o direito que ingressou no patrimônio da Impugnante, consistente em não pagar a diferença de alíquota exigida por este lançamento. Referido direito não pode ser retirado da Impugnante, pela legislação posterior ou por ato administrativo, sob pena de ferir os supramencionados princípios constitucionais.

Alega que tendo a Impugnante adquirido os bens em pauta durante a vigência de norma que dispensava o pagamento da diferença de alíquota de ICMS eventualmente existente, é impossível, juridicamente, que o Fisco venha, agora, com base em lei posterior, exigir tal pagamento dela, sob pena de violação não só da boa fé e da confiança que o cidadão deve manter com relação ao Estado, mas, sobretudo, de todos os princípios constitucionais acima mencionados, que estão todos intimamente ligados entre si.

Assevera que a garantia da intangibilidade do direito adquirido pela legislação superveniente é imperativo que decorre da segurança jurídica, direito fundamental assegurado na Constituição em vigor, sendo a irretroatividade da lei o mecanismo utilizado pelo legislador para impedir a violação do referido direito.

Transcreve ensinamentos de José Afonso da Silva sobre o conceito de direito adquirido e requer a improcedência do lançamento, acrescentando que a sua manutenção proporcionará, também, verdadeiro ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA AO ERÁRIO PÚBLICO, com violação, portanto, de mais um dos mais elementares princípios constitucionais (implícitos).

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.

Assevera 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 ao prestar a Informação (fls. 52/53), apresenta uma síntese da peça defensiva e após informa que foram lavrados alguns autos de Infração contra o autuado, com a indicação de falta de recolhimento do imposto com o mesmo argumento e julgado procedente na esfera

administrativa.

Informa que em razão dos autos indicados terem sido julgados procedente na esfera administrativa. Efetuou a fiscalização, para a constituição do crédito tributário, uma vez que o processo judicial ainda se encontra ativo, em andamento e aguardando o julgamento do recurso.

Sugere que o presente Auto de Infração seja julgado totalmente procedente visto que as alegações do contribuinte, tem base em aspectos relacionados a esfera judicial, em processo ainda não conclusivo. o lançamento fora efetivado conforme estabelece a legislação vigente e que as alegações do Autuado têm como base decisões judiciais anteriores ainda não julgada definitivamente.

VOTO

O presente Auto de Infração trata da falta de recolhimento do ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo e/ou consumo do próprio estabelecimento.

Da análise dos papéis de trabalho, fls. 10 a 22, e informações constantes no Auto de Infração no campo “Descrição dos Fatos “ constato que a autuada deixou de recolher a diferença entre a alíquota interna do ICMS do Estado destinatário e a alíquota interestadual, nas aquisições interestaduais de mercadorias destinadas para serem utilizadas como material de uso e consumo ou compor o seu ativo imobilizado, tendo em vista a utilização de crédito fiscal de ICMS lançado no livro de Apuração do ICMS a título de outros créditos, baseado na Ação Ordinária nº 140.98.655.269-7.

Explica a autuada que a mencionada decisão judicial teria autorizado expressamente a utilizar os questionados créditos para compensar obrigações tributárias devidas ao estado da Bahia.

Reconhece que a Procuradoria do Estado da Bahia ingressou com ação rescisória, com o objetivo de anular a decisão proferida na mencionada ação, todavia, a mesma não foi definitivamente julgada.

Constato que no Auto de Infração nº 232948.0601/16-8, que trata da mesma matéria do presente, lavrado contra o mesmo autuado e julgado pela segunda Instância deste Conselho através do Acórdão nº 0336-11/17, foi constatado que: *“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.”*

Diante desta situação, o processo mencionado anteriormente foi convertido em diligência à PGE/PROFIS no sentido de que fosse investigado qual a situação do julgamento dos Embargos que tramita no STJ.

Nesta ótica, transcrevo trecho do Parecer, emitido pelo Procurador Jorge Salomão Oliveira dos Santos, constante no relatório do mencionado Acórdão informado 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 a 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.”.

À luz do quanto acima reproduzido, verifico que a PGE externou o entendimento de que 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, e consequentemente o crédito tributário encontra-se com a exigibilidade suspensa.

De fato, o caput do art. 117 do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, estabelece que: “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, entendo que a defesa interposta fica prejudicada, já que o autuado está discutindo a matéria no âmbito do Poder Judiciário, devendo o processo ser inscrito em dívida ativa, mas com suspensão da exigibilidade do crédito tributário.

Ademais, constato que este entendimento já foi consignado em processo semelhante a situação ora analisada, contra o mesmo contribuinte, através do Acórdão anteriormente mencionado, o de nº **0336-11/17**

Com base em todo o exposto, julgo PREJUDICADA a defesa interposta, ficando mantido o lançamento, devendo o presente processo ser encaminhado à PGE/PROFIS para a adoção das medidas cabíveis.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, considerar **PREJUDICADA** a defesa interposta, constante no Auto de Infração **nº232948.0024/18-7**, lavrado contra **AUTO VIAÇÃO CAMURUJIPE LTDA.**, no valor de **R\$858.892,66**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “f”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais. Suspensa a exigibilidade do crédito tributário até a decisão final da lide pelo Poder Judiciário. Deverá o autuado ser cientificado desta Decisão, com posterior remessa dos autos à PGE/PROFIS para a adoção das medidas cabíveis.

Sala das Sessões do CONSEF, 28 de agosto de 2019

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ – RELATORA

JOÃO VICENTE COSTA NETO - JULGADOR