

A. I. Nº - 232948.0023/18-0
AUTUADO - AUTO VIAÇÃO CAMURUJIPE LTDA.
AUTUANTE - AVELINO PEREIRA DOS SANTOS FILHO
ORIGEM - INFAZ ATACADO
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 27/09/2019

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0149-04/19

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DO IMPOSTO. O contribuinte creditou-se do ICMS, 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 presente Auto de Infração, lavrado em 09/10/2018, exige ICMS no valor histórico de R\$7.348.440,48 em decorrência do cometimento da seguinte infração à legislação do ICMS:

Infração 01- 01.02.39 – Utilizou indevidamente credito fiscal de ICMS referente a imposto não destacado em documento fiscal.

Consta ainda na descrição dos fatos que: *Contribuinte usou indevidamente créditos classificados no LAICMS tendo como base o Proc. 140.98.655.269-7.*

O autuado através de advogado legalmente habilitado apresentou impugnação (fls. 17/23), inicialmente falando sobre a tempestividade da sua apresentação. Após assevera que o lançamento, por violar expressamente a coisa julgada não possui a mínima condição de prosperar, pelos 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 n. 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.

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 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.

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 inexecutável juridicamente sua cobrança.

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. 41/42), 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 concluso.

VOTO

O presente Auto de Infração, trata da utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, referente ao imposto não destacado em documento fiscal.

Da análise dos papéis de trabalho, fls. 09 a 12, e informações constantes no Auto de Infração no campo “Descrição dos Fatos”, constato que a autuada lançou em seu livro Registro de Apuração de ICMS crédito fiscal, não destacado em documento fiscal, 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 investigada 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:

O julgamento dos Embargos de Divergência no Agravo do Recurso Especial (EAREsp nº 235365-BA) não produziu efeito sob o lançamento tributário em questão;

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 à 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 nº **232948.0023/18-0**, lavrado contra **AUTO VIAÇÃO CAMURUJIPE LTDA.**, no valor de **R\$7.348.440,48**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, VII, “a” 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, 05 de setembro de 2019.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ – RELATORA

JOÃO VICENTE COSTA NETO - JULGADOR