

PROCESSO - A. I. N° 232948.0024/18-7
RECORRENTE - AUTO VIAÇÃO CAMURUJIPE LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4ª JJF n° 0140-04/19
ORIGEM - INFAS ATACADO
PUBLICAÇÃO - INTERNET 15/07/2020

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0102-11/20-VD

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 entre a alíquota interna do ICMS do Estado destinatário e a alíquota interestadual, por ter utilizado crédito fiscal, com base em demanda judicial de Ação Ordinária n° 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. Decisão unânime. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Cuidam os presentes autos, de Recurso Voluntário interposto pela autuada, em razão do Acórdão 4ª JJF N° 0140-04/19, que julgou Prejudicada a defesa administrativa oposta pelo Contribuinte, mantendo o Auto de Infração, lavrado em 09/10/2018, para exigir ICMS no valor histórico de R\$858.892,66, em razão de uma única infração, descrita da forma a seguir;

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”.

A 4ª Junta de Julgamento Fiscal (JJF) apreciou a lide no dia de 28/08/2019 (fls. 59 a 63) e entendeu que a defesa se encontrava prejudicada, por unanimidade. O acórdão foi fundamentado nos seguintes termos:

“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 afirmado 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 trâmite 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.”

Inconformado, com fundamento no art. 169, I, “b” do Decreto nº 7.629/1999 (Regulamento do Processo Administrativo Fiscal da Bahia), o contribuinte interpôs Recurso Voluntário às fls. 73 a 85, mediante o qual aduz as seguintes razões.

Preliminarmente, alega nulidade da Decisão recorrida pelo fato de não haver apreciado todas as questões postas em sua peça impugnatória. Nesse sentido, alega que o acórdão recorrido não enfrentou o argumento defensivo que diz respeito à impossibilidade de incidência de multa de 60%, pois a compensação que os extinguiu foi feita ao amparo de decisão judicial transitada em julgado, a qual, mesmo atacada via ação rescisória, continua válida. Argumenta que o Fisco não poderia ter-lhe imputado a multa de 60% porque apenas deu aplicabilidade à decisão judicial definitiva que lhe foi favorável.

Assim, em face de ter deixado, a decisão da 4ª JJF, de apreciar argumento contido em sua peça defensiva, conclui que deve ser declarado nulo o acórdão citado.

Argui, ainda, nulidade ao fundamento de que a decisão da 4ª JJF se baseou em erro de fato. Explica que, ao declarar prejudicada a defesa interposta pela Recorrente, sob o fundamento de renúncia ao direito de recorrer, a JJF incorreu em verdadeiro erro de fato, pois, na realidade, quem ingressou com ação rescisória para tentar desconstituir direito da Recorrente foi o Estado da Bahia.

Explica que apenas exerceu o seu direito, o qual estava, à época, e ainda se encontra hoje, amparado por decisão judicial transitada em julgado.

Assim, tendo em vista que a decisão de piso não se coaduna com os princípios legais, nem tampouco com os fatos ocorridos, reitera os seus argumentos defensivos como forma de manter intactas a coerência e a unidade imposta pela interpretação sistemática do ordenamento jurídico.

No mérito, reitera os seus argumentos deduzidos em sua peça defensiva, conforme segue.

Pede a decretação da extinção dos créditos tributários exigidos pelo Auto de Infração ora impugnado. Afirma que o Estado pretende exigir tributo (ICMS) que se encontra extinto pela compensação, na forma do artigo 156, inciso II, do Código Tributário Nacional, cujo texto transcreve.

Afirma ser 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.

Explica que a Procuradoria do Estado da Bahia ingressou com ação rescisória, a qual recebeu inicialmente o n. 51643-7/2005 (estando atualmente Tribunal de Justiça da Bahia, conforme certidão extraída do site do mencionado Tribunal – doc. 3). Prossegue que a referida ação tem o objetivo de anular a decisão proferida na ação ordinária mencionada. Todavia, ela não foi definitivamente julgada ainda, motivo esse que, por si só, já seria suficiente para impedir a lavratura do lançamento ora rechaçado, 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, cujos textos transcreve.

Dessa forma, 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.

Argumenta, de outra parte, que este lançamento viola o art. 502 do Novo CPC, (art. 467 do Código de Processo Civil revogado), cujo texto reproduz. Alega que, apesar de transitada em julgado a decisão que reconheceu o crédito de ICMS da Recorrente, 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. Transcreve doutrina de Antonio Carlos de Araújo Cintra, em apoio aos seus argumentos.

Argumenta, de outra parte, que o Auto de Infração 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, cujo texto reproduz.

Afirma que, ao não reconhecer como legítima a compensação promovida pela Impugnante, o agente autuante está, na verdade, procrastinando a devolução de quantias recolhidas indevidamente aos cofres do Estado e locupletando-se indevidamente, à custa do empobrecimento da Impugnante, o que, a toda a evidência, não haverá de prosperar. Dessa forma, não se compadece com o princípio da moralidade a conduta do Estado da Bahia, ao exigir da Recorrente o recolhimento de valores que se encontram extintos pela compensação, que é, sem dúvida, a forma mais rápida de recomposição do patrimônio do contribuinte que foi lesado pelo recolhimento indevido do tributo em questão.

Argumenta que presente lançamento não poderá prevalecer, pois, até maio de 2016, a legislação estadual dispensava o lançamento e o pagamento do dízimo nas aquisições de bens do ativo por prestadores de serviço de transporte de pessoas, optantes pela redução da base de cálculo, prevista no inciso I do art. 267 do RICMS. Alega que o texto citado somente foi alterado em 20/05/2016, momento a partir do qual passou a ser possível exigir-se o imposto respectivo.

Defende que o Estado da Bahia não pode fazer a norma retroagir para cobrar tributo do Contribuinte, sob pena de violação do princípio da irretroatividade da lei.

Sustenta, por fim, a impossibilidade de cobrança da multa de 60%, pois tal penalidade jamais poderia ter sido aplicada à empresa, já que apenas cumpriu decisão judicial. Em apoio aos seus argumentos, transcreve o enunciado da Súmula nº 9, aprovada em 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, do seguinte teor:

“Súmula n. 9 – Não cabe a exigência de multa de ofício nos lançamentos efetuados para prevenir a decadência, quando a exigibilidade estiver suspensa na forma dos incisos IV e V do art. 151 do CTN e a suspensão do débito tenha ocorrido antes do início de qualquer procedimento de ofício a ele relativo.”

Argumenta que não se justifica, no caso em tela, a aplicação de penalidade, já que a compensação glosada se deu ao amparo de decisão judicial, transitada em julgado. Ademais, entende que o fato de tal decisão ter sido acossada por ação rescisória não retira a autoridade da coisa julgada e nem, tampouco, o direito da Impugnante à referida compensação, como antes demonstrado.

Diante do exposto, requer que este Conselho se digne a admitir o presente recurso, com acolhimento das preliminares, declarando-se a nulidade da decisão de primo grau. Caso não seja este o entendimento, no mérito pede que seja admitido e provido o recurso, promovendo-se o cancelamento do lançamento tributário correspondente.

Caso não acolhida a alegação citada, pede que seja excluída a multa lançada.

Nestes termos, p. deferimento.

À folha 89, consta parecer da PGE, mediante o qual o procurador signatário opina no sentido de que os autos devem retornar para o Conseg, com vistas a que seja processado e julgado o recurso voluntário.

À folha 101 (frente e verso), consta despacho da Coordenação administrativa, encaminhando o feito para julgamento.

VOTO

Preliminarmente, quanto à alegação de nulidade ao fundamento de cerceamento do direito de

defesa, por não ter a JJF apreciado todos os argumentos de defesa, convém que seja feita uma análise dos fatos e da legislação aplicável, conforme segue.

Examinando os autos, noto que a lavratura do Auto de Infração (09/10/2018), foi precedida de uma Ação Rescisória nº 0015861-89.2005-8.05.0000, proposta pelo Estado da Bahia em 2005, que visa desconstituir uma sentença transitada em julgado em 02/06/2004, a qual, reconheceu à Recorrente o direito à compensação do ICMS (vide extrato às folhas 24/25).

Assim, com vistas a prevenir a ocorrência do fenômeno decadencial, a INFRAZ ATACADO expediu Ordem de Serviço nº 505574/18, em 2018, com vistas à constituição do crédito tributário respectivo, para a hipótese de a ação rescisória vir a ser julgada procedente pela autoridade judicial.

Inconformado, o Sujeito Passivo impugnou o lançamento administrativo, momento em que pretendeu discutir não apenas a legitimidade de sua conduta, matéria que se encontra submetida à apreciação do poder judiciário, mas também arguiu aspecto atinente especificamente ao lançamento em exame, como o cabimento da multa imposta de 60%.

A 4ª JJF apreciou a lide em 28/08/2019, e entendeu que a defesa oposta se encontra prejudicada com base no art. 117 do RPAF:

“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.

§ 1º O Auto de Infração será remetido à DARC para inscrição na Dívida Ativa, na forma prevista no art. 113:

...

II - imediatamente após a sua lavratura ou quando se tomar conhecimento da existência da ação judicial, quando esta for anterior ao Auto de Infração, caso a discussão judicial diga respeito especificamente à matéria objeto do procedimento administrativo. (grifo acrescido)

....”

Em face desse entendimento, deliberou por remeter o Auto de Infração à DARC para inscrição em Dívida Ativa.

A decisão de piso não merece reparo, senão vejamos.

O Sujeito Passivo suscita duas questões distintas. A primeira diz respeito à ilegitimidade da presente exigência fiscal uma vez que possui decisão judicial transitada em julgado. A segunda questiona a possibilidade de imposição de multa de ofício em tal circunstância.

Quanto à alegada ilegitimidade da exigência fiscal, trata-se de questão que se encontra sob o crivo do STJ, mediante o Resp 235.365-BA-2012 0202763-6, conforme esclarece a PGE, à folha 50. Sendo assim, entendo que o seu exame se encontra prejudicado, à luz do art. 126 do Código Tributário do Estado da Bahia, abaixo reproduzido:

“Art. 126. Escolhida a via judicial pelo contribuinte, fica prejudicada sua defesa ou recurso, importando tal escolha a desistência da defesa ou do recurso interposto, considerando-se esgotada a instância administrativa, devendo o processo administrativo ser remetido à PROFIS para controle da legalidade e adoção das medidas cabíveis.”

Quanto à questão de descabimento da aplicação da multa pelo fato de a empresa se encontrar cumprindo uma decisão judicial definitiva, é importante destacar que somente descabe a aplicação da multa quando o recolhimento do tributo devido se dá de forma espontânea, o que não é o caso dos autos.

Neste caso, a exigência fiscal decorreu de lançamento de ofício efetivado pela autoridade fiscal, o que atrai a incidência do quanto previsto no art. 129, § 1º, inciso V do Código tributário do Estado da Bahia, conforme abaixo:

“Art. 129. A exigência de crédito tributário será feita através de notificação fiscal e auto de infração, observados os limites em reais para sua utilização, estabelecidos em regulamento.

§ 1º O auto de infração conterá:

...

V - a indicação dos dispositivos da legislação tributária infringidos, além do dispositivo regulamentar ou legal referente à multa aplicada;
...”

Ora, um dos pressupostos da existência do Auto de Infração é a ocorrência de uma conduta contrária à lei, questão controvertida que se encontra sujeita à apreciação judicial. Caso a conduta empresarial venha a se revelar legítima, ao final do processo, nada será devido pela Recorrente. Caso, contudo, a decisão judicial reconheça ao Estado da Bahia o direito de exigir o tributo em questão, naturalmente que tal montante deverá vir acompanhado da multa respectiva, conforme prevê o inciso V do § 1º acima referido.

Entendo, por isso, que a exigência da multa de 60% representa parcela indissociável do montante principal, decorrendo diretamente do quanto previsto em lei.

Consequentemente, entendo que trilhou bem a decisão da 4ª JJF, pois a prejudicialidade atingiu o presente processo como um todo, sem possibilidade de cisão das matérias.

Diante do exposto, NEGO PROVIMENTO ao Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado, e manter a Decisão recorrida que julgou **PREJUDICADA** a defesa constante no Auto de Infração nº 232948.0024/18-7, 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 Virtual das Sessões do CONSEF, 19 de maio de 2020.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

LUIZ ALBERTO AMARAL DE OLIVEIRA – RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JUNIOR – REPR. DA PGE/PROFIS