

A. I. Nº - 300200.0011/22-6
AUTUADO - AUTO VIAÇÃO CAMURUJIPE LTDA.
AUTUANTE - JOSÉ CARLOS ALMEIDA DE ABREU
ORIGEM - DAT METRO/INFAZ ATACADO
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 30/12/2022

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO JJF Nº 0250-01/22-VD**

EMENTA: ICMS. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. ESTORNO DE DÉBITO DE ICMS EM DESACORDO COM A LEGISLAÇÃO. 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 Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 29/06/2022, formaliza a exigência de ICMS no valor histórico total de R\$ 11.501.056,22, acrescido da multa de 60%, em decorrência da seguinte infração imputada ao autuado:

Infração 01 - 001.006.001- *Efetou estorno de débito de ICMS em desacordo com a legislação deste imposto.*

Consta adicionalmente que o Contribuinte vem estornando indevidamente o valor do débito de ICMS apurado mensalmente, conforme EFD – Registro de Apuração do ICMS – Operações próprias e Outras Apurações e, também, o SPED Fiscal, tomando como base o processo nº 140.98.655.269-7.

Período de ocorrência: janeiro a dezembro de 2018, janeiro a dezembro de 2019, janeiro a abril, junho a dezembro de 2020, janeiro a dezembro de 2021.

O autuado apresentou Defesa (fls. 176 a 187). Reporta-se sobre a tempestividade da peça defensiva. Discorre sobre os fatos que ensejaram a autuação. Consigna que por ter compensado, com fundamento em sentença transitada em julgado no Processo n. 140986552697, que foi atacada via ação rescisória pendente de julgamento definitivo, saldos devedores do ICMS apurados nos meses de janeiro de 2018 a dezembro de 2021, a Fazenda Pública estadual realizou o lançamento em questão.

Sustenta que o lançamento, por violar expressamente a coisa julgada não possui a mínima condição de prosperar.

Alega a extinção dos créditos tributários exigidos no presente Auto de Infração.

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

Salienta que como é do conhecimento da SEFAZ/BA e da Procuradoria Geral do Estado da Bahia, a empresa 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

Diz que a Procuradoria do Estado da Bahia ingressou com ação rescisória n. 0095645-111998.8.05.0001, estando pendente de julgamento de Embargos de Declaração. Alega que desse modo, como ainda não houve o trânsito em julgado, motivo esse que, por si só, já seria suficiente para impedir a lavratura do lançamento em questão, porquanto a simples propositura de ação rescisória não produz o efeito de suspender a execução da sentença rescindenda.

Afirma 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.

Aduz que o lançamento viola ainda o art. 502 do Novo CPC, 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 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 ao não reconhecer como legítima a compensação promovida pela empresa, o autuante, na realidade, está 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 mesmo 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 impossibilidade de cobrança da multa de 60%.

Diz que mesmo se superado o argumento jurídico acima exposto, o que admite apenas por argumento, jamais poderia ter sido aplicada penalidade, por cumprir decisão judicial definitiva, que lhe é favorável. Assevera que no âmbito dos tributos federais 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.

Afirma que 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.

Finaliza a peça defensiva requerendo que 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 autuante prestou Informação Fiscal (fls. 243/244). Apresenta uma síntese da peça defensiva e, após, tece considerações sobre a autuação. Assinala que foram lavrados alguns Autos de Infração contra o autuado, com a indicação de falta de recolhimento do imposto com os mesmos argumentos e julgados procedentes na esfera administrativa.

Informa que em razão dos autos indicados terem sido julgados procedente na esfera administrativa, efetuou o levantamento dos valores devidos no período de 01/01/2018 a 31/12/2021, para a constituição do crédito tributário, uma vez que o processo judicial ainda se encontra ativo, em andamento e aguardando o julgamento do recurso.

Pontua que os autos do processo se encontram no Superior Tribunal de Justiça para julgamento de Recurso Especial interposto pela Fazenda Pública da Bahia (nº. 2012/0202763-6).

Assevera que dessa forma, é indubitoso que o autuado deixou de recolher o imposto devido ao Estado da Bahia, ao efetuar indevidamente e em desacordo com a legislação o estorno total do débito de ICMS apurado mensalmente.

Finaliza a peça informativa mantendo na totalidade o Auto de Infração, pois as alegações defensivas têm fundamento em aspectos relacionados a esfera judicial, em processo ainda não concluso.

VOTO

A acusação fiscal é de que o autuado efetuou estorno de débito em desacordo com a legislação do ICMS.

Conforme consta adicionalmente no campo de descrição da infração, o autuado tem estornado indevidamente o valor do débito de ICMS apurado mensalmente, conforme a EFD – Registro de Apuração do ICMS – Operações próprias e Outras Apurações e SPED Fiscal, tomando como base o Processo nº 140.98.655.269-7.

O exame dos elementos elaborados pelo autuante, especialmente os demonstrativos acostados às fls. 08 a 15 dos autos, permite constatar que o autuado lançou em seu Registro de Apuração de ICMS o crédito fiscal objeto da glosa, não destacado em documento fiscal com fundamento na Ação Ordinária nº 140.98.655.269-7.

Observo que a matéria de que cuida o presente Auto de Infração não é nova no âmbito deste CONSEF, haja vista a existência de diversos Autos de Infração lavrados contra este mesmo Contribuinte, tendo sido objeto de julgamento tanto na Primeira Instância quanto na Segunda Instância, no caso os Autos de Infração nºs. 121644.0002-12/6, 298578.0006-13/2, 281105.1261-16-0, 232948.0601-16/8 e 232948.0023-18/0.

Assim é que, no Auto de Infração nº 232948.0023/18-0, por exemplo, a 1ª Câmara de Julgamento Fiscal manteve a decisão de Primeira Instância, nos termos do Acórdão CJP Nº. 0094-11/20-VD, cujos excertos do voto proferido pelo ilustre Conselheiro/Relator reproduzo abaixo, a título ilustrativo:

[...]

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 controversa 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 decisão das matérias.

Diante do exposto, NEGO PROVIMENTO ao Recurso Voluntário.

Verifica-se da simples leitura dos trechos do voto acima reproduzido que o entendimento dominante no âmbito deste CONSEF aponta no sentido de que, o autuado creditou-se do ICMS, com base em demanda judicial de Ação Ordinária nº 140.98.655.269-7, sendo que a Procuradoria Geral do Estado da Bahia ingressou com ação rescisória, Embargos Infringentes nº 0095645-11.1998.8.05.0001, sendo os autos remetidos ao Superior Tribunal de Justiça, portanto, a matéria encontra-se sob a apreciação judicial, inexistindo o trânsito em julgado da sentença que, proferida contra o Estado, está sujeita ao duplo grau de jurisdição (art. 475, CPC).

Diante disso, resta indubitável que o autuado não poderia adotar o procedimento que adotou ao lançar créditos fiscais, cuja admissibilidade se encontra *sub judice*.

O artigo 117 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF), 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.

Desse modo, a Defesa interposta resta prejudicada, haja vista 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.

No tocante à multa, conforme muito bem observado pelo ilustre Conselheiro/Relator no Acórdão acima reproduzido, o descabimento de aplicação da multa somente ocorre quando espontaneamente o Contribuinte recolhe o tributo devido, contudo este não o caso dos autos, haja vista que não houve recolhimento de forma espontânea.

Na realidade, no presente caso, a exigência fiscal decorreu de lançamento de ofício lavrado pelo autuante, o que impõe o quanto previsto no art. 129, § 1º, inciso V do Código Tributário do Estado da Bahia (COTEB), Lei nº. 3.956/81.

Certamente que por estar a matéria sob apreciação judicial, caso a conduta da empresa seja considerada legítima pelo Poder Judiciário, nada será devido. Entretanto, caso a decisão judicial reconheça, ao Estado da Bahia, o direito de exigir o tributo em questão, o montante será acompanhado da multa respectiva, conforme prevê o inciso V do § 1º do art. 129 do Código Tributário do Estado da Bahia (COTEB), Lei nº. 3.956/81.

Diante do 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 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, considerar **PREJUDICADA** a defesa interposta, constante no Auto de Infração nº **300200.0011/22-6**, lavrado contra **AUTO VIAÇÃO CAMURUJIPE LTDA.**, no valor de ICMS devido de **R\$ 11.501.056,22**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso II, alínea “f” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

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, 13 de dezembro de 2022.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE/RELATOR

LUÍS ROBERTO DE SOUSA GOUVÊA – JULGADOR

OLEGARIO MIGUEZ GONZALEZ – JULGADOR