

**A. I. Nº** - 108595.0002/06-7  
**AUTUADO** - BOMIX INDÚSTRIA DE EMBALAGENS LTDA.  
**AUTUANTE** - MARIA CÉLIA RICCIO FRANCO  
**ORIGEM** - INFAZ INDÚSTRIA  
**INTERNET** - 30/11/2006

### **3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

#### **ACÓRDÃO JJF Nº 0332-03/06**

**EMENTA:** ICMS. CRÉDITO FISCAL. TRANSFERÊNCIA DE TERCEIROS. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. RECONSTITUIÇÃO DA CONTA CORRENTE FISCAL MEDIANTE EXCLUSÃO DOS REFERIDOS CRÉDITOS. PROPOSITURA DE MEDIDA JUDICIAL. A propositura de medida judicial pelo sujeito passivo importa em renúncia ao poder de recorrer na esfera administrativa ou a desistência da impugnação ou recurso acaso interposto em conformidade com o art. 117 do RPAF/99. Restou comprovado que parte do valor autuado já tinha sido objeto de outro lançamento de ofício. Reduzido o valor exigido. Defesa prejudicada quanto à apreciação do mérito da parcela remanescente e improcedente quanto ao valor que já tinha sido autuado. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

#### **RELATÓRIO**

O Auto de Infração, foi lavrado em 13/06/06, para exigência de ICMS no valor de R\$ 989.792,81, acrescido da multa de 50%, em razão da falta de recolhimento do imposto no prazo regulamentar referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios. Consta, na descrição dos fatos, que o sujeito passivo utilizou indevidamente como crédito o ICMS destacado em notas fiscais emitidas por ele mesmo como Nota Fiscal de Entrada nº 1370, a título de Transferência de Crédito Fiscal do ICMS em 28/01/05, no valor de R\$400.000,00, conforme documento juntado ao PAF; e de duas Notas Fiscais emitidas pela TRANSBASIL S/A, nº 253 de 31/10/05, ICMS no valor de R\$500.000,00, e nº 258 de 17/01/06, no valor de R\$500.000,00, contrariando o disposto nos artigos 107, § 2º e 108, § 2º, tudo do RICMS/BA. Foi refeito o conta corrente do ICMS excluindo as notas fiscais acima mencionadas, o que resultou no débito exigido na autuação.

O autuado, na defesa apresentada às fls. 28 a 32, inicialmente discorre sobre a infração e esclarece que a TRANSBASIL S/A – LINHAS AÉREAS, inscrição estadual nº 27.034.266 NO é detentora de crédito do ICMS do Estado da Bahia, proveniente de pagamento indevido relativo ao recolhimento do ICMS, sobre prestação de serviços de transporte aéreo, através do Convênio ICMS 66/68 “Convênio este julgado inconstitucional pelo SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF), através da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIN) nº 1089-1 e 1600-8, publicada no DJU de 20/09/96 e 27/09/96, com sentença transitado em julgado em 08/08/97, perfazendo o valor atualizado até 08/08/97 de R\$34.114.079,17.

Diz que visando assegurar o direito ao ressarcimento dos valores recolhidos indevidos, referente ao período de 1989 a 1994, ajuizou contra o Estado da Bahia, Ação de Indébito que tramita na 9ª Vara da Fazenda Pública através do Processo nº 14002917572/0, garantindo assim, o prazo prescricional.

Esclarece que de posse dos documentos fiscais, lançou na sua contabilidade e na sua escrita fiscal os créditos adquiridos da TRANSBRASIL S/A, fazendo as compensações em conformidade com os art. 368 do Código Civil (CC) e 150 e 170 do Código Tributário Nacional (CTN), as quais foram comunicadas mensalmente à SEFAZ, por meio dos Demonstrativos Mensais de Apuração do ICMS (DMA).

Diz que visando assegurar também o direito a utilização do crédito, ingressou em juízo através de AÇÃO DECLARATÓRIA de nº 9211000-3/2005, informando os valores compensados mensalmente através de livros fiscais e demonstrativos eletrônicos.

Posteriormente, foi comunicado em 19/06/04 da lavratura deste Auto de Infração de nº 108595.0002/06-7, no qual foram estornados todos os valores lançados a título de compensação totalizando R\$989.792,81. Alega que na composição dos valores discriminados na autuação, “foi incluído o valor de R\$129.367,45, referente ao Auto de Infração 108595.0012/05-4, emitido em 27/12/2005, compensado na escrituração fiscal em Dezembro/2005 juntamente com as devoluções de vendas do período de Janeiro/2004 à Dezembro/2005, no valor de R\$81.479,99, perfazendo um total de crédito compensado no valor de R\$210.847,44”.

Esclarece que o valor compensado do Auto de Infração nº108595.012/05-4, bem como as compensações efetuadas no período de janeiro/05 a maio/06 através do Processo 060532/2006-3, tendo sido informado pela Inspetoria Fazendária, através do Processo nº 033194/2006-4 de 09/03/06 e através do Parecer 3154/2006, do indeferimento da compensação do Auto de Infração, sob a alegação de não ter amparo legal.

Pondera que não entende porque em um momento a SEFAZ não admite compensação do valor exigido em Auto de Infração com saldo credor do ICMS e em outro momento admite a mesma compensação cobrando todos os valores compensados no período de janeiro/05 a maio/05, nesta autuação.

Salienta que o CTN assegura a compensação de qualquer processo, tanto na esfera administrativa como judicial, ficando suspensa a exigibilidade do débito, não podendo ser apenado se existem tais requisitos em andamento.

Finaliza pedindo o cancelamento da autuação.

A autuante, na sua informação fiscal (fl. 55), inicialmente discorre sobre a infração e esclarece que o Auto de Infração foi lavrado em decorrência do sujeito passivo ter se apropriado de créditos fiscais de transferências, em desacordo com as regras previstas nos artigos 107, § 2º e 108, § 2º do RICMS/BA.

Diz que não tendo o contribuinte observado o que prescreve a legislação do ICMS quanto à utilização de créditos fiscais, foi efetuado o estorno do crédito e refeito o conta corrente do ICMS, com base nos documentos fiscais emitidos pelo impugnante e informado nas DMAs do período fiscalizado.

Reconhece que dos valores cobrados, é improcedente o valor de R\$129.367,45 lançado no mês de dezembro/05, tendo em vista que no valor lançado na DMA do mês de dezembro/05, a título de Outros Débitos, está contido o valor acima indicado relativo à compensação do Auto de Infração anteriormente lavrado.

Conclui ratificando o teor do Auto de Infração, reduzindo o seu valor em R\$129.367,45, o que resulta em valor do débito de R\$860.425,36.

A Inspeção Fazendária intimou o sujeito passivo para tomar conhecimento da informação fiscal (fl. 56), tendo o mesmo se manifestado às fls. 60 e 61, dizendo que mesmo reconhecida a duplicidade de parte da infração, conforme dito na defesa inicial, além da Ação Declaratória que tramita na 3ª Vara da Fazenda Pública Estadual sob nº 921100-3/2005, a empresa tem como amparo legal o Mandado de Segurança de nº 1109845-7/2006, ajuizado na mesma instância, a qual concedeu liminar em 22/02/06 pelo Juiz Gesivaldo Nascimento Britto, Titular da 2ª VFP, substituto da 3ª VSP, o qual impede a exigibilidade dos créditos provenientes da TRANSBRASIL S/A – LINHAS AÉREAS, até o julgamento final da ação mandatal e da ação ordinária.

Por fim, requer a não exigibilidade dos valores levantados na autuação.

## VOTO

O Auto de Infração acusa exigência de ICMS em razão da falta de recolhimento do imposto no prazo regulamentar referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios, em decorrência do sujeito passivo ter utilizado créditos fiscais transferidos de outro estabelecimento, sem obedecer às regras previstas no RICMS/BA.

Da análise dos documentos juntados ao processo, verifico que o impugnante utilizou créditos fiscais transferidos da TRANSBRASIL S/A, totalizando R\$1.400.000,00, conforme notas fiscais de nº 1370, 253 e 258 acostadas às fls. 7 a 9.

Na impugnação inicial, o sujeito passivo alegou que foi incluído na autuação o valor de R\$129.367,45, o qual já tinha sido compensado na sua escrita fiscal, referente ao Auto de Infração 108595.0012/05-4, emitido em 27/12/2005, o que foi acatado pela autuante na informação fiscal prestada. Verifico que conforme documento juntado às fls. 46 e 47, no resumo da apuração do ICMS do mês de Dezembro/2005, foi computado a título de outros débitos o valor do mencionado Auto de Infração, juntamente com as devoluções de vendas do período, no valor de R\$81.479,99, perfazendo um total de crédito compensado no valor de R\$210.847,44. Como na planilha juntada pela autuante à fl. 6, não foi deduzido o valor que foi compensado do Auto de Infração nº108595.012/05-4, deve ser afastado desta autuação o valor de R\$129.367,45, que já foi objeto de outro lançamento de ofício.

Dessa forma, fica reduzido o valor do item 11 da infração, conforme demonstrativo de débito original à fl. 03, ficando alterado de R\$312.035,74 para R\$182.668,29, conseqüentemente o valor total do Auto de Infração para R\$860.425,36.

Quanto ao aspecto formal o PAF está revestido de todas as formalidades legais, o débito encontra-se devidamente demonstrado, com a indicação de todas as parcelas que compõem a base de cálculo e o imposto devido, conforme documento juntado à fl. 06, o qual foi fornecido ao contribuinte que tomou conhecimento da autuação e pode exercer a ampla defesa e o contraditório.

Considerando que a matéria foi objeto Mandado de Segurança nº 1109845-7/2006 contra o Diretor da Administração Tributária da Secretaria da Fazenda – SAT, impetrado pelo autuado, conforme documento juntado às fls. 64 e 65, cuja decisão do Juiz da 2ª Vara da Fazenda Pública determina que “as autoridades coatoras se abstenham de adotar providências no sentido de retirar qualquer benefício ou incentivo fiscal da impetrante, em decorrência da utilização e compensação de créditos fiscais de ICMS adquiridos da TRANSBRASIL S/A, enquanto pendente de solução judicial final, tanto neste mandamus como na ação ordinária indicada...”, fica esgotada a instância administrativa em decorrência da escolha da via judicial pelo sujeito passivo, ficando prejudicada a defesa interposta, conforme art. 117 do RPAF/99.

Assim, nos termos do art. 122 do RPAF/99, considero extinto o presente processo administrativo fiscal em decorrência do ingresso do sujeito passivo em juízo relativamente à matéria objeto da lide. Por conseguinte, o lançamento deve ser mantido, ficando, contudo, suspensa a exigibilidade do crédito tributário correspondente até a decisão final do Mandado de Segurança.

Concluo pela improcedência do valor de R\$129.367,45 e considero prejudicada a defesa referente ao saldo remanescente de R\$860.425,36, ficando suspensa a sua exigibilidade até a decisão final da lide pelo Poder Judiciário.

#### **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** do Auto de Infração nº **108595.0002/06-7**, lavrado contra **BOMIX INDÚSTRIA DE EMBALAGENS LTDA**, cuja defesa em relação a parcela remanescente no valor de **R\$860.425,36** ficou prejudicada em relação a apreciação de mérito em face da propositura de medida judicial quanto a matéria objeto da lide. Os autos, após a apreciação do Recurso de Ofício, deverão ser remetidos à PGE/PROFIS, para as providências de sua alçada, até a decisão final da lide na esfera judicial. A exigibilidade do crédito tributário fica suspensa, nos termos do artigo 151, IV do CTN, até a decisão final da lide no âmbito do Poder Judiciário.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169 inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/00, com efeitos a partir de 10. 10. 00.

Sala das Sessões do CONSEF, 02 de outubro de 2006.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – RELATOR

OLAVO JOSÉ GOUVEIA OLIVA – JULGADOR