

**TJDFT**Poder Judiciário da União
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS
TERRITÓRIOS

Órgão 6ª Turma Cível

Processo N. AGRAVO DE INSTRUMENTO 0707053-58.2019.8.07.0000

AGRAVANTE(S) CIATTOY BRINQUEDOS LTDA

AGRAVADO(S) DISTRITO FEDERAL

Relator Desembargador ESDRAS NEVES

Acórdão N° 1209185

EMENTA

AGRAVO DE INSTRUMENTO. TUTELA ANTECIPADA DE URGÊNCIA. CRÉDITO TRIBUTÁRIO. SUSPENSÃO. REQUISITOS. NÃO PREENCHIMENTO. NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA. A tutela antecipada é medida excepcional e somente deverá ser deferida quando presentes os pressupostos autorizadores do artigo 300, do Código de Processo Civil, a saber: a probabilidade do direito, o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo e reversibilidade dos efeitos da decisão. Caso a alegação da parte necessite de demonstração através de dilação probatória, resta afastado o requisito da probabilidade do direito. É controverso na demanda de origem se houve a posterior escrituração e se, acaso realizada, o ato retardatário enseja crédito para as operações seguintes. A perícia apresentada pela agravante aponta que, apesar de consideradas todas as entradas e saídas, ainda assim remanesceria um saldo devedor, sem considerar multas, juros e correção monetária, ao longo de mais de dez anos, de modo que aparentemente a recorrente é devedora do Fisco. Os precatórios apresentados não servem como caução, pois não estão relacionados no artigo 9º, da Lei de Execução Fiscal (Lei nº 6.830/1980). Considerando que o pleito, reflexamente, veicula interesse em compensação, mas isto não se mostra possível em sede de antecipação de tutela recursal, porquanto: há vedação legal (artigo 7º, §§ 2º e 5º, da Lei nº 12.016/2009); o processo, no Juízo de origem, ainda se encontra em fase inicial de tramitação; os precatórios foram cedidos por terceiros, vedando-se sua utilização para compensação tributária, nos termos do Edital de Chamamento de Interessados para Celebração de Acordo Direto de Pagamento de Precatórios. A ausência de comprovação do perigo da demora impossibilita o deferimento da tutela de urgência.

ACÓRDÃO

Acordam os Senhores Desembargadores do(a) 6ª Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, ESDRAS NEVES - Relator, ALFEU MACHADO - 1º Vogal e ARQUIBALDO CARNEIRO - 2º Vogal, sob a Presidência do Senhor Desembargador JOSÉ DIVINO, em proferir a seguinte decisão: CONHECIDO. DESPROVIDO. UNÂNIME., de acordo com a ata do julgamento e notas taquigráficas.

Brasília (DF), 09 de Outubro de 2019

Desembargador ESDRAS NEVES

Relator

RELATÓRIO

Trata-se de **AGRAVO DE INSTRUMENTO** com requerimento de tutela antecipada recursal, interposto por CIATTOY BRINQUEDOS LTDA, contra decisão do Juízo da Sétima Vara da Fazenda Pública, na ação anulatória movida em face do DISTRITO FEDERAL, Processo nº 0704277-65.2018.8.07.0018, que **indeferiu a antecipação de tutela com fundamento: i) na falta de demonstração da probabilidade do direito, devido à ausência de prova suficiente da suposta ilegalidade na lavratura do auto de infração nº 39.183/2012, mantido no âmbito recursal administrativo; ii) na controvérsia fática sobre a exibição dos livros fiscais eletrônicos de apuração do ICMS a partir de 10/2008 pela agravante e a retificação dos registros antes da lavratura do auto de infração; e iii) na vedação ao deferimento de liminar que esgote o objeto da ação ou que tenha por objeto a compensação de créditos tributários, segundo legislação mencionada, sendo que essa situação se configuraria com a aceitação de precatórios oferecidos como caução (ID 8277632).**

Nas razões recursais (ID 8277563), a agravante sustenta que a lavratura do auto de infração nº 39.183/2012 é ilegal, porque, após o recebimento da notificação da fiscalização tributária do DISTRITO FEDERAL em 2012 e antes da autuação, retificou os livros fiscais eletrônicos de ICMS entre 2008 e 2011, pois as informações foram enviadas para o fisco sem os registros de entrada e de saída de ICMS. Acentua que, em 13/8/2012, o fisco, ignorando a retificação dos registros de entrada e, considerando apenas os de saída lançados nos livros eletrônicos de ICMS e nas notas fiscais, concluiu que deixaram de ser recolhidos valores de ICMS que somam R\$952.306,62 nos meses 11/2008, 12/2009, 04/2010, 05/2010, 07/2010, 09/2010, 10/2010, 12/2010, 01/2011, 02/2011, 03/2011, 05/2011, 12/2011, 01/2012, 02/2012 e 03/2012 e isto motivou a lavratura do auto de infração. Destaca que àquela cifra foram acrescidas importâncias a título de atualização monetária, de juros de mora e de penalidades, resultando na quantia de R\$2.267.845,94 na data da lavratura do auto de infração, e de R\$4.593.310,85 em extrato atualizado obtido em 26/3/2018. Assevera que a correta verificação, após a retificação dos livros eletrônicos, ocorrida antes da autuação, com o confronto dos registros de entrada e de saída, permitiria a aferição de que não existe saldo de ICMS para ser recolhido, de modo que a única infração tributária cometida foi acessória, porque livros eletrônicos de registro de entrada, de saída e de apuração de ICMS sem a correta escrituração foram enviados para fiscalização. Ressalta que o tributo devido no período foi recolhido normalmente, por meio de parcelamento administrativo ou pagamento de DAR dentro dos prazos regulamentares. Defende que o débito tributário constante do auto de infração é inexistente, conforme prova documental e pericial coligidas, e que a manutenção do auto de infração implica violação ao princípio constitucional da não-cumulatividade. Aduz que a manutenção do auto de infração poderá levá-la à falência e à perda de trabalho para centenas de colaboradores, que dependem da atividade empresarial desenvolvida para sobreviver. Frisa que é possível o oferecimento de precatórios da própria entidade federativa em caução e que isto traz benefícios para o processo de execução.

Requer a aplicação, no caso concreto, da decisão proferida no AI nº 0700608-24.2019.8.07.0000 pelo Rel. Des. Fábio Eduardo Marques, que deferiu a antecipação de tutela recursal para sobrestar a exigibilidade do crédito tributário. Pede o deferimento da antecipação da tutela recursal e, no mérito, o provimento do recurso, para suspender a exigibilidade do crédito tributário representado pelo auto de

infração nº 39.183/2012, inclusive com a aceitação da caução representada pelos precatórios oferecidos.

Preparo recursal comprovado (ID 8277618 e ID 8277626).

O pedido de tutela antecipada foi indeferido pela decisão de ID 8324986.

Opostos embargos de declaração no ID 8360781, estes foram rejeitados (ID 8984310).

O Distrito Federal apresentou contrarrazões no ID 11160072, pugnando pelo não provimento do recurso.

É o relatório.

VOTOS

O Senhor Desembargador ESDRAS NEVES - Relator

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

Não assiste razão ao agravante.

Para a concessão da medida de urgência devem estar presentes os requisitos do artigo 300, do Código de Processo Civil, a saber: a probabilidade do direito, o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo e reversibilidade dos efeitos da decisão.

A probabilidade do direito alegado refere-se à possibilidade de que o direito vindicado pela parte autora venha a ser reconhecido na decisão final.

Consta do campo descrição do fato no auto de infração nº 39183/2012, relativo à ação fiscal nº 329/2012, que a agravante: i) deixou de recolher o ICMS referente à operação de saída ou prestação não escriturada nos livros próprios, cujo documento fiscal foi emitido nos períodos de 11/2008, 12/2009, 04/2010, 05/2010, 07/2010, 09/2010, 10/2010, 12/2010, 01/2011, 02/2011, 03/2011, 05/2011, 12/2011, 01/2012, 02/2012 e 03/2012 no valor original de R\$952.306,62; ii) deixou de recolher ICMS decorrente de aproveitamento de crédito fiscal relativo a operação ou prestação proveniente de outras unidades federadas em que o imposto tenha sido calculado com alíquota superior à legalmente estabelecida nos períodos de 10/2008, 08/2009, 09/2009, 10/2009, 12/2009, 03/2010, 04/2010 e 10/2011 no valor de R\$732,47; e iii) deixou de escriturar documento fiscal de saída, cuja escrituração é obrigatória no livro fiscal eletrônico no período de 10/2008 a 03/2012, o que levou à cominação de multa no valor de R\$793,95. Após a aplicação de atualização monetária, juros de mora e penalidades cabíveis o crédito tributário totalizou a quantia de R\$2.267.845,94 na data da lavratura (ID 8277959 – pág. 148).

O termo de conclusão da ação fiscal nº 329/2012, de que resultou a lavratura do auto de infração questionado, indica que os livros fiscais eletrônicos não foram transmitidos pela agravante nos meses de 07/2010, 12/2010, 01/2011, 02/2011, 03/2011, 05/2011, 12/2011, 01/2012, 02/2012 e 03/2012 e, em relação a eles, considerou-se que não houve crédito de ICMS, em conformidade com o artigo 33, da Lei nº 1.254/1996. Nessa fiscalização, fez-se o cruzamento da leitura da memória fiscal dos equipamentos emissores de cupom fiscal (ECF), do qual se obteve o mapa resumo de caixa, com o livro fiscal eletrônico (LFE), em especial os dados de registros de saída. Considerou-se como ICMS para recolher a diferença obtida entre o mapa resumo e a escrituração da agravante no registro de saídas no livro fiscal eletrônico, verificada nos meses 11/2008, 12/2009, 04/2010, 05/2010, 07/2010,

09/2010, 10/2010, 12/2010, 01/2011, 02/2011, 03/2011, 05/2011, 12/2011, 01/2012, 02/2012 e 03/2012.

A autuação fiscal destacou o aproveitamento indevido de crédito pela agravante, mediante a aplicação de alíquota interestadual superior à permitida pela legislação. Assinalou-se que se fez cotejo entre os valores lançados no registro de entradas do livro fiscal eletrônico e as notas fiscais de entrada e de devolução, tendo em vista a existência de saldo credor em alguns meses dos anos 2008 e 2010 e a não transmissão do livro fiscal eletrônico.

Os registros de entradas e de saídas, e de apuração do ICMS exibidos pela agravante (ID 8277929 – pág. 59/75 e ID 8277955 – págs. 1/208, ID 8277958 – pág. 1/201 e ID 8277959 – pág. 1/147) trazem informações que a fiscalização tributária considerou não enviadas ou conflitantes com dados objetivos obtidos a partir da ação fiscal. As alegações de envio de livros fiscais eletrônicos e de sua retificação e reenvio antes do encerramento da fiscalização e da lavratura do auto de infração é questão fática controversa e merecedora de comprovação perante o Juízo de origem. Isto, por si só, impede a suspensão do crédito tributário. A respeito, cito aresto desta Turma Julgadora por mim relatado:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. TUTELA DE URGÊNCIA. REAJUSTE DE MENSALIDADE. SEGURO DE SAÚDE. APLICABILIDADE. LEI N. 9.656/98. PROBABILIDADE. NÃO COMPROVAÇÃO. DILAÇÃO PROBATÓRIA. NECESSIDADE. A tutela antecipada é medida excepcional e somente deverá ser deferida quando presentes os pressupostos autorizadores do artigo 300, do Código de Processo Civil, a saber: a probabilidade do direito, o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo e reversibilidade dos efeitos da decisão. Não evidenciada a data em que o seguro de saúde foi firmado e se houve adaptação de seus termos para as regras estabelecidas na Lei nº 9.656/98, incabível determinar o regime jurídico aplicável e, assim, analisar se os reajustes perpetrados são abusivos. **É imperiosa a rejeição do pedido de tutela provisória de urgência quando inexístirem nos autos elementos que comprovem a presença dos requisitos autorizadores, mormente diante da necessidade de maior dilação probatória para o exame do mérito.** (Acórdão n.1166787, 07033242420198070000, Relator: ESDRAS NEVES 6ª Turma Cível, Data de Julgamento: 25/04/2019, Publicado no DJE: 07/05/2019)

Frise-se que a atuação do Fisco não se pautou apenas da ausência de envio de livros fiscais eletrônicos, mas também no fato de que a recorrente deixou de recolher ICMS decorrente de aproveitamento de crédito fiscal relativo a operação ou prestação proveniente de outras unidades federadas em que o imposto tenha sido calculado com alíquota superior à legalmente estabelecida.

Ademais, não se vislumbra manifesta ilegalidade na atuação fiscal realizada, cujo ato questionado de lavratura de auto de infração pelo não recolhimento de ICMS goza de presunção de legitimidade (veracidade e legalidade). Incumbe-lhe o ônus da prova para desfazer essa presunção e comprovar que os fatos considerados em seu prejuízo pelo fisco não ocorreram e que os registros de entrada e de saída, consignados nos livros fiscais eletrônicos, estejam corretos e que ocorreu a violação ao princípio da não-cumulatividade.

Por outro lado, o direito de compensação de ICMS não é absoluto e, para ser exercido, deve atender aos requisitos legais, dentre eles, a idoneidade da documentação fiscal e a sua escrituração, nos termos do artigo 33, da Lei Distrital nº 1.254/96, *verbis*:

Art. 33. O direito ao crédito, para efeito de compensação com o débito do imposto declarado pelo contribuinte, reconhecido ao estabelecimento que tenha recebido bens ou mercadorias ou para o qual tenham sido prestados serviços, se condiciona à idoneidade da documentação fiscal respectiva e, nos termos do regulamento, à sua escrituração.

§ 1º O direito de utilizar o crédito extingue-se após decorridos cinco anos contados da data de emissão do documento que lhe deu origem, salvo disposição desta lei em contrário.

§ 2º Para os efeitos deste artigo, o regulamento disciplinará o procedimento simplificado, de cuja opção, pelo contribuinte, resultará a apropriação do imposto recolhido a maior em período anterior, na conta gráfica.

§ 3º Nos casos em que a apuração em lançamento de ofício do ICMS devido seja feita com base nos documentos fiscais de entrada, o direito ao crédito correspondente aos referidos documentos fica condicionado apenas à idoneidade destes.

Ou seja, o ICMS pago em operações anteriores somente pode ser compensado quando regularmente informado ao Fisco. Todavia, resta controverso na demanda de origem se houve a posterior escrituração e se, acaso realizada, o ato retardatário enseja crédito para as operações seguintes.

De qualquer sorte, a perícia mencionada pela agravante (ID 8360783) aponta que, apesar de consideradas todas as entradas e saídas, **remanesceria um saldo devedor de R\$352.521,41**, sem considerar multas, juros e correção monetária, **ao longo de mais de dez anos**, de modo que aparentemente a recorrente é devedora do agravado, sendo incabível a suspensão pretendida.

Aliás, os precatórios apresentados não servem como caução, pois não estão relacionados no artigo 9º, da Lei de Execução Fiscal (Lei nº 6.830/1980). Não há possibilidade de acolhimento dessa oferta, porquanto não haverá imediata extinção da obrigação tributária, caso o pedido de anulação seja julgado improcedente.

Observa-se que o pleito, reflexamente, veicula interesse em compensação, mas isto não se mostra possível em sede de antecipação de tutela recursal. Primeiro, há vedação legal (artigo 7º, §§ 2º e 5º, da Lei nº 12.016/2009). Segundo, o processo, no Juízo de origem, ainda se encontra em fase inicial de tramitação. Terceiro, porque os precatórios foram cedidos por terceiros, vedando-se sua utilização para compensação tributária, nos termos do Edital de Chamamento de Interessados para Celebração de Acordo Direto de Pagamento de Precatórios.

Urge salientar que a decisão proferida no AI nº 0700608-24.2019.8.07.0000 não é vinculativa, ao passo que se está diante de demanda diversa, com pedido e causa de pedir diversas. Não obstante, a perícia realizada pela própria recorrente denota um saldo devedor expressivo.

Destarte, não se observa, neste agravo de instrumento, a probabilidade do direito alegado.

Também não foi demonstrado perigo da demora, uma vez que não foram apresentadas provas de que a manutenção da exigibilidade do auto de infração levará a recorrente à falência e que centenas de colaboradores perderão os seus empregos.

Portanto, a manutenção da decisão vergastada é medida que se impõe.

Ante o exposto, conheço do recurso interposto e a ele **NEGO PROVIMENTO**.

É como voto.

O Senhor Desembargador ALFEU MACHADO - 1º Vogal

Com o relator

O Senhor Desembargador ARQUIBALDO CARNEIRO - 2º Vogal

Com o relator

DECISÃO

CONHECIDO. DESPROVIDO. UNÂNIME.