



RIO GRANDE DO NORTE
SECRETARIA DA TRIBUTAÇÃO
CONSELHO DE RECURSOS FISCAIS



CONSELHO DE RECURSOS FISCAIS
PUBLICADO NO D.O.E. DE

09, 11, 2017

PROCESSO Nº 187215/2015-7
PAT Nº 0479/2015-1ª URT
RECURSO DE OFÍCIO
RECORRENTE SECRETARIA DE ESTADO DA TRIBUTAÇÃO
RECORRIDO(A) ALIANÇA PETRÓLEO LTDA
ADVOGADO(A) BÁRBARA PALOMA F. DE VASCONCELOS BEZERRA
RELATORA CONS. JANE CARMEN CARNEIRO E ARAÚJO

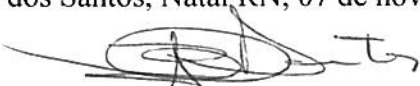
ACÓRDÃO Nº. 0155/2017 - CRF

EMENTA: PROCESSUAL ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO. AUTUAÇÃO SUCESSIVA. IDENTIDADE DO SUJEITO PASSIVO, DAS OCORRÊNCIAS E DO PERÍODO FISCALIZADO. LITISPENDÊNCIA. EXTINÇÃO SEM ANÁLISE DO MÉRITO.

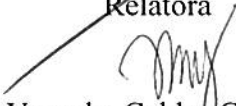
1. A existência de PAT pendente de julgamento definitivo, cumulada com a lavratura sucessiva de Auto de Infração, em que se verifica hipótese de identidade do sujeito passivo, das ocorrências e do período fiscalizado, configura litispendência. Dicção dos §§ 1º e 2º do art. 301 do CPC.
2. Reconhecida a litispendência, o julgador pode declarar a extinção do processo sem análise do mérito, nos termos do art. 267, inciso V do CPC.
3. Recurso de ofício conhecido e não provido. Manutenção da decisão de primeira instância. Auto de Infração extinto.

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os membros do Conselho de Recursos Fiscais, por unanimidade dos votos, em consonância com o parecer oral da Ilustre Representante da Douta Procuradoria Geral do Estado, em conhecer e negar provimento ao Recurso de ofício, mantendo a decisão singular para julgar o auto de infração extinto

Sala Cons. Danilo G. dos Santos, Natal RN, 07 de novembro de 2017.


Lucimar Bezerra Dubeux Dantas
Presidente


Jane Carmen Carneiro e Araújo
Relatora


Vaneska Caldas Galvão
Procuradora do Estado



**RIO GRANDE DO NORTE
SECRETARIA DA TRIBUTAÇÃO
CONSELHO DE RECURSOS FISCAIS**



RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício em face da decisão de primeira instância que julgou o extinto o auto de infração nº 00000479/2015-1ª URT, lavrado contra a Recorrida, por infringência à legislação tributária, conforme contextos e enquadramentos abaixo discriminados:

OCORRÊNCIA 1	“A Empresa Autuada deixou de escriturar no livro fiscal próprio, nos prazos regulamentares, as notas fiscais de entrada referente a mercadorias não mais sujeitas a tributação normal, considerando que a ocorrência em questão também aplica-se a substituição tributária não retida e não recolhida, conforme demonstrativo em anexo”
INFRINGÊNCIA	Art. 150, inciso XIII c/c art. 609, art. 623-B e art. 623-C todos do Regulamento do ICMS
PENALIDADE	Art. 340, inciso III, alínea “f,” c/c art. 133, todos do Regulamento do ICMS

OCORRÊNCIA 2	“A Empresa Autuada deixou de escriturar na EFD, dentro dos prazos regulamentares, especialmente em relação às notas fiscais de entrada destinadas a revenda de mercadorias sujeita à tributação normal, considerando que a ocorrência em questão também aplica-se a substituição tributária não retida e não recolhida, conforme demonstrativo em anexo”
INFRINGÊNCIA	Art. 150, inciso XIII c/c art. 609, art. 623-B e art. 623-C todos do Regulamento do ICMS
PENALIDADE	Art. 340, inciso III, alínea “f,” c/c art. 133, todos do Regulamento do ICMS

OCORRÊNCIA 3	“Através da metodologia do fluxo de caixa, foram apurados saldos de caixa negativos nos exercícios de 2010 a 2012, constatando-se que a Empresa Fiscalizada deixou de emitir notas fiscais de saídas de mercadorias, considerando que a ocorrência em questão também aplica-se a substituição tributária não retida e não recolhida, conforme demonstrativo em anexo”
INFRINGÊNCIA	Art. 150, inciso III c/c art. 150, inciso XIII todos do Regulamento do ICMS
PENALIDADE	Art. 340, inciso I, alínea “g,” c/c art. 133, todos do Regulamento do ICMS

Para as infrações apontadas foram propostas as penalidade previstas no art. 340, inciso III, alínea “f” e inciso I, alínea “g” do Regulamento do ICMS mencionado anteriormente, e tendo sido apurado um ICMS a pagar no valor de **R\$ 1.216.882,84 (um milhão, duzentos e dezesseis mil, oitocentos e oitenta e dois reais e oitenta e quatro centavos)** e multa de **R\$ 2.258.336,03 (dois milhões, duzentos e cinquenta e oito mil, trezentos e trinta e seis reais e três centavos)**, totalizando um crédito tributário de **R\$**



RIO GRANDE DO NORTE
SECRETARIA DA TRIBUTAÇÃO
CONSELHO DE RECURSOS FISCAIS



3.475.218,87 (três milhões, quatrocentos e setenta e cinco mil, duzentos e dezoito reais e oitenta e sete centavos), sem prejuízo dos acréscimos monetários.

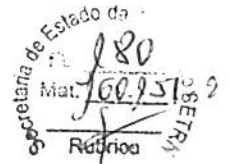
Consta nos autos, entre outros documentos, Auto de infração nº 00000479/2015; Ordem de Serviço nº 46966 – 1ª URT, com a finalidade para “realização de análise da regularidade da escrituração das notas fiscais de entrada e saída das operações realizadas através dos equipamentos emissores de cupom fiscal, análise quantitativa do estoque de combustíveis e lançamento dos débitos constantes no extrato fiscal, inclusive aplicando a Metodologia de Fluxo de Caixa, nos termos definidos no RICMS/RN, considerando a decisão da COJUP, fl.146, sendo que, o procedimento fiscal deverá alcançar o período de 01/01/2010 a 13/11/2012”; Termo de Intimação Fiscal; Informações de que não foram entregues os documentos solicitados na intimação; Informações de prorrogação da Ordem de Serviço; Demonstrativo das ocorrências; Relatório Circunstanciado de Fiscalização; Termo de Ressalva; Declaração de testemunha; Termo de Informação sobre Antecedentes Fiscais e Termo de Juntada da Impugnação (fls. 02 a 107).

A autuada apresenta, tempestivamente, impugnação (fls. 108 a 124), na qual requer que:

- “seja julgado nulo “ab initio”, o auto de infração supra mencionado, tendo em vista que as infrações do presente auto já estão abrangidas pelo auto de infração nº 108/2014, bem como pela ausência de anexação dos documentos que fundamentam o auto de infração e pelo cerceamento de defesa, ante a não disponibilização e não devolução da documentação fiscal ao atuado”;
- “no mérito, a improcedência das ocorrências 1 e 2, pelos os erros constantes do levantamento, conforme fundamentado acima, ante a não comprovação da aquisição das notas tidas como não registradas, bem como, pela não comprovação da falta de escrituração das mesmas”;
- “no mérito, a improcedência da ocorrência 3, tendo em vista a imprestabilidade da metodologia de fluxo de caixa aplicado, tendo em vista a inobservância da súmula 001/2011 CRF”;
- “no mérito, a improcedência da ocorrência 3, tendo em vista a inidoneidade do demonstrativo feito, que não justifica o valor nele cobrado (ausência do cálculo), nem deduziu o percentual relativo às entradas em relação ao total gera das despesas, em desobediência ao que preceitua o § 2º do artigo 352 do RICMS, bem como não incluiu nos cálculos o capital inicial da empresa, essencial à validade do procedimento”;
- “no mérito, a improcedência da ocorrência 3, tendo em vista a ilegalidade da cobrança do ICMS e da respectiva multa, por se tratar de operação com combustíveis, em que impera o regime de substituição tributária, já tendo o imposto sido devidamente recolhido nas operações anteriores pela refinaria e distribuidora, não restando mais nenhum crédito a ser cobrado pela fazenda pública estadual”;
- “na remota hipótese de julgamento procedente do auto de infração, que seja este julgado parcialmente procedente, reduzindo o percentual da multa para 20% do valor do suposto ICMS a ser recolhido, conforme decisão do Tribunal de Justiça do Estado



**RIO GRANDE DO NORTE
SECRETARIA DA TRIBUTAÇÃO
CONSELHO DE RECURSOS FISCAIS**



do Rio Grande do Norte acima destacada, ante o caráter confiscatório das multas aplicadas, nos termos acima fundamentados”.

Enviados os autos ao autuante para se pronunciar quanto a impugnação, o mesmo apresenta contrarrazões (fls. 126 a 135), aduzindo o que segue:

- “No que diz respeito à argumentação da Empresa Impugnante da existência de recurso pendente de julgamento, relativo ao Auto de Infração nº 108/2014, conforme decisão nº 375/2014, o referido Auto foi julgado nulo, razão pela qual, não há interferência do que fora apurado no presente Auto de Infração nº 479/2015”.
- “Iniciou suas considerações, pontuando sobre a falta da apresentação da listagem das notas fiscais não escrituradas, que formaram a base de cálculo para as ocorrências n.º 1 e 2, não fora observado pela Empresa Impugnante que, todas as notas fiscais além de estarem relacionadas a partir das fls. 21 até as fls. 41, do presente Auto de Infração, estas foram anexadas conforme Mídia Digital posta às fls. 42”.
- “Desse modo, não assiste razão as alegações de cerceamento de defesa, ante a inexistência das notas fiscais que embasaram as ocorrências n.º 1 e 2 do Auto de Infração n.º 479/2015”.
- “Ficou bastante evidente que a empresa não registrava todas as suas despesas, tampouco as notas fiscais de compra, sendo necessário apurá-las através da Declaração de Imposto de Renda da Pessoa Jurídica”.
- “Os valores lançados estão demonstrados nos poucos balancetes apresentados, porém sem registro de várias compras, do custo dos produtos vendidos, e sem a contabilização completa das diversas operações”.
- “Tivemos o cuidado em anexar todos os balancetes, cópias das Declarações de Imposto de Renda, constando algumas despesas não contabilizadas, mas suficientes para “estourar” o caixa da empresa, e comprovar a falta de registro de várias operações, facilmente perceptível quando verificamos os balanços sem o custo, despesas e valores no passivo representariam as dívidas existentes”.
- “Portanto não pode prosperar a argumentação de que não tinha os documentos necessários para elaborar a defesa, tudo foi anexado ao Auto de Infração, inclusive as Notas Fiscais de Aquisição (fls. 42) e as Declarações de Imposto de Renda obtidas junto à Receita Federal do Brasil (fls. 53-84)”.

Enviado os autos à COJUP, foi proferida a Decisão 383/2015 – COJUP, (fls. 135 a 140) na qual o Julgador Singular, após auspiciosa análise dos autos e fundamentado no art. 267, inciso V do Código de Processo Civil (CPC de 1973), decide “face a inegável litispendência entre os lançamentos efetuados”, decretar a extinção do feito sem o julgamento do mérito, vez que este ainda será analisado pelo Conselho de Recursos Fiscais quando do exame do PAT nº 108/2014.

A autuada tomou ciência da Decisão nº 383/2015-COJUP, em 13/01/2016, conforme Termo de Ciência, Intimação e Recebimento de Cópia da Decisão (fl. 173).

Em 22/02/2016, foram lavrados à fl. 174 dos autos, o Termo de Perempção, uma vez que não foi interposto Recurso Voluntário, e o Termo de Remessa ao CRF para julgamento do Recurso de Ofício.

O DESPACHO da ilustre Procuradora da Douta Procuradoria Geral do



RIO GRANDE DO NORTE
SECRETARIA DA TRIBUTAÇÃO
CONSELHO DE RECURSOS FISCAIS



seja: oferecimento de parecer oral quando da Sessão de Julgamento no Egrégio Conselho de Recursos Fiscais (fl. 174).

É o que tenho a relatar.

VOTO

O recurso interposto preenche as condições de admissibilidade, razão pela qual o conheço.

Analisando a decisão recorrida, observa-se que o julgador singular ao determinar a extinção do auto de infração, com fundamento no art. 267, inciso V do CPC (1973), o fez de forma acertada uma vez que sua aplicação de supletiva ou subsidiária, teve o condão de trazer maior efetividade e justiça ao processo.

Ademais, cumpre destacar que o Novo Código de Processo Civil (NCPC) em seu art. 15, prevê a aplicação supletiva e subsidiária das normas deste Código, em face da ausência de normas que regulem o processo administrativo. Portanto, não vislumbro qualquer mácula decisão singular ao aplicar a norma processual civil, em face do silêncio da norma processual administrativa.

Cabendo, portanto ao Egrégio CRF analisar se de fato resta caracterizada a litispendência, para então se pronunciar quanto a confirmação ou reforma da decisão monocrática.

Nelson Nery Junior, ao tratar sobre litispendência em sua obra "*Código de Processo Civil Comentado*", 6ª edição, RT, p. 655, leciona:

"Ocorre a litispendência quando se reproduz ação idêntica a outra que já está em curso. As ações são idênticas quanto têm os mesmos elementos, ou seja, quando têm as mesmas partes, a mesma causa de pedir (próxima e remota) e o mesmo pedido (mediato e imediato). O registro ou a distribuição da petição inicial é que determina o momento em que ocorre a litispendência (CPC 59 caput). Como a primeira já fora anteriormente ajuizada, a segunda ação, onde se verificou a litispendência, não poderá prosseguir, devendo ser extinto o processo sem julgamento do mérito (CPC 267 V)."

Humberto Theodoro Júnior leciona, na obra "*Curso de Direito Processual Civil*," Rio de Janeiro: Forense, vol. I, 38 ed., 2002, p. 281, que:

0 /



**RIO GRANDE DO NORTE
SECRETARIA DA TRIBUTAÇÃO
CONSELHO DE RECURSOS FISCAIS**

“Não se tolera, em direito processual, que uma mesma lide seja objeto de mais de um processo simultaneamente (...)

Demonstrada, pois, a ocorrência de litispendência ou de coisa julgada (isto é, verificada a identidade de partes; de objeto e de causa petendi) entre dois processos, o segundo deverá ser extinto, sem apreciação do mérito”.

O Código de Processo Civil (1973), estabelecia as características da litispendência no §§ 1º e 2º do art. 301, *in verbis*:

Art. 301. (...)

§ 1º Verifica-se a litispendência ou a coisa julgada, quando se reproduz ação anteriormente ajuizada.

§ 2º Uma ação é idêntica à outra quando tem as mesmas partes, a mesma causa de pedir e o mesmo pedido

Por seu turno o Novo Código de Processo Civil aponta tais características nos §§ 1º e 2º do art. 337, transcritos a seguir:

Art. 337. (...)

§ 1º Verifica-se a litispendência ou a coisa julgada quando se reproduz ação anteriormente ajuizada.

§ 2º Uma ação é idêntica a outra quando possui as mesmas partes, a mesma causa de pedir e o mesmo pedido.

Da leitura dos dispositivos retro mencionados, conclui-se que a litispendência resta caracterizada quando ocorre a hipótese de identidade das partes, da causa de pedir e do pedido, entendimento que encontra guarida em decisões proferidas em diversos tribunais, conforme ementas colacionadas transcritas a seguir:

**TRF-4 - AGRAVO EM APELAÇÃO CIVEL AC 50328820620144047108
RS 5032882-06.2014.404.7108 (TRF-4)**

Data de publicação: 23/10/2014

Ementa: PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. LITISPENDÊNCIA. Restando caracterizada a litispendência, na hipótese de identidade de partes, causa de pedir e pedido, o feito deve ser extinto sem julgamento do mérito, nos termos do art. 267, V, do CPC. Agravo improvido.

TRF-1 - APELAÇÃO CIVEL AC 48772020074013800 (TRF-1)

Data de publicação: 14/11/2014

Ementa: PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. AJUIZAMENTO ANTERIOR DE AÇÃO ANULATÓRIA. LITISPENDÊNCIA. COISA JULGADA. PROCESSO EXTINTO. INCISO V DO ART. 267 DO CPC. 1. De início,



**RIO GRANDE DO NORTE
SECRETARIA DA TRIBUTAÇÃO
CONSELHO DE RECURSOS FISCAIS**

ajuizamento prévio de ações anulatórias que versam sobre os créditos tributários discutidos nesta demanda. 2. Ocorre, porém, que o ajuizamento anterior daquelas ações anulatórias prejudica os presentes embargos à execução, visto que caracterizado o fenômeno processual da litispendência e da coisa julgada. Precedentes do STJ e desta Corte. 3. "(...) 2."É pacífico nas Turmas que integram a Primeira Seção desta Corte o entendimento no sentido de que deve ser reconhecida a litispendência entre os embargos à execução e a ação anulatória ou declaratória de inexistência do débito proposta anteriormente ao ajuizamento da execução fiscal, se identificadas as mesmas partes, causa de pedir e pedido, ou seja, a tríplice identidade a que se refere o art. 301, § 2º, do CPC"(REsp 1.156.545/RJ, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 28/04/2011). No mesmo sentido: AgRg nos EREsp 1.156.545/RJ, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Seção, DJe 04/10/2011; REsp 1.040.781/PR, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 17/3/2009; REsp 719.907/RS, Primeira Turma, Rel. Ministro. Teori Albino Zavascki, DJe de 5.12.2005. (...)" (AGARESP 208266, rel. MIn. BENEDITO GONÇALVES, DJE DATA:14/05/2013). 4. Apelação e remessa oficial providas.

TRF-1 - APELAÇÃO CIVEL AC 00023124020134013811 (TRF-1)

Data de publicação: 06/03/2015

Ementa: PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. AJUIZAMENTO DE AÇÕES SUCESSIVAS COM A MESMA CAUSA DE PEDIR, PEDIDO E PARTES. LITISPENDÊNCIA. OCORRÊNCIA. PROCESSO EXTINTO. INCISO V DO ART. 267 DO CPC. 1. Verifica-se a **litispendência** quando se repete ação que está em curso, nos termos do § 3º do art. 301 do CPC. 2. In casu, restou evidenciada a tríplice identidade entre partes, pedido e causa de pedir em relação às **execuções fiscais**. 3. Com efeito, conforme ressaltou com lucidez o Juízo a quo: "Ante a existência de **litispendência**, por haver outra **execução** (Processo n. 5775-24.2012.4.01.3811) idêntica e anteriormente distribuída a esta, declara **extinta** a presente **execução**, sem julgamento do mérito, nos termos do art. 267, V, do Código de Processo Civil ." 4. Apelação não provida. Sentença mantida.

TJ-MG - Apelação Cível AC 10049120004988001 MG (TJ-MG)

Data de publicação: 26/08/2015

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO - TRÍPLICE IDENTIDADE - LITISPENDÊNCIA - EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO. - Induz litispendência o ajuizamento de várias ações ordinárias visando a extinção de débitos entre as mesmas partes litigantes. - Constatada no feito a tríplice identidade de partes, causa de pedir e pedido com outra ação pendente, impõe-se a sua extinção sem resolução do mérito, na forma do artigo 267, inciso V, do CPC.

Pois bem, no caso em análise ao compararmos o Auto de Infração nº 479/2015-1ª URT (fl. 02 a 04), com a cópia do Auto de Infração nº 108/2014 acostada aos



**RIO GRANDE DO NORTE
SECRETARIA DA TRIBUTAÇÃO
CONSELHO DE RECURSOS FISCAIS**



autos (fls. 141 a 142), constata-se constatar que em ambos ocorre hipótese de identidade do sujeito passivo, das ocorrências apontadas e do período alcançado pela fiscalização.

Inclusive, vale ressaltar que o Auto de Infração nº 108/2014-1ª URT se encontra pendente de julgamento em segunda instância, isto é, ainda há um processo em curso que envolve as mesmas partes, causa de pedir e pedido, reconhecendo assim que nos deparamos com a caracterização da litispendência nos termos da norma processual civil.

Portanto, inexistente qualquer dúvida que o julgador singular agiu corretamente ao declarar extinto o Auto de Infração nº 479/2015-1ª URT, sem análise do mérito, nos termos do art. 267, inciso V do CPC.

Por tais razões, VOTO em consonância com o parecer oral da ilustre representante da douta Procuradoria Geral do Estado, em conhecer e negar provimento ao Recurso de ofício, para manter a decisão singular que declarou extinto o presente processo.

É como voto.

Sala Cons. Danilo G. dos Santos, Natal RN, 07 de novembro de 2017.

Jane Carmen Carneiro e Araújo
Relatora