

PROCESSO - A.I. Nº 269199.0003/02-0
RECORRENTE - ARAPUÁ COMERCIAL S/A.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JJF nº 0012-03/03
ORIGEM - INFAZ SIMÕES FILHO
INTERNET - 09.04.03

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0128-11/03

EMENTA: ICMS. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. FALTA DE EXIBIÇÃO DO DOCUMENTO FISCAL COMPROBATÓRIO DO DIREITO AO CRÉDITO. A autuação decorreu do fato de não terem sido apresentados ao fisco os documentos fiscais correspondentes aos lançamentos efetuados. Tese do contribuinte de direito ao creditamento por entender indevida e inconstitucional a inclusão do ICMS em sua própria base de cálculo não deve encontrar amparo, por estar a lei baiana estribada na Lei Complementar nº 87/96, sobre a qual não pesa nenhuma declaração de inconstitucionalidade quanto a esta matéria. Tampouco encontra fulcro na legislação baiana a correção monetária de créditos fiscais. Não cabe a este órgão julgador a declaração de inconstitucionalidade da legislação tributária. Rejeitadas as preliminares suscitadas, pois correta a tipificação do Auto de Infração, não tendo havido nenhum cerceamento de direito de defesa. Matéria *sub judice* haja vista a existência de Ação Declaratória pelo Rito Ordinário com Pedido de Tutela, pendente de Decisão pelo Poder Judiciário. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de um Recurso Voluntário interposto após Decisão que julgou Procedente o Auto de Infração lavrado para reclamar utilização indevida de crédito fiscal sem a apresentação do competente documento comprobatório do direito ao referido crédito.

O Auto de Infração foi julgado Procedente, tendo o Relator da 3ª JJF apresentado os seguintes fundamentos:

“Inicialmente, devo ressaltar que, como o autuado informou, em sua peça defensiva, que havia ingressado, anteriormente à data de lavratura deste Auto de Infração, com uma Ação Declaratória pelo Rito Ordinário com Pedido de Tutela (fls. 71 a 87) e considerando o disposto no artigo 117, do RPAF/99, esta 3ª JJF decidiu converter o PAF à PROFAZ para que aquele órgão jurídico informasse em que estágio se encontra a referida Ação Ordinária e emitisse Parecer jurídico sobre se seria cabível o julgamento do presente Auto de Infração por este órgão julgador.

O Procurador da Coordenação de Representação e Defesa Judicial (CODEF) confirmou a existência da Ação Declaratória pelo Rito Ordinário com Pedido de Tutela interposta pelo

contribuinte sob o nº 140018305411 e informou que a ação foi julgada procedente em primeiro grau, mas a sentença teve seus efeitos suspensos em decorrência de Recurso de Apelação apresentado pelo Estado.

O Procurador Chefe da PROFAZ, por seu turno, emitiu um Despacho (fl. 134) acolhendo o Parecer da CODEF e salientando que “a Decisão obtida em primeira instância pelo autuado encontra-se pendente de julgamento pelo Eg. Tribunal de Justiça, sendo que a apelação foi recebida em ambos os efeitos, devolutivo e suspensivo”, ratificando “a possibilidade de conhecimento e julgamento do processo administrativo por esse Egrégio Conselho”.

Sendo assim, passo a proceder ao julgamento do Auto de Infração, deixando de acatar a preliminar de nulidade suscitada pelo contribuinte, tendo em vista que a infração nele apontada foi claramente descrita, com a indicação do dispositivo infringido e a juntada dos demonstrativos necessários, com a discriminação de todas as notas fiscais que originaram a utilização indevida de crédito fiscal, tendo sido, portanto, assegurado, ao sujeito passivo, amplo direito de defesa. Ademais, os critérios de cálculo da atualização monetária e dos acréscimos tributários incidentes sobre o débito ora exigido, são aqueles previstos na legislação que rege a matéria.

No mérito, verifica-se, da análise dos documentos acostados, que a autuante constatou lançamentos de valores nos livros fiscais do autuado, a título de créditos fiscais extemporâneos, baseados em notas fiscais emitidas pelo próprio autuado, sem que tivessem sido apresentados, à Fiscalização, os documentos competentes para validar o direito aos mesmos.

Na sua defesa, o autuado não contesta os valores da infração, limitando-se a dizer que os referidos créditos foram efetuados para possibilitar o estorno de débitos indevidamente lançados sobre vendas a prazo, consignados em notas fiscais que foram emitidas para tal fim e calculados sobre o valor dos encargos financeiros cobrados dos consumidores nas vendas financiadas com Recursos próprios. Segundo alega, o estorno dos débitos está respaldado em um Parecer Técnico Contábil, emitido pela empresa Deloitte Touche Tohmatsu, demonstrando o critério para apuração dos valores.

Não obstante os argumentos defensivos, entendo que o autuado não trouxe aos autos razões que pudessem elidir a acusação fiscal, a qual está baseada no § 1º do artigo 17 da Lei nº 7.014/96 e no inciso I do artigo 54 do RICMS/97, que prevêem que integram a base de cálculo do imposto:

- a) o montante do próprio imposto, constituindo o respectivo destaque mera indicação para fins de controle;*
- b) o valor correspondente a seguros, juros e demais importâncias pagas, recebidas ou debitadas, bem como descontos concedidos sob condição;*
- c) o valor do frete, caso o transporte seja efetuado pelo próprio remetente ou por sua conta e ordem e seja cobrado em separado.*

Ressalte-se, ainda, que, nas vendas a prazo realizadas por empresas comerciais, caso do autuado, os valores de tais vendas são exatamente aqueles efetivamente pagos pelo consumidor final, ao adquirir os produtos, daí porque devem, as parcelas pagas a título de “encargos financeiros”, ser computadas na base de cálculo do ICMS, sob pena de tal desoneração importar em tratamento privilegiado àqueles que não se constituem em instituições financeiras, estas sim apenas tributadas pelo imposto próprio sobre operações financeiras – o IOF, de competência da União.

Deve-se salientar, por oportuno, que já foram lavrados inúmeros Autos de Infração contra este mesmo contribuinte, pela mesma infração, tendo sido, os que são de meu conhecimento, julgados procedentes em primeira e segunda instância. Podem ser citados, dentre outros, os seguintes Acórdãos exarados por este CONSEF: JJF nº 2031/01-01, JJF nº 2045/01-01, JJF nº 2046/01-01, JJF nº 0326/02-02, JJF nº 0363/01-02; CJF nº 2189/11-01, CJF nº 0001/11-02, CJF nº 0019/11-02, CJF nº 0058/12-02, CJF nº 0434/11-02, CJF nº 0445/12-02, CJF nº 0448/12-02 e CJF nº 0456/11-02.

Finalmente, o contribuinte alegou que o percentual de 60% da multa indicada tem cunho confiscatório e pede a sua redução; entretanto, este órgão julgador não é competente para apreciar tal pedido, o qual só poderia ser feito ao apelo da equidade à Câmara Superior deste Colegiado.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração”.

Inconformado o autuado apresenta Recurso Voluntário onde alega que os julgadores da 3ª JJF decidiram pela Procedência do Auto de Infração por entenderem, de forma equivocada, uma vez que existe uma sentença judicial que concedeu a antecipação de tutela a fim de permitir o creditamento dos valores ora exigidos.

Afirma que inexistem motivos para ensejar a procedência deste auto, pois, o procedimento adotado pelo recorrente de creditar-se de valores do ICMS indevidamente pagos sobre encargos financeiros tem respaldo constitucional, no RICMS/BA além de estar amparado por sentença judicial.

Insiste na preliminar de nulidade do Auto de Infração por não restar consignado, em momento algum os limites e parâmetros de aplicação dos acréscimos moratórios determinados, de maneira que tal expediente impede a oro recorrente de avaliar e provisionar a demanda administrativa fiscal, além de dificultar a defesa do recorrente por impossibilitar a compreensão exata das penalidades aplicáveis.

Quanto ao mérito afirma que o creditamento realizado não foi feito de forma indevida pois decorreu do seu direito e em estrita observância da legislação estadual.

Diz que o presente Auto de Infração decorre de equívoco, pois desafia o soberano Poder Judiciário, tendo em vista que a R.sentença proferida pelo M.M. Juiz reconheceu o direito do recorrente e, através da antecipação de tutela concedida na r. sentença, autorizou o creditamento realizado.

Esclarece que na verdade o que ocorreu foi a compensação dos valores do ICMS pago indevidamente ao fisco, referente aos encargos financeiros nas suas vendas a prazo e que tais encargos não podem ser incluídos na base de cálculo do ICMS, por não existir previsão na legislação.

Acrescenta que o aproveitamento dos créditos extemporâneos pelo recorrente tem como fundamento o princípio da não cumulatividade.

Salienta que o dispositivo da r. sentença possui aplicabilidade imediata em razão da antecipação da tutela concedida e do recebimento da apelação apenas no efeito devolutivo.

O recorrente contesta a multa aplicada insistindo que a mesma é confiscatória, e que a autoridade fiscalizadora ao imputar multa abusiva sobre o crédito escriturado acaba por confiscar parte do patrimônio do contribuinte, uma vez que a suposta infração cometida possui respaldo constitucional e jurisprudencial.

Que a multa em questão deve ater-se a percentuais que somente punam o contribuinte em 10% ou 20%, sem significar confisco ou enriquecimento ilícito do Fisco e ainda que os Tribunais já têm reduzido a multa flagrantemente confiscatória a padrões punitivos que não representam enriquecimento ilícito do Fisco.

Por fim, requer a Improcedência da autuação ou no máximo a aplicação de multa que seja razoável sem caráter confiscatório.

Em Parecer de fl. 168 a PROFAZ, através de sua representante, opina pelo não provimento do Recurso Voluntário, tendo em vista que a Decisão judicial citada pelo recorrente foi objeto de Recurso que foi recebido com efeitos suspensivo e devolutivo, o que significa que a Decisão de 1ª Instância não transitou em julgado, permanecendo, pois, *sub judice*.

Esclarece ainda que a existência de Decisão judicial com antecipação de tutela não é razão para a extinção do presente processo, tampouco para a sua improcedência, pois, uma vez que os argumentos do recorrente não podem ser acatados em vista da legislação estadual e da LC nº 87/96 que determina expressamente que “*integra a base de cálculo do imposto o valor corresponde a seguros, juros e demais importâncias pagas, recebidas ou debitadas, bem como descontos concedidos sob condição*”

VOTO

Neste Recurso Voluntário o recorrente repete os mesmos argumentos já analisados e rechaçados pela 3ª JJF.

Inicialmente, quanto à preliminar de nulidade suscitada, tendo em vista que a infração apontada foi claramente descrita, com a indicação do dispositivo infringido, a juntada dos demonstrativos necessários, a discriminação de todas as notas fiscais que originaram a utilização indevida de crédito fiscal, foi assegurado, ao sujeito passivo, o amplo direito de defesa. Ademais, os critérios de cálculo da atualização monetária e dos acréscimos tributários incidentes sobre o débito ora exigido, são aqueles previstos na legislação que rege a matéria.

Quanto ao mérito, a alegação de que os créditos fiscais utilizados extemporaneamente referem-se a estornos de encargos financeiros e do próprio imposto não integram a base de cálculo do imposto, não pode ser acatada, pois, ao contrário do que afirma o recorrente, existe previsão legal para esta inclusão, pois, a Lei nº 7.014/96 que está fundamentada na Lei Complementar nº 87/96, em seu art. 17 determina que:

“integra a base de cálculo do imposto o valor corresponde a seguros, juros e demais importâncias pagas, recebidas ou debitadas, bem como descontos concedidos sob condição”.

Com relação à impossibilidade da cobrança em vista da Decisão judicial, de fato, enquanto pendente de uma Decisão final o presente crédito não poderá ser cobrado, porém, tal Decisão, como dito pela ilustre Representante da PROFAZ em seu Parecer, “*a Decisão judicial referida pelo recorrente não tem força para impedir a constituição do crédito fiscal pela autoridade competente.*” O que fica impedido nesta situação é a exigência do crédito, não a sua constituição.

Relativamente à multa aplicada, como já dito no voto do Relator de 1ª Instância, a competência para apreciar pedido de redução de multa é da Câmara Superior.

Pelo exposto, concordo com o Parecer exarado pela representante da PROFAZ e NEGO PROVIMENTO ao Recurso Voluntário devendo ser mantido, na íntegra, o Acórdão recorrido.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão Recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **269199.0003/02-0**, lavrado contra **ARAPUÃ COMERCIAL S/A.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$9.107,22**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, e demais acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 27 de março de 2003.

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS- PRESIDENTE

VERBENA MATOS DE ARAÚJO - RELATORA

MARIA JOSÉ RAMOS COELHO LINS DE ALBUQUERQUE SENTO SÉ - REPR.DA PROFAZ