

PROCESSO - A.I. Nº 274068.0006/03-0
RECORRENTE - ARAPUÃ COMERCIAL S/A
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JF nº 0354-01/03
ORIGEM - INFRAZ SIMÕES FILHO
INTERNET - 05.12.03

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0653-11/03

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. FALTA DE APRESENTAÇÃO DA DOCUMENTAÇÃO FISCAL COMPROBATÓRIA. **a)** OUTROS CRÉDITOS. AÇÃO DECLARATÓRIA. A legislação prevê que as despesas cobradas ou debitadas nas operações comerciais integram a base de cálculo do ICMS. Em razão da matéria encontrar-se sub judice, o lançamento visa evitar a decadência do direito de constituir o crédito tributário, cuja exigibilidade fica suspensa até a Decisão final da lide pelo Poder Judiciário. Prejudicado o exame na esfera administrativa diante da escolha de via judicial. **b)** FALTA DE APRESENTAÇÃO DO DOCUMENTO COMPROBATÓRIO DO DIREITO AO CRÉDITO. SERVIÇOS DE COMUNICAÇÃO E ENERGIA ELÉTRICA. O uso do crédito fiscal, nas formas definidas em lei, condiciona ao sujeito passivo a comprovação de sua idoneidade, quando solicitado pelo Fisco. Comprovada parcialmente a infração. **c)** IMPOSTO DESTACADO A MAIS NO DOCUMENTO FISCAL. É vedado o creditamento do imposto em valor a mais do que destacado no documento fiscal. Rejeitadas as preliminares levantadas. Os argumentos aduzidos nas razões do recurso não modificam o julgamento recorrido. Recurso Voluntário **PREJUDICADO** quanto ao item 1. **NÃO PROVIDO** quanto aos itens 4 e 6. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo sujeito passivo, através de seu representante legal, em razão da Decisão prolatada no Acórdão nº 0354/01-03, em que a 1ª Junta de Julgamento Fiscal considerou o Auto de Infração acima indicado Procedente em Parte.

A peça acusatória, aponta as seguintes infrações:

1. utilização indevida de crédito fiscal sem a apresentação do competente documento comprobatório do direito ao referido crédito, nos meses de agosto de 2002 a maio de 2003, no valor de R\$45.398,77;
2. entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas a tributação sem o devido registro na escrita fiscal, no mês de junho/00 (Anexo 2), multa no valor de R\$39,92;
3. entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis, sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de fevereiro a abril/99 – agosto e dezembro/99 – janeiro/abril/maio/julho/2000 (Anexo 3), multa no valor de R\$17,34;

4. utilização indevida de crédito fiscal em valor superior ao destacado no documento fiscal. Contribuinte utilizou como base de cálculo (Anexo 4) o valor contábil, implicando em lançamento de crédito a mais do que o destacado no documento fiscal, nos meses de março/junho/julho/00, no valor de R\$429,70;
5. utilização indevida de crédito fiscal referente a lançamento de documento em duplicidade referente prestação de serviço de telecomunicação, nos meses de março e maio de 1999 (anexo 5), no valor de R\$646,59;
6. utilização indevida de crédito fiscal sem a apresentação do competente documento comprobatório do direito ao referido crédito. Houve o creditamento de ICMS em decorrência de prestação de serviço de comunicação e energia elétrica, sem a apresentação do documento comprobatório. O contribuinte recebeu intimação para apresentar a documentação, porém não comprovou a origem dos créditos fiscais, nos meses de agosto a dezembro de 1999, janeiro/julho/dezembro/2000, no valor de R\$4.791,90.

No julgamento de 1ª Instância, o Auto de Infração foi julgado Procedente em Parte, tendo a relatora apreciado a questão prejudicial arguida pelo autuado, quanto a existência de Ação Declaratória em que foi concedida a tutela antecipada pelo MM Juiz da 3ª Vara da Fazenda Pública, tendo em vista que a medida liminar suspende a exigibilidade, mas não a constituição do crédito tributário pela autoridade administrativa. Considerou que as nulidades suscitadas pelo contribuinte se confundem com o mérito, apreciando-o dessa forma.

Relativo ao item 1 manteve a autuação, e ressaltou que a exigibilidade estaria suspensa até a Decisão da Ação Declaratória interposta pelo autuado, na esfera judicial.

Quanto aos itens 2 e 3, que se referem a falta de registro na escrita fiscal de mercadorias tributáveis (item 2) e não tributáveis (item 3), em que foram aplicadas as multas previstas no art. 42, incisos IX e XI da Lei nº 7014/96, manteve as referidas multas.

Relativamente ao item 4, manteve a exigência fiscal, e afastou o argumento de que teriam sido violados os princípios constitucionais insertos no art. 5º, inciso LV da Constituição Federal.

E quanto ao item 5 considerou Procedente a autuação, observando que o próprio contribuinte reconheceu a infração, e recolheu o valor autuado.

Referente ao item 6, que trata da glosa do crédito, pela falta da apresentação do documento comprobatório do direito ao creditamento, considerou que embora o autuado não tivesse se manifestado na sua defesa, requereu posteriormente a juntada de cópias de documentos às fls. 166 a 183 dos autos, e em razão do princípio da verdade material que vige no processo administrativo fiscal, acolheu os documentos, e procedeu a análise dos mesmos, onde verificou que os documentos relativos às Notas Fiscais/ Faturas da Embratel e Telemar acostadas às fls. 167 a 174, comprovavam a origem dos créditos, deduzindo o valor inicialmente exigido, e elaborou Demonstrativo de Débito relativo a infração em comento, reduzindo o valor do débito de R\$4.791,90 para R\$3.862,49, o que resultou no julgamento do Auto de Infração pela Procedência Parcial, exigindo o ICMS no valor de R\$ 50.337,55, e a multa no montante de R\$57,26.

Transcrevo a seguir, o voto prolatado pela relatora na 1ª Instância:

“ A infração 1 do presente Auto de Infração exige imposto por utilização indevida de crédito fiscal sem a apresentação do competente documento comprobatório do direito ao referido crédito, referente aos meses de agosto de 2002 a maio de 2003. O contribuinte lançou a título de “Ação Declaratória 8.305.411/01”, no livro de Registro de Apuração do ICMS, no campo referente a “Outros Créditos”, valores exatamente iguais ao saldo apurado do imposto a recolher mensalmente, ocasionando o seu não recolhimento nos meses acima citados.

Preliminarmente, o impugnante argüiu prejudicial ao mérito do lançamento a referida Ação Declaratória, onde foi solicitado, em juízo, que fosse reconhecido o direito de crédito referente ao ICMS pago sobre os juros recebidos ou debitados pelo contribuinte ao destinatário das mercadorias. Esta ação pugna pela concessão de tutela antecipada, que, inicialmente foi indeferida, e, posteriormente, foi concedida, quando o MM Juiz da 3ª Vara de Fazenda Pública, nesta cidade do Salvador, julgou procedente a demanda. Recorrida pela Fazenda Pública do Estado da Bahia com apelação ao Tribunal de Justiça, a mesma foi recebida em ambos os efeitos, devolutivo e suspensivo, que em seguida foi reformada, recebendo o Recurso da Fazenda Pública somente no efeito devolutivo, mantendo os efeitos da tutela antecipada anteriormente concedida. Novamente, a Fazenda Pública do Estado da Bahia interpôs Pedido de Suspensão de Tutela Antecipada (processo nº 14752-4/2003), deferido pelo Tribunal Pleno, em 10 de junho de 2003, e publicado em 11 de junho do mesmo ano (fls. 115/116) e o Auto de Infração somente foi lavrado após tal Decisão, ou seja, em 30/06/03.

A concessão de medida liminar ou de tutela antecipada, em outras espécies de ação judicial, conforme expresso no art. 151, V, CTN, é hipótese de suspensão da exigibilidade do crédito tributário, ou seja, a exigibilidade do crédito fica interrompida até Decisão final em último grau de Recurso. Porém, nada impedindo a sua constituição, o que, entendo, ser dever do Fisco lançar o valor que considera devido, para assegurar, posteriormente, a sua exigibilidade no caso de Decisão a ele favorável. Assim, as decisões em grau administrativo podem e devem continuar seu curso. No entanto, se a ação judicial tivesse ocorrido em data posterior à autuação, o presente processo estaria extinto, nos termos do art. 122, IV do RPAF/99. Este caso aqui não se aplica, uma vez que a ação fiscal é posterior a Ação Declaratória.

As nulidades levantadas pelo impugnante, por afronta a princípios constitucionais, confundem-se com as questões de mérito e, nessa situação, vou entendê-las.

O sujeito passivo advogou que os juros de vendas a prazo são, meramente, o “custo do dinheiro” e pelo fato de serem recebidos posteriormente à venda, não podem ser confundidos como fato gerador do ICMS, pois neles não se configura a hipótese de sua incidência. Inclusive, afirmou não haver previsão legal citando o disposto no art. 4º e 17 da Lei nº 7.014/96 e, que o pagamento efetuado a este título foi indevido, pois violou o princípio da legalidade, previsto no inciso II, do art. 5º, bem como, o art. 150, I, ambos da Constituição Federal de 1988.

Discordo do posicionamento do impugnante, pois entendo não existir qualquer violação ao princípio da legalidade inserta da Constituição Federal, que reservou à legislação infraconstitucional a forma de cálculo do ICMS. A Lei Complementar nº 87/96 em seu art. 13, dispõe:

Art. 13 – A base de cálculo do imposto é:

I - na saída de mercadorias previstas nos incisos I, III e IV do art. 12, o valor da operação;

§ 1º Integra a base de cálculo do imposto:

I - ...

II – o valor correspondente a:

a) seguros, juros e demais importâncias pagas, recebidas ou debitadas, bem como descontos concedidos sob condição;

Estas determinações foram recepcionadas pela Lei nº 7.014/96, através do seu art. 17, § 1º e pelo RICMS/97 (art. 54).

Em conformidade com as determinações legais acima transcritas, as vendas a prazo com financiamento próprio do autuado, como ficou evidenciado, inclusive confirmado pelo sujeito passivo na sua peça de defesa, os juros e acréscimos monetários correspondentes fazem parte das operações de vendas, por ser valor da efetiva operação comercial, não havendo qualquer pertinência de que, por serem pagos posteriormente a compra, não integram a base de cálculo do ICMS. Tais importâncias são ajustadas no exato momento da compra, ou seja, no momento da ocorrência do fato gerador do imposto, sendo parte integrante do preço das mercadorias vendidas. No contexto, toda a doutrina trazida à lide pelo impugnante, apenas corrobora este entendimento.

Como ressalva, observo que estas importâncias só não incidiriam o imposto, caso a transação fosse efetuada com o financiamento do negócio por uma instituição financeira. Neste contexto, o tributo incidente sobre a parcela do financiamento seria de competência federal (IOF), entretanto, este não é o caso em tela. E, como resultado, não existe qualquer violação ao princípio constitucional da capacidade contributiva do contribuinte, nem da isonomia fiscal, haja vista que o impugnante tomou como paradigma para sua contestação, Decisão do Supremo Tribunal Federal sobre juros cobrados pelos cartões de crédito, assunto não correspondente com o aqui tratado, Decisão esta que, inclusive, reforça o posicionamento ora exposto.

A fim de tornar mais evidente o acima exposto, passo a transcrever parte da Decisão, à fl. 141 dos autos:

Não resta dúvida, e isto foi posto como argumento no v. acórdão sob a invocação de ensinamentos de Cunha Gonçalves (fl. 188) – que no contrato de venda comercial o preço pode ser com parte certa e parte incerta, mas não é este o caso, pois o preço fica ajustado no exato momento da compra, e a base de tal valor é que adquire o comprador a titularidade do bem e se lhe permite a retirada do estabelecimento vendedor. Se utiliza ele um financiamento – o que fica seu inteiro critério mesmo após a aquisição da mercadoria e intimação da compra e venda – o acréscimo daí decorrente é consequência de operação financeira, como compensação pelo custo do dinheiro que o vendedor deixou de receber, mas não em razão do valor da mercadorias e dos encargos que lhe agregam naturalmente, e em razão da própria operação comercial de compra e venda.

Assim, restou provado, mediante escrituração do livro de apuração do ICMS, que o autuado ao realizar vendas de mercadorias por ela financiadas, emitia as notas fiscais com preço a vista, destacando o ICMS. Em seguida, por período de apuração, emitia Nota Fiscal complementar, relativa aos acréscimos financeiros incidentes sobre todas as operações de financiamento, destacando o ICMS, e efetuando lançamento a título de crédito fiscal para abatimento do imposto devido, na mesma quantia do imposto a recolher mensalmente.

Concluo pela manutenção da autuação relativa a este item no valor de R\$45.398,77, lembrando que a exigibilidade do crédito tributário encontra-se suspensa até Decisão final da Ação Declaratória impetrada pelo sujeito passivo.

Os itens 2 e 3 dizem respeito à entrada de mercadoria no estabelecimento, sem o devido registro na escrita fiscal, sendo exigida multa por descumprimento de obrigação acessória. Não houve impugnação da penalidade, inclusive foi recolhida a multa devida. Mantida a penalidade nos valores de R\$39,92 e R\$17,34.

No tocante ao item 4, foi exigido imposto por utilização indevida de crédito fiscal em valor superior ao destacado no documento fiscal. O impugnante argumentou ter havido violação do seu pleno direito à ampla defesa e ao contraditório, com base no art. 5º, LV da Constituição Federal, já que as autuante imputaram a infração sem indicar quais os documentos que comprovariam a existência de registro nos seus livros fiscais de valores a

mais que o permitido, o que, ao seu ver, impediu de apurar os fatos e apresentar impugnação.

Discordo do sujeito passivo, já que consta dos autos planilha elaborada pelas autuantes, à fl. 44 do PAF, a qual a empresa teve acesso, conforme assinatura aposta no referido documento e nele estão consignados os dados que identificam os documentos que foram objeto de utilização a mais de crédito fiscal do ICMS, quais sejam, data, código de operações fiscais, valor contábil, base de cálculo, ICMS lançado, ICMS destacado e ICMS indevido.

Também, foram acostados aos autos cópias reprográficas de quatro faturas da Embratel e uma da Coelba (fls. 45 a 49), demonstrando a irregularidade apontada na autuação, constando, inclusive, nos citados documentos constam aposição de carimbo “lançado” pelo autuado. Observo, ainda, que tais documentos pertencem ao impugnante, sendo desnecessária a entrega de cópia pela fiscalização. Ainda, analisando os citados documentos em confronto com o lançamento efetuado no livro Registro de Entradas (fls. 96, 103 e 106), nas contas de prestação de serviços – CPS, referente aos serviços de comunicação, o imposto destacado foi da ordem de R\$360,50, em cada uma e a empresa se creditou dos valores de R\$473,77, R\$464,25, 464,33 e 464,33. Também, para os serviços de energia elétrica o valor destacado no documento era de R\$709,23 e o valor creditado de R\$714,25, tudo em desconformidade com o art. 91 e § 5º do art. 93, do RICMS/97.

Mantenho a autuação no valor de R\$646,59.

O item 5 trata da utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a lançamento de documento fiscal em duplicidade. O impugnante reconheceu devido o valor exigido, inclusive recolheu o imposto. Mantida ação fiscal.

O item 6 da autuação, diz respeito à utilização indevida de crédito fiscal pela falta de apresentação dos documentos comprobatórios ao seu direito.

Neste item o impugnante argumentou ter havido cerceamento de defesa, nos mesmos moldes exposto no item 4 e, que nos autos não existia qualquer elemento que identificasse a origem dos referidos créditos (comunicação ou energia elétrica), tendo, desta forma, ficado impossibilitado de identificar nos livros fiscais a que documentos as autuantes se referiam. Afirmou, ainda, existir vícios no levantamento, já que, ao seu ver, feriu o princípio da não-cumulatividade do ICMS, além de que, lhe ser atribuída penalidade diversa daquela que corresponderia à infração apurada, ou seja, trocou uma sanção de cunho acessório por uma de obrigação principal.

No tocante a este item, observo que as determinações legais quanto ao direito de utilização do crédito para compensação com o débito do imposto estão expressas nas normas regulamentares, dentre elas a de o sujeito passivo colocar à disposição da Fiscalização, quando regularmente intimado, a sua comprovação, ou seja, pela apresentação dos documentos fiscais idôneos que gerou a utilização dos referidos créditos escriturados nos livros fiscais. Tal disposição está prevista no art. 31 da Lei nº 7.014/96 e arts. 91 e 92 do RICMS/97, descabendo a alegação quanto ao princípio da não-cumulatividade do ICMS.

Foi elaborado demonstrativo, à fl. 57, o qual o defendente em 01/07/03 teve acesso, conforme assinatura aposta no referido documento e nele estão consignados os dados identificando data de lançamento, código da operação fiscal, o valor contábil, base de cálculo e o ICMS que foi considerado como utilização indevida, cujos valores estão escriturados no livro Registro de Entradas, cópias anexadas às fls. 53 a 122. Também consta planilha recebida pelo autuado em 17/06/03, identificando os lançamentos acima citados, cuja cópia o impugnante recebeu, conforme assinatura e ciência aposta no documento de fl. 123 dos autos, ou seja, antes do lançamento tributário foi dada a oportunidade de o autuado apresentar os citados documentos, o que demonstra, sem sombra de dúvida, que está descaracterizada a

argumentação de cerceamento de defesa, valendo, observar, inclusive, que o impugnante reconheceu a falta de entrega dos citados documentos, haja vista que argumentou ter havido equívoco das autuantes ao lançar uma irregularidade que o defendente considerou de cunho acessório como sendo principal, qual seja, a falta de apresentação de documentos solicitados pelo Fisco.

O sujeito passivo não se manifestou na sua peça de impugnação, entretanto, objetivando descaracterizar a infração, requereu, posteriormente, a juntada aos autos de cópias reprográficas de documentos (fls.166/183) quando o processo se encontrava em fase de instrução para julgamento, os quais acolho e analiso, considerando o princípio da verdade material que norteia o processo administrativo fiscal.

Verifico que as Notas Fiscais/Faturas da Embratel e Telemar acostadas, às fls. 167/174, comprovam os lançamentos efetuados pelo autuado, desta forma, foram aceitas e deduzidos os valores correspondentes ao período e valor correspondente às mesmas, conforme a seguir:

MÊS/ANO	FORNECEDOR	CRÉDITO FISCAL (A)	CRÉDITO FISCAL COMPROVADO	CREDITO NÃO COMPROVADO	FLS. PAF
JANEIRO/00	EMBRATEL	360,50	360,50	-	167
	TELEMAR	62,91	62,91	-	170
	TELEMAR	80,64	80,64	-	171
	TELEMAR	97,29	97,29	-	172
TOTAL JAN/00		608,34	608,34	-	-
JULHO/00	TELEMAR	71,65	71,65	-	168
	TELEMAR	44,85	44,85	-	169
TOTAL JUN/00		116,50	116,50	-	-
NOVEMBRO/00	EMBRATEL	20,50	20,50	-	173
	EMBRATEL	184,07	184,07	-	174
TOTAL NOV/00		204,57	204,57	-	-

DEMONSTRATIVO DE DÉBITO DA INFRAÇÃO

CÓDIGO DÉBITO	DATA OCORRÊNCIA	DATA VENCIMENTO	IMPOSTO	MULTA (%)
10	31/08/99	09/09/99	356,09	60
10	30/09/99	09/10/99	355,52	60
10	31/10/99	09/11/99	656,50	60
10	30/11/99	09/12/99	573,15	60
10	31/12/99	09/01/00	891,17	60
10	31/01/00	09/02/00	513,70	60
10	31/07/00	09/08/00	516,36	60
10	31/12/00	09/01/01	0,00	60
TOTAL			3.862,49	

Mantenho parcialmente a infração, no valor de R\$3.862,49.

Por fim, o autuado argumentou que o percentual da multa aplicada teve cunho confiscatório, sendo imperativo sua redução para 30% ou 20%. Não tocante a tal alegação não pode esta Junta de Julgamento Fiscal apreciar tal pedido. Redução do percentual de multa por descumprimento de obrigação principal só poderá ser feita ao apelo da equidade e pela Câmara Superior deste CONSEF, devendo o contribuinte de preencher os requisitos definidos em lei.

Voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração, no valor de R\$50.337,55, além da multa por descumprimento de obrigação acessória, no valor de R\$57,26, homologando-se os valores já recolhidos”

O sujeito passivo, em razão do julgamento de 1ª Instância, ingressou com Recurso Voluntário, interpondo o mesmo, tempestivamente, onde alega que embora o julgador tenha acertadamente observado quanto a suspensão da exigibilidade do crédito do item 1, até a Decisão final da ação judicial, e ter reduzido a infração do item 5, entende que não deve prosperar a Decisão *a quo*, bem como os demais itens.

Diz que o item 1, se refere à matéria que está *sub judice*, em razão da Ação Declaratória em curso no Tribunal de Justiça da Bahia, e que a mesma contém pedido de tutela antecipada, e que foi concedida no momento da prolação da sentença, e informa que a Fazenda Pública Estadual recorreu da Decisão para o Tribunal, em recurso de apelação, que foi recebida pelo MM Juízo da 3ª Vara da Fazenda Pública em ambos os efeitos, equivocadamente, e por isso a autoridade fiscal entendendo que estando suspensa a Decisão judicial não havia óbice em lavrar o Auto Infração em questão.

Alega que a manutenção do Auto de Infração seria um excesso de exação, porque vai de encontro à Decisão judicial, e cita o art. 316 e § 1º do Código Penal Brasileiro, e ainda o art. 359 do mesmo diploma legal

Assevera não incidir ICMS sobre encargos financeiros, e cita para tanto ensinamento do eminente tributarista Roque Antonio Carraza, e Decisão do Supremo Tribunal Federal, em Recurso Extraordinário nº 101.103-0-RS, e Decisão do Superior Tribunal de Justiça, em sede de Recurso Especial nº 182.552, acerca da matéria em lide.

Argumenta quanto aos itens 4 e 6, que a autoridade fiscal não teria indicado quais as notas fiscais que se reportam a glosa de crédito fiscal, se dizendo surpresa com esse procedimento, e mais uma vez cita doutrina, e alega cerceamento ao seu direito de defesa.

Prossegue as alegações se insurgindo quanto à multa aplicada, e protesta quanto ao percentual da mesma, arguindo que tem efeito confiscatório, e requer a redução da penalidade imposta, e novamente cita Decisão do STF. Ao final, conclui a peça recursal requerendo o Provimento do Recurso Voluntário interposto, para reformar a Decisão recorrida, e julgar o Auto de Infração Improcedente, ou que seja reduzida à multa do item 1, e a dos demais itens.

A PGE/PROFIS, às fls. 228 a 230, exarou Parecer onde após descrever as infrações objeto do Auto de Infração, e as conclusões do voto prolatado na Junta de Julgamento Fiscal, considera que a peça recursal em nada acrescenta ao que já foi analisado pelo julgador de 1ª Instância, e observa que o autuado pede que seja retificado na resolução no que se refere aos valores que a Junta ao tratar da infração 4, manteve o valor da infração 5, que já foi quitada pelo recorrente. Conclui opinando pelo Não Provimento do Recurso, e determina a retificação solicitada.

VOTO

Inicialmente, constato que o sujeito passivo, nas razões do Recurso Voluntário, se referiu especificamente aos itens 1, 4 e 6, tendo em vista que foram reconhecidos os itens 2, 3 e 5 desde a impugnação, onde foi feita a juntada do DAE de recolhimento, conforme fl. 151 dos autos.

Quanto às alegações feitas pelo recorrente relativamente ao item 1 do Auto de Infração em comento, que se constitui principalmente o cerne da lide, uma vez que o referido item, trata de matéria tributária que foi objeto de ação judicial - Ação Declaratória nº 8.305.411/01, portanto anterior a autuação que data de 30/06/2003, entende o recorrente que na prolação da sentença, em que julgou procedente a demanda, foi confirmada a tutela antecipada, para que não fosse o recorrente obrigado a efetuar o recolhimento do imposto incidente sobre encargos financeiros resultantes de vendas a prazo, e que a Fazenda Estadual teria interposto o Recurso de Apelação em que foi recebido nos efeitos devolutivo e suspensivo.

Observo que às fls. 125 e 126 dos autos, consta cópia da Decisão do Tribunal de Justiça deste Estado, concedendo a suspensão dos efeitos da tutela antecipada, requerida pela Fazenda Estadual. Assim não prospera o argumento do recorrente de que procedeu ao creditamento dos valores nos termos da Decisão proferida nos autos da Ação Declaratória, uma vez que a mesma está em curso, e tendo sido suspensa a tutela antecipada, o que fica sobrestado é a exigibilidade do crédito até a Decisão final do mérito da referida ação judicial, mas não obsta que a autoridade administrativa constitua o crédito tributário, efetuando o lançamento, até para prevenir os efeitos da decadência.

Entretanto, diante da existência da ação judicial interposta pelo sujeito passivo na esfera judicial, este fato determina conforme preceitua o art. 27, inciso IV do RPAF/99, o encerramento do processo administrativo fiscal. De igual modo, dispõe o artigo 122, inciso IV, a extinção do PAF, em razão do ingresso do sujeito passivo em Juízo, relativamente à matéria objeto da demanda, antes de proferida ou de tornada irrecorrível a Decisão administrativa. E, em face da existência concomitante de processo administrativo com a discussão judicial da lide, o art. 117, inciso II, do mesmo diploma processual acima referido, a consequência é a remessa à Procuradoria da Fazenda Estadual para que exerça o controle da legalidade e adote as medidas cabíveis, consoante dispõe o § 1º do artigo citado (117). Neste mesmo sentido, dispõe o art. 126 do COTEB (Lei nº 3956/81 com a redação da Lei nº 7438/99).

Deste modo, está encerrada a discussão da lide, fato este que não foi observado pelos julgadores de 1ª Instância. Resta portanto, Prejudicado o Recurso Voluntário relativo a este item.

Quanto ao item 4, considero que a Junta de Julgamento Fiscal, apreciou pormenorizadamente as alegações do autuado, e concluiu que houve creditamento em desacordo com os arts. 91 e § 5º do art. 93 do RICMS/97, que dispõe sobre o direito ao crédito, para efeito de compensação com o débito do imposto, reconhecido ao estabelecimento que tenha recebido as mercadorias ou para qual tenham sido prestados os serviços, é condicionado a que as mercadorias recebidas pelo contribuinte ou os serviços por ele tomados tenham sido acompanhados de documento fiscal idôneo, no qual conste o destaque do imposto anteriormente cobrado, emitido por contribuinte em situação regular perante o fisco, e, se for o caso, à escrituração nos prazos e condições estabelecidos na legislação, e somente será admitido o crédito fiscal do valor do imposto corretamente calculado.

Verifico, contudo que o recorrente tem razão, quando alega que deve ser retificado o valor consignado pela relatora da Decisão recorrida, quando ao manter a autuação indicou referente a este item o valor de R\$646,59 que se refere ao item 5, quando o valor correto é R\$429,70, relativo ao item 4, ora em comento.

Relativamente ao item 6 que trata da utilização indevida por falta de apresentação do documento comprobatório do direito ao crédito, em que o recorrente alega que não foram indicadas quais as notas fiscais, também não logram êxito as arguições aduzidas no Recurso Voluntário, uma vez que consta à fl. 51 dos autos, demonstrativo das notas fiscais lançadas em duplicidade.

Alusivo ao argumento do recorrente de que a multa aplicada de 60% sobre os valores relativos às infrações objeto do Recurso Voluntário, se configuraria confisco, não pode ser acatado, uma vez que as mesmas estão determinadas na Lei do ICMS (Lei nº 7014/96) conforme art. 42, inciso VII, “a”. E cumpre salientar que a alegação de que a mesma fere o art. 150, inciso IV do texto constitucional, não se inclui na competência deste Conselho de Fazenda, a declaração de inconstitucionalidade, consoante o disposto no art. 167 do RPAF/99. E ainda quanto ao pedido de redução da multa, somente a Câmara Superior, pode ao apelo da equidade apreciar a solicitação de dispensa ou redução de multa por infração da obrigação principal, conforme preconiza o art. 159 do RPAF/99.

Por todo o acima exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário e concordo com a

manifestação da PGE/PROFIS no Parecer exarado às fls. 228 a 230 dos autos, que nas razões expendidas no mesmo não foram apresentados novos elementos que possam modificar o julgamento de 1ª Instância quanto aos itens 4 e 6, e, referente ao item 1 que fica PREJUDICADO diante do acima alegado por existir a ação judicial em curso relativamente à matéria em lide.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, considerar **PREJUDICADO** o Recurso Voluntário apresentado quanto ao item 1, **NÃO PROVER** o mesmo quanto aos itens 4 e 6, e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **274068.0006/03-0**, lavrado contra **ARAPUÃ COMERCIAL S/A.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$50.337,55**, sendo: R\$4.938,78, atualizado monetariamente, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, VII, “a”, da Lei nº 7.014/96 e, dos acréscimos moratórios, e R\$45.398,77, acrescido da multa de 60%, prevista no artigo, inciso e alínea do mesmo Diploma Legal acima citado, e dos demais acréscimos legais, mais a penalidade no valor de **R\$57,26**, atualizada monetariamente, prevista no art. 42, IX e XI, da Lei já referida, com homologação dos valores efetivamente recolhidos, ficando suspensa a exigibilidade do crédito tributário referente à infração 1 até a decisão da lide pelo Poder Judiciário.

Sala das Sessões do CONSEF, 20 de novembro de 2003.

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS – PRESIDENTE

IVONE DE OLIVEIRA MARTINS – RELATORA

SYLVIA MARIA AMOÊDO CAVALCANTE – REPR. DA PGE/PROFIS