

PROCESSO - A.I. Nº 274068.0005/03-4
RECORRENTE - ARAPUÃ COMERCIAL S/A
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JF nº 0328-01/03
ORIGEM - INFAZ SIMÕES FILHO
INTERNET - 12.12.03

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C/JF Nº 0661-11/03

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. **a)** DESPESAS ACESSÓRIAS. JUROS. A legislação prevê que as despesas cobradas ou debitadas nas operações mercantis integram a base de cálculo do ICMS. **b)** LANÇAMENTO EM DUPLICIDADE NA ESCRITA FISCAL DE DOCUMENTO FISCAL. Infração reconhecida pelo sujeito passivo. **c)** VALOR DO CRÉDITO SUPERIOR AO DESTACADO NO DOCUMENTO FISCAL. Infração não contestada. **d)** FALTA DE APRESENTAÇÃO DO DOCUMENTO COMPROBATÓRIO DO DIREITO AO CRÉDITO. A legislação estadual só permite o crédito fiscal quando exibido a documentação comprobatória do mesmo. Autuação elidida em parte. 2. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. **a)** FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTAS FISCAIS NO REGISTRO DE ENTRADAS. MERCADORIAS NÃO SUJEITAS À TRIBUTAÇÃO. MULTA. Infração não contestada. **b)** CANCELAMENTO IRREGULAR DE NOTA FISCAL DE SAÍDA. Infração não questionada. Rejeitadas as preliminares suscitadas. Tendo em vista a existência de Ação Declaratória, fica a exigibilidade do crédito tributário suspenso referente ao item 1 da autuação, mas não seu lançamento. Recurso Voluntário **PREJUDICADO** em relação ao item 1 e **NÃO PROVIDO** em relação aos itens 4 e 6. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo autuado contra a Decisão da 1ª. Junta de Julgamento Fiscal que através do Acórdão nº 0328/01-03 julgou Procedente em parte o Auto de Infração nº 274068.0005/03-4.

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 (agosto de 2002 a maio de 2003) – R\$28.601,55;
2. Estrada de mercadorias não tributável no estabelecimento sem o devido registro na escrita fiscal (agosto de 1999, abril e julho de 2000) – R\$3,25;
3. Omissão de saídas de mercadorias tributáveis por cancelamento irregular de notas fiscais. O contribuinte lançou a Nota Fiscal nº 6.930, de 01/06/99, como cancelada sem as vias dos documentos. E, na via fixa consta a assinatura do destinatário das mercadorias (junho de 1999) – R\$52,19;
4. Utilização indevida de crédito fiscal em valor superior ao destacado no documento fiscal. Foi

utilizada como base de cálculo para apuração do imposto o valor contábil, implicando em crédito a maior (março e julho de 2000) – R\$207,66;

5. Utilização indevida de crédito fiscal referente a lançamento de documento em duplicidade (prestação de serviço de telecomunicação em janeiro de 2000) – R\$222,96;
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. O contribuinte recebeu intimação para apresentar a documentação, porém não comprovou a origem dos créditos fiscais (janeiro de 1999 a janeiro de 2000, julho e dezembro de 2000) – R\$4.223,87.

O recorrente apresentou defesa informando que a sua manifestação se restringia aos itens 1, 4 e 6. Reconhecia o cometimento das irregularidades apontadas nos itens 2, 3 e 5 anexando cópia dos DAEs dos respectivos recolhimentos.

No julgamento de 1ª Instância, o Auto de Infração foi julgado Procedente em Parte, tendo a relatora apreciada a questão prejudicial argüida 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-as 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.

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.

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. 153 a 181, comprovavam a origem dos créditos.

AS RAZÕES DO RECURSO VOLUNTÁRIO

Regularmente notificado (A.R. fl. 208) do julgamento da 1ª instância, o sujeito passivo, inconformado, interpôs Recurso Voluntário às fls. 210 a 225 onde observa que a Junta de Julgamento Fiscal considerou PROCEDENTE a infração caracterizada no item 1, todavia determinou que em decorrência da Ação Declaratória nº 2001.83.0541-1 que ficava suspensa até a Decisão final em relação à mesma. Na oportunidade discorre a respeito da não incidência de encargos financeiros alegando que efetua com Recursos Próprios o financiamento das suas vendas e descreve os procedimentos fiscais que realiza.

Reporta-se relativamente à correção monetária embutida nos encargos financeiros, dizendo tratar-se de mera atualização monetária da moeda e que jamais poderá ser considerada uma vantagem. Cita num longo relato Doutrina e Jurisprudência do STJ - Supremo Tribunal Federal em julgamento do Recurso Especial no STJ – Superior Tribunal da Justiça de nº RE 182.552.

Alega que assim estaria evidenciada a insubsistência da infração impugnada, razão pela qual solicita que a mesma seja reformada.

Em relação à infração constante do item 4 assevera que houve violação ao direito de ampla defesa do recorrente e ao contraditório, estampado no art. 5º, Inciso LV da Constituição Federal.

Alega, ainda, que no que se refere ao item 6 à autuação imputou ao recorrente a penalidade diversa daquela que deveria ter sido imputada em razão do descumprimento de obrigação acessória, aplicando-lhe aquela relativa à obrigação principal.

Pede a exclusão da multa imposta alegando que “tendo em vista que, como anotou o Sr. Julgador *a quo*, a presente autuação visou impedir o curso do prazo decadencial, garantindo o direito do Fisco, o que não caracteriza ato ilícito passível de multa; Ou, caso não seja este entendimento, seja ao menos reduzida a multa imposta a patamares que não configurem a dilapidação do patrimônio do Contribuinte, sob pena de violação ao princípio de não confisco”.

Pede, finalmente, a reforma da Decisão para julgar Improcedente o Auto de Infração, ou a redução da multa, “*mais condizente com o seu carácter meramente sancionatório, evitando-se sua confiscatoriedade, como medida de direito e de justiça*”.

Instada a se manifestar a PGE/PROFIS emitiu parecer às fls. 231 a 233 dos autos dizendo que nas razões expendidas no referido Recurso Voluntário não foram apresentados novos elementos que possam modificar o julgamento de 1ª Instância quanto aos itens 4 e 6; e, no que concerne ao item 1 fica Prejudicado diante do acima alegado por existir a ação judicial em curso relativamente à matéria em lide.

VOTO

A análise da documentação constantes dos autos do Processo nos permite observar: que relativamente ao item 1 do Auto de Infração em comento que trata de matéria tributária que foi objeto de ação judicial – Ação Declaratória nº 140.01.830541-1, anterior a data da autuação 30.06.2003, entende o recorrente que ao ser prolatada a 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 os encargos financeiros decorrentes das vendas a prazo, e que a Fazenda Estadual teria interposto o Recurso de Apelação em que foi recebido com os efeitos suspensivos e devolutivos. A Decisão do Tribunal de Justiça deste Estado, concedendo a suspensão dos efeitos da tutela antecipada, requerida pela Fazenda Estadual faz com que não prospere o argumento do autuado de que procedeu ao creditamento dos valores nos termos da Decisão proferida nos autos da Ação Declaratória, 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, porém 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 art. 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 do processo administrativo com a discussão judicial em lide, o art. 117, Inciso II do mesmo diploma processual 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 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.

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 logra 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 as 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. 231 a 233 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** quanto ao item 1 e, **NÃO PROVER** quanto aos itens 4 e 6, o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 274068.0005/03-4, lavrado contra **ARAPUÁ COMERCIAL S/A.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$33.099,47**, sendo R\$4.450,88, 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\$28.648,59, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, VII, “a”, da citada lei, e demais acréscimos legais, além da penalidade no valor de **R\$3,25**, atualizado monetariamente, prevista no art. 42, XI, da Lei nº 7.014/96, homologando-se os valores efetivamente pagos.

Fica suspensa a exigibilidade do crédito tributário pertinente a infração 1 até a Decisão final da lide pelo Poder Judiciário

Sala das Sessões do CONSEF, 25 de novembro de 2003.

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS – PRESIDENTE

ALBERTO NUNES VAZ DA SILVA – RELATOR

MARIA JOSÉ RAMOS COELHO LINS DE ALBUQUERQUE SENTO SÉ –REPR DA PGE/PROFIS