

PROCESSO - A.I. Nº 271331.0005/02-4
RECORRENTE - ARAPUÃ COMERCIAL S/A
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4ª JJF nº 0356-04/03
ORIGEM - INFAP SIMÕES FILHO
INTERNET - 12.12.03

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C.J.F. Nº 0666-11/03

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. FALTA DE APRESENTAÇÃO DA DOCUMENTAÇÃO COMPROBATÓRIA. **a)** VALORES APROPRIADOS COM MENÇÃO À AÇÃO DECLARATÓRIA. Os valores das despesas acessórias cobradas a qualquer título dos adquirentes das mercadorias integram a base de cálculo do imposto. A matéria encontra-se *sub judice*. O lançamento visa evitar a decadência do direito de constituir o crédito tributário. A exigibilidade do crédito tributário ficará suspensa até Decisão final da lide. **b)** DOCUMENTOS FISCAIS LANÇADOS EM DUPLICIDADE. Comprovada a escrituração fiscal em duplicidade das notas fiscais objeto da autuação. 2. BASE DE CÁLCULO. DESPESAS ACESSÓRIAS. JUROS. Compõem a base de cálculo do ICMS os juros recebidos ou debitados pelo contribuinte ao destinatário das mercadorias. Infrações caracterizadas. Rejeitadas as preliminares de nulidade. Previsão legal da multa aplicada. Recurso **PREJUDICADO** quanto aos itens 1 e 2. **NÃO PROVIDO** quanto ao item 3. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário contra a Decisão da 4ª JJF que julgou Procedente o Auto de Infração, lavrado em 27/06/03, para exigir ICMS, no valor de R\$159.080,20, em decorrência das seguintes irregularidades:

1. Utilização indevida de crédito fiscal, no valor de R\$73.504,95, sem a apresentação do documento comprobatório do direito ao referido crédito. O contribuinte lançou no livro Registro de Apuração de ICMS, no campo referente a “outros créditos”, sob o título de “Ação Declaratória nº 8305411/01”, montantes iguais ao saldo apurado do imposto a recolher mensalmente, ocasionando o não recolhimento do imposto devido, a partir de agosto de 2002.
2. Recolheu a menos ICMS, no valor de R\$79.974,96, em decorrência de erro na determinação da base de cálculo do imposto nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. O autuado efetuava vendas a prazo e não estava incluindo na Base de Cálculo os valores referentes aos juros recebidos ou debitados pelo contribuinte ao destinatário das mercadorias.
3. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS, no montante de R\$5.184,97, referente a lançamento de documentos fiscais em duplicidade (energia elétrica e telecomunicações).
4. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS, no valor de R\$415,33, sem a apresentação do competente documento comprobatório do direito ao referido crédito.

O autuado apresentou defesa relativa, somente, aos itens 1, 2 e 3, tendo reconhecido e recolhido o valor referente ao item 4.

No julgamento de 1ª Instância, o Auto de Infração foi julgado Procedente, tendo o relator apresentado o seguinte voto:

VOTO DO RELATOR DE 1ª INSTÂNCIA

“Inicialmente, em relação à arguição de inconstitucionalidade à cobrança ressalto que o art. 167, I, do RPAF/99, exclui da competência dos órgãos julgadores a declaração da mesma.

Em relação as preliminares de nulidade suscitadas pelo autuado em relação às infrações 1 e 2, as mesmas não podem prosperar, pois, no caso em lide, não houve a alegada desobediência à determinação judicial e nem incidiram as autuantes em excesso de exação. É que o presente Auto de Infração foi lavrado em 27/06/03, ao passo que o Tribunal de Justiça do Estado da Bahia já havia deferido o Pedido de Suspensão da Tutela Antecipada (Processo nº 14752-4/2003) em 10/06/03. Ademais, como bem ressaltaram as autuantes na informação fiscal, a concessão de medida liminar ou de tutela antecipada, nos termos do art. 151, V, do CTN, é motivo de suspensão da exigibilidade do crédito tributário. No caso em tela, as autuantes apenas constituíram o crédito tributário mediante o lançamento, o que é uma atividade administrativa vinculada e obrigatória, nos termos da lei. A autuação também visa resguardar o direito do fisco em razão da decadência do direito de constituir o crédito tributário.

Adentrando no mérito da lide, constato que foi correto o procedimento das auditoras fiscais, pois o autuado escriturou créditos fiscais sem a apresentação dos devidos documentos comprobatórios do direito aos mesmos. A Ação Declaratória nº 140.01.830541-1, uma vez suspensa a tutela antecipada em 10/06/03, não era mais o documento hábil para a apropriação dos créditos fiscais em questão. Todavia, o direito aplicável ao caso em tela será decidido pelo Poder Judiciário, uma vez que a matéria ainda está sub judice, ficando, portanto, a exigibilidade do crédito tributário suspenso até a Decisão final da lide.

Quanto à infração 3, não acolho a arguição de nulidade, uma vez que não houve o alegado cerceamento do direito de defesa do autuado. Os demonstrativos de fls. 114, 121, 131 e 133, dos quais o autuado recebeu cópias, relaciona os documentos fiscais e todos os dados necessários ao pleno exercício do direito de defesa do contribuinte. Com base nesses demonstrativos, o autuado podia perfeitamente localizar a escrituração dos documentos fiscais e confirmar se houve ou não o lançamento em duplicidade.

No que tange à alíquota constante nos demonstrativos de débitos elaborados pelas autuantes, entendo que não há razão para a nulidade do lançamento, pois os valores do imposto a recolher foram corretamente apurados. Nos documentos fiscais de aquisição de energia elétrica e de serviços de comunicação, o imposto foi destacado à alíquota de 25%, desse modo, não houve nenhum prejuízo ao autuado.

Adentrando no mérito, em relação à infração 3, constato que, ao confrontar os documentos fiscais com os livros Registro de Entradas, fica caracterizado o lançamento em duplicidade de documentos fiscais. Ao contrário do afirmado pelo autuado, os documentos fiscais escriturados em duplicidade são os mesmos, apesar da mudança dos números. Para se creditar duas vezes do mesmo documento fiscal, o contribuinte usou o artifício de, na primeira vez, considerar o número da “Leitura Atual” do medidor de consumo como sendo o número do documento fiscal, já na segunda vez adotou o número da “Leitura Ant.” do mesmo medidor de consumo como sendo o número do novo documento fiscal.

Em face do comentado acima, entendo que a infração está devidamente caracterizada e que foi correto o procedimento das autuantes.

A infração 4, foi reconhecida pelo autuado, tendo anexado cópia do DAE para comprovar o recolhimento do débito. Assim, entendo que foi correto o procedimento fiscal.

Ressalto, que os documentos acostados ao processo em 15/08/03, em meu entendimento, os mesmos não elidem a infração 3, uma vez que não comprovam a regularidade dos créditos fiscais apropriados.

Saliento que às multas aplicadas no Auto de Infração não possui o caráter de confisco e nem fere o princípio da capacidade contributiva, pois são as legalmente prevista no art. 42, II, “a” e VII, “a”, da Lei nº 7014/96 para as infrações imputadas ao autuado. Ademais, o pedido de redução de multa requerido pela defesa, não pode ser atendido por falta de previsão legal.

Pelo exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração”.

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 4, entende que não deve prosperar a Decisão *a quo*, bem como os demais itens.

Diz que os itens 1 e 2, se referem 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 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.

Quanto ao item 3 alega, preliminarmente a decadência da constituição dos valores relativos aos meses de janeiro a junho de 1998.

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

Alega também a incorreção da aplicação da alíquota, que no caso deveria ser de 25% e o autuante aplicou 17% e aumentou a base de cálculo, modificando completamente o critério material da hipótese de incidência do tributo.

Prossegue as alegações se insurgindo quanto à multa aplicada, e protesta quanto ao percentual da mesma, argüindo 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 a multa do item 1, e a dos demais itens.

A PGE/PROFIS, às fls. 232 a 234, exarou Parecer onde após descrever as infrações objeto do Auto de Infração, e as conclusões do voto prolatado na Junta de Julgamento Fiscal, afasta a preliminar de decadência argüida, observando o disposto no artigo 173 do Código Tributário Nacional. No

mérito considera que a peça recursal em nada acrescenta ao que já foi analisado pelo julgador de 1ª Instância, e conclui opinando pelo Não Provimento do Recurso Voluntário. Ratificando a suspensão da exigibilidade do crédito tributário pertinente a infração 1 até a Decisão da lide pelo Poder Judiciário.

VOTO

Inicialmente, constato que o sujeito passivo, nas razões do Recurso Voluntário, se referiu especificamente aos itens 1, 2 e 3, tendo em vista que reconheceu o item 4 desde a impugnação, onde foi feita a juntada do DAE de recolhimento, conforme fl. 162 dos autos.

Quanto às alegações feitas pelo recorrente relativamente aos itens 1 e 2 do Auto de Infração em comento, que se constitui principalmente o cerne da lide, uma vez que os referidos itens, tratam de matéria tributária que foi objeto de ação judicial - Ação Declaratória nº 8.305.411/01, portanto anterior a autuação que data de 27/06/2003, 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. 141 e 142 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 estes itens.

Relativamente ao item 3, referente a lançamento de documentos fiscais em duplicidade (energia elétrica e telecomunicações), 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 às fls. 114 a 134 dos autos, demonstrativo das notas fiscais lançadas em duplicidade.

Quanto à alegação de erro na aplicação da alíquota, a questão foi totalmente esclarecida no voto do relator de 1ª Instância, cujo trecho, referente à questão, transcrevo abaixo:

“No que tange à alíquota constante nos demonstrativos de débitos elaborados pelas autuantes, entendo que não há razão para a nulidade do lançamento, pois os valores do imposto a recolher foram corretamente apurados. Nos documentos fiscais de aquisição de

energia elétrica e de serviços de comunicação, o imposto foi destacado à alíquota de 25%, desse modo, não houve nenhum prejuízo ao autuado.”

No mérito, em relação à infração 3, restou comprovado o lançamento em duplicidade de documentos fiscais, conforme destaca o voto da JJF em trecho a seguir transcrito:

“Ao contrário do afirmado pelo autuado, os documentos fiscais escriturados em duplicidade são os mesmos, apesar da mudança dos números. Para se creditar duas vezes do mesmo documento fiscal, o contribuinte usou o artifício de, na primeira vez, considerar o número da “Leitura Atual” do medidor de consumo como sendo o número do documento fiscal, já na segunda vez adotou o número da “Leitura Ant.” do mesmo medidor de consumo como sendo o número do novo documento fiscal.”

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. 232 a 234 dos autos, que nas razões expendidas no mesmo não foram apresentados novos elementos que possam modificar o julgamento de 1ª Instância quanto ao item 3, e, referente aos itens 1 e 2 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 aos itens 1 e 2, e **NÃO PROVER** quanto ao item 3 o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 271331.0005/02-4, lavrado contra **ARAPUÁ COMERCIAL S/A**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$159.080,20**, sendo R\$ 85.575,25, atualizado monetariamente, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a” e VII, “a”, da Lei nº 7014/96, e dos acréscimos moratórios, e R\$ 73.504,95, acrescido da multa de 60%, prevista no inciso VII, “a”, do mesmo artigo e lei citados, e demais acréscimos legais, homologando-se os valores efetivamente recolhidos.

Fica suspensa a exigibilidade do crédito tributário pertinente às infrações 1 e 2 até a decisão final da lide pelo Poder Judiciário.

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

ANTÔNIO DE FREITAS FERREIRA – PRESIDENTE

CARLOS ANTONIO BORGES COHIM DA SILVA – RELATOR

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