

PROCESSO - A.I. Nº 274068.0007/03-7
RECORRENTE - ARAPUÃ COMERCIAL S/A
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 2ª JJF nº 0318-02/03
ORIGEM - INFRAZ BONOCÔ
INTERNET - 29.01.04

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0722-11/03

EMENTA: ICMS. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DECORRENTE DE SENTENÇA JUDICIAL, REFERENTE AO ICMS INCIDENTE SOBRE OS JUROS NAS VENDAS A PRAZO. LANÇAMENTO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO EFETUADO APÓS RECURSO DE APELAÇÃO RECEBIDO COM EFEITOS SUSPENSIVOS E DEVOLUTIVOS. Previsão legal para exigência do ICMS. Suspensão do imposto reclamado até Decisão definitiva da ação. Recurso **PREJUDICADO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 16/06/03, exige o ICMS de R\$1.256.823,35, sendo R\$1.256.125,26 relativo ao período de agosto/02 a maio/03, em razão do crédito indevido no livro Registro de Apuração do ICMS (RAICMS), no campo “Outros Créditos”, decorrente da Ação Declaratória n.º 8.305.411/01, a qual reconhece o direito do crédito referente ao ICMS pago sobre os juros recebidos ou debitados pelo contribuinte aos destinatários das mercadorias, contrariando o art. 54, I, “a”, do RICMS/97, cuja sentença de primeiro grau foi objeto de Recurso de apelação, ao Tribunal de Justiça, recebido com efeitos suspensivos e devolutivos; como também R\$519,59, referente ao recolhimento a menor realizado através de denúncia espontânea e o escriturado no RAICMS no mês de abril/02, assim como R\$178,50, inerente a utilização de crédito fiscal em valor superior ao destacado nas notas fiscais nos meses de maio/02, março/03 e maio/03. Tudo conforme documentos às fls. 7 a 53 dos autos.

O autuado, através de seu procurador legalmente constituído, às fls. 55 a 68 dos autos, reconhece e recolhe os valores referentes às duas últimas infrações, conforme DAE à fl. 69 do PAF, e apresenta impugnação à primeira infração, onde, preliminarmente, ressalta a existência de pedido de concessão de tutela antecipada, a qual foi julgada procedente, no sentido de que o defendente não fosse obrigado ao recolhimento do ICMS incidente sobre encargos financeiros, resultantes de suas vendas a prazo, bem como para salvaguardá-lo da imposição do Fisco de quaisquer medidas de cobrança de tais valores, enquanto a sentença não houvesse transitado em julgado.

Aduz que o Juízo da Primeira Instância recebeu o Recurso Voluntário da Fazenda Pública somente no efeito devolutivo, mantendo os efeitos da tutela antecipada, o que a levou a interpor Pedido de Suspensão de Liminar, junto ao Tribunal de Justiça, o qual foi deferido, Decisão que, por sua vez, aguarda julgamento do agravo regimental interposto pelo defendente.

O autuado entende que o citado Pedido de Suspensão de Tutela não autoriza a presente autuação, porque é o direito vigente em certo tempo que determina os efeitos jurídicos dos atos nele praticados. Assim, os efeitos da Ação Ordinária permaneceram vigentes até o dia 11 de junho de 2003, data da publicação da Decisão prolatada nos autos do Pedido de Suspensão de Liminar, o que impede a autuação, a qual vai de encontro à Decisão judicial, plenamente em vigor,

constituindo-se crime de excesso de exação ou de desobediência, nos termos dos artigos 316, §1º, e 359 do Código Penal, motivo pelo qual deve ser anulado o Auto de Infração.

Destaca também, ainda como preliminar, que a infração descrita destoa, claramente, da realidade, uma vez que a documentação comprobatória do direito ao crédito está acostada nos autos da Ação Declaratória, como também pelo fato de que encargos financeiros não podem ser tomados como juros simples, além de que ficou comprovada a ausência de repasse de indébito a terceiros, o que se denota que a infração padece de vício material por não conferir com a realidade dos fatos.

No mérito, entende que os acréscimos financeiros incidentes sobre as vendas financiadas são meros mecanismos de reposição do valor da moeda, não havendo previsão legal para tal exigência. Alega que a doutrina e a jurisprudência têm firmado entendimento quanto a não inclusão do valor referente aos acréscimos financeiros da venda a prazo na base de cálculo do ICMS.

Por fim, argüi ser confiscatória a multa de 60% aplicada na infração. Cita entendimento do STF.

As autuantes, em sua informação fiscal, às fls. 75 a 80 dos autos, ressaltam o artigo 151, inciso V, do CTN, onde dispõe como motivos da suspensão da exigibilidade do crédito tributário “a concessão de medida liminar ou de tutela antecipada, em outras espécies de ação judicial”. Entendem que a autuação não foi de encontro à Decisão judicial uma vez que foi efetivada após o deferimento da medida suspensiva da tutela antecipada, feito pelo Tribunal Pleno e assinada pelo Presidente do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, cujo lançamento do crédito tributário constitui atividade administrativa vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional, no sentido de evitar o decurso do prazo decadencial.

Com relação à alegação de erro material, entendem que o argumento não resiste a uma análise de descrição da infração, na qual foi feito um histórico detalhado de todos motivos da autuação. Citam que no RAICMS o autuado reporta-se a Ação Declaratória nº 8305411/01, sem a apresentação do competente documento comprobatório do direito ao referido crédito, conforme descrito no Auto de Infração, uma vez que a partir do dia 11/06/03 o lançamento tornou-se sem respaldo com o deferimento do pedido de suspensão de tutela antecipada (fls. 51 e 52).

No mérito, aduzem que a alínea “a” do inciso II do § 1º do artigo 13 da Lei Complementar nº 87/96, assim como o artigo 54, inciso I, alínea “a”, do RICMS/97, dispõem que integra a base de cálculo do ICMS o valor correspondente a seguros, juros, e quaisquer outros acréscimos ou vantagens pagos, recebidos ou debitadas pelo contribuinte ao destinatário das mercadorias. Anexam decisões do CONSEF, neste sentido, envolvendo o próprio autuado.

Por fim, registram que a multa foi aplicada conforme determina o art. 42, VII, “a” da Lei nº 7.014/96.

VOTO DO RELATOR DA 2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL NA DECISÃO RECORRIDA

[...]

“Trata-se de Auto de Infração lavrado para exigir o ICMS relativo a três infrações, havendo apenas impugnação quanto à exigência relativa ao crédito indevido no montante de R\$1.256.125,26, apropriado no campo “Outros Créditos” do RAICMS, no período de 01/08/02 a 31/05/03, decorrente do ICMS pago sobre os juros debitados pelo autuado aos destinatários das mercadorias, consoante Decisão através da Ação Declaratória n. 8.305.411/01. Assim, a lide se restringe apenas a esta infração.

O sujeito passivo alega, preliminarmente, a existência de tutela antecipada no sentido de não recolher o ICMS incidente sobre encargos financeiros, resultantes de suas vendas a prazo, bem como de salvaguardá-lo da imposição do Fisco de quaisquer medidas de cobrança de tais valores, enquanto a sentença não houvesse transitado em julgado. Aduz que aguarda julgamento do agravo regimental interposto por ele ao Pedido de Suspensão de Liminar, deferido pelo Tribunal de Justiça.

Entende que o citado Pedido de Suspensão de Tutela não autoriza a presente autuação, a qual vai de encontro à Decisão judicial, plenamente em vigor, do que requer a anulação do Auto de Infração.

Por fim, entende que a infração descrita destoa da realidade, uma vez que a documentação comprobatória do direito ao crédito está acostada nos autos da Ação Declaratória, como também pelo fato de que encargos financeiros não podem ser tomados como juros simples.

Inicialmente, rejeito as preliminares de nulidade do Auto de Infração, por entender que no momento do lançamento do crédito tributário foram todas as formalidades legais preenchidas.

Observa-se, às fls. 51 e 52 do PAF, que o Pedido de Suspensão de Tutela Antecipada, deferido pelo Presidente do Tribunal de Justiça, conforme processo n.º 14752-4/2003, suspende liminarmente a eficácia dos efeitos da sentença da citada Ação Declaratória, para melhor avaliar a potencialidade lesiva da medida concedida, sem o exame do mérito da ação e sem questionar juridicidade da medida atacada, sendo, tal medida, objeto de agravo regimental interposto pelo autuado. Portanto, na data da lavratura do Auto de Infração, estava o contribuinte desprotegido da sua tutela judicial.

Deve-se ressaltar que a alínea “a” do inciso II do § 1º do artigo 13 da aludida Lei Complementar n.º 87/96, assim como a alínea “a” do inciso II do § 1º do artigo 17 da Lei n.º 7.014/96, estabelecem que o valor correspondente a: seguros, juros e demais importâncias pagas, recebidas ou debitadas pelo contribuinte aos destinatários das mercadorias, bem como descontos concedidos sob condição, integram a base de cálculo do imposto do ICMS. Já a multa foi aplicada nos termos do artigo 42, inciso VII, alínea “a”, da citada Lei n.º 7.014/96.

Assim, diante de tais considerações, como também em razão de que “a concessão de medida liminar ou de tutela antecipada, em outras espécies de ação judicial”, consoante artigo 151, inciso V, do CTN, motiva a suspensão da exigibilidade do crédito tributário, e consubstanciado no Parecer da PROFAZ de n.º 626/01, no qual diferencia a suspensão da exigibilidade do lançamento do crédito tributário, ao atestar que “Na realidade, o que a SEFAZ está impedida de fazer é cobrar o imposto relativo a autuação firmada e não de constituí-lo”, voto o Auto de Infração PROCEDENTE, devendo ficar suspensa a exigibilidade do crédito tributário até Decisão definitiva da lide pelo Poder judiciário.”

RECURSO VOLUNTÁRIO

Devidamente intimada a tomar ciência do resultado do julgamento realizado pela 2ª Junta de Julgamento Fiscal que exarou o Acórdão recorrido pela Procedência do Auto de Infração em epígrafe, a empresa retornou aos autos, impetrando Recurso Voluntário contra a referida Decisão, suscitando os seguintes argumentos: existência de ação judicial para discutir a exigibilidade dos créditos, inconstitucionalidade da inclusão na base de cálculo do ICMS dos valores relativos aos encargos financeiros incidentes sobre as vendas a prazo, necessidade de homologação dos valores já reconhecidos e quitados pelo recorrente.

Concluindo, requer a nulidade do Auto de Infração questionado, face às ilegalidades e inconstitucionalidades apontadas, caso assim não entenda o Conselho de Fazenda que seja julgado Improcedente o lançamento, sobretudo, em razão de inexistência de qualquer irregularidade no procedimento adotado pela defendente e, finalmente, não sendo acolhidos os argumentos anteriores, o que se admite somente para argumentar seja reduzida à multa imposta a patamares mais justos (20% ou 30%), como medida de direito e de justiça.

A PGE/PROFIS forneceu Parecer de fls. 119 e 120, nos seguintes termos:

[...]

“Da análise das razões expendidas no Recurso, consideramos presentes provas que evidenciam a escolha do contribuinte pela via judicial. Com efeito, o recorrente comprova que a matéria discutida no presente lançamento tributário está submetida a apreciação judicial através da Ação Declaratória nº 2001.83.0541-1.

Conforme preceitua o art. 126 do COTEB, na hipótese do contribuinte escolher a via judicial, fica prejudicada a sua defesa ou Recurso Voluntário, importando tal opção na desistência da defesa ou do Recurso interposto, provocando o encerramento da instância administrava e o encaminhamento do processo à Procuradoria Fiscal para controle da legalidade e adoção das medidas cabíveis. Outrossim, o art. 125, inciso II, do mesmo diploma legal, determina que não se inclui na competência dos órgãos julgadores a questão sob apreciação do Poder Judiciário ou por este já decidida.

Convém ressaltar também o disposto no art. 117 do RPAF, conforme o qual a propositura de medida judicial pelo sujeito passivo importa a renúncia ao poder de recorrer na esfera administrativa ou a desistência da impugnação ou Recurso interposto.

Assim sendo, considera a PGE/PROFIS prejudicado o Recurso Voluntário interposto, sugerindo a extinção do Processo Administrativo Fiscal acompanhada da remessa dos autos para a PROFIS para a adoção das medidas legais.

Ante o exposto, o opinativo é pela declaração de extinção do presente PAF.

VOTO

Do exame dos documentos apensados aos autos, 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 8.305.411/01. Assim, 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 sobrestada 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, Prejudicado o Recurso Voluntário.

Quanto aos demais itens, o recorrente não contesta na sua peça recursal, apenas informa que reconheceu como devidos os valores reclamados e realizou os pagamentos, requerendo a homologação.

Apenas como alusão refiro-me 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 a mesma está determinada 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 exposto, declaro PREJUDICADO o Recurso Voluntário. Recomendo a homologação dos valores efetivamente recolhidos dos demais itens do lançamento de ofício.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, considerar **PREJUDICADO** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 274068.0007/03-7, lavrado contra **ARAPUÁ COMERCIAL S/A**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$1.256.823,35**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “b” e VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, homologando-se os valores efetivamente pagos. Fica, contudo, suspensa a exigibilidade do crédito tributário do item 1, no valor de **R\$1.256.125,26**, até Decisão final da lide pelo Poder Judiciário.

Sala das Sessões do CONSEF, 18 de dezembro de 2003.

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS - PRESIDENTE

NELSON TEIXEIRA BRANDÃO – RELATOR

SYLVIA MARIA AMOÊDO CAVALCANTE – REPR. DA PGE/PROFIS