

A. I. Nº - 280080.0050/02-0  
**AUTUADO** - ARAPUÃ COMERCIAL S.A.  
**AUTUANTE** - FRANCISCO NOBRE DE OLIVEIRA  
**ORIGEM** - INFRAZ ITABUNA  
**INTERNET** - 13. 05. 2003

**4<sup>a</sup> JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO JJF N° 0159-04/03**

**EMENTA:** ICMS. IMPOSTO LANÇADO E NÃO RECOLHIDO. Infração caracterizada. Rejeitadas as preliminares de nulidade. Previsão legal da multa aplicada pelo descumprimento da obrigação principal. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

O Auto de Infração em lide foi lavrado em 28/11/02 para exigir ICMS, no valor de R\$ 22.406,88, em decorrência de falta de recolhimento do imposto, no prazo regulamentar, referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios.

O autuado apresentou defesa tempestiva (fls. 11 a 27) e, preliminarmente, suscitou a nulidade do Auto de Infração por cerceamento do direito de defesa, alegando que a autuação não é clara e precisa, o que impossibilita a compreensão exata da infração que lhe foi imputada. Afirma que não lhe foi explicitado o critério de correção monetária a ser utilizado, impossibilitando-o de estimar os valores que serão adicionados ao débito, caso seja julgado procedente o Auto de Infração. Alega que foi infringindo o disposto no art. 5º, LV, da Constituição Federal, cujo teor transcreve. Cita farta doutrina e jurisprudência para embasar sua alegação.

No mérito, o autuado nega que tenha deixado de pagar o ICMS, diz que apenas se creditou extemporaneamente do imposto, respaldado na Constituição Federal e na legislação do ICMS. Diz que, antes da lavratura do Auto de Infração, ingressou com uma ação judicial (fls. 40 a 56) para impedir que o fisco lhe impusesse penalidade em razão do creditamento do ICMS indevidamente pago sobre os encargos financeiros nas vedas financiadas. A sentença foi proferida em 21/08/02 e o seu pedido foi julgado procedente (fls. 57 a 73).

Após explicar que realiza vendas financiadas com recursos próprios ou de terceiros, o autuado diz que os valores dos acréscimos financeiros de vendas a prazo, auferidos posteriormente, não integram a base de cálculo do ICMS, conforma entende a doutrina e a jurisprudência. Transcreve trechos de livros jurídicos e dispositivos do Código Tributário Nacional (CTN), para embasar a sua tese. Em seguida, reafirma que os valores auferidos em decorrência do pagamento financiado não têm qualquer relação com o ato jurídico, por se tratar de valores estranho à operação de circulação de mercadorias.

Aduz que a presente exigência fiscal viola o princípio da capacidade contributiva, pois o recolhimento do tributo é feito antes do autuado receber o valor da operação e, quando recebe o montante relativo aos acréscimos financeiros, é obrigado, novamente, a pagar o ICMS sobre essa quantia, a qual refere-se apenas ao custeio da venda a prazo. Também afirma que a exigência fere o princípio da isonomia, uma vez que algumas empresas efetuam suas vendas através de um cartão de crédito especial, geralmente da própria loja ou conveniado, nas quais embutem encargos financeiros, mas não recolhem o imposto estadual sobre as operações, por entenderem

que os encargos não fazem parte da operação mercantil. Em apoio a suas alegações, transcreve decisões do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça.

Aduz que ingressou com uma Ação Declaratória pelo Rito Ordinário – processo 140.01.830541-1 – a qual foi julgada procedente. Depois de transcrever um trecho da decisão do Poder Judiciário, afirma que “inexiste qualquer irregularidade quanto ao procedimento adotado pela Defendente, estando o mesmo respaldado por sentença judicial que reconhece o direito ao crédito que está sendo indevidamente exigido na presente autuação.” Ressalta que arcou com o valor do ICMS, como exige o art. 166 do CTN, e para comprovar essa alegação, apresenta uma planilha (fl. 21) e parecer da empresa de auditoria Deloitte Touche Tohmatsu (fls. 30 e 31).

Prosseguindo em sua defesa, o autuado passa a discorrer sobre o crédito fiscal e o princípio da não cumulatividade, citando farta doutrina. Transcreve o art. 155, II, § 2º, I, II, “a” e “b”, da Constituição Federal, e artigos da Lei nº 7014/96 e do RICMS-BA/97.

Após asseverar que é direito dos contribuintes o crédito fiscal de saldos acumulados de ICMS, frisa que o creditamento de valores de ICMS pagos indevidamente sobre encargos financeiros está embasado em decisões judiciais de Tribunais Superiores e em sentença em ação declaratória. Afirma que, para resguardar o seu direito de utilização do saldo credor de ICMS decorrente do pagamento do imposto sobre encargos financeiros, creditou-se do valor de R\$ 22.406,88, estando incluído nesse montante o valor da multa aplicada. Diz que não é necessário apresentar planilha, pois o valor creditado é menor que o seu crédito perante a Fazenda Estadual.

O autuado alega que, caso o CONSEF entenda que a autuação é procedente, será imperiosa a redução da multa indicada na autuação, pois a mesma acabará por confiscar parte do seu patrimônio, o que é vedado pela Constituição Federal. Afirma que a multa deve ser aplicada em percentual que não represente dilapidação do seu patrimônio (20% a 30%).

O autuado solicita que o Auto de Infração seja julgado nulo ou, se esse não for o entendimento, que seja determinada a retificação da fundamentação legal, reabrindo-se novo prazo de defesa. Caso esse pleito não venha a ser acatado, pede a improcedência do lançamento.

O autuante, na informação fiscal (fls. 77 e 78), frisa que o autuado admite não ter recolhido o débito tributário em questão. Diz que o contribuinte alegou ter “apenas praticado o creditamento extemporâneo do imposto”, porém não juntou aos autos nenhuma prova do alegado. Ressalta que esse creditamento decorreu de uma interpretação unilateral do disposto na sentença judicial (fl. 73), uma vez que nela não se vislumbra qualquer dispositivo que permita ao contribuinte deixar de recolher o que já foi declarado. Acrescenta que a decisão judicial é para declarar procedente uma Ação Ordinária que não guarda qualquer relação com os fatos descritos na presente autuação. Aduz que o contribuinte não pode compensar eventuais direitos ao seu juízo, pois a própria decisão diz que a compensação fica “submetida a posterior homologação da autoridade fiscal” (fl. 73). Diz que não houve cerceamento do direito de defesa e que não lhe cabe emitir juízo de valor sobre a multa e os acréscimos tributários, pois decorrem de dispositivos legais. Ao final, solicita a procedência do Auto de Infração.

## VOTO

Analisando as preliminares de nulidade suscitadas pelo autuado, constato que a descrição dos fatos no Auto de Infração em lide – “Deixou de recolher o ICMS no(s) prazo(s) regulamentar(es) referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios” – é satisfatória. Essa descrição é a rotineiramente utilizada pelo fisco quando o contribuinte apura e declara o imposto devido e, no entanto, não recolhe o valor do tributo. Os contribuintes têm entendido a acusação, e reiteradas

decisões deste CONSEF consideram a citada descrição como apropriada para a irregularidade. Quanto ao critério da correção monetária, ressalto que o art. 137, § 6º, do RICMS-BA/97, prevê que os débitos vencidos a partir de 01/01/01 não estão mais sujeitos à atualização monetária.

Em face do comentado acima, entendo que não houve o alegado cerceamento do direito de defesa e, em consequência, não acolho as preliminares de nulidade suscitadas pelo autuado e, em seguida, passo a apreciar o mérito da lide.

No mérito, constato que o autuado é acusado de ter deixado de recolher o imposto que foi por ele próprio declarado como devido. Em sua defesa, o autuado afirma que se creditou extemporaneamente do imposto que recolheu, de forma indevida, sobre os encargos financeiros auferidos em decorrência de vendas a prazo. Frisa que ingressou, junto ao Poder Judiciário, com uma Ação Declaratória pelo Rito Ordinário – processo nº 140.01.830541-1 – cuja sentença foi julgada procedente em 21/08/02, portanto antes de iniciada a ação fiscal que originou o Auto de Infração em tela.

De acordo com a citada sentença, foi deferida a tutela antecipada a fim de que o autuado exercesse o seu direito de aproveitamento dos créditos para pagamento de dívidas para com o Estado. A sentença declara que inexiste relação jurídica que obrigue o autuado a pagar ICMS sobre encargos financeiros nas vendas a prazo, bem como que o autuado tem o direito de compensar o imposto cobrado indevidamente, corrigido pelos índices do IPC/IBGE.

Como bem explicou o autuante na sua informação fiscal, o imposto que está sendo exigido neste lançamento não possui qualquer correlação com a citada sentença judicial, pois, no presente Auto de Infração, está exigindo o ICMS que foi apurado pelo próprio autuado e escriturado nos livros fiscais próprios. Os autos mostram que o sujeito passivo apurou os valores cobrados no Auto de Infração, lançou tais débitos tributários no seu livro Registro de Apuração do ICMS e, no entanto, não efetuou o devido pagamento e nem comprovou que a escrituração feita tivesse sido equivocada. Dessa forma, entendo que foi correto o procedimento do auditor fiscal e que a infração em tela está devidamente caracterizada.

Ressalto que a citada sentença foi proferida em 21/08/02, ao passo que os débitos tributários apurados pelo autuante são referentes aos meses de maio, junho e julho de 2002.

Dessa forma, quando a sentença foi proferida o imposto em questão já deveria ter sido recolhido.

Quanto à multa de 50% indicada na autuação, a mesma está correta, não possui o caráter de confisco e nem fere o princípio da capacidade contributiva, pois é legalmente prevista no art. 42, I, “a”, da Lei nº 7014/96 para a infração que foi apurada.

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

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4<sup>a</sup> Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 280080.0050/02-0, lavrado contra **ARAPUÃ COMERCIAL S.A.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$ 22.406,88, acrescido da multa de 50%, prevista no art. 42, I, “a”, da Lei nº 7014/96, e demais acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 08 de maio de 2003.

ANTÔNIO AGUIAR DE ARAÚJO - PRESIDENTE

ÁLVARO BARRETO VIEIRA - RELATOR

**ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA - JULGADOR**