

A. I. N° - 271331.0005/02-4
AUTUADO - ARAPUÃ COMERCIAL S.A.
AUTUANTES - MÁRCIA LIBORIO FRAGA LIMA, CRYSTIANE MENEZES BEZERRA e TÂNIA CRISTINA DE SOUZA BARRETO
ORIGEM - IFEP
INTERNET - 16. 09. 2003

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0356-04/03

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. FALTA DE APRESENTAÇÃO DA DOCUMENTAÇÃO COMPROBATÓRIA. **a)** VALORES APROPRIADOS COM MENÇÃO A 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. **c)** SERVIÇOS DE COMUNICAÇÃO. Não exibidos os documentos fiscais que autorizassem a utilização dos créditos fiscais. 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. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 27/06/03, exige 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.
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, às fls. 146 a 160, inicialmente suscitou a nulidade das infrações 1 e 2, sustentando que a matéria em lide está “sub judice” na Ação Declaratória nº 140.01.830541-1, transcrevendo trecho da sentença judicial para embasar sua alegação.

Alega que a exigibilidade dos créditos ora questionados encontrava-se suspensa por força da tutela antecipada, cujos efeitos estavam em vigor. Reconhece que foi deferido o Pedido de Suspensão de Liminar (Processo nº 14.752-4/2003) interposto pela Fazenda Pública Estadual junto ao Tribunal de Justiça deste Estado.

Diz que a autuação não pode subsistir, pois vai de encontro a uma decisão judicial em vigor, a qual tornava indevido o tributo. Em seu entendimento a manutenção do lançamento constitui crime de excesso de exação e de desobediência. Frisa que, caso mantida a presente autuação, procederá às medidas judiciais cabíveis. Assevera que os fatos narrados no Auto de Infração não conferem com a realidade, pois a ação intentada pelo defendente não se refere a juros recebidos ou creditados pelo contribuinte ao destinatário final.

Adentrando no mérito, em relação às infrações 1 e 2, diz que são vendas financiadas com recursos próprios ou de terceiros, sendo que os valores dos acréscimos financeiros das vendas a prazo, auferidos posteriormente, não integram a base de cálculo do ICMS, conforme 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 estranhos à operação de circulação de mercadorias.

Aduz que a exigência fiscal viola o princípio da capacidade contributiva, pois o recolhimento do tributo é feito antes do recebimento do 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. Afirma que a exigência fere também o princípio da isonomia, uma vez que algumas empresas, principalmente os grandes magazines, 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. Transcreve decisões do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça para embasar suas alegações.

Quanto à infração 3, o autuado alega, preliminarmente, que foi cerceado o seu direito de defesa, uma vez que as autuantes não indicaram em quais livros fiscais encontram-se as citadas duplicidades.

No mérito, diz que as autuantes se equivocaram ao tomar por base somente os valores das operações, sem atentar para a diferença entre os números dos documentos. Explica que, em alguns casos, as faturas de energia elétrica por demanda contratada possuem o mesmo valor, porém os números dos documentos que as identificam são distintos. Frisa que existem documentos que comprovam esses equívocos e requer o prazo de dez dias para providenciar a juntada dos mesmos ao processo.

Alega que o critério material da hipótese de incidência do tributo foi modificado, pois a alíquota aplicável era de 25% e, no entanto, as autuantes utilizaram 17% e aumentaram a base de cálculo. Diz que essa modificação é ilegal e inconstitucional. Transcreve doutrina e dispositivos da Constituição Federal e do CTN para embasar a sua alegação.

Argumenta que a multa de 60% indicada na autuação é confiscatória, o que é vedado pela Constituição Federal. Afirma que a autoridade fiscalizadora deveria aplicar multa em percentual (20% a 30%) que não representasse dilapidação do patrimônio do autuado. Cita decisões do Supremo Tribunal Federal sobre a gradação de multa.

Em relação a Infração 4, diz que não é objeto de lide pois o débito foi recolhido, fl. 161.

Ao finalizar, solicita que o Auto de Infração seja julgado nulo ou improcedente e, caso não seja acolhidos os argumentos defensivos, pede que seja reduzida a multa para um patamar mais justo (20% ou 30%). Requer o prazo de 10 dias para a juntada de documentos.

Na informação fiscal, às fls. 169 a 175, as autuantes ressaltam, inicialmente, que o autuado informa, às folhas 147, que procedeu ao recolhimento do valor constante do item 4 (Infração 4 – 01.02.40), conforme comprovante de pagamento anexo, fl. 161.

Em seguida, em relação às infrações 01 e 02, rebatem as preliminares de nulidade, argumentando que a Fazenda Pública Estadual interpôs o Pedido de Suspensão de Tutela Antecipada (processo número 14752-4/2003), o qual foi deferido pelo Tribunal Pleno, em 10 de junho de 2003 (fls. 141 e 142). Salientam que o Auto de Infração só foi lavrado em 27/06/03, portanto, posterior a suspensão da tutela antecipada. Ressaltam que a atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional. Afirmam que o direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário está sujeito ao prazo decadencial. Alegam que o Auto de Infração detalha os motivos da autuação e cita a Ação Declaratória, o enquadramento legal, o recurso recebido nos seus efeitos suspensivo e devolutivo, o lançamento no livro Registro de Apuração e o não recolhimento do imposto devido. Explicam que, como a Ação Declaratória só vigorou até o dia 10/06/03, os lançamentos dos créditos fiscais efetuados no livro Registro de Apuração de ICMS tornaram-se sem respaldo.

No mérito, esclarecem que há previsão legal para o recolhimento do ICMS sobre encargos financeiros. Transcreve parte do art 12, § 1º, II, “a”, da Lei nº 87/96, que prevê que o valor correspondente a seguros, juros, e demais importâncias pagas, recebidas ou debitadas, bem como descontos concedidos sob condição integram a base de cálculo do ICMS.

Salientam que o art. 54, I, “a”, do RICMS-BA/97, prevê que sejam incluídas na base de cálculo do ICMS, todas as importâncias que representarem despesas acessórias, seguros, juros e quaisquer outros acréscimos ou vantagens pagos, recebidos ou debitados pelo contribuinte ao destinatário das mercadorias ou ao tomador dos serviços, inclusive o valor das mercadorias fornecidas ou dos serviços prestados a título de bonificação. Citam decisões deste CONSEF sobre esta matéria em lide, envolvendo o autuado e que foram consideradas procedentes.

Em relação à infração 3, as autuantes asseguram que não houve cerceamento do direito de defesa, pois as planilhas de fls. 114, 121, 131 e 133, cuja cópia foi entregue ao autuado, evidencia a data, número da nota fiscal, código fiscal da operação, valor contábil, base de cálculo e o ICMS creditado, permitindo a localização dos valores nos seus livros Registros de Entradas.

Quanto à alíquota aplicada, dizem que foi observado o princípio da legalidade e que o imposto devido não foi aumentado. Explicam que, com o sistema automatizado de emissão de Auto de Infração, é informado apenas o valor do imposto e, automaticamente, é apurada a base de cálculo, ou seja, caso haja um eventual equívoco na alíquota, se o valor do imposto for informado corretamente, o montante final exigido também estará correto.

Quanto à multa aplicada, as autuantes afirmam que o alegado caráter de confisco da multa é uma questão de constitucionalidade, fugindo da competência desse Conselho. Dizem que foi aplicado o art. 42, VII, alínea “a”, da Lei nº 7.014/96, que define multa de 60 % para as infrações detectadas. Ao final, solicitam a procedência do Auto de Infração.

Em 15/08/03, o defendente protocolou os documentos de fls. 180 a 193, os quais foram acostados ao processo após a conclusão da sua instrução.

VOTO

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 às 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 suspensa 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 a 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.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **271331.0005/02-4**, lavrado contra **ARAPUÁ COMERCIAL S.A.**, devendo ser intimado o autuado 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 a infração 1 até a Decisão final da lide pelo Poder Judiciário.

Sala das Sessões do CONSEF, 09 de setembro de 2003.

ANTÔNIO AGUIAR DE ARAÚJO – PRESIDENTE

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – RELATOR

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – JULGADOR