

**A. I. Nº** - 280080.0052/02-3  
**AUTUADO** - ARAPUÁ COMERCIAL S/A  
**AUTUANTE** - FRANCISCO NOBRE DE OLIVEIRA  
**ORIGEM** - INFAZ ITABUNA  
**INTERNET** -06.02.04

## **1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

### **ACÓRDÃO JJF Nº 0009/01-04**

**EMENTA:** ICMS. IMPOSTO LANÇADO E NÃO RECOLHIDO. Não têm pertinência as considerações da empresa autuada acerca da exclusão, da base de cálculo, dos valores referentes as despesas acessórias. Infração caracterizada. Rejeitadas preliminares de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

### **RELATÓRIO**

O Auto de Infração, lavrado em 28/11/02, cobra o imposto no valor de R\$6.240,10 acrescido da multa de 50%, em decorrência da falta de recolhimento do ICMS regularmente escriturado nos livros próprios (julho de 2002).

O autuado (fls. 10/27) inicialmente identificou-se como pessoa jurídica de direito privado, que atua no comércio varejista de máquinas, aparelhos, instrumentos e utensílios eletrodomésticos. Em seguida afirmou que não deixou de pagar o ICMS, tendo, apenas, praticado o seu creditamento extemporâneo, respaldo na Constituição Federal, bem como na própria legislação federal e estadual que norteia as normas do ICMS. Que já ingressou com ação judicial, anterior a ação fiscal, “visando a expedição de norma individual e concreta que obstasse a imposição de penalidades por parte desta Fazenda Estadual em razão do creditamento do ICMS, indevidamente pago sobre encargos financeiros de vendas financiadas” realizadas, tendo, inclusive, sido proferida sentença favorável a seu pleito em 21/08/02.

Prosseguindo, requereu a nulidade da ação fiscal por cerceamento do seu pleno direito de defesa, uma vez que não houve clareza e precisão na autuação que possibilitasse a compreensão exata da suposta infração cometida, transcrevendo para corroborar seu argumento, aquela consignada no Corpo do Auto de Infração. Além do mais, apenas exerceu o seu direito ao crédito, em obediência ao princípio da não-cumulatividade do imposto e como informado ao autuante. De mais, não ficaram esclarecidos quais valores a serem exigidos, a título de juros e correção monetária, o deixando impossibilitado de realizar qualquer estimativa dos valores adicionados, o que afrontava o princípio da segurança jurídica.

No mérito, o fato apurado não se tratou de falta de recolhimento do imposto, mas sim, de creditamento que foram efetuados em estrita obediência que regem as hipóteses de crédito do ICMS.

Relatou que ao efetuar vendas a prazo, realizava seus financiamentos através de recursos próprios, ou de terceiros. Em relação àquelas realizadas com recursos próprios, recebia os acréscimos financeiros nelas incidentes após a consumação de tais vendas, pois aqueles eram, apenas, “valores relativos ao custeio da viabilização da venda a prazo.” Todavia, a Fazenda Estadual não tem reconhecido o direito de crédito, em sua escrita fiscal, do imposto indevidamente recolhido com a devida atualização monetária, o que violava, no seu entender, as disposições legais que regem a

matéria.

Continuando no seu raciocínio disse que, com base no conceito do ICMS, é indevido o seu cálculo sobre acréscimos financeiros, uma vez que valores auferidos posteriormente ao fato gerador do imposto, havia violação ao princípio da capacidade contributiva do contribuinte e da isonomia, pois sobre vendas efetuadas através de cartões de crédito especial este fato não se configurava. Neste sentido trouxe trecho de decisão do Supremo Tribunal Federal ao julgar o Recurso Extraordinário nº 101.103-0-RS com o entendimento de que estaria ocorrendo uma distorção caso fosse admitida a incidência do ICMS sobre encargos financeiros, e de entendimento do Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial nº 182.552. Assim, diante destas interpretações, dos dispositivos constitucionais e das normas que regulamentam a exigência do ICMS ingressou com Ação Declaratória (processo nº 140.01.830541-1), em curso na Fazenda Pública da Comarca de Salvador, postulando, dentre outros pedidos, o reconhecimento do direito ao crédito de ICMS exigido na presente autuação, o que foi deferido por Tutela Antecipada, pelo MM. Juiz de Direito da 1ª Vara da Fazenda Pública.

E, somente a título de argumentação, esclareceu que efetivamente arcou com o valor do ICMS, tanto que optou por realizar perícia contábil em alguns Estados, tendo concluído a empresa de auditoria DELOITTE TOUCHE TOHMATSU, em seu “Parecer Técnico Contábil” que *“Não evidenciamos nos registros contábeis examinados a inclusão do valor do ICMS incidente sobre acréscimos financeiros cobrados, em financiamentos com recursos da própria vendedora. Assim, concluímos que não houve o repasse do ônus do ICMS aos consumidores nestas operações de financiamentos.”*

Em seguida voltou a argumentar sobre seu direito ao crédito com base na Constituição Federal e leis infraconstitucionais que regem o referido tributo.

Impugnou a multa aplicada, entendendo abusiva e confiscatória, sendo imperiosa a sua redução ao patamar de 30%, vez que deve se ater a percentuais que configurem apenas a punição ao contribuinte, sem significar confisco ou enriquecimento ilícito do fisco.

Por derradeiro requereu a nulidade ou a improcedência da ação fiscal, caso as preliminares argüidas não fossem atendidas (fls. 13 a 36).

O autuante contra argumentou as razões de defesa, informando, inicialmente, que o contribuinte havia declarado, através da DMA, imposto referente às suas atividades normais no mês de julho/02 no valor de R\$6.240,10, conforme consta no banco de dados do sistema da SEFAZ (fl. 6). Até 28/11/02 não constava o pagamento do referido imposto. Instado a comprovar o recolhimento, o contribuinte não o fez, razão pela qual foi lavrado o Auto de Infração.

Quanto às razões defensivas, entendeu que a alegação de que apenas tinha “praticado o creditamento extemporâneo do imposto”, não veio acompanhado de prova do alegado. Que este creditamento extemporâneo decorre de interpretação unilateral do disposto na sentença judicial (fl. 73), visto que nela não se vislumbra qualquer dispositivo que permita ao contribuinte deixar de recolher o que já declarou. Além do mais, embora a sentença tenha sido anterior à lavratura do Auto, este fato não interferia no mérito da autuação, vez que o imposto foi declarado e não recolhido, ou seja, a decisão judicial é para declarar procedente uma Ação Ordinária que não guarda qualquer relação com os fatos da autuação. Observou, ainda, que a própria decisão do MM Juiz da 3ª VFP, no Processo nº 8.305.411/01, menciona que a compensação fica “submetida a posterior homologação da autoridade administrativa fiscal” (fl.73), não cabendo ao contribuinte compensar eventuais direitos ao seu juízo.

Requereu a total procedência da autuação (fls. 80/81).

Esta JJF observando que não se encontrava apensado ao PAF qualquer Termo de Início de

Fiscalização ou mesmo uma Notificação Fiscal ou Intimação para dar início ao procedimento fiscal, ora em discussão e, considerando que a atividade de fiscalização é um ato privativo da autoridade administrativa de constituir os créditos tributários, sendo atividade vinculada e obrigatória (art. 142 e Parágrafo único do CTN), bem como, considerando as determinações do art. 26 e 28 do RPAF/99, solicitou que o autuante ou mesmo a Repartição Fiscal anexasse aos autos um dos seguintes termos ou intimação (fl. 84):

1. Termo de Início de Fiscalização;
2. Intimação ao contribuinte para apresentação de documentos ou esclarecimentos;
3. Notificação Fiscal, ou
4. Intimação ao sujeito passivo para recolhimento do débito. Foi esclarecido, na oportunidade, que esta intimação foi revogada pelo Dec nº 8.413 de 30/12/02, com efeitos a partir de 01/01/03. Como o Auto de Infração foi lavrado em 28/11/02, neste período ainda surtia efeito legal.

O autuante anexou o Termo de Intimação para Apresentação de Livros e Documentos Fiscais (fl. 87), assinado de 12/11/02 pelo autuado; Formulário Monitoramento de Contribuinte (fl. 88) onde consta que os documentos solicitados foram apresentados em 18/11/02 e a justificativa do aprofundamento de ação fiscal : “contribuinte com aproveitamento de créditos sob o código 199 e 299 sem justificativa aparente.”

O autuado foi intimado para conhecer todos os documentos, sendo reaberto prazo de defesa de 30 dias. Nada comentou (fl. 90).

## **VOTO**

Inicialmente observo que o Auto de Infração trata da cobrança do ICMS que foi lançado pelo próprio contribuinte porém não recolhido aos Cofres Públicos. O impugnante declarou, através da DMA, imposto referente às suas atividades normais no mês de julho/02, conforme consta no banco de dados do sistema da SEFAZ (fl. 6) e, até 28/11/02, época da lavratura do Auto de Infração, não havia quitado o débito, por ele mesmo informado.

Em defesa, o autuado arguiu preliminar prejudicial ao mérito do lançamento, Ação Declaratória (processo nº 140.01.830541-1), em curso na Fazenda Pública da Comarca de Salvador, postulando o reconhecimento do direito a crédito de ICMS, o que foi deferido por Tutela Antecipada, pelo MM. Juiz de Direito da 1ª Vara da Fazenda Pública.

A citada Ação Declaratória não diz respeito ao fulcro da autuação ora combatida. No entanto, mesmo que a infração tenha decorrido de uma interpretação feita pelo sujeito passivo sobre seu direito a créditos fiscais, entendo que a concessão de medida liminar ou de tutela antecipada, em outras espécies de ação judicial, conforme expresso no art. 151, V, CTN, é hipótese de suspensão da exigibilidade do crédito tributário, ou seja, a exigibilidade do crédito fica sobrestada até decisão final em último grau de recurso. Porém, nada impede a sua constituição, o que, observo, é dever do fisco em fazê-lo, ou seja, lançar o valor que considera devido, para assegurar, posteriormente, a sua exigibilidade no caso de decisão a ele favorável. Assim, as decisões em grau administrativo podem, e devem, continuar seu curso. Observo, apenas, que se a ação judicial tivesse ocorrido em data posterior à autuação, o processo deveria ser extinto, nos termos do art. 122, IV do RPAF/99. No entanto, este caso aqui não se aplica, uma vez que a ação fiscal, mesmo que fosse decorrente da glosa de créditos fiscais foi posterior à Ação Declaratória, que continua em curso na esfera judicial.

Rejeito a preliminar de nulidade do Auto de Infração por cerceamento da defesa, considerando que os elementos que serviram de base à autuação se encontram anexados ao processo além de terem sido produzidos pelo próprio autuado. Os dispositivos legais infringidos estão corretamente indicados no Termo de Encerramento da Fiscalização, parte integrante do Auto de Infração, e o imposto foi cobrado tendo em vista a declaração do próprio autuante na DMA informada à SEFAZ.

Igualmente não encontro motivo à nulidade da ação fiscal o fato de não terem ficado esclarecidos quais valores a serem exigidos, a título de juros e correção monetária. Esclareço que;

1. os acréscimos moratórios sobre a intempestividade do recolhimento do imposto estão previstos no art. 51 da Lei nº 7.014/96. No presente caso, corresponde a 1% (um por cento) por cada mês ou fração seguinte, a partir de trinta dias de atraso, já que o imposto foi cobrado através de Auto de Infração. Caso tivesse havido denúncia espontânea, este percentual seria diferente;
2. a multa tem cunho punitivo e somente é aplicada quando lavrado Auto de Infração, ou seja, quando o imposto é cobrado através de lançamento de ofício. A lei do ICMS escalona percentuais de multa conforme a gravidade da irregularidade constatada. No presente caso, a supra citada lei determina:

*Art. 42 - Para as infrações tipificadas neste artigo, serão aplicadas as seguintes multas:*

*I - 50% (cinquenta por cento) do valor do imposto não recolhido tempestivamente*

*a) quando as respectivas operações ou prestações estiverem escrituradas regularmente nos livros fiscais próprios;*

O autuante aplicou o percentual de multa de 50% sobre o valor do imposto cobrado. Ressalto, por oportuno, que esta multa pode ser diminuída, em percentuais estabelecidos também em lei (art. 45 da Lei nº 7.014/96), a depender da ocasião do recolhimento do imposto.

E, o Auto de Infração deve ser lavrado pelo valor nominal do imposto apurado. A este valor devem ser acrescidos os acréscimos tributários e multa, que serão calculados quando do efetivo recolhimento do imposto, como determina os arts. 136, 137 e 138, do RICMS/97. Portanto, não subsiste a afirmativa de que houve afronta ao princípio da segurança jurídica, que norteia o processo administrativo fiscal.

Ressalto, ainda, que estes valores, tanto dos acréscimos moratórios como da multa aplicada estão expressos no Demonstrativo de Débito do Auto de Infração caso o contribuinte optasse pelo pagamento imediato do imposto cobrado.

No mérito, o lançamento fiscal, conforme já explanado, cobra imposto lançado pelo próprio contribuinte na DMA informada à Secretaria da Fazenda e não recolhido.

O art. 34 da Lei nº 7.014/96 determina como obrigação do contribuinte, pagar o imposto na forma, local e prazo previsto na legislação tributária. Neste contexto, o art. 89 do RICMS/97 (Dec. nº 6.284/97) expressa que *o lançamento constitui atividade de exclusiva responsabilidade do contribuinte, ficando sujeito a posterior homologação pela autoridade fazendária*. Além do mais, o imposto, assim apurado, deverá ser recolhido *até o 9º dia do mês subsequente ao da ocorrência dos fatos geradores* (art. 124, I do citado Regulamento).

Diante da análise da legislação tributária e das provas materiais trazidas à lide não resta qualquer dúvida que a infração está comprovada, como apurada no Auto de Infração.

Porém, quando se lê a impugnação ao lançamento é que se tem notícia do porquê assim agiu o autuado. Disse ele que, na realidade, não recolheu o imposto pois não se tratava de débito e sim de creditamento extemporâneo, pois, advogou, os juros de vendas a prazo com recursos próprios são, simplesmente, o “custo do dinheiro” e que, por serem recebidos posteriormente à venda, fato gerador do ICMS, com ele não poderiam ser confundidos, não se configurando a hipótese de sua incidência. Afirmou, ainda, não haver previsão legal para tal e, o seu pagamento violava o princípio da legalidade, previsto no inciso II, do art. 5º, bem como, o art. 150, I, ambos da Constituição Federal de 1988.

A princípio, poderia não me pronunciar a respeito de todas as colocações feitas pelo sujeito passivo uma vez que a autuação não disse respeito a glosa de crédito fiscal, mas sim de imposto lançado e não recolhido, onde não foi anexada qualquer prova material para desconstituir o fato. Entretanto, como diversos Autos de Infração já foram lavrados e em sua essencial tratam do mesmo fato, sobre a defesa me pronuncio.

Não concordo com o defendente, pois entendo que não existe qualquer violação ao princípio da legalidade inserta da Constituição Federal, que reservou à legislação infraconstitucional a forma de cálculo do ICMS. A Lei Complementar nº 87/96 em seu art. 13, dispõe:

*Art. 13 – A base de cálculo do imposto é:*

I - na saída de mercadorias previstas nos incisos I, III e IV do art. 12, o valor da operação;

.....

*§ 1º Integra a base de cálculo do imposto:*

I - .....

*II – o valor correspondente a:*

*a) seguros, juros e demais importâncias pagas, recebidas ou debitadas, bem como descontos concedidos sob condição;*

*b) .....*

Estas determinações foram recepcionadas pela Lei nº 7.014/96, através do seu art. 17, § 1º e pelo RICMS/97 (art. 54).

Pelas determinações legais acima transcritas, as vendas a prazo com financiamento próprio do autuado, como ficou provado, inclusive afirmado na defesa, os juros e acréscimos monetários correspondentes fazem parte das operações de vendas, pois valor da efetiva operação comercial, não havendo qualquer pertinência de que, como são pagos posteriormente a compra, não integram a base de cálculo do ICMS. Estas importâncias são ajustadas no exato momento da compra, ou seja, no momento da ocorrência do fato gerador do imposto, sendo parte integrante do preço das mercadorias vendidas. No contexto, toda a doutrina trazida à lide pelo impugnante, apenas corrobora este entendimento. Apenas como observação, sobre estas importâncias não incidiria o imposto, caso a transação fosse realizada com o financiamento do negócio por uma instituição financeira. Nesta circunstância, o tributo incidente sobre a parcela do financiamento seria de competência federal (IOF), porém não é o caso em discussão. E, como consequência, não existe qualquer violação ao princípio constitucional da capacidade contributiva do contribuinte. Tampouco da isonomia fiscal, pois o autuado tomou como paradigma para sua contestação, decisão do Supremo Tribunal Federal

sobre juros cobrados pelos cartões de crédito, assunto não correlato ao aqui discutido, decisão esta que, inclusive, reforça o posicionamento ora exposto.

Pelas razões expostas, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração para cobrar o imposto no valor de R\$6.240,10, com a multa de 50%, prevista no art. 42, I, “a”, da Lei nº 7.014/96.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **280080.0052/02-3**, lavrado contra a **ARAPUÃ COMERCIAL S/A.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$6.240,10**, acrescido da multa de 50%, prevista no art. 42, I, “a”, da Lei nº 7.014/96, e demais acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 28 de janeiro de 2004.

CLARICE ANÍZIA MÁXIMO MOREIRA - PRESIDENTE

MÔNICA MARIA ROTERS - RELATORA

JOSÉ BEZERRA LIMA IRMÃO - JULGADOR