

A. I. N ° - 299904.0005/02-7
AUTUADO - ARAPUÃ COMERCIAL S/A
AUTUANTE - TÂNIA MARIA SANTOS DOS REIS
ORIGEM - COFEP NORTE
INTERNET - 16/05/2005

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF N° 0157-01/05

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. Comprovada nos autos a utilização indevida do crédito fiscal. Infração subsistente. 2. LIVROS FISCAIS. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. O autuado comprovou o pagamento de parte do imposto. Infração parcialmente elidida. Rejeitada a preliminar argüida. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 12/12/2002, imputa ao autuado as seguintes infrações:

1. Utilização indevida de crédito fiscal por lançamento efetuado no livro Registro de Apuração do ICMS como “outros créditos”, referente à Ação Declaratória n° 8305411/01, nos meses de agosto a outubro de 2002, no valor de R\$ 8.945,70;
2. Deixou de recolher o ICMS nos prazos regulamentares referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios, nos meses de maio e julho de 2002, no valor de R\$ 16.128,89.

O autuado apresentou defesa tempestiva (fls. 34 a 52), na qual suscitou a nulidade da autuação por cerceamento do seu direito de defesa em função da infração não ter sido descrita de forma clara no Auto de Infração, bem como pela falta de menção à legislação que deverá ser observada para a correção dos acréscimos a que o débito está sujeito, transcrevendo o inciso LV do art. 5° da CF/88, doutrina de Lúcia Valle Figueiredo e a Súmula n° 473 do STF.

Disse que inexistiram as infrações apontadas e que, em relação à Infração 02, realizou o pagamento referente à competência do mês 07/2002, conforme comprovantes que anexou (fls. 53 e 54).

Afirmou que efetuou vendas a prazo financiadas através de recursos próprios ou de terceiros e recolheu o imposto incluindo os acréscimos financeiros, sendo que a doutrina e jurisprudência têm firmado entendimento de que estes valores não devem ser incluídos na base de cálculo do ICMS, porém a SEFAZ/BA não tem reconhecido o direito ao crédito do imposto recolhido sobre a atualização monetária em sua escrita fiscal.

Alegou que o fato gerador do imposto ocorre, segundo o art. 4°, I da Lei n° 7.014/96, quando da saída de mercadoria de estabelecimento de contribuinte, ainda que para outro estabelecimento do mesmo titular, mas o fisco exige a inclusão dos valores dos acréscimos referentes aos encargos financeiros na base de cálculo do imposto, o que, em seu entendimento, é indevido.

Aduziu que foram violados os princípios da capacidade contributiva e da isonomia e o art. 116 do CTN, o qual transcreveu juntamente com doutrina de Geraldo Ataliba e Amílcar Falcão quanto à ocorrência do fato gerador do imposto e de Roque Antônio Carrazza no sentido de que nas vendas financiadas de mercadorias há apenas “um aparente aumento do valor da mercadoria vendida”, além de trechos de julgados do STF e do STJ se posicionando pela não incidência do ICMS sobre os encargos financeiros cobrados nas vendas efetuadas por grandes magazines mediante a utilização de cartão de crédito da própria loja ou de empresa a esta conveniada.

Declarou ter ingressado com a Ação Declaratória nº 140.01.830541-1, postulando, entre outros pedidos, o reconhecimento do direito ao crédito de ICMS exigido na presente autuação, tendo sido deferido por tutela antecipada pelo Juiz de Direito da 1ª [3ª] Vara de Fazenda Pública da Comarca de Salvador-BA, nos termos da sentença acostada à impugnação (fls. 84 a 100), da qual transcreveu parte.

Informou que efetivamente arcou com o valor do ICMS, demonstrando o procedimento adotado em planilha que elaborou, e que optou por realizar perícia contábil em alguns Estados, tendo a empresa contratada Deloitte Touche Tohmatsu concluído que “não houve o repasse do ônus do ICMS aos consumidores nestas operações de financiamentos”.

Salientou que tem direito ao crédito, e que o utilizou dentro do prazo prescricional, transcrevendo o art. 155, II e §2º, I e II da CF/88, o art. 114 do CTN, os arts. 28 e 31 da Lei nº 7.014/96 e doutrinas de Roque Antônio Carrazza e de Marco Aurélio Greco e Anna Paola Zonari.

Requeru a nulidade do Auto de Infração ou a sua retificação com a fundamentação legal correta, reabrindo novo prazo de defesa, ou ainda a sua improcedência, além de que, caso não sejam estes pleitos acolhidos, sejam reduzidas as multas para parâmetros constitucionais que vedem o efeito confiscatório, cerca de 20% a 30%, e transcreveu trechos de julgados do STF quanto à percentuais de multa.

A autuante, em informação fiscal (fls. 105 e 106), alegou que, no tocante à Infração 01, a mesma deve ser mantida porque, conforme cópia anexada (fl. 11), a referida Ação Declaratória nº 830541/01 foi impugnada pela 3ª Vara de Fazenda Pública com efeitos suspensivo e devolutivo.

Em relação à Infração 02, argumentou que não houve creditamento extemporâneo na apuração do imposto referente ao mês 05/2002, conforme cópia do livro Registro de Apuração do ICMS (fl. 28), não possuindo respaldo o lançamento no mês 05/2002 de uma ação julgada procedente em 21/08/2002, e reconheceu que o valor relativo ao mês 07/2002 foi incluído equivocadamente.

Submetido a pauta suplementar (fl. 113), a 4ª JJF deliberou pela conversão do processo em diligência à então PROFAZ para que fosse informado em que estágio se encontrava a referida ação ordinária e que fosse emitido parecer jurídico informando se o processo estava pronto para julgamento.

A procuradora designada pela PROFAZ informou que a ação foi julgada procedente e a Fazenda Pública interpôs o Recurso de Apelação nº 38214-6/2002, o qual foi recebido apenas no efeito devolutivo e aguardava julgamento.

Na assentada do julgamento (fl. 117), a 4ª JJF decidiu por retornar o processo em nova diligência à então PROFAZ no sentido de esclarecer se o processo estava pronto para julgamento na esfera administrativa ou se devia ser aguardada a decisão do recurso interposto.

O procurador designado pela PGE/PROFIS informou (fl. 120), em 03/03/2005, que o Estado da Bahia logrou êxito quando reverteu em grau de apelação a sentença favorável ao autuado, o qual interpôs Recursos Extraordinário e Especial, respectivamente, para o STF e STJ em 26/04/2004, os quais foram contra-arrazoados pelo Estado. Transcreveu o art. 542, §2º do CPC, o qual dispõe que

os Recursos Extraordinário e Especial são recebidos no efeito devolutivo e afirmou que não há nenhum impedimento para que os autos sejam julgados na esfera administrativa para a constituição definitiva do crédito.

VOTO

O presente processo exige imposto do autuado em razão de utilização indevida de crédito fiscal e pela falta de seu recolhimento, nos prazos regulamentares, referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios.

O autuado requereu a nulidade da autuação, alegando cerceamento de defesa, sob o argumento de que a infração não foi descrita de forma clara no Auto de Infração, bem como pela falta de menção à legislação que deverá ser observada para a correção dos acréscimos a que o débito está sujeito. Constatado que as infrações estão devidamente descritas e demonstradas no Auto de Infração e entendo que não é necessário mencionar a legislação que deverá ser observada para a correção dos acréscimos, posto que os mesmos estão previstos em leis que o Estado deve sempre obedecer, no caso em tela no Título VI do Código Tributário do Estado da Bahia - COTEB, Lei nº 3.956/81. Desta forma, rejeito o pedido de nulidade, certificado de que foram respeitadas as disposições do art. 18 do RPAF/99.

Quanto à arguição de inconstitucionalidade da multa por entender que a mesma é confiscatória, ressalto que, com base no art. 167, I do RPAF/99, não se inclui na competência dos órgãos julgadores a declaração de inconstitucionalidade. Além disso, a sua redução quando a infração é relativa a obrigação principal só poderá ser requerida à Câmara Superior deste CONSEF ao apelo de equidade nos termos do art. 159 do citado RPAF/99.

No tocante à Infração 01, conforme parecer jurídico da PGE/PROFIS exarado em 03/03/2005, anexado aos autos, constato que o Estado da Bahia reverteu em grau de apelação a sentença favorável ao autuado e, como os Recursos Extraordinário e Especial impetrados pelo autuado são recebidos apenas no efeito devolutivo, segundo preceitua o art. 542, §2º do CPC, não há nenhum impedimento para que o crédito seja definitivamente constituído. Assim, entendo que a infração está caracterizada.

Em relação à Infração 02, a autuante anexou extrato de recolhimentos do autuado e cópia das folhas do seu livro Registro de Apuração do ICMS, demonstrando que não houve creditamento extemporâneo nos meses 05 e 07/2002 como alegou o autuado, mas falta de recolhimento do imposto devidamente escriturado no referido livro fiscal, estando correta a fundamentação legal da infração.

Entretanto, a autuante reconheceu que o valor relativo ao mês 07/2002 foi incluído equivocadamente, tendo em vista a apresentação dos comprovantes de recolhimento, os quais estão todos consignados no citado extrato. Portanto, entendo que esta infração é parcialmente subsistente no valor de R\$ 10.696,08, correspondente ao mês 05/2002.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração no valor total de R\$ 19.641,78, sendo subsistente a Infração 01 e parcialmente elidida a Infração 02 com a redução do seu valor para R\$ 10.696,08.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 299904.0005/02-7, lavrado contra **ARAPUÁ COMERCIAL S/A**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do

imposto no valor de **R\$ 19.641,78**, acrescido das multas de 50% sobre o valor de R\$ 10.696,08 e 60% sobre o valor de R\$ 8.945,70, previstas no art. 42, I, “a” e VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 04 de maio de 2005.

CLARICE ANÍZIA MÁXIMO MOREIRA – PRESIDENTE

MARCELO MATTEDI E SILVA - RELATOR

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA - JULGADOR