

A. I. Nº - 279463.0011/10-2
AUTUADO - LOJAS AMERICANAS S. A.
AUTUANTE - WILSON FERREIRA DE OLIVEIRA JÚNIOR
ORIGEM - IFEP SUL
INTERNET - 01.04.2011

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0055-04/11

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. MERCADORIA COM ICMS ANTECIPADO. Exigência reconhecida. Infração subsistente. 2. ALÍQUOTAS. ERRO DE APLICAÇÃO. OPERAÇÕES DE SAÍDAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Juros ou encargos financeiros, decorrentes das vendas financiadas com recursos próprios, devem incidir tributação do ICMS, por integrar a base de cálculo do imposto, conforme previsão legal. Exigência subsistente. Auto de Infração **PROCEDENTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Auto de Infração lavrado, em 30/09/2010, para exigir do autuado, localizado na Cidade de Itabuna (BA), o ICMS no valor de R\$ 54.845,67, inerente aos exercícios de 2007 e 2008, consoante documentos às fls. 11 a 96 dos autos, as seguintes irregularidades:

INFRAÇÃO 1 – Utilização indevida de crédito fiscal, no montante de R\$ 7.194,97, referente a mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por antecipação tributária;

INFRAÇÃO 2 – Recolhimento a menor do imposto, no valor de R\$ 47.650,70, em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, uma vez que o contribuinte aplicou alíquota zero para os juros cobrados do consumidor nas vendas por ECF.

O autuado apresenta tempestivamente sua defesa, às fls. 102 a 109 dos autos, na qual, inicialmente, esclarece que, em relação à infração 01, reconhece o erro cometido, motivo pelo qual providenciou o pagamento do imposto e da multa correspondente, do que requer a juntada do comprovante de pagamento posteriormente.

Com relação à infração 02, aduz o apelante que decorre da aplicação da alíquota sobre o valor correspondente a encargos financeiros, os quais não estão sujeitos à incidência do ICMS. Salienta ser imperioso consignar que a conduta adotada pelo impugnante está em perfeito acordo com o conceito de “valor da operação”, conforme definição contida no art. 155, inciso II, da Constituição Federal, haja vista a não incidência do ICMS sobre os valores que representam os encargos decorrentes das vendas financiadas com recursos próprios, visto que os valores suportados a título de encargos financeiros decorrem do acréscimo no valor da operação, que tem como objetivo apenas o de refletir o custo do financiamento suportado com recursos próprios, ou seja, o custo da moeda considerando sua desvalorização no período da operação financeira em questão.

Aduz que admitir a incidência do ICMS sobre encargos/acréscimos financeiros nas vendas a prazo, suportadas com recursos próprios, representa a desnaturação da regra matriz da hipótese de incidência do ICMS, acrescentando ao valor da operação comercial mera cobrança financeira decorrente da indisponibilidade da moeda. Afirma ser reposição monetária e não operação comercial de circulação de mercadorias.

Diz que “valor da operação”, em sua definição fiscal, representa o somatório de todos os valores que se vinculam à operação comercial de compra e venda (frete, seguro, tributos), mas nunca aqueles alheios à operação (encargos financeiros para recomposição da venda a prazo).

Salienta que a situação em análise já foi objeto de apreciação por parte do Supremo Tribunal Federal que, ao julgar o Recurso Extraordinário nº 101.103-0/RS, entendeu que estaria ocorrendo uma distorção caso fosse admitida a incidência do ICMS sobre encargos financeiros. Diz que na mesma esteira, segue o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, conforme se verifica do teor do julgamento, decidido por unanimidade, do Recurso Especial nº 182.552, ao consignar que:

“A nota fiscal entregue ao comprador é o documento onde se demonstra a operação de compra e venda, na saída da mercadoria, expressando o valor para a incidência do ICMS. Compra e venda e financiamento são negócios jurídicos distintos. Os encargos financeiros são desconsiderados da base de cálculo do ICMS.”

Assim, assevera a impugnante que não há que se fazer incidir o ICMS sobre operações nitidamente financeiras, uma vez que a gênese deste imposto restringe sua incidência às operações comerciais, conforme estampou de forma indelével a Constituição Federal de 1988, do que sustenta que não houve recolhimento a menor do ICMS, por erro na aplicação da alíquota interna, quando das operações de saídas de mercadorias, pois o ICMS supostamente devido decorre, na verdade, da aplicação da alíquota sobre o valor correspondente a encargos financeiros, os quais não estão sujeitos à incidência do ICMS. Pede a improcedência da infração e solicita que todas as intimações relativas ao presente processo sejam feitas à representante legal da impugnante, Dr.^a Ana Elvira Moreno Nascimento, OAB/BA 9.866.

Às fl. 125 e 133/135 do PAF, consta extrato do pagamento relativo à primeira infração, como também, às fls. 127/128, requerimento do autuado para juntada do DAE comprovando o aludido pagamento.

O autuante, ao prestar a informação fiscal, às fls. 131 e 132 dos autos, inicialmente, ressalta que a infração 02 não é composta apenas pela cobrança dos itens que incidiram encargos financeiros, mas, também, de diversos outros produtos que foram considerados como não tributados.

Quanto à argumentação do contribuinte, informa que a correção monetária foi extinta das relações jurídicas e, portanto, não se pode falar em recomposição do valor da moeda. Diz que para o RICMS (art. 54, I, “a”) a base de cálculo é composta de todas as importâncias que representarem despesas acessórias, seguros, juros e quaisquer outros acréscimos ou vantagens recebidas ou debitados ao destinatário das mercadorias. Assim, pede a procedência da infração.

VOTO

Inicialmente, quanto ao pedido de que as intimações sejam efetuadas em nome de sua representante legal, há de se ressaltar que o art. 108 do RPAF, determina que a intimação será feita pessoalmente ao sujeito passivo ou interessado, seu representante ou preposto, como também através de via postal ou por meio eletrônico, independentemente da ordem, ou através de edital publicado no Diário Oficial do Estado, quando não for possível as formas anteriores.

Da análise das peças processuais verifico que, apesar do lançamento de ofício consignar duas infrações, a lide se restringe, unicamente, à segunda infração, uma vez que o contribuinte reconheceu e recolheu, integralmente, o montante exigido na primeira infração, se insurgindo, apenas, contra a segunda exigência.

Sendo assim, a lide limita-se, exclusivamente, à aludida infração 02, a qual exige do contribuinte o recolhimento do ICMS, no valor total de R\$ 47.650,70, sob a acusação de que “Recolheu a menor o ICMS em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. O contribuinte aplicou alíquota zero para os juros cobrados do consumidor nas vendas por ECF. Infração lançada conforme determinação do CONSEF em julgamento do AI”, consoante demonstrativos às fls. 71 a 96 dos autos.

Da análise dos aludidos demonstrativos, verifica-se que, em sua maioria, os débitos reclamados, relativos à infração 02, se referem à exigência do ICMS incidente sobre os encargos financeiros cobrados ao consumidor final. Contudo, exige-se, também, o imposto sobre alguns produtos considerados pela empresa como não tributados e com erro na

aplicação da alíquota a exemplo de: carregador de pilha, sidra, microfone, “Mac Inst Nissin Lamen”, “Cup Noodles Cost c/ Churrasco”, constantes às fls. 74, 82, 83, 93 e 94 dos autos, cuja mídia eletrônica foi dada cópia ao autuado (fl. 97).

Em sua defesa, o sujeito passivo sustenta que não deva incidir o ICMS sobre operações nitidamente financeiras, devendo restringir sua incidência às operações comerciais, conforme previsto no art. 155, II, da Constituição Federal, do que afirma que não houve recolhimento a menor do ICMS.

Devo ressaltar que o citado dispositivo constitucional invocado pelo apelante não trata da base de cálculo, como requer o caso concreto, mas, sim, da competência dos Estados e do Distrito Federal para instituir o imposto sobre as operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior.

A definição da base de cálculo do ICMS é matéria reservada à Lei Complementar, em face da dicção do art. 146, III, “a”, da Constituição Federal, conforme a seguir transcrito:

Art. 146. Cabe à lei complementar:

[...]

III - estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre:*a) definição de tributos e de suas espécies, bem como, em relação aos impostos discriminados nesta Constituição, a dos respectivos fatos geradores, bases de cálculo e contribuintes;*Por sua vez, a Lei Complementar nº. 87/96, em seu art. 13, I, c/c § 1º, II, “a”, dispõe que a base de cálculo do imposto na saída de mercadoria de estabelecimento de contribuinte é o valor da operação, sendo que *integra a base de cálculo* do imposto o valor correspondente a seguros, juros e demais importâncias pagas, recebidas ou debitadas, bem como descontos concedidos sob condição.

Tal disposição legal também é prevista no art. 17, I, c/c § 1º, II, “a”, da Lei Estadual nº. 7.014/96, assim como no art. 54, I, “a”, do RICMS/BA, aprovado pelo Decreto nº 6.284/97.

Logo, devem-se aplicar os dispositivos normativos específicos ao caso concreto, pois as decisões judiciais trazidas pelo defendante não têm um caráter vinculante para o Estado da Bahia.

Sendo assim, considero como correto o valor de R\$ 47.650,70, exigido na segunda infração, conforme demonstrado às fls. 71 a 96 dos autos.

Diante do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração, devendo ser homologado os valores já recolhidos.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 279463.0011/10-2, lavrado contra **LOJAS AMERICANAS S.A.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$ 54.845,67**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, incisos II, “a”, e VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologado os valores recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 17 de março de 2011.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE

FERNANDO A BRITO DEARAUJO – RELATOR

PAULO DANILÓ REIS LOPES – JULGADOR