

A. I. Nº - 274068.0005/03-4
AUTUADO - ARAPUÃ COMERCIAL S/A.
AUTUANTE - MÁRCIA LIBÓRIO FRAGA LIMA, CRYSTIANE MENEZES BEZERRA
e TANIA CRISTINA DE SOUZA BARRETO
ORIGEM - INFAS SIMÕES FILHO
INTERNET - 02.09.03

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0328/01-03

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL UTILIZAÇÃO INDEVIDA. a) DESPESAS ACESSÓRIAS. JUROS. A legislação prevê que as despesas cobradas ou debitadas nas operações mercantis integram a base de cálculo do ICMS. b) LANÇAMENTO EM DUPLICIDADE NA ESCRITA FISCAL DE DOCUMENTO FISCAL. Infração reconhecida pelo sujeito passivo. c) VALOR DO CRÉDITO SUPERIOR AO DESTACADO NO DOCUMENTO FISCAL. Infração não contestada. d) FALTA DE APRESENTAÇÃO DO DOCUMENTO COMPROBATÓRIO DO DIREITO AO CRÉDITO. A legislação estadual só permite o crédito fiscal quando exibido a documentação comprobatória do mesmo. Autuação elidida em parte. 2. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. a) FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTAS FISCAIS NO REGISTRO DE ENTRADAS. MERCADORIAS NÃO SUJEITAS À TRIBUTAÇÃO. MULTA. Infração não contestada. b) CANCELAMENTO IRREGULAR DE NOTA FISCAL DE SAÍDA. Infração não questionada. Rejeitadas as preliminares suscitadas. Tendo em vista a existência de Ação Declaratória, fica a exigibilidade do crédito tributário suspensa referente ao item 1 da autuação, mas não seu lançamento. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 30/06/03, cobra ICMS no valor de R\$33.308,23 acrescido das multas de 60% e 70%, mais a penalidade de R\$3,25, em decorrência:

1. Utilização indevida de crédito fiscal sem a apresentação do competente documento comprobatório do direito ao referido crédito (agosto de 2002 a maio de 2003) – R\$28.601,55;
2. Estrada de mercadorias não tributável no estabelecimento sem o devido registro na escrita fiscal (agosto de 1999, abril e julho de 2000) – R\$3,25;
3. Omissão de saídas de mercadorias tributáveis por cancelamento irregular de notas fiscais. O contribuinte lançou a Nota Fiscal nº 6.930, de 01/06/99, como cancelada sem as vias dos documentos. E, na via fixa consta a assinatura do destinatário das mercadorias (junho de 1999) – R\$52,19;

4. Utilização indevida de crédito fiscal em valor superior ao destacado no documento fiscal. Foi utilizada como base de cálculo para apuração do imposto o valor contábil, implicando em crédito a maior (março e julho de 2000) – R\$207,66;
5. Utilização indevida de crédito fiscal referente a lançamento de documento em duplicidade (prestação de serviço de telecomunicação em janeiro de 2000) – R\$222,96;
6. Utilização indevida de crédito fiscal sem a apresentação do competente documento comprobatório do direito ao referido crédito. Houve o creditamento de ICMS em decorrência de prestação de serviço de comunicação. O contribuinte recebeu intimação para apresentar a documentação, porém não comprovou a origem dos créditos fiscais (janeiro de 1999 a janeiro de 2000, julho e dezembro de 2000) – R\$4.223,87.

O autuado apresentou defesa (fls. 123/138), informando, inicialmente, que sua manifestação se restringia aos itens 1, 4 e 6. Reconhecia o cometimento das irregularidades apontadas nos itens 2, 3 e 5, anexando aos autos cópia de DAE dos seus recolhimentos.

Como preliminar ao item 1, iniciou por entender que existia, contra a discussão do mérito da infração, ação judicial, que tem por objeto a exigência de valores relativos ao ICMS incidente sobre encargos financeiros, que entende ilegal e constitucional. Informou que existe a Ação Declaratória 140.01.830541-1, distribuída ao MM. Juiz da 3º Vara da Fazenda Pública de Salvador, atualmente em trâmite junto ao E. Tribunal de Justiça da Bahia. A referida ação contém pedido de concessão de tutela antecipada, a qual, tendo sido, inicialmente, indeferida, veio a ser concedida no momento da prolação da sentença, que julgou procedente a demanda, confirmando assim a antecipação da tutela, para que a empresa não fosse obrigada ao recolhimento do referido tributo incidente sobre encargos financeiros resultantes de suas vendas a prazo, bem como, objetivando salvaguardá-la da imposição, por parte do Fisco, de quaisquer medidas tendentes à cobrança de tais valores. Transcreveu a sentença.

No entanto, a Fazenda Estadual recorreu da decisão, apelando para o E. Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, apelação esta recebida pelo MM. Juiz da 3º Vara da Fazenda Pública, equivocadamente, em ambos os efeitos (devolutivo e suspensivo). Desta forma, entendeu a autoridade fiscal que, estando suspensa a decisão judicial, nada obstaria a lavratura do Auto de Infração ora impugnado. Porém, após a publicação do despacho, que recebeu a apelação no efeito suspensivo, foi feita petição ao MM. Juiz, informando que, segundo a nova redação do artigo 520 do Código de Processo Civil, dada pela Lei 10.352/01, o recurso de apelação interposto em face de sentença que confirme a antecipação de tutela, deveria ser recebido somente no efeito devolutivo, o que fez o MM. Juiz de primeira instância reconsiderar a sua decisão, tornando sem efeito o despacho anterior e recebendo o recurso da Fazenda Pública somente no efeito devolutivo, mantendo os efeitos da tutela antecipada anteriormente concedida. Como a antecipação de tutela impedia a autuação, a Fazenda Pública do Estado da Bahia interpôs Pedido de Suspensão de Liminar junto ao E. Tribunal de Justiça deste Estado (Processo nº 14.752-4/2003), o qual foi deferido pelo Exmo. Sr. Presidente daquele E. Tribunal, decisão que, por sua vez, aguarda julgamento do agravo regimental interposto pela ora defendant.

Prosseguindo, afirmou que o Pedido de Suspensão de Tutela não poderia autorizar a autuação, pois, “é o direito vigente em certo tempo que determina os efeitos jurídicos dos atos nele praticados”, ou seja, a exigibilidade dos créditos ora questionados encontra-se suspensa por força da tutela antecipada, cujos efeitos encontram-se em vigor, o que impedia a autuação. Em seguida, ressaltou

que a manutenção da presente autuação constituía crime de excesso de exação, nos termos do artigo 316, §1º do Código Penal Brasileiro, ou, ainda, crime de desobediência, nos termos do artigo 359, do mesmo diploma legal, os quais transcreveu, com suas respectivas penas, que seriam requeridas através de medidas judiciais cabíveis.

Afora o exposto, disse que também não merecia acolhida a autuação relativa à infração 1, vez que os fatos narrados no Auto de Infração não revelavam a realidade dos fatos. Ao contrário, a ação judicial impetrada não se referia a juros recebidos ou creditados pelo impugnante ao destinatário final, conforme a existência de prova pericial, que demonstrava a ausência de repasse dos valores discutidos nos autos.

No mérito, informou que para a consecução de suas atividades, promove vendas de seus produtos à vista ou a prazo, mediante financiamento, cujos recursos podem ser próprios ou de terceiros. Na primeira hipótese, destaca o ICMS nas notas fiscais, tomando por base o valor da operação de venda, como se à vista fosse. Emite, em seguida, Nota Fiscal complementar, relativa aos acréscimos financeiros incidentes sobre todas as operações de financiamento ocorridas em dado período de apuração, apenas para fins administrativos, e com destaque do imposto sobre “tais acréscimos parafiscais”, que são meros mecanismos de reposição do valor da moeda.

Continuando, argumentou que a doutrina e a jurisprudência têm firmado entendimento quanto a não inclusão do valor referente aos acréscimos financeiros da venda a prazo na base de cálculo do ICMS, inclusive não havendo previsão legal para tal, conforme art. 4º e 17 da Lei nº 7.014/96 e o pagamento efetuado a este título foi indevido, pois violou o princípio da legalidade, previsto no inciso II, do art. 5º, bem como, o art. 150, I, ambos da Constituição Federal de 1988.

Entendeu que a impossibilidade da cobrança do ICMS sobre valores oriundos de acréscimos financeiros auferidos posteriormente reflete, em verdade, o entendimento da doutrina a respeito do momento em que se realiza o “fato gerador” ou “hipótese de incidência tributária” ou “regra matriz de incidência do tributo”, ou seja, a conjunção de determinados fatos e situações legalmente previstos que determinam o tributo (*quantum debeatur*) a ser recolhido. Neste sentido, salientou entendimentos do Prof. Geraldo Ataliba e do Prof. Amílcar Falcão, que se coadunam com as determinações do art. 116 do CTN. Ainda para corroborar sua tese, trouxe ensinamentos do Prof. Roque Antônio Carrazza.

Além de tudo que expôs, afirmou que ainda existia a violação do princípio da capacidade contributiva, ou seja, ao vender a prazo, deixa de receber o preço da mercadoria vendida (ou do serviço prestado), o que só virá a ocorrer normalmente em prazo igualou superior a 30 dias. Neste ínterim, e antes mesmo de receber o valor da operação do comprador, deve recolher o imposto. Quando recebe a diferença relativa ao acréscimo financeiro é obrigado, novamente, a pagar o ICMS sobre valor que apenas e tão somente recompõe o valor da mercadoria. Portanto e de maneira cristalina, o fato de o impugnante arcar com o ônus do tributo em valor superior àquele suportado na venda à vista, viola o princípio constitucional da capacidade contributiva, posto que, cobrado sobre recomposição de valor da moeda.

Como terceiro aspecto analisado, trouxe no seu discurso a violação do princípio constitucional da isonomia. Observou que algumas empresas, principalmente os grandes magazines, efetuam suas vendas através de um “sistema peculiar”, que embora seja chamado de venda à vista é, em verdade, uma venda financiada. Estes estabelecimentos vendem seus produtos aos clientes que são pagos através de cartão de crédito, geralmente da própria loja ou de empresa a esta conveniada. Tais vendas embutem encargos financeiros, mas as empresas não recolhem o ICMS. O recolhimento não é

efetuado por existir o entendimento de que aqueles encargos não fazem parte da operação mercantil que realizaram. Esta sistemática já havia sido objeto de apreciação por parte do Supremo Tribunal Federal que, ao julgar o Recurso Extraordinário nº 101.103-0-RS e do Superior Tribunal de Justiça (Recurso Especial nº 182.552), em que ficou entendido que estaria ocorrendo uma distorção caso fosse admitida a incidência do ICMS sobre os encargos financeiros.

Quanto aos itens 4 e 6 da autuação, afirmou que houve violação ao seu direito à ampla defesa e ao contraditório, conforme art. 5º, LV da Constituição Federal. Fez citações, ao redor do assunto, dos juristas Nelson Nery Júnior e Celso Bastos. Em relação ao item 4, disse que a fiscalização imputou a infração sem apontar onde se encontram os documentos que a comprovariam, ou seja, qual o número destes documentos, registrados nos seus livros fiscais, que o impediu de apurar os fatos e elaborar, devidamente, sua defesa. Quanto ao item 6, não existia qualquer distinção entre a origem dos referidos créditos (telefonia ou energia elétrica), o que o impossibilitava de encontrar, nos livros fiscais, quais eram as infrações referidas, a fim de providenciar a documentação necessária à comprovação do direito ao crédito.

Ainda em relação a acusação apontada como 6, afirmou que encontrava outro vício que a maculava, pois a autoridade administrativa estava a exigir a devolução dos valores creditados sem a comprovação do direito a realizar esta operação, ferindo, assim, o princípio da não-cumulatividade do ICMS, além de lhe imputar sanção diversa daquela que corresponderia à infração apontada, ou seja, trocou uma sanção de cunho acessório por uma de obrigação principal. Nesta oportunidade discorreu sobre o conceito de obrigação principal e acessória, citando o Prof. Hugo de Brito Machado.

Impugnou a multa aplicada, entendendo abusiva e confiscatória, sendo imperiosa a sua redução ao patamar de 20% a 30%, vez que deveria se ater a percentuais que configurassem 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 arguidas não fossem atendidas e o prazo de 10 dias para juntada de documentos comprobatórios.

As autuantes prestaram informação (fls 147/152) informando que, em relação à infração 1, o contribuinte lançou no livro Registro de Apuração do ICMS, no campo referente a “Outros Créditos” e citando como histórico “Ação Declaratória 8.305.411/01”, montantes exatamente iguais ao saldo apurado do imposto a recolher mensalmente, ocasionando o não recolhimento do imposto devido, a partir de agosto de 2002. Observou que na Ação Declaratória foi solicitado o reconhecimento ao direito de crédito referente ao ICMS pago sobre os juros recebidos ou debitados pelo contribuinte ao destinatário das mercadorias, contrariando o art. 54, I, “a” do RICMS/97. A Sentença de primeiro grau que julgou procedente a ação foi objeto de recurso de apelação pelo Estado, o qual foi recebido nos seus efeitos suspensivos e devolutivos, motivo pelo qual houve o lançamento fiscal. Portanto, a autuação foi realizada após o deferimento de medida suspensiva da tutela antecipada, feita pelo Tribunal Pleno e assinada pelo Presidente do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. Observaram, em seguida, que o lançamento do crédito tributário constitui atividade administrativa vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional, ressaltando-se ainda a necessidade do lançamento em virtude da existência do prazo decadencial para a Fazenda Pública.

No mérito e em preliminar, ressaltaram que existe previsão legal para o recolhimento do ICMS sobre os encargos financeiros, apesar do argumento contrário do impugnante, conforme as determinações do § 1º, do art. 12, II, “a” da Lei Complementar nº 87/96 e art. 54, I, “a” do RICMS/BA.

Além do mais, continuaram, como afirmado pelo próprio defensor, a empresa tem por objeto social o comércio por atacado e varejo, de preparados e artigos para limpeza, pintura, toucador, higiene, perfumaria, iluminação, cutelaria, máquinas e motores, ferramentas, relógios, aparelhos elétricos e eletrônicos, eletrodomésticos e outros materiais, não se incluindo a atividade de financiamento. Deste modo, sob a ótica da Resolução 562/79 do Banco Central e da Lei 6.463/77 não se justifica a empresa prestar financiamento como se instituição financeira fosse (conforme teor da Decisão do Tribunal Pleno). Citaram, ainda, cinco Acórdãos deste Colegiado sobre a matéria, com posições idênticas e contra a própria empresa autuada.

Discordaram do impugnante quanto a violação ao direito constitucional da ampla defesa e do contraditório. Em relação ao item 4, conforme planilhas elaboradas e entregues ao preposto da empresa, nelas constam dados como, data, código de operações fiscais, valor contábil, base de cálculo, ICMS lançado, ICMS destacado e ICMS indevido, enfim, todas as indicações para que a autuada pudesse localizar os valores no livro Registro de Entradas, anexando-se também cópias das notas fiscais. Em relação ao item 6, na planilha consta a data do lançamento, o código de operações fiscais, o valor contábil, a base de cálculo e o ICMS indevido, anexando-se também cópias do livro Registro de Entradas. Desta forma, ao contrário do que foi afirmado, houve uma informação pormenorizada acerca dos créditos indevidos, pois foram entregues e anexados os Demonstrativos necessários para a localização dos valores no livro respectivo e consequente implementação da peça defensiva. Ressaltou como importante esclarecer que, apesar de intimada diversas vezes para apresentação dos documentos que respaldassem os lançamentos efetuados (Intimações às fls 117/119), o autuado não forneceu ao Fisco os documentos.

Também não prosperava o argumento defensivo de que foi ferido o princípio constitucional da não-cumulatividade, pois o contribuinte só tem direito ao crédito fiscal se possuir o documento comprobatório para respaldar a operação. Inclusive, foi feita intimação específica (fl. 110) para apresentação das notas de telecomunicações e energia, conforme relação entregue ao preposto da empresa, mas os documentos não foram apresentados. Igualmente, não houve imputação de penalidade diversa, vez que a infração trata da exigência do imposto referente a créditos não comprovados e não de obrigação acessória.

Quanto a insubordinação do impugnante à multa aplicada, é uma questão de constitucionalidade, fugindo da competência desse Conselho apreciar, ao teor do art 167 do RPAF/99.

Concluíram ratificando o lançamento fiscal.

VOTO

A infração 1 do presente Auto de Infração foi descrita como utilização indevida de crédito fiscal sem a apresentação do competente documento comprobatório do direito ao referido crédito, referente aos meses de agosto de 2002 a maio de 2003. O contribuinte lançou, no livro de Registro de Apuração do ICMS, no campo referente a “Outros Créditos”, citando como histórico “Ação Declaratória 8.305.411/01”, montantes exatamente iguais ao saldo apurado do imposto a recolher mensalmente, ocasionando o seu não recolhimento nos meses em questão.

O impugnante argüiu preliminar prejudicial ao mérito do lançamento a referida Ação Declaratória, onde foi solicitado, em juízo, que fosse reconhecido o direito de crédito referente ao ICMS pago sobre os juros recebidos ou debitados pelo contribuinte ao destinatário das mercadorias. Esta ação pugna pela concessão de tutela antecipada, que, inicialmente foi indeferida, e, posteriormente, foi

concedida, quando o MM Juiz da 3º Vara de Fazenda Pública, nesta cidade do Salvador, julgou procedente a demanda. Recorrida pela Fazenda Pública do Estado da Bahia com apelação ao Tribunal de Justiça, a mesma foi recebida em ambos os efeitos, devolutivo e suspensivo, que em seguida foi reformada, recebendo o recurso da Fazenda Pública somente no efeito devolutivo, mantendo os efeitos da tutela antecipada anteriormente concedida. Novamente, a Fazenda Pública do Estado da Bahia interpôs Pedido de Suspensão de Tutela Antecipada (processo nº 14752-4/2003), deferido pelo Tribunal Pleno, em 10 de junho de 2003, e publicado em 11 de junho do mesmo ano (fls 115/116) e o Auto de Infração somente foi lavrado após tal decisão, ou seja, em 30/06/03.

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 presente processo estaria extinto, nos termos do art. 122, IV do RPAF/99. No entanto, este caso aqui não se aplica, uma vez que a ação fiscal é posterior a Ação Declaratória.

Em segundo lugar, as nulidades levantadas pelo impugnante, por afronta a princípios constitucionais, confundem-se com as questões de mérito e, nessa situação, vou entendê-las.

Em sua impugnação, o autuado advogou que os juros de vendas a prazo são, simplesmente, o “custo do dinheiro” e que, por serem recebidos posteriormente à venda, fato gerador do ICMS, com ele não podem ser confundidos, pois neles não se configura a hipótese de sua incidência. Afirmou, ainda, não haver previsão legal para tal, conforme art. 4º e 17 da Lei nº 7.014/96 e o pagamento efetuado a este título foi indevido, pois violou o princípio da legalidade, previsto no inciso II, do art. 5º, bem como, o art. 150, I, ambos da Constituição Federal de 1988.

Não concordo com o defendant, 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. Para ficar mais claro transcrevo parte daquela decisão (fl. 131 do PAF):

Não resta dúvida, e isto foi posto como argumento no v. acórdão sob a invocação de ensinamentos de Cunha Gonçalves (fl. 188) – que no contrato de venda comercial o preço pode ser com parte certa e parte incerta, mas não é este o caso, pois o preço fica ajustado no exato momento da compra, e a base de tal valor é que adquire o comprador a titularidade do bem e se lhe permite a retirada do estabelecimento vendedor. Se utiliza ele um financiamento – o que fica seu inteiro critério mesmo após a aquisição da mercadoria e intimação da compra e venda – o acréscimo daí decorrente é consequência de operação financeira, como compensação pelo custo do dinheiro que o vendedor deixou de receber, mas não em razão do valor da mercadorias e dos encargos que lhe agregam naturalmente, e em razão da própria operação comercial de compra e venda.

No mais, como pelo próprio impugnante descrito e como provado pelo livro de apuração do ICMS, a empresa ao realizar vendas financiadas, emitia as notas fiscais com preço a vista, e assim calculava o imposto. Em seguida, por período de apuração, emitia Nota Fiscal complementar, relativa aos acréscimos financeiros incidentes sobre todas as operações de financiamento, destacando o ICMS, que era lançado como crédito para abatimento do imposto mensal, na mesma quantia devida mensalmente. Mantendo a autuação relativa a este item no valor de R\$28.601,55, ressalvando que a exigibilidade do crédito tributário encontra-se suspensa até decisão final da Ação Declaratória impetrada pelo autuado.

O item 2 diz respeito à entrada de mercadoria não tributável, no estabelecimento, sem o devido registro na escrita fiscal. O autuado não a contestou, recolhendo a multa devida. Subsiste o valor de R\$3,25.

O item 3 trata da omissão de saídas de mercadorias tributáveis em decorrência de cancelamento irregular de notas fiscais, quando foi deixando de recolher o ICMS no montante de R\$52,19. Igualmente, houve reconhecimento e recolhimento do imposto. Autuação mantida.

Quanto ao item 4, foi apurada a utilização indevida de crédito fiscal em valor superior ao destacado no documento fiscal. Foi utilizada como base de cálculo para apuração do imposto o valor contábil, implicando em crédito a maior. O impugnante advogou a violação do seu pleno direito à ampla defesa e ao contraditório, conforme art. 5º, LV da Constituição Federal, vez que a fiscalização

imputou a infração sem indicar os documentos que a comprovariam, ou seja, qual o número destes documentos, registrados nos seus livros fiscais, o que o impediu de apurar os fatos e elaborar sua defesa. Razão não assiste ao impugnante. Conforme planilha elaborada pela fiscalização, acostada à fl. 41 do PAF, a qual teve acesso a empresa, conforme assinatura do seu preposto nela consignada, os dados nela constantes identificam o documento, quais sejam, data, código de operações fiscais, valor contábil, base de cálculo, ICMS lançado, ICMS destacado e ICMS indevido. Além do mais, estão apensadas aos autos cópias xerográficas de duas faturas da Embratel, documentos base da autuação e prova material inequívoca da irregularidade (fls. 42/43), que, inclusive, possuem carimbo em uma delas como “lançada”. Ressalto que tais documentos pertencem ao autuado, não sendo necessária a sua entrega quando da fiscalização. De sua análise em confronto com o livro Registro de Entradas (fls. 87 e 96), nas contas de prestação de serviços – CPS, o imposto destacado foi da ordem de R\$360,50, em cada uma. A empresa utilizou o crédito de R\$464,33, de cada uma, em desconformidade com o art. 91 e § 5º do art. 93, do RICMS/97. Mantendo a autuação no valor de R\$207,66.

Já o item 5 trata da utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a lançamento de documento fiscal em duplicidade. Não houve impugnação do valor reclamado, sendo recolhido o imposto. Autuação mantida no valor de R\$222,96.

Houve impugnação do item 6 da autuação, que se refere a glosa de crédito fiscal pela falta de apresentação dos documentos comprobatórios ao seu direito. Os mesmos argumentos de cerceamento de defesa exposto no item 4, aqui, igualmente foram argüidos. Além do mais, a defesa argumentou que não existia qualquer distinção entre a origem dos referidos créditos (telefonia ou energia elétrica), o que o impossibilitava de encontrar, nos livros fiscais, quais os documentos a que se referia a fiscalização. Além do mais, afirmou que encontrava outro vício que o maculava, pois a autoridade administrativa estava ferindo o princípio da não-cumulatividade do ICMS, além de que, lhe imputava sanção diversa daquela que corresponderia à infração apontada, ou seja, trocou uma sanção de cunho acessório por uma de obrigação principal.

As determinações legais são expressas quanto ao direito de utilização do crédito para compensação com o débito do imposto, devendo estar à disposição do fisco estadual sua comprovação, a qual se dá pela apresentação dos documentos fiscais idôneos que o gerou (art. 31 da Lei nº 7.014/96 e arts. 91 e 92 do RICMS/97), não cabendo se falar, aqui, no princípio da não-cumulatividade do ICMS.

As autuantes, quando da fiscalização, elaboraram planilha, identificando data de lançamento, código da operação fiscal, o valor contábil, base de cálculo e o ICMS que consideraram indevido, valores estes escriturados no livro registro de Entradas do autuado. Intimaram o contribuinte para apresentar os devidos documentos comprobatórios, conforme Intimações anexadas as fls. 110/114 do PAF. O sujeito passivo não se manifestou. Houve a cobrança dos valores apurados. Por este relato, aqui não se pode falar em cerceamento de defesa. Os documentos são de propriedade do sujeito passivo e em suas mãos se encontravam. Inclusive, a própria defesa confirma a falta de entrega dos referidos documentos, ao argumentar que as autuantes confundiram uma irregularidade de cunho acessório em principal, ou seja, a falta de entrega de documentos solicitados pela autoridade fazendária. Quanto a este último argumento, não pode ser aceito, em obediência as normas regulamentares e já citadas. Ao teor do art. 123 do RPAF/99, caberia ao autuado trazer à lide os referidos documentos, objetivando descharacterizar a infração, o que o fez em parte. Embora tenha acostado, aos autos, documentos (fls. 153/187) quando o processo já se encontrava instruído para julgamento, os acolho e analiso, tendo em vista o princípio da verdade material que norteia o processo administrativo fiscal.

1. as Notas Fiscais/Faturas da Embratel acostadas as fls. 154/157 não podem ser aceitas pois dos

meses de junho e outubro de 2000, período não autuado.

2. as demais são aceitas, conforme levantamento a seguir.

MÊS/ANO	FORNECEDOR	CRÉDITO FISCAL (A)	AUTUAÇÃO (B)	CF INDEVIDO (B-A)	FLS. PAF
JANEIRO/99	TELEBAHIA	5,18	-	-	163
	TELEBAHIA	5,18	-	-	164
	TELEBAHIA	5,18	-	-	165
	TELEBAHIA	5,18	-	-	166
	TELEBAHIA	5,18	-	-	167
	TELEBAHIA	5,18	-	-	168
	TELEBAHIA	5,18	-	-	169
	TELEBAHIA	5,18	-	-	170
	TELEBAHIA	5,18	-	-	171
	TELEBAHIA	5,18	-	-	172
	TELEBAHIA	5,18	-	-	173
	TELEBAHIA	5,18	-	-	174
	TELEBAHIA	5,18	-	-	175
	TELEBAHIA	5,91	-	-	176
	TELEBAHIA	5,91	-	-	177
	TELEBAHIA	5,91	-	-	178
	TELEBAHIA	60,29	-	-	179
TOTAL JAN/99		145,36	302,14	156,78	
FEVEREIRO/99	TELEBAHIA	5,25	5,25	0,00	160
MAIO/99	TELEMAR	5,25	-	-	161
	TELEMAR	5,25	-	-	162
TOTAL MAI/99		10,50	282,42	261,92	
JULHO/99	TELEMAR	6,46	375,44	368,98	180
DEZEMBRO/99	TELEMAR	6,18	211,35	205,17	181
JANEIRO/00	EMBRATEL	25,00	360,50	335,50	158

DEMONSTRATIVO DE DÉBITO INFRAÇÃO 6

CÓDIGO DÉBITO	DATA OCORRÊNCIA	DATA VENCIMENTO	IMPOSTO	MULTA (%)
10	31/01/99	09/02/99	156,78	60
10	31/03/99	09/04/99	185,35	60
10	30/04/99	09/05/99	125,23	60
10	31/05/99	09/06/99	261,92	60
10	30/06/99	09/07/99	398,60	60
10	31/07/99	09/08/99	368,98	60
10	31/08/99	09/09/99	355,52	60
10	30/09/99	09/10/99	496,30	60
10	31/10/99	09/11/99	513,89	60
10	31/12/99	09/01/00	205,17	60
10	31/01/00	09/02/00	335,50	60
10	31/07/00	09/08/00	564,83	60
10	31/12/00	09/09/01	47,04	60
TOTAL			4.015,11	

Subsiste a autuação no valor de R\$4.015,11.

Por derradeiro, a defesa alegou ainda que o percentual da multa aplicada tem cunho confiscatório, sendo imperiosa sua redução para 30% ou 20%. Não pode esta Junta de Julgamento Fiscal apreciar este pedido. No caso, essa redução só poderá ser feita ao apelo da equidade e pela Câmara Superior deste Colegiado, devendo o contribuinte de preencher determinados requisitos, que não os encontro aqui configurados.

Voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração no valor de R\$33.099,47, mais a penalidade de R\$3,25, homologando-se os valores recolhidos.

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 274068.0005/03-4, lavrado contra a ARAPUÃ COMERCIAL S/A, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$33.099,47**, atualizado monetariamente, acrescido da multa de 60% sobre o valor de R\$33.047,28, prevista no art. 42, VII, “a”, da Lei nº 7.014/96 e 70% sobre o valor de R\$52,19, prevista no art. 42, III, do referido Diploma Legal, e dos acréscimos moratórios, mais a penalidade no valor de **R\$3,25**, prevista no art. 42, XI da já referida Lei, com homologação dos valores efetivamente recolhidos.

*ESTADO DA BAHIA
SECRETARIA DA FAZENDA
CONSELHO DE FAZENDA ESTAUAL (CONSEF)*

Ressalve-se que a exigibilidade do crédito tributário relativo ao item 1 da autuação fica suspensa, nos termos do art. 151, IV, do CTN, até a decisão final da Ação Declaratória impetrada pelo autuado.

Sala das Sessões do CONSEF, 27 de agosto de 2003.

CLARICE ANÍZIA MÁXIMO MOREIRA - PRESIDENTE

MÔNICA MARIA ROTERS - RELATORA

JOSÉ BEZERRA LIMA IRMÃO – JULGADOR