

A. I. Nº - 279504.0070/03-6

AUTUADO - ARAPUÃ COMERCIAL S.A.

AUTUANTES - MÁRCIA LIBÓRIO FRAGA LIMA, CRYSTIANE MENEZES BEZERRA e TÂNIA CRISTINA DE SOUZA BARRETO

ORIGEM - IFEP

INTERNET - 02.09.2003

#### 4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

#### ACÓRDÃO JJF N° 0331-04/03

**EMENTA:** ICMS. 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 acquirentes 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 E AQUISIÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA. Não exibidos os documentos fiscais que autorizassem a utilização dos créditos fiscais. 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 30/06/03, exige ICMS, no valor de R\$ 33.970,55, em decorrência das seguintes irregularidades:

1. Utilização indevida de crédito fiscal, no valor de R\$ 30.761,16, 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. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS, no montante de R\$ 1.626,22, referente a lançamento de documentos fiscais em duplicidade.
3. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS, no valor de R\$ 1.583,17, sem a apresentação do competente documento comprobatório do direito ao referido crédito. Trata-se de serviços tomados de comunicação e aquisições de energia elétrica.

O autuado apresentou defesa tempestiva (fls. 115 a 130) e, preliminarmente, suscitou a nulidade da infração 1, argumentando que a matéria em lide está “*sub judice*” na Ação Declaratória nº 140.01.830541-1, e, em seguida, transcreveu trecho da sentença judicial para embasar sua tese. Assevera 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. Salienta que a autuação não pode subsistir, pois vai de encontro a uma decisão judicial em vigor, a qual tornava indevido o tributo. Afirma que 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. Diz que os fatos narrados no Auto de Infração não conferem com a realidade, pois a ação intentada pelo defensor não se refere a juros recebidos os creditados pelo contribuinte ao destinatário final. Transcreve artigos do Código Penal Brasileiro para embasar suas alegações.

Adentrando no mérito, explica, em relação à infração 1, que realiza 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 2, 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. 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.

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.

Relativamente à infração 3, o autuado alega que foi cerceado o seu direito de defesa, pois as autuantes não apontaram onde estão as duplicidades citadas na autuação.

Afirma que os valores sobre os quais se creditou possuem a mesma escrituração nominal, porém os números dos documentos fiscais que os identificam são distintos. Explica que a semelhança entre os valores constantes nas faturas é decorrente de contrato estabelecido entre o autuado e a empresa prestadora do serviço de comunicação, que estabelece a chamada demanda agregada e cuja cópia será anexada posteriormente.

Alega 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.

Ao encerrar a sua peça defensiva, o autuado solicita a nulidade ou improcedência do Auto de Infração e, caso não seja acolhidos os argumentos defensivos, pede que seja reduzida a multa para um patamar mais justo. Requer o prazo de 10 dias para a juntada de documentos.

Na informação fiscal, fls. 138 a 144, as autuantes 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. 13 e 14). Dizem que o Auto de Infração só foi lavrado em 30/06/03, portanto, após a suspensão da tutela antecipada. Salientam que a atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional. Ressaltam 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, além de alegarem que o Pedido de Suspensão de Tutela Antecipada foi deferido, as autuantes dizem que o art 12, § 1º, II, “a”, da Lei nº 87/96, 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 cinco decisões deste CONSEF sobre esta matéria em lide, envolvendo o autuado e que foram consideradas procedentes.

No que tange à infração 2, as auditoras fiscais asseveram que não houve cerceamento do direito de defesa, pois a planilha de fl. 16, 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. Dizem que cópias dos livros e documentos fiscais foram anexadas aos autos (fls. 17 a 111).

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.

Relativamente à infração 3, as autuantes dizem que é inconsistente a alegação de cerceamento do direito de defesa, já que o Demonstrativo de Notas Fiscais não encontradas (fl. 15), cuja cópia foi entregue ao autuado, especifica a data, o número da nota fiscal, o código da operação, o valor contábil, a base de cálculo e o ICMS creditado, o que permite o exercício do direito de defesa. Dizem que não procede a alegação defensiva de que houve equívoco por parte do fisco, haja vista que o contribuinte foi regularmente intimado, teve acesso às especificações dos documentos solicitados, teve o prazo de lei e, mesmo assim, não apresentou os documentos.

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 19/08/03, quando já havia encerrado o prazo requerido pelo autuado para a juntada de provas, o defensor protocolou os documentos de fls. 149 a 164, os quais foram acostados ao processo após a conclusão da sua instrução.

## VOTO

Inicialmente, afasto as preliminares de nulidade suscitadas pelo autuado em relação à infração 1, 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 30/06/03, 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, conforme comprova o documento de fls. 13 e 14. 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 auditorias 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 2, não acolho a argüição de nulidade, uma vez que não houve o alegado cerceamento do direito de defesa do autuado. O demonstrativo de fl. 16, do qual o autuado recebeu cópia, relaciona os documentos fiscais e todos os dados necessários ao pleno exercício do direito de defesa do contribuinte. Com base nesse demonstrativo, 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, fls. 17 a 31, o imposto foi destacado à alíquota de 25%, desse modo, não houve nenhum prejuízo ao autuado.

Adentrando no mérito, constato que, ao confrontar os documentos fiscais (fls. 17 a 31) com os livros Registro de Entradas (fls. 32 a 90), 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.

Na infração 3, o autuado foi acusado de ter utilizado créditos fiscais sem apresentar os documentos fiscais comprobatórios do direito aos referidos créditos. Todavia, em sua defesa, o contribuinte repete argumentos pertinentes à infração anterior.

Afasto a alegação de nulidade da infração em tela, pois o demonstrativo de fl. 15, do qual o autuado recebeu cópia, contém todos os elementos necessários ao pleno exercício do seu direito de defesa.

No mérito, a infração está devidamente caracterizada, uma vez que o autuado não apresentou os documentos fiscais relacionados e solicitados pelas auditoras fiscais.

Por fim, com fulcro no princípio da busca da verdade material, tomo conhecimento dos documentos acostados ao processo em 19/08/03 e concluo que os mesmos não elidem, nem mesmo parcialmente, as infrações 2 e 3, uma vez que não comprovam a regularidade dos créditos fiscais apropriados. Ademais, saliento que parte dos documentos apresentados pelo contribuinte já estava anexada ao processo.

Relativamente à multa de 60% indicada pelas autuantes nas três infrações que compõem o lançamento, constato que a mesma está correta, não possui o caráter de confisco e nem fere o princípio da capacidade contributiva, pois é a legalmente prevista no art. 42, VII, “a”, da Lei nº 7014/96 para as infrações imputadas ao autuado.

Pelo exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4<sup>a</sup> Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 279504.0070/03-6, lavrado contra **ARAPUÃ COMERCIAL S.A.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 33.970,55**, sendo R\$2.579,36, atualizado monetariamente, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, VII, “a”, da Lei nº 7014/96, e dos acréscimos moratórios e R\$31.391,19 acrescida de idêntica multa e demais acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 26 de agosto de 2003.

ANTÔNIO AGUIAR DE ARAÚJO – PRESIDENTE

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – RELATOR

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – JULGADOR