

A. I. Nº - 279504.0075/03-8

AUTUADO - ARAPUÃ COMERCIAL S.A.

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

ORIGEM - IFEP

INTERNET - 16.09.2003

4^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0353-04/03

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 adquirentes 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. 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 presente Auto de Infração, lavrado em 30/06/03, exige ICMS, no valor de R\$34.063,80, em decorrência das seguintes irregularidades:

1. Utilização indevida de crédito fiscal no valor de R\$30.647,76, sem a apresentação do documento comprobatório do direito ao referido crédito. Em complemento a acusação, as autuantes consignaram que o contribuinte lançou no RAICMS, 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 do mês de agosto de 2002;
2. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS no montante de R\$2.041,71, referente a lançamento de documentos fiscais em duplicidade;
3. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS no valor de R\$1.374,33, sem a apresentação do competente documento comprobatório do direito ao referido crédito. Trata-se de serviços tomados de comunicação e a aquisição de energia elétrica.

O autuado apresentou defesa tempestiva (fls. 124 a 128) 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, oportunidade em que transcreveu trecho da sentença judicial, em apoio ao seu argumento. Assevera que a exigibilidade dos créditos ora questionados encontrava-se suspensa

por força da tutela antecipada, cujos efeitos estavam em vigor, porém, 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 ou creditados pelo contribuinte ao destinatário final. Transcreve artigos do Código Penal Brasileiro para embasar suas alegações.

Quanto ao mérito, em relação à infração 1, diz que realiza vendas financiadas com recursos próprios ou de terceiros, sendo que os valores dos acréscimos financeiros de 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 autuado receber o 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.

Com referência 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. Transcreve o art. 5º, LV, da Constituição Federal para fundamentar a sua tese.

Alega que as autuantes modificaram o critério material da hipótese de incidência do tributo, uma vez que, de acordo com o RICMS-BA/97, a alíquota aplicável ao caso era de 25% e, no entanto, as autuantes utilizaram a alíquota de 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 ao processo dos mesmos.

No tocante à infração 3, o autuado alegou que a autuação violou o seu direito ao contraditório e à ampla defesa, pois a autoridade fiscalizadora não demonstrou como a mesma foi apurada.

Reproduz os termos da acusação fiscal e diz inexistir distinção entre os créditos oriundos de operações relativas à utilização de serviços de telefonia e energia elétrica, o que impossibilita localizar nos livros fiscais da empresa, quais as infrações referidas, para que possa providenciar a documentação necessária à comprovação do direito ao crédito. Por tal motivo, ficou impedido de

formular a sua impugnação, por violação ao direito constitucional à ampla defesa, oportunidade em que transcreveu entendimento de autor que indica sobre o tema, pelo que deve ser anulado o lançamento relativo ao item 3 do Auto de Infração.

Com referência a multa de 60% indicada na autuação, alega que é confiscatória, o que é vedado pela Constituição Federal. Cita decisões do Supremo Tribunal Federal sobre a gradação de multa. Afirma que a autoridade fiscalizadora deveria aplicar multa em percentual (20% a 30%) que não represente dilapidação do patrimônio do autuado.

Ao finalizar, solicita a nulidade ou improcedência do Auto de Infração e, caso não sejam acolhidos os argumentos defensivos, que seja reduzida a multa para um patamar mais justo, além de requerer o prazo de dez dias para a juntada dos documentos comprobatórios dos seus créditos, os quais se encontram em outros estabelecimentos da empresa.

As autuantes ao prestarem a sua informação fiscal, fls. 146 a 151, em relação à infração 1, transcreveram, inicialmente, os termos da acusação fiscal.

Em seguida, rebateram as preliminares de nulidades suscitadas na peça defensiva, 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 foi lavrado em 30/06/03, após a suspensão da tutela antecipada. Salientam que a atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional. Ressalta que o direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário está sujeito a 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, isso é, não havia documentos comprobatórios para os créditos fiscais lançados.

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 a inclusão na base de cálculo do ICMS de 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.

Com relação à infração 2, as autuantes esclarecem que não houve cerceamento do direito de defesa, pois a planilha de fl. 17, 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, além do que cópias dos livros e documentos fiscais foram anexadas aos autos (fls. 18 a 33).

Quanto à alíquota aplicada, dizem que não houve inobservância do princípio da legalidade, uma vez que o imposto devido não foi aumentado. Salientam que, com o sistema automatizado de emissão de Auto de Infração, é informado o valor do imposto e automaticamente é apurada a base de cálculo, ou seja, caso haja um eventual equívoco no valor da alíquota, se o valor do imposto for informado corretamente, o montante final exigido também estará correto.

No tocante à infração 3, as autuantes aduzem ser inconsistente a alegação de cerceamento do direito de defesa, já que o Demonstrativo de Notas Fiscais não Encontradas (fl. 16), 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. Sustenta não proceder à 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 solicitados.

Sobre a 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 prevê multa de 60 % para as infrações detectadas.

Ao concluir, dizem ratificar a ação fiscal e solicitam a procedência do Auto de Infração.

Foi juntado aos autos às fls. 156 a 182, uma petição do autuado, através da qual solicita a anexação aos autos de cópias de documentos fiscais e do seu livro Registro de Entradas, objetivando instruir a sua defesa anteriormente apresentada.

VOTO

Inicialmente, afasto as preliminares de nulidade suscitadas pelo autuado, pelos seguintes motivos:

I – No tocante à infração 1, entendo não ter havido a alegada desobediência à determinação judicial e nem incidiram as autuantes em excesso de exação. Como justificativa, esclareço que o presente Auto de Infração foi lavrado em 30/06/03, enquanto 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 a cópia da decisão juntada aos autos pelas autuantes às fls. 14 e 15. 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;

II – Com relação às infrações 2 e 3, em que o autuado alega cerceamento do seu direito de defesa, considero sem fundamento. É que os demonstrativos de fls. 16 e 17, do qual o autuado recebeu cópias, relaciona os documentos fiscais e todos os dados necessários para que o autuado exercitasse em sua plenitude o contraditório e a sua ampla defesa.

Adentrando no mérito da autuação e após analisar os elementos que integram o presente PAF, o meu posicionamento a respeito das infrações é o seguinte:

Infração 1 – Entendo correto o procedimento das autuantes, uma vez que o autuado escriturou créditos fiscais sem a apresentação dos documentos comprobatórios do direito aos mesmos. Sobre a Ação Declaratória nº 140.01.830541-1, em face de suspensão da tutela antecipada em 10/06/2003, não era mais o documento hábil para a apropriação dos créditos fiscais objeto da autuação. O direito aplicável ao caso em tela será decidido pelo Poder Judiciário, tendo em vista que a matéria encontra-se *sub judice*, ficando, portanto, a exigibilidade do crédito tributário suspensa até a decisão final da lide.

Infração 2 - Da análise dos documentos fiscais (fls. 18 a 33) com os livros Registro de Entradas (fls. 34 a 120), restou comprovado 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, enquanto no segundo adotou o número da “Leitura Ant.” do mesmo medidor de consumo como sendo o número do novo documento fiscal.

No que tange à alíquota constante nos demonstrativos de débitos elaborados pelas autuantes, entendo que os valores do imposto a recolher foram corretamente apurados. Nos documentos fiscais de aquisição de serviços de comunicação, fls. 18 a 33, o imposto foi destacado à alíquota de 25%, fato que não causou nenhum prejuízo ao autuado. Desse modo, considero correto o procedimento das autuantes e mantendo a autuação.

Infração 3 –Razão não assiste ao autuado, uma vez que não apresentou os documentos fiscais relacionados e solicitados pelas autuantes. Com relação aos documentos juntados pela defesa às fls. 157 a 161, observei da sua análise, não ter nenhuma relação com os documentos listados pelas autuantes à fl. 16, devendo, por isso mesmo, ser mantida a exigência fiscal.

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.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 279504.0075/03-8, lavrado contra **ARAPUÃ COMERCIAL S.A.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$34.063,80**, sendo R\$2.848,35, atualizado monetariamente, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, VII, “a”, da Lei nº 7014/96 e dos acréscimos moratórios, e R\$31.215,45, acrescido de idêntica multa, com acréscimos legais.

Fica suspensa a exigibilidade do crédito tributário pertinente a infração 1 até a Decisão final da lide pelo Poder Judiciário.

Sala das Sessões do CONSEF, 09 de setembro de 2003.

ANTÔNIO AGUIAR DE ARAÚJO – PRESIDENTE/RELATOR

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – JULGADOR

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – JULGADOR