

**A. I. N°** - 274068.0006/03-0  
**AUTUADO** - ARAPUÁ COMERCIAL S/A  
**AUTUANTE** - MÁRCIA LIBÓRIO FRAGA LIMA, CRYSTIANE MENEZES BEZERRA  
e TANIA CRISTINA DE SOUZA BARRETO  
**ORIGEM** - INFAZ SIMÕES FILHO  
**INTERNET** - 17/09/03

**1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO JJF N° 0354/01-03**

**EMENTA:** ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. FALTA DE APRESENTAÇÃO DA DOCUMENTAÇÃO FISCAL COMPROBATÓRIA. **a)** A legislação prevê que as despesas cobradas ou debitadas nas operações comerciais integram a base de cálculo do ICMS. Em razão da matéria encontrar-se sub judice, o lançamento visa evitar a decadência do direito de constituir o crédito tributário, cuja exigibilidade fica suspensa até a decisão final da lide pelo Poder Judiciário. **b)** LANÇAMENTO EM DUPLICIDADE. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Infração reconhecida pelo sujeito passivo. **c)** VALOR DO CRÉDITO SUPERIOR AO DESTACADO NO DOCUMENTO FISCAL. Infração não elidida. **d)** FALTA DE APRESENTAÇÃO DO DOCUMENTO COMPROBATÓRIO DO DIREITO AO CRÉDITO. O uso do crédito fiscal, nas formas definidas em lei, condiciona ao sujeito passivo a comprovação de sua idoneidade, quando solicitado pelo Fisco. Comprovada parcialmente a infração. 2. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTAS FISCAIS NO REGISTRO DE ENTRADAS. **a)** MERCADORIAS SUJEITAS À TRIBUTAÇÃO. MULTA. Infração não contestada. **b)** MERCADORIAS NÃO SUJEITAS À TRIBUTAÇÃO. MULTA. Infração reconhecida pelo sujeito passivo. Rejeitadas as preliminares levantadas. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

O Auto de Infração, lavrado em 30/06/03, exige ICMS no valor de R\$51.324,22 acrescido das multas de 60% e 70%, além da multa por descumprimento de obrigação acessória, no valor de R\$, pelas seguintes razões:

1. utilização indevida de crédito fiscal sem a apresentação do competente documento comprobatório do direito ao referido crédito, nos meses de agosto de 2002 a maio de 2003, no valor de R\$45.398,77;
2. deu entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas a tributação sem o devido registro na escrita fiscal, no mês de junho/00 (Anexo 2), multa no valor de R\$39,92;

3. deu entrada no estabelecimento de mercadorias não tributável no estabelecimento sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de fevereiro a abril/99 – agosto e dezembro/99 – janeiro/abril/maio/julho/2000 (Anexo 3), multa no valor de R\$17,34;
4. utilização indevida de crédito fiscal em valor superior ao destacado no documento fiscal. Contribuinte utilizou como base de cálculo (Anexo 4) o valor contábil, implicando em lançamento de crédito a mais do que o destacado no documento fiscal, nos meses de março/junho/julho/00, no valor de R\$429,70;
5. utilização indevida de crédito fiscal referente a lançamento de documento em duplicidade referente prestação de serviço de telecomunicação, nos meses de março e maio de 1999 (anexo 5), no valor de R\$646,59;
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 e energia elétrica, sem a apresentação do documento comprobatório. O contribuinte recebeu intimação para apresentar a documentação, porém não comprovou a origem dos créditos fiscais, nos meses de agosto a dezembro de 1999, janeiro/julho/dezembro/2000, no valor de R\$4.791,90.

O autuado, às fls.133 a 148, apresentou sua defesa informando, inicialmente, que sua impugnação se restringia aos itens 1, 4 e 6. Reconheceu o cometimento das irregularidades apontadas nos itens 2, 3 e 5, anexando aos autos cópia de DAE dos seus recolhimentos.

Preliminarmente, em relação ao item 1, argumentou ser importante conferir a situação da ação judicial, que tem por objeto a exigência de valores relativos ao ICMS incidente sobre encargos financeiros, que entendeu ilegal e inconstitucional. Informou que existe a Ação Declaratória 140.01.830541-1, distribuída ao MM. Juiz da 3º Vara da Fazenda Pública de Salvador, atualmente em tramite 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 o defendente não fosse obrigado ao recolhimento do referido tributo incidente sobre encargos financeiros resultantes de suas vendas a prazo, bem como, para salvaguardá-lo da imposição, por parte do Fisco, de quaisquer medidas tendentes à cobrança de tais valores. Transcreveu a sentença.

Porém, 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). Assim, entendeu o Fisco que, estando suspensa a decisão judicial, nada impediria a lavratura do Auto de Infração ora impugnado. No entanto, após a publicação do despacho, que recebeu a apelação no efeito suspensivo, o defendente peticionou 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 MM. Juiz de primeira instância reconsiderou 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

defendente.

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.

Não bastasse isso, disse que também não merecer acolhida a autuação relativa à infração 1, vez que os fatos narrados no Auto de Infração não conferiam com realidade. A ação judicial impetrada não se referia a juros recebidos ou creditados pelo impugnante ao destinatário final, conforme a existência de prova pericial demonstrando a ausência de repasse dos valores discutidos nos autos.

No mérito, informou ter como objeto social o comércio de vendas de seus produtos à vista ou a prazo, mediante financiamento, cujos recursos podem ser próprios ou de terceiros. Na primeira hipótese, destacou o ICMS nas notas fiscais, tomando por base o valor da operação de venda, como se à vista fosse. Emitiu, 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 para-fiscais”, que, ao seu ver, 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.

Afirmou ter ocorrido a violação do princípio da capacidade contributiva, já que ao vender a prazo, deixou de receber o preço da mercadoria vendida, o que só viria a ocorrer normalmente em prazo igual ou superior a 30 dias. Antes mesmo de receber o valor da operação do comprador, o contribuinte deve recolher o imposto e 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, apontou 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.

No tocante 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, em torno 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 impossibilitou 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 existir 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. 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.

Requeru a nulidade ou a improcedência da ação fiscal, caso as preliminares argüidas não fossem atendidas e o prazo de 10 dias para juntada de documentos comprobatórios.

As autuantes, às fls. 157 a 161, ) informaram 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. Que a autuação só 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 e, 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.

Ressaltaram existir 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.

Esclareceram ainda, que o próprio defendente afirmou que 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, ou seja, pela procedência das autuações.

Discordaram do impugnante quanto a violação ao direito constitucional da ampla defesa e do contraditório. Em relação ao item 4, conforme planilhas elaboradas e entregue 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 conseqüente 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 127, 128 e 129), o autuado não forneceu ao Fisco os documentos.

Afirmaram, também não prosperar 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. 127) para apresentação das notas de telecomunicações e energia, conforme relação entregue ao preposto da empresa, mas as notas que comprovariam os créditos não foram apresentados. Também, 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 alegação de caráter confiscatório em relação 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 exige imposto por 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 a título de “Ação Declaratória 8.305.411/01”, no livro de Registro de Apuração do ICMS, no campo referente a “Outros Créditos”, valores exatamente iguais ao saldo apurado do imposto a recolher mensalmente, ocasionando o seu não recolhimento nos meses acima citados.

Preliminarmente, o impugnante argüiu 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 3ª 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.

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 interrompida até decisão final em último grau de recurso. Porém, nada impedindo a sua constituição, o que, entendo, ser dever do Fisco 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. No entanto, 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. Este caso aqui não se aplica, uma vez que a ação fiscal é posterior a Ação Declaratória.

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

O sujeito passivo advogou que os juros de vendas a prazo são, meramente, o “custo do dinheiro” e pelo fato de serem recebidos posteriormente à venda, não podem ser confundidos como fato gerador do ICMS, pois neles não se configura a hipótese de sua incidência. Inclusive, afirmou não haver previsão legal citando o disposto no art. 4º e 17 da Lei nº 7.014/96 e, que 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.

Discordo do posicionamento do impugnante, pois entendo não existir 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;*

Estas determinações foram recepcionadas pela Lei nº 7.014/96, através do seu art. 17, § 1º e pelo RICMS/97 (art. 54).

Em conformidade com as determinações legais acima transcritas, as vendas a prazo com financiamento próprio do autuado, como ficou evidenciado, inclusive confirmado pelo sujeito passivo na sua peça de defesa, os juros e acréscimos monetários correspondentes fazem parte das operações de vendas, por ser valor da efetiva operação comercial, não havendo qualquer pertinência de que, por serem pagos posteriormente a compra, não integram a base de cálculo do ICMS. Tais 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.

Como ressalva, observo que estas importâncias só não incidiriam o imposto, caso a transação fosse efetuada com o financiamento do negócio por uma instituição financeira. Neste contexto, o tributo incidente sobre a parcela do financiamento seria de competência federal (IOF), entretanto, este não é o caso em tela. E, como resultado, não existe qualquer violação ao princípio constitucional da capacidade contributiva do contribuinte, nem da isonomia fiscal, haja vista que o impugnante tomou como paradigma para sua contestação, decisão do Supremo Tribunal Federal sobre juros cobrados pelos cartões de crédito, assunto não correspondente com o aqui tratado, decisão esta que, inclusive, reforça o posicionamento ora exposto.

A fim de tornar mais evidente o acima exposto, passo a transcrever parte da decisão, à fl. 141 dos autos:

*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.*

Assim, restou provado, mediante escrituração do livro de apuração do ICMS, que o autuado ao realizar vendas de mercadorias por ela financiadas, emitia as notas fiscais com preço a vista, destacando o ICMS. Em seguida, por período de apuração, emitia Nota Fiscal complementar, relativa aos acréscimos financeiros incidentes sobre todas as operações de financiamento, destacando o ICMS, e efetuando lançamento a título de crédito fiscal para abatimento do imposto devido, na mesma quantia do imposto a recolher mensalmente.

Concluo pela manutenção da autuação relativa a este item no valor de R\$45.398,77, lembrando que a exigibilidade do crédito tributário encontra-se suspensa até decisão final da Ação Declaratória impetrada pelo sujeito passivo.

Os itens 2 e 3 dizem respeito à entrada de mercadoria no estabelecimento, sem o devido registro na escrita fiscal, sendo exigida multa por descumprimento de obrigação acessória. Não houve impugnação da penalidade, inclusive foi recolhida a multa devida. Mantida a penalidade nos valores de R\$39,92 e R\$17,34.

No tocante ao item 4, foi exigido imposto por utilização indevida de crédito fiscal em valor superior ao destacado no documento fiscal. O impugnante argumentou ter havido violação do seu pleno direito à ampla defesa e ao contraditório, com base no art. 5º, LV da Constituição Federal, já que as autuantes imputaram a infração sem indicar quais os documentos que comprovariam a existência de registro nos seus livros fiscais de valores a mais que o permitido, o que, ao seu ver, impediu de apurar os fatos e apresentar impugnação.

Discordo do sujeito passivo, já que consta dos autos planilha elaborada pelas autuantes, à fl. 44 do PAF, a qual a empresa teve acesso, conforme assinatura aposta no referido documento e nele estão consignados os dados que identificam os documentos que foram objeto de utilização a mais de crédito fiscal do ICMS, quais sejam, data, código de operações fiscais, valor contábil, base de cálculo, ICMS lançado, ICMS destacado e ICMS indevido.

Também, foram acostados aos autos cópias reprográficas de quatro faturas da Embratel e uma da Coelba (fls. 45 a 49), demonstrando a irregularidade apontada na autuação, constando, inclusive, nos citados documentos constam aposição de carimbo “lançado” pelo autuado. Observo, ainda, que tais documentos pertencem ao impugnante, sendo desnecessária a entrega de cópia pela fiscalização. Ainda, analisando os citados documentos em confronto com o lançamento efetuado no livro Registro de Entradas (fls. 96, 103 e 106), nas contas de prestação de serviços – CPS, referente aos serviços de comunicação, o imposto destacado foi da ordem de R\$360,50, em cada uma e a empresa se creditou dos valores de R\$473,77, R\$464,25, 464,33 e 464,33. Também, para os serviços de energia elétrica o valor destacado no documento era de R\$709,23 e o valor creditado de R\$714,25, tudo em desconformidade com o art. 91 e § 5º do art. 93, do RICMS/97.

Mantenho a autuação no valor de R\$646,59.

O item 5 trata da utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a lançamento de documento fiscal em duplicidade. O impugnante reconheceu devido o valor exigido, inclusive recolheu o imposto. Mantida ação fiscal.

O item 6 da autuação, diz respeito a utilização indevida de crédito fiscal pela falta de apresentação dos documentos comprobatórios ao seu direito.

Neste item o impugnante argumentou ter havido cerceamento de defesa, nos mesmos moldes exposto no item 4 e, que nos autos não existia qualquer elemento que identificasse a origem dos referidos créditos (comunicação ou energia elétrica), tendo, desta forma, ficado impossibilitado de identificar nos livros fiscais a que documentos as autuantes se referiam. Afirmou, ainda, existir vícios no levantamento, já que, ao seu ver, feriu o princípio da não-cumulatividade do ICMS, além de que, lhe ser atribuída penalidade diversa daquela que corresponderia à infração apurada, ou seja, trocou uma sanção de cunho acessório por uma de obrigação principal.

No tocante a este item, observo que as determinações legais quanto ao direito de utilização do crédito para compensação com o débito do imposto estão expressas nas normas regulamentares, dentre elas a de o sujeito passivo colocar à disposição da Fiscalização, quando regularmente intimado, a sua comprovação, ou seja, pela apresentação dos documentos fiscais idôneos que gerou a utilização dos referidos créditos escriturados nos livros fiscais. Tal disposição está prevista no art. 31 da Lei nº 7.014/96 e arts. 91 e 92 do RICMS/97, descabendo a alegação quanto ao princípio da não-cumulatividade do ICMS.

Foi elaborado demonstrativo, à fl 57, o qual o defendente em 01/07/03 teve acesso, conforme assinatura aposta no referido documento e nele estão consignados os dados identificando data de



lançamento, código da operação fiscal, o valor contábil, base de cálculo e o ICMS que foi considerado como utilização indevida, cujos valores estão escriturados no livro Registro de Entradas, cópias anexadas às fls. 53 a 122. Também consta planilha recebida pelo autuado em 17/06/03, identificando os lançamentos acima citados, cuja cópia o impugnante recebeu, conforme assinatura e ciência aposta no documento de fl. 123 dos autos, ou seja, antes do lançamento tributário foi dada a oportunidade de o autuado apresentar os citados documentos, o que demonstra, sem sombra de dúvida, que está descaracterizada a argumentação de cerceamento de defesa, valendo, observar, inclusive, que o impugnante reconheceu a falta de entrega dos citados documentos, haja vista que argumentou ter havido equívoco das autuantes ao lançar uma irregularidade que o defendente considerou de cunho acessório como sendo principal, qual seja, a falta de apresentação de documentos solicitados pelo Fisco.

O sujeito passivo não se manifestou na sua peça de impugnação, entretanto, objetivando descaracterizar a infração, requereu, posteriormente, a juntada aos autos de cópias reprográficas de documentos (fls.166/183) quando o processo se encontrava em fase de instrução para julgamento, os quais acolho e analiso, considerando o princípio da verdade material que norteia o processo administrativo fiscal.

Verifico que as Notas Fiscais/Faturas da Embratel e Telemar acostadas, às fls. 167/174, comprovam os lançamentos efetuados pelo autuado, desta forma, foram aceitas e deduzidos os valores correspondentes ao período e valor correspondente às mesmas, conforme a seguir:

MÊS/ANO	FORNECEDOR	CRÉDITO FISCAL (A)	CRÉDITO FISCAL COMPROVADO	CREDITO NÃO COMPROVADO	FLS. PAF
JANEIRO/00	EMBRATEL	360,50	360,50	-	167
	TELEMAR	62,91	62,91	-	170
	TELEMAR	80,64	80,64	-	171
	TELEMAR	97,29	97,29	-	172
<b>TOTAL JAN/00</b>		608,34	608,34	-	-
JULHO/00	TELEMAR	71,65	71,65	-	168
	TELEMAR	44,85	44,85	-	169
<b>TOTAL JUN/00</b>		116,50	116,50	-	-
NOVEMBRO/00	EMBRATEL	20,50	20,50	-	173
	EMBRATEL	184,07	184,07	-	174
<b>TOTAL NOV/00</b>		204,57	204,57	-	-

### DEMONSTRATIVO DE DÉBITO DA INFRAÇÃO

CÓDIGO DÉBITO	DATA OCORRÊNCIA	DATA VENCIMENTO	IMPOSTO	MULTA (%)
10	31/08/99	09/09/99	356,09	60
10	30/09/99	09/10/99	355,52	60
10	31/10/99	09/11/99	656,50	60
10	30/11/99	09/12/99	573,15	60
10	31/12/99	09/01/00	891,17	60
10	31/01/00	09/02/00	513,70	60
10	31/07/00	09/08/00	516,36	60
10	31/12/00	09/01/01	0,00	60
<b>TOTAL</b>			<b>3.862,49</b>	

Mantenho parcialmente a infração, no valor de R\$3.862,49.

Por fim, o autuado argumentou que o percentual da multa aplicada teve cunho confiscatório, sendo imperativo sua redução para 30% ou 20%. Não tocante a tal alegação não pode esta Junta de Julgamento Fiscal apreciar tal pedido. Redução do percentual de multa por descumprimento de obrigação principal só poderá ser feita ao apelo da equidade e pela Câmara Superior deste CONSEF, devendo o contribuinte de preencher os requisitos definidos em lei.

Voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração, no valor de R\$50.337,55, além da multa por descumprimento de obrigação acessória, no valor de R\$57,26, homologando-se os valores já 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 **274068.0006/03-0**, lavrado contra a **ARAPUÁ COMERCIAL S/A.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$50.337,55**, sendo: R\$2.587,85, atualizado monetariamente, acrescido da multa de 60%, sobre os valores de R\$646,59 e R\$1.941,26, prevista no art. 42, VII, “a”, da Lei nº 7.014/96 e, dos acréscimos moratórios, e R\$47.749,70, acrescido da multa de 60% sobre R\$45.398,77, R\$429,70 e R\$1.921,23, prevista no artigo, inciso e alínea do mesmo Diploma Legal acima citado, e dos demais acréscimos legais, mais a penalidade no valor de **R\$ 57,26**, prevista no art. 42, IX e XI, da Lei já referida, com homologação dos valores efetivamente recolhidos.

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, 10 de setembro de 2003.

CLARICE ANÍZIA MÁXIMO MOREIRA – PRESIDENTE/RELATORA

MÔNICA MARIA ROTERS – JULGADORA

JOSÉ BEZERRA LIMA IRMÃO – JULGADOR