

A. I. Nº - 108883/0020-05-4  
AUTUADO - ARAPUÃ COMERCIAL S/A  
AUTUANTE - PAULO JOSÉ ARAPOONGA DÓRIA  
ORIGEM - INFAC BONOCO  
INTERNET - 08.11.05

**2<sup>a</sup> JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO JJF N.<sup>o</sup> 0402-02/05**

**EMENTA:** ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. a) SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO. O contribuinte utilizou indevidamente crédito fiscal na aquisição de serviço de comunicação. Acusação não elidida. b) MERCADORIA NÃO ENTRADA NO ESTABELECIMENTO. O contribuinte apropriou-se do crédito sob a alegação de existência de processo no judiciário mediante emissão de nota fiscal de entrada da própria empresa. Acusação não elidida. 2. ARBITRAMENTO. FALTA DE EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS FISCAIS. Justifica-se o arbitramento. Atendidos os requisitos legais. Acusação não elidida. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

O presente Auto de Infração, lavrado em 30/06/2005, em decorrência de pedido de baixa requerido pelo autuado e refere-se à constatação das seguintes infringências:

- a) utilização indevida de crédito fiscal de ICMS relativo a aquisição de Serviço de Comunicação utilizado na comercialização de mercadorias sendo cobrado o imposto no valor de R\$ 554,49 com a aplicação da multa de 60%;
- b) utilização indevida de credito fiscal do ICMS, por não haver entrado a mercadoria no estabelecimento, sendo exigido o imposto no valor de R\$ 16.908,55, com a aplicação da multa de 150%;
- c) falta de recolhimento do imposto, sendo apurado por meio de arbitramento da base de cálculo, em virtude da falta de apresentação, ao fisco, da documentação fiscal e contábil, sendo exigido o imposto no valor de R\$ 46.483,30, com a aplicação da multa de 100%.

O autuado, em seu arrazoado defensivo, interposto tempestivamente por sua procuradora legalmente constituída nos autos, apresenta seus argumentos com a finalidade de demonstrar que não infringira a legislação pertinente ao ICMS. Esclarece que informou a SEFAZ em 07/10/2003 a inutilização dos documentos fiscais (notas fiscais de nºs 6.701 a 7.500, 50 jogos) em virtude da expiração do prazo de validade. Consigna que recebeu intimação em 13/07/2005 para quitar, exigência nele contida no valor de R\$ 63.946,34 ou apresentar defesa no prazo de 30(trinta) dias. Acrescenta que sua funcionária, Sra. Magde Meire Bacellar Pitanga, apresentou queixa junto a Delegacia da 14<sup>a</sup> Circunscrição Policial desta capital, em 07/08/2005, relatando que, às 14 hs do dia 20/07/2005, após a mudança para outro estabelecimento do autuado foram extraviadas as notas fiscais com numeração seqüencial de 6101 a 6700. Salienta o autuado que as mesmas perfazem um total de 50 jogos com seis vias cada, recebendo a certidão de ocorrência nº 014.2005.005514, colacionado aos autos à fl. 64.

Rebate a acusação fiscal de utilização indevida de créditos fiscais, relativa aos itens 01 e 02 do auto de infração, invocando o princípio constitucional da não-cumulatividade, transcrevendo o teor do inciso I, do § 2º do art. 155 da CF. Afirma que mesmo amparado constitucionalmente por

este princípio o contribuinte encontra-se em situação desfavorável diante da outorga de competência aos Estados para disciplinar o regime de compensação do referido gravame, restando patente a constitucionalidade, uma vez vedada a compensação do gravame.

Menciona também o autuado o entendimento doutrinário do ilustre tributarista Geraldo Ataliba com o propósito de argumentar que se verifica a não ocorrência da infração capitulada pelo Fisco Estadual, haja vista que o ICMS, apenas tem incidência pelos fatos geradores legais. Quanto à acusação específica do item 02, ou seja, a utilização indevida dos créditos fiscais por não ter entrado mercadoria no estabelecimento, aduz o autuado que é notório, uma vez configurada a utilização dos créditos pela requerente, apenas o fez pelo simples motivo de ter autorização das Lojas Arapuã S/A integrante do mesmo grupo econômico. Isto se caracteriza pelo direito da Arapuã Comercial S/A de proceder do modo mais adequado para cumprir suas obrigações legais, pois a mesma foi criada para reerguer a primeira. Logo, acrescenta, se o autuado aproveitou de algum crédito fiscal há que se salientar que referido aproveitamento pautou-se em crédito pertencente à pessoa jurídica da Arapuã Comercial Ltda., prática esta não vedada pela constituição e pela legislação pertinente. Aduz o autuado que é fundamental informar que se apropriou “de crédito fiscal sob a alegação de existência de processo em trâmite na Justiça, mediante emissão de nota fiscal de entrada da própria empresa, tendo em vista ter conhecimento de que uma vez não há mudança de titularidade jurídica do bem e que as mercadorias quando não destinadas para revenda ou venda não consubstanciam a incidência do fato gerador”.

Concernente ao arbitramento, alega que em virtude da falta de apresentação ao fisco da documentação fiscal e contábil este procedimento adotado para apuração da base de cálculo, não deve prosperar em razão do seu cumprimento das obrigações principais e acessórias, uma vez que realizou a adequada devolução de parte dos talonários inutilizados (perda da validade), bem como da apresentação da Certidão de Ocorrências Perda/Extravio de documentos, no que diz respeito aos restantes, evidenciando, desse modo, a boa fé da empresa.

No que pertine às multas aplicadas, alega que não podem ser aplicadas em contribuintes que estão na falência ou em concordata, as penas pecuniárias. Aduz que o autuado encontra-se incluído nos benefícios da concordata preventiva, cujo objetivo é viabilizar sua reorganização econômica e evitar a falência, apresenta cópias de peças do processo de Concordata Preventiva da Sexta Vara Cível da Comarca da Capital do estado de São Paulo, fls. 12 a 16. Assim, segundo argüi o autuado, respaldado no art. 112 do Código Tributário Nacional, pode a empresa concordatária invocar os benefícios da Lei da Falência, afastando a aplicação dos acessórios tidos como excessivos.

Por entender que as multas aplicadas são excessivamente elevadas cita o art. 52 do Código de Defesa do Consumidor – CDC, onde prescreve que as multas decorrentes de inadimplemento de obrigação no termo não devem ser superiores a 2% do valor da prestação. Assevera que as multas muito elevadas estão em desacordo com os princípios constitucionais da Vedaçao ao Confisco e da Capacidade Contributiva com o objetivo de eximir-se da exigência imposta pelo auto de infração.

Conclui o autuado requerendo a anulação do auto de infração, ora defendido, pelas razões de fato e de direito por ele aduzidas. Requer também, seja acolhida a presente defesa pela inexistência de qualquer infração causada a legislação tributária, a luz do princípio constitucional da não-cumulatividade, da igualdade e dos demais discorridos.

O autuante ao proceder a sua informação fiscal esclarece que, no tocante à utilização de crédito fiscal relativo a aquisição de serviço de comunicação, a legislação só permite a utilização do crédito até 31 de dezembro de 2000, voltando a permitir a partir de 1º de janeiro de 2003, não alcançando o período exigido, ou seja o exercício de 2001. No que concerne aos créditos lançados e apropriados sob a alegação de existência de processo em trâmite na justiça, assevera que não foi apresentado nenhum documento que comprovasse realmente esse direito. Enfatizando ainda que a simples emissão de notas fiscais da própria empresa com valores referentes a “créditos

*extemporâneos*" e "*crédito ICMS referente ação bi-tributação*" ao ser ver não autoriza a utilização consumada, pois não houve ingresso de mercadoria e nenhum serviço foi prestado, o que configura a utilização indevida desses créditos.

Em relação ao arbitramento da base de cálculo, aduz o autuante que somente quase um mês após ter tomado ciência do auto de infração, foi dada queixa do extravio de parte da documentação fiscal solicitada pelo autuado. Comprovando, assim, no seu entendimento a falta de apresentação, que é passível de arbitramento, como preceitua o inciso I e o §1º do art. 146 do RICMS/97-BA, transcrevendo o aludido dispositivo regulamentar.

Conclui sua informação fiscal reafirmando todo o procedimento fiscal por ele adotado.

## VOTO

Da análise dos elementos integrantes dos presentes autos, bem como, do quanto emergido do contraditório nele instalado, chego as seguintes conclusões:

O item 01 do auto de infração remanesceu comprovado a utilização dos créditos fiscais relativos às prestações de serviços de Comunicação, fls. 09 e 10, em total conflito com o que preceitua a alínea "b" do inciso II-A do art. 93 do RICMS/97-BA, ou seja, somente permite a utilização dos créditos fiscais de 1º de novembro de 1996 a 31 de dezembro de 2000 e a partir de 1º de janeiro de 2003. Como a exigência deste item refere-se ao período de janeiro a fevereiro de 2001, não cabe, portanto, a utilização dos créditos fiscais perpetrada pelo autuado. Por isto, entendo como sendo correta e consentânea com o regulamento, procedente, portanto o item 01.

Quanto ao item 02, constato que não há respaldo no RICMS/97-BA a utilização dos créditos fiscais, fls. 11 a 36, com base nas notas fiscais de entrada emitidas pelo próprio autuado, com as seguintes características: Natureza da Operação: Outras Entradas; CFOP: 1.99 e Descrição dos Produtos : "Credito ICMS Referente a Ação Bi-Tributação" e "Crédito Extemporâneo" - sob a alegação de que outra empresa do mesmo grupo empresarial do autuado, "estabelecimento centralizador", autorizou a utilização dos aludidos créditos fiscais. Nem mesmo a indicação genérica da existência de um processo em trâmite na Justiça tem o condão de legalizar a utilização de créditos extemporâneos ou referente a Ação Bi-Tributação, sem especificar a fonte e o amparo legal deste procedimento. Por isto, entendo como sendo totalmente descabida a utilização dos créditos fiscais na forma em que fora perpetrada sendo, portanto, acertada a acusação do item 02 do presente auto de infração.

No que tange ao arbitramento da base de cálculo, item 03 do auto de infração, verifico que não restou outra alternativa, ao autuante, se não aplicar este procedimento regulamentarmente previsto para apuração do imposto devido. Uma vez que o próprio autuado reconhece nos autos que não apresentou a documentação fiscal solicitada pela fiscalização, imprescindível à verificação da situação do contribuinte perante o fisco, para efetuar o processo de baixa requerido. Entendo que ficou evidenciado à fl. 38, onde figura o demonstrativo do arbitramento da base cálculo, que a sua elaboração atendeu aos requisitos estatuídos pelos artigos 937 a 939 do RICMS/97-BA. Acertado, também, o imposto devido apurado, tomando-se como suporte o arbitramento da base de cálculo, ante a não apresentação da documentação fiscal por parte do autuado. Não elidida esta acusação fiscal, entendo que restou sobejamente comprovado o seu cometimento por parte do autuado.

Deixo também de adentrar ao mérito no que tange ao pedido de dispensa das multas aplicadas, requerida pelo autuado, tendo em vista que a matéria, na forma preconizada pelo art. 159 do RPAF-BA, é prerrogativa da Câmara Superior.

Ante o exposto, concluo dos exames realizados nas peças dos presentes autos, que restou efetivamente comprovado o cometimento, por parte do autuado, dos três itens lançados de ofício,

eis que, foram devidamente enquadrados na legislação vigente e aplicável, além de terem sido corretamente tipificadas as multas aplicadas.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

**RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 2<sup>a</sup> Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **108883.0020/05-4**, lavrado contra **ARAPUÃ CMERCIAL S/A**, devendo ser intimado o autuado a efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 63.946,34**, acrescido das multas de 60% sobre R\$ 554,49, de 100% sobre R\$ 46.483,30 e de 150% sobre R\$ 16.908,55, previstas, respectivamente, no art. 42, VII, “a” IV, “i” e V, “b” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 25 de outubro de 2005.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS – RELATOR

JOSÉ BEZERRA LIMA IRMÃO – JULGADOR