

PROCESSO - A.I. Nº 298574.2122/01-5
RECORRENTE - BOMPREÇO BAHIA S/A
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JJF nº 0103-01/02
ORIGEM - INFRAZ IGUATEMI
INTERNET - 12.06.02

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0193-11/02

EMENTA: ICMS. CRÉDITO FISCAL. **a)** UTILIZAÇÃO INDEVIDA. SERVIÇOS TOMADOS DE COMUNICAÇÃO. Até junho de 1996 era vedada a apropriação dos créditos dos serviços de comunicação por estabelecimento comercial. **b)** UTILIZAÇÃO A MAIS. A lei veda a utilização de créditos de serviços de comunicação e de energia elétrica quando as operações subsequentes forem isentas ou não tributadas. Não efetuado o estorno proporcional das saídas não tributadas. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente de Recurso Voluntário, previsto no art. 169, I, “b”, Regulamento do Processo Administrativo Fiscal, aprovado pelo Decreto nº 7.629, de 09.07.99, impetrado pelo sujeito passivo contra a Decisão exarada pela 2ª JJF, através do Acórdão nº 0103-01/02, que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração em epígrafe.

O Auto de Infração foi lavrado imputando-se ao recorrente o cometimento das seguintes infrações:

1. Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS relativo a aquisição de Serviço de Comunicação, utilizado na comercialização de mercadorias (junho de 1996) – R\$602,00;
2. Utilização a mais de crédito fiscal relativo nas aquisições de Serviço de Energia Elétrica e de Comunicação na venda de mercadorias. O contribuinte deixou de efetuar a proporcionalidade, para utilização de crédito fiscal nas aquisições de energia elétrica e de comunicação, referente a saídas com mercadorias tributadas, conforme art. 93, *caput* e parágrafo 1º, do RAICMS aprovado pelo Decreto nº 5.444.96 (novembro e dezembro de 1996) – R\$1.2204,45;
3. Utilização a mais de crédito fiscal relativo nas aquisições de Serviço de Energia Elétrica na comercialização de mercadorias. O contribuinte utilizou crédito fiscal a maior pela não observância da Legislação em vigor à época, no que diz respeito à proporcionalidade, referente a saídas tributadas, conforme determinam os artigos 97, incisos II e X e 99, inciso V, do RICMS aprovado pelo Decreto nº 2.460/89; além do artigo 93, *caput* e parágrafo 1º, do RAICMS aprovado pelo Decreto nº 5.444.96 (janeiro a outubro de 1996) – R\$8.186,12;
4. Utilização a mais de crédito fiscal relativo nas aquisições de Serviço de Comunicação na comercialização de mercadorias. O contribuinte utilizou crédito fiscal a maior pela não observância da Legislação em vigor à época, no que diz respeito à proporcionalidade, referente a saídas tributadas, conforme determina o artigo 93, *caput* e parágrafo 1º, do RAICMS aprovado pelo Decreto nº 5.444.96 (julho a outubro de 1996) – R\$574,60.

A Decisão Recorrida – fls. 54 a 60 - foi pela Procedência “*in totum*” das exigências fiscais, tendo a Relatora de Primeira Instância - após situar as infrações no contexto da legislação constitucional e infra-constitucional e afirmar a impossibilidade do órgão julgador de declarar a constitucionalidade ou não da legislação tributária nacional, citando o art. 167, do RPAF - concluído da seguinte forma, “*in verbis*”:

“...Resumindo todas as colocações acima feitas. O serviço de comunicação tomado por empresa comercial só se tornou hipótese de utilização de crédito fiscal a partir de julho de 1996, com as seguintes restrições:

1^a - vedada sua utilização quando as operações subsequentes fossem saídas de mercadorias isentas ou não tributadas;

2^a - nas operações comerciais em que implicassem saídas também tributadas, que fosse respeitada a proporcionalidade das operações, ou seja, somente tais saídas dariam direito ao crédito;

3^a - quando não fosse possível mensurar, com precisão, o serviço de comunicação utilizado nas operações de comercialização, das quais resultassem saídas tributadas, o contribuinte poderia apropriar-se do valor resultante da aplicação do percentual de 50% sobre o valor do imposto destacado no documento fiscal, respeitando, evidentemente, a proporcionalidade acima citada.

Quanto ao serviço de energia elétrica, a partir de 01/01/93 a empresa comercial poderia utilizar-se de 50% dos créditos destacados no documento fiscal e, a partir de julho de 1996, integralmente. No entanto, as vedações indicadas para os serviços de comunicação também a ele se aplicam.

O autuado é um estabelecimento comercial, integrante de uma rede de supermercado, devendo, nessa situação, obedecer as normas da legislação tributária do Estado da Bahia.

Isto posto, adentro ao mérito das irregularidades apontadas como cometidas pelo autuado.

A infração apontada como 1 glosou crédito fiscal sobre o serviço de comunicação tomado e utilizado pelo contribuinte no mês de junho de 1996. Como acima explicitado, este direito só começou a viger a partir do mês de julho do referido ano, sendo correta a autuação.

Quanto a demais (infrações 2, 3 e 4) igualmente estorna créditos fiscais relativos a serviços de comunicação e serviço de energia, vez que não foi observado a proporcionalidade relativa às saídas de mercadorias tributadas, isentas e não tributadas.

Por outro lado, o autuado não trouxe aos autos qualquer prova que desconstituísse os valores apontados pela fiscalização, o que devem ser admitidos como verdadeiros.

Neste contexto, correto os estornos dos créditos utilizados relativos aos serviços tomados de energia elétrica e de comunicação, restando caracterizadas as infrações apontadas e meu voto é pela PROCEDÊNCIA da autuação no valor de R\$10.567,17.

Irresignado com o Julgado, o sujeito passivo interpôs o presente Recurso Voluntário – fls. 66 a 73 – onde pede a reforma da Decisão da JJF, alegando, em preliminar, que tendo sido apresentada a

informação fiscal pelo autuante a destempo – 27 dias após a apresentação da peça defensiva – deveria a mesma ser desentranhada dos autos e serem desconsiderados os argumentos ali constantes. A seguir, reafirma o seu argumento defensivo de que a autuação ofende ao princípio constitucional da não cumulatividade e assevera que não pretende a declaração de inconstitucionalidade da legislação, como entendeu a JJF, mas apenas que se julguem improcedentes as exigências fiscais, pois se desconsideram créditos de serviços de comunicação e energia elétrica, utilizados no processo de comercialização de suas mercadorias, sendo esta sua atividade primordial.

Tece comentário sobre a não cumulatividade do ICMS - repetindo os argumentos trazidos na defesa – e conclui ter direito à utilização da energia elétrica consumida no seu processo de comercialização, de forma integral, e não limitada como se fez a partir de 1993, através da Alteração 40 ao RICMS/89, argüindo a sua ilegalidade e inconstitucionalidade por restringir norma constitucional. Em relação ao serviço de comunicação, também questiona a sua limitação em 50%, pelos mesmos argumentos esposados no que toca à energia elétrica, e conclui afirmando que a LC nº 86/97 veio confirmar um direito atribuído ao contribuinte desde a Constituição, determinando o uso destes créditos, sem limitações.

A PROFAZ, em Parecer – fls. 78 e 79 – manifesta-se pelo Improvimento do Recurso, por entender que estão ausentes argumentos jurídicos capazes de provocar revisão do Acórdão Recorrido. Consigna que a preliminar de nulidade suscitada pelo recorrente é imprestável, uma vez que, nos termos do art. 128, do RPAF a inobservância do prazo para apresentação de informação fiscal não acarreta nenhuma consequência ao julgamento da lide, e que a exigência fiscal estão respaldadas na legislação, não cabendo ao CONSEF declarar inconstitucionalidade, *ex vi* o art. 167, do RPAF.

VOTO

Quanto à preliminar levantada, de logo devemos rechaçá-la, posto que, a apresentação da informação fiscal pelo autuante a destempo não traz nenhum prejuízo ao contribuinte, pois tal informação não vincula o julgador - inclusive, no caso presente, a Decisão Recorrida fundamentou-se na legislação, e ainda que em alguns pontos coincida com os argumentos expendidos pelo autuante, tal fato deriva da adequação das exigências às normas legais postas, e não de parcialidade do Julgador, daí porque não vemos nenhuma razão para atender ao pedido do recorrente de desentranhamento desta peça.

Quanto à Decisão Recorrida, entendemos que agiu corretamente o julgador de Primeira Instância ao julgar procedentes as exigências fiscais. Em relação ao item 1, onde se glosa crédito de serviço de comunicação no período de junho de 1996, de fato a legislação então em vigor – Convênio ICM nº 66/88 – vedava integralmente o uso deste crédito, e a legislação ordinária deste Estado estava em consonância com esta determinação. Em que pese a alegação do recorrente de ilegalidade ou inconstitucionalidade destas normas, até o momento não houve qualquer pronunciamento judicial definitivo neste sentido, e não cabe ao julgador administrativo deixar de aplicar a legislação sob a qual não recaiu nenhuma pecha de inconstitucionalidade pelo poder competente, no caso o Poder Judiciário, através do Supremo Tribunal Federal.

No que toca aos itens 2 a 4 da autuação, melhor sorte não encontra o recorrente, sendo inatacável a Decisão Recorrida. Olvidou o recorrente que o pressuposto basilar da admissibilidade do crédito fiscal do ICMS é o vínculo com a atividade posterior tributada. A ocorrência de operação ou prestação subsequentes desoneradas do imposto, importa em estorno do crédito utilizado nas

entradas. Esta regra estava presente no Convênio ICMS nº 66/88, bem como está presente na Lei Complementar nº 87/96, e encontra amparo no próprio texto constitucional, no art. 155, §2º, inciso II, alínea “b”. Portanto, falece de amparo a alegação do contribuinte de que o crédito deve ser mantido integralmente, sem que se atente para este pressuposto central para a sua admissibilidade.

Frise-se que o recorrente em nenhum momento contestou os cálculos efetuados para embasar as referidas exigências fiscais, resultantes de dados extraídos da própria escrita do estabelecimento, bem como a glosa foi proporcional, e não integral como quer fazer crer o recorrente, pois se levou em consideração a proporção entre as saídas tributadas e as saídas não tributadas.

Assim, diante das razões acima aduzidas, somos pelo NÃO PROVIMENTO do presente Recurso Voluntário, mantendo-se, assim, inalterada a Decisão Recorrida.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NÃO PROVER o Recurso Voluntário e manter a Decisão Recorrida que julgou PROCEDENTE o Auto de Infração nº 298574.2122/01-5, lavrado contra BOMPREÇO BAHIA S/A, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$10.567,17, atualizado monetariamente, acrescido da multa de 60%, prevista, respectivamente, no art. 61, VIII, “a”, da Lei nº 4.825/89, e art. 42, VII, “a”, Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios.

Sala das Sessões do CONSEF, 23 de maio de 2002.

ANTÔNIO FERREIRA DE FREITAS - PRESIDENTE

SANDRA URÂNIA SILVA ANDRADE – RELATORA

MARIA JOSÉ RAMOS COELHO LINS DE ALBUQUERQUE SENTO SÉ - REPR. DA PROFAZ