

PROCESSO - A.I. Nº 207160.0018/01-6
RECORRENTE - BOMPREGO BAHIA S/A
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 3ª JJF nº 0070-03/02
ORIGEM - INFAZ BONOCÔ (INFAZ BROTAS)
INTERNET - 19.06.02

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0202-11/02

EMENTA: ICMS. CRÉDITO FISCAL. **a)** UTILIZAÇÃO A MAIS, REFERENTE À AQUISIÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA. **b)** UTILIZAÇÃO INDEVIDA E A MAIS, REFERENTE À AQUISIÇÃO DE SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO. Infrações caracterizadas. Rejeitadas as preliminares de nulidade. Não compete a este órgão julgador a apreciação de inconstitucionalidade da legislação tributária. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 17/12/01, no valor de R\$ 3.159,78, imputa ao autuado as seguintes infrações:

1. “Utilizou a maior crédito fiscal de ICMS relativo a aquisição de serviço de energia elétrica utilizada na comercialização de mercadorias. O contribuinte deixou de efetuar a proporcionalidade de isentas para utilização do crédito fiscal referente a energia elétrica na comercialização de mercadorias com saídas tributadas. Conforme determina art 97, III, X e art 99, V do RICMS ap. Decreto nº 2.460/89 e art 93 caput parágrafo primeiro do RICMS ap. Decreto nº 5.444/96”;
2. “Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS relativo à aquisição de Serviço de Comunicação utilizado na comercialização de mercadorias”;
3. “Utilizou a maior crédito fiscal de ICMS relativo a aquisição de serviço de comunicação utilizado na comercialização de mercadorias. O contribuinte deixou de efetuar a proporcionalidade de isentas para utilização do crédito fiscal referente a comunicação na comercialização de mercadorias com saídas tributadas. Conforme determina art 93 caput parágrafo primeiro do RICMS ap. Decreto nº 5.444/96”;
4. “O contribuinte deixou de efetuar a proporcionalidade para a utilização do crédito fiscal referente a energia e comunicação na comercialização de mercadorias com saídas tributadas, conforme art 93 caput e parágrafo primeiro do RICMS ap. Decreto nº 5.444/96”.

O autuado apresenta impugnação, às fls. 38 a 47, preliminarmente solicitando a nulidade da autuação sob alegação de que não consta da presente autuação a data inicial do procedimento a fim de que possa fiscalizar o lapso temporal tomado pela Fiscalização Estadual à sua conclusão - 60 dias -, contido no parágrafo primeiro do artigo 28 do RPAF. Entende que tal prazo apenas poderia ser prorrogado mediante comunicação escrita da autoridade competente. Aduz também que foram descumpridos os artigos 41, II e 46 do RPAF, pois não foram entregues, quando da ciência do Auto de Infração, todos os termos, demonstrativos e levantamentos, além das provas necessárias a demonstração dos fatos argüidos pelos autuantes. Afirmando que desta forma,

restou absolutamente cerceado o seu direito de defesa pede que seja declarada a nulidade da autuação.

No mérito, o autuado diz que o presente Auto de Infração representa total afronta ao princípio constitucional da não-cumulatividade, citando para justificar sua argumentação o artigo 155, II, §2º, I e II, da Constituição da República. Entende que toda entrada, independente da sua destinação (seja de bens de uso e consumo ou matérias primas, ou ainda de bens destinados ao ativo permanente) havendo destaque do ICMS, gera, em favor do adquirente, um crédito fiscal de natureza mista, que deverá ser compensado nas operações de saídas posteriores. Ressalta que o creditamento do imposto nas entradas não é somente um direito, mas um dever do contribuinte, e que, nessas circunstâncias, encontram-se também inseridas as aquisições, tanto de energia elétrica, quanto de serviços de comunicação, uma vez que totalmente necessárias e utilizadas no regular funcionamento dos estabelecimentos comerciais. Considera ainda, o autuado, que a regra da não-cumulatividade somente encontra limitação no próprio texto constitucional, não podendo ser restringida por Lei Complementar nem por Lei Ordinária, nem por Convênio, nem, muito menos, por ato administrativo.

Ao final, transcrevendo a opinião de alguns tributaristas e dizendo que a não-cumulatividade, enquanto princípio constitucional tributário, não pode ser objeto de alterações por meio de emendas constitucionais, quicá por Lei infra-constitucional, especificamente por Lei estadual, solicita a improcedência do Auto de Infração.

O autuante, em informação fiscal (fls. 51 a 55), preliminarmente expõe que foram lavrados todos os Termos de Início de Fiscalização e os Termos de Prorrogação de Fiscalização nos Livros de Registro de Ocorrência e Utilização de Documentos Fiscais, conforme determina o art. 28, I e §1º, do RPAF/99 (fls. 14 e 15). Aduz que os Demonstrativos e Levantamentos (fls. 16 a 19) necessários ao entendimento e comprovação dos elementos constantes do presente Auto de Infração, foram devidamente entregues em 18/12/2001 (fls. 11 a 13), ao contribuinte, quando o mesmo deu ciência a Intimação que precede a lavratura do Auto de Infração, conforme determina o RPAF no seu artigo 32, inciso II.

Quanto ao mérito, apesar de reconhecer que não é de sua competência discutir a constitucionalidade dos dispositivos do RICMS e da Lei nº 4825/89, faz uma análise dos dispositivos constitucionais citados pelo autuado, concluindo que a alínea “b”, do inciso II, do §2º, da C.F., deixa absolutamente claro que nas operações com isenção ou não incidência, os créditos das operações anteriores devem ser anulados. Acrescenta que o RICMS/89 no seu art. 97, III e X e art. 99, V e o RICMS/96 no seu art. 93, II, § 1º e § 9, II, “a” e art. 124, estabelecem a anulação do crédito relativo a entrada de mercadorias no estabelecimento ou serviços a ele prestados, cujas saídas estejam beneficiadas por isenção ou não incidência do imposto, concluindo que se algumas destas operações de saídas ou prestações forem tributadas e outras forem isentas ou não tributadas, o crédito será utilizado proporcionalmente às operações de saídas e às prestações tributadas pelo imposto.

Ao final, pede a manutenção do Auto de Infração.

VOTO DO RELATOR DA 3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL NA DECISÃO RECORRIDA

“Inicialmente afasto as preliminares de nulidade suscitadas pelo sujeito passivo, tendo em vista que o Auto de Infração está revestido das formalidades legais, não se observando qualquer erro ou vício que possa decretar a sua nulidade.

O Termo de Início de Fiscalização e os Termos de Prorrogação de Fiscalização, foram lavrados conforme determina o art. 28, I e §1º, do RPAF/99 (fls. 14 e 15).

A alegação de cerceamento de defesa também não prospera, haja vista que os demonstrativos e levantamentos (fls. 16 a 19) necessários ao entendimento e comprovação dos elementos constantes do presente Auto de Infração, foram devidamente entregues em 18/12/2001 (fls. 11 a 13), ao contribuinte, quando o mesmo deu ciência a Intimação para Pagamento de Débito, que constitui instrumento preparatório para a lavratura do Auto de Infração, conforme determina o RPAF/99 no seu artigo 32, inciso II.

No mérito, o autuado questionou apenas a constitucionalidade da legislação tributária estadual, no entanto, pelo que dispõe o art. 167, I, do RPAF/99, não se incluem na competência dos órgãos julgadores a declaração de inconstitucionalidade.

Ademais, as infrações questionadas estão perfeitamente caracterizadas nos demonstrativos apensos aos autos, sendo que o art. 97, III e X e art. 99, V, do RICMS/89 e o art. 93, II, § 1º e § 9, II, "a" e art. 124, do RICMS/96, estabelecem a anulação do crédito relativo a entrada de mercadorias no estabelecimento ou serviços a ele prestados, cujas saídas estejam beneficiadas por isenção ou não incidência do imposto, implicando que se algumas destas operações de saídas ou prestações forem tributadas e outras forem isentas ou não tributadas, o crédito será utilizado proporcionalmente às operações de saídas e às prestações tributadas pelo imposto. Valendo ainda ressaltar, que até 30/06/96, a utilização de créditos fiscais sobre serviços de comunicação pelos estabelecimentos comerciais, atividade que se inclui o autuado, era vedada quando o serviço não estivesse vinculado a operações de comercialização tributadas.

Do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração”.

RECURSO VOLUNTÁRIO

Devidamente intimada a tomar ciência do resultado do julgamento realizado pela 3ª Junta de Julgamento Fiscal que exarou o Acórdão nº 0070-03/02 pela Procedência do Auto de Infração em epígrafe, a empresa autuada retornou aos autos apresentando o presente Recurso Voluntário, argüindo em síntese:

1. Preliminarmente, o descumprimento por parte dos I. Auditores Fiscais, do prazo à apresentação da competente Informação Fiscal, previsto no artigo 127, do RPAF – Regulamento do Processo Administrativo Fiscal, de 20 (vinte) dias, contados da apresentação da defesa. Isto porque, esta foi apresentada na data de 24/01/2002, apenas tendo sido trazida aos autos a Informação Fiscal em 20/02/2002, ou seja, 27 dias após a apresentação da defesa.

Disto resta imperioso o desentranhamento da referida peça processual, ao passo em que foi, e em muito, descumprido o prazo acima descrito, isto é, uma formalidade imposta pelo legislador processual, donde não devem ser considerados os argumentos ali constantes.

2. Argüi o princípio da não cumulatividade e utiliza para substanciar seus argumentos o art.155, II, § 2º, I e II, da Carta Magna/88 – transcrevendo. Afirma que o lançamento ofende seu direito constitucional.

Concluí, requerendo, em face dos argumentos citados acima, seja reformado o V. Acórdão recorrido, considerando o presente Auto de Infração IMPROCEDENTE, na sua totalidade, evitando qualquer efeito dele decorrente, sendo, por fim, considerado extinto o presente Processo Administrativo Fiscal.

A PROFAZ forneceu Parecer de fl. 77, nos seguintes termos:

“Da análise das razões expendidas no Recurso, consideramos ausentes argumentos jurídicos capazes de provocar revisão do Acórdão Recorrido.

O fulcro da autuação consiste na utilização indevida de crédito fiscal relativo a aquisição de serviços de comunicação, bem como pela utilização a maior de créditos fiscais sobre serviços tomados de energia elétrica e de comunicação, decorrente de não ter sido realizada a proporcionalidade, prevista na legislação tributária da Bahia, quando das saídas de mercadorias tributáveis, isentas ou não tributadas,

A preliminar de nulidade suscitada pelo recorrente revela-se imprestável, uma vez que nos termos do art. 128, do RPAF, a inobservância do prazo para apresentação de Informação Fiscal, não acarretará nenhuma consequência ao julgamento da lide.

As infrações constatadas pelo autuante restam perfeitamente tipificadas e comprovadas no lançamento tributário sob apreço. Com efeito, o único argumento defensivo lançado pelo contribuinte (agressão ao princípio da não cumulatividade do ICMS), não tem o condão de elidir a legitimidade da ação fiscal, eis que, todo o procedimento de fiscalização está respaldado na legislação tributária vigente à época da ocorrência dos fatos geradores das obrigações tributárias.

Ademais, convém salientar a ausência de competência desse Egrégio Conselho de Fazenda para declaração de inconstitucionalidade, *ex vi* do art. 167 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal.

Ante o exposto, o opinativo é pelo conhecimento e improvimento do Recurso.”

VOTO

Dado ao exame e análise dos documentos acostados ao presente Processo Administrativo Fiscal, constatei primeiramente que a 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 desse crédito, e a legislação ordinária deste Estado estava em consonância com esta determinação. Em que pese a alegação do recorrente de ilegalidade ou inconstitucionalidade dessas normas, até o momento não houve qualquer pronunciamento judicial definitivo nesse sentido, e não cabe ao julgador administrativo deixar de

aplicar a legislação sob a qual não recai 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 subseqüentes desoneradas do imposto importa em estorno do crédito utilizado nas entradas. Esta regra estava presente no Convênio ICMS nº 66/8, 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 deva 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.

Do exposto, concedo o meu voto pelo NÃO PROVIMENTO do presente Recurso Voluntário interposto, para manter integralmente 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 apresentado e homologar a Decisão Recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 207160.0018/01-6, lavrado contra **BOMPREGO BAHIA S/A.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$3.159,78**, atualizado monetariamente, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 61, VIII, “a”, da Lei nº 4.825/89, e dos acréscimos moratórios.

Sala das Sessões do CONSEF, 28 de maio de 2002.

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS - PRESIDENTE

NELSON TEIXEIRA BRANDÃO - RELATOR

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