

PROCESSO	- A. I. Nº 206840.0160/00-5
RECORRENTE	- BOMPREGO BAHIA S/A
RECORRIDA	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO	- RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 3ª JJF nº 0071-03/02
ORIGEM	- INFAZ SIMÕES FILHO
INTERNET	- 04.07.02

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0225-12/02

EMENTA: ICMS. CRÉDITO FISCAL. **a)** UTILIZAÇÃO A MAIS. ENERGIA ELÉTRICA E SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. A lei veda a utilização do crédito de serviços de energia elétrica e de comunicação, quando as operações subsequentes forem isentas ou não tributadas. Não efetuado o estorno proporcional às saídas não tributadas. Infração confirmada. **b)** UTILIZAÇÃO INDEVIDA. SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. À época dos fatos era vedada a utilização de crédito fiscal relativo a serviço de comunicação por estabelecimento comercial. Infração caracterizada. Rejeitadas preliminares de nulidade. Não compete aos órgãos julgadores a apreciação de inconstitucionalidade da legislação tributária. Razões recursais não modificam a Decisão Recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão por maioria.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo sujeito passivo contra a decisão proferida na 3ª Junta de Julgamento Fiscal através do Acórdão nº 0071-03/02 que julgou Procedente o Auto de Infração acima mencionado.

A autuação aponta um débito fiscal no valor de R\$9.550,26, por utilização indevida de crédito fiscal, em decorrência das seguintes infrações:

- 1- utilizou a maior crédito fiscal de ICMS relativo a aquisição de serviço de energia elétrica utilizada na comercialização de mercadorias, sob o fundamento de descumprir o art. 97, III e X, e art. 99, V, do RICMS/89, e art. 93, *caput* e § 1º, do RICMS/96, que trata da aplicação da proporcionalidade do crédito às operações de saídas tributadas pelo imposto, na hipótese de ocorrerem saídas isentas, no período de janeiro a outubro/96.
- 2- Utilização indevida de crédito relativo à aquisição de serviço de comunicação utilizado na comercialização de mercadorias, referente ao mês de junho de 1996.
- 3- utilizou a maior crédito fiscal de ICMS referente ao serviço de comunicação, utilizado na comercialização deixando de adotar o critério da proporcionalidade relativo às mercadorias isentas, nos meses de julho, setembro e outubro de 1996.

- 4- utilização indevida de crédito de energia e comunicação na comercialização das mercadorias com saídas tributadas, conforme art. 93, *caput* e parágrafo 1º do RICMS/96.

As razões aduzidas pelo autuado na peça de impugnação como preliminar de nulidade acerca da data da início do procedimento fiscal foram rechaçadas no julgamento proferida na 1ª Instância. Também foi afastada a arguição de que teria havido cerceamento de defesa. No mérito, o Relator entendeu que as infrações estavam consubstanciadas nos demonstrativos acostados na peça vestibular.

Considerou ainda que o autuado apenas questionou a constitucionalidade da legislação tributária estadual, mas que aos órgãos do CONSEF faltam competência, ao teor do art. 167, I, do RPAF/99, para apreciar tal questão. Por unanimidade dos membros da Junta o Auto de Infração foi julgado Procedente.

O autuado apresentou o Recurso alegando como preliminar, de que não teria havido por parte do Auditor Fiscal o cumprimento do prazo de 20 dias para prestarem a Informação Fiscal, e pede o desentranhamento da mesma, porque decorre de formalidade imposta pelo legislador processual, com base no art. 127, do RPAF/99.

Relativamente ao mérito, argüi as mesmas razões aduzidas na peça de impugnação acerca do princípio constitucional da não cumulatividade (art. 155, 2ª, I, da CF), e por isso pede que se julgue improcedente a autuação, por entender que o montante do crédito de energia elétrica e de comunicação devem ser considerados na totalidade da sua aquisição, por que os mesmos são necessários ao funcionamento da atividade comercial.

Alega que a energia elétrica para fins de tributação foi considerada mercadoria, pela CF/88, citando doutrina.

Relativo ao crédito decorrente dos serviços de comunicação insurge-se quanto a limitação de 50% pela legislação estadual, pois entende que se reconheceu o direito ao creditamento não haveria razão para limitá-lo. Prossegue argüindo que o direito atribuído aos contribuintes com a CF/88 está confirmado na Lei Complementar nº 87/96. Conclui requerendo a total improcedência do Auto de Infração.

A PROFAZ, no Parecer de fls. 81 a 83, fundamenta as razões que levam à conclusão de que o Recurso deve ser Não Provido.

Observa inicialmente que os argumentos do Recurso são os mesmos da Defesa, e que são incapazes de provocar reforma na Decisão Recorrida.

Salienta que não ocorreu nos autos a necessária ciência do autuante quanto à Defesa, por isso entende como espontânea, as informações fiscais apresentadas.

Alega que dado ao conteúdo do art. 167, I, do RPAF/99 as alegações acerca da constitucionalidade não podem ser apreciadas.

Observa que relativo ao serviço de comunicação, à época do fato gerador (junho/96), o RICMS/89 vedava a utilização pelos estabelecimentos comerciais quando o serviço não estivesse vinculado a operações de comercialização tributadas.

Quanto às infrações 1, 3 e 4 alega que não foram feitos os estornos previstos na legislação quando a operação de saída não estivesse sujeita ao ICMS, quer por isenção, quer por não incidência. Concluiu o Parecer pelo Não Provimento do Recurso.

VOTO

Inicialmente, incumbe-me examinar a preliminar argüida pelo recorrente de que teria sido intempestiva a Informação Fiscal prestada pelo autuante, alegando que teria decorrido 27 dias após a apresentação da Defesa, e que o art. 127, do RPAF, prevê o prazo de 20 dias contados da data da apresentação da mesma

Ressalto que trata-se de uma irregularidade processual que não acarreta nulidade processual, pois conforme dispõe o art. 128, a inobservância do prazo para a prestação de informação se constitui falta disciplinar, porém esse fato não acarretará nenhuma consequência no julgamento da lide.

Observo que não consta dos autos, a abertura de vista ao autuante no primeiro dia útil ao do recebimento da Defesa como preconiza o art. 126, do RPAF. Assim, há de ser consideradas as mesmas como entendeu a PROFAZ no Parecer exarado às fls. 81 a 83, como espontâneas.

Compulsando os autos, observo que os demonstrativos de Auditoria dos créditos indevidos às fls. 12 e 13, respaldam as infrações apontadas. Tais valores não foram contestados pelo recorrente, que centraliza sua Defesa sobre o princípio constitucional da não cumulatividade do imposto e assevera que o direito ao crédito não deve sofrer limitação por legislação infra constitucional (Lei Complementar, Ordinária, Convênio ou Ato Administrativo).

Relativamente ao mérito, analisando as peças que compõe o Auto de Infração em lide, e as razões recursais apresentadas pelo sujeito passivo, ora recorrente, passo a decidir:

O cerne da demanda resulta da utilização de crédito fiscal relativo à energia elétrica e a aquisição de serviço de comunicação, sendo que referente a energia elétrica não foi feita a proporcionalidade ao utilizar o crédito fiscal, concernente às mercadorias isentas.

Tendo o contribuinte procedido em colisão ao Regulamento do ICMS que no art. 97, inciso III, veda o crédito relativo às entradas cujas saídas não estejam tributadas ou estejam isentas do imposto, e na hipótese de utilizar o crédito das mercadorias, inclusive os serviços a elas relacionados, forem objeto de saída não sujeita ao ICMS, por isenção, não incidência ou imunidade, sendo essa circunstância imprevisível à data da entrada, ressalvadas as disposições expressas de manutenção de crédito (art. 99, V, do RICMS/89, e art. 93, § 1º do RICMS/96).

Quanto ao crédito utilizado referente a comunicação, à época do fato gerador, a legislação estadual vedava a utilização do crédito pelos estabelecimentos comerciais quando estes serviços não estivessem vinculados a operações de comercialização tributadas, conforme dispõe o parágrafo único, do art. 97, do RICMS/89.

Somente com RICMS/96 (Dec. nº 5.444/96) que entrou em vigor em 1º de julho de 1996, no § 9º, inciso I, art. 93, estabeleceu-se o percentual de 50% do serviço de comunicação, *verbis*:

Art. 93 – Constitui (...)

(...)

§ 9º – Para os efeitos do inciso II deste artigo, quando não for possível mensurar, com precisão, o serviço de comunicação utilizado ou a quantidade de energia elétrica consumida, efetivamente vinculados a operações ou prestações seguintes da mesma natureza, tributados pelo imposto ou a operações de comercialização tributadas, ou a processos de extração, geração ou industrialização dos quais resultem saídas tributadas, o contribuinte poderá apropriar-se do valor resultante da aplicação, sobre o valor do imposto destacado no documento fiscal, dos seguintes percentuais:

Inciso I – serviço de comunicação: 50%.

Deste modo, considero que não assiste razão ao recorrente quando argüi que não foi observado o princípio da não cumulatividade do ICMS e por isso entende que toda entrada independente de sua destinação enseja o creditamento, e que aí estariam inseridas as aquisições de energia elétrica e comunicação.

Acerca da argüição de inconstitucionalidade da legislação, não se trata de matéria da competência deste órgão de julgamento conforme dispõe o art. 167, I, do RPAF/99.

Quanto às infrações 3 e 4 que também resultam da glosa dos créditos por não ter o contribuinte adotado a regra da proporcionalidade de utilizar o crédito, em razão das isentas quanto ao serviço de comunicação, conforme dispõe o art. 93, inciso II, e, § 9º, inciso I e II, do RICMS/96, do mesmo modo, não logra êxito os argumentos do recorrente que se insurge quanto a limitação de 50% (cinquenta por cento) do valor pago do ICMS.

Nestes termos, tenho como correta a Decisão Recorrida, e em concordância com a PROFAZ em seu Parecer opinativo às fls. 81 a 83, diante dos argumentos apresentados no Recurso que repetem aqueles aduzidos na Defesa, considero os mesmos incapazes de produzir a pretendida reforma do julgamento.

Ante o exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão por maioria, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão Recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 206840.0160/00-5, lavrado contra **BOMPREGO BAHIA S/A.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$9.550,26**, 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, 12 de Junho de 2002.

HELCONIO DE SOUZA ALMEIDA - PRESIDENTE

IVONE DE OLIVEIRA MARTINS - RELATORA

MARIA HELENA CRUZ BULCÃO - REPR. DA PROFAZ