

PROCESSO - A.I. Nº 1518420004/01-7
RECORRENTE - TENDTUDO MATERIAIS PARA CONSTRUÇÃO LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 3ª JF nº 0122-03/02
ORIGEM - INFAZ SIMÕES FILHO
INTERNET - 12.07.02

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0250-11/02

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. **a)** AQUISIÇÃO DE SERVIÇO DE ENERGIA ELÉTRICA. **b)** AQUISIÇÃO DE SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO. **c)** MERCADORIAS ADQUIRIDAS CUJO IMPOSTO FOI PAGO POR ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. Infrações caracterizadas. 2. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE ANTECIPAÇÃO DO IMPOSTO INCIDENTE SOBRE O FRETE, NÃO INCLUÍDO NA BASE DE CÁLCULO DA OPERAÇÃO MERCANTIL, REFERENTE A AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS. Infração confirmada. 3. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. **a)** AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE BENS DESTINADOS AO CONSUMO DO ESTABELECIMENTO. **b)** AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE BENS DESTINADOS AO ATIVO FIXO DO ESTABELECIMENTO. Constitui débito fiscal, para efeito de cálculo do imposto a recolher, o valor resultante da complementação de alíquota interna nas aquisições de mercadorias e de bens destinados a consumo do adquirente e para seu ativo fixo. Infrações comprovadas. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 21/12/01, exige ICMS no valor de R\$ 30.217,31, imputa ao autuado as seguintes infrações:

1. “Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS relativo à aquisição de energia elétrica, na comercialização de mercadorias”;
2. “Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS relativo à aquisição de Serviço de Comunicação utilizado na comercialização de mercadorias”;
3. “Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS substituto por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, incidente sobre frete e/ou seguro, não incluídos na base de cálculo da operação mercantil, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras Unidades da Federação”;
4. “Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento”;
5. “Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente à mercadoria (s) adquirida (s) com pagamento de imposto por antecipação tributária”;

6. “Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento”.

O autuado, através de seu representante legal, apresenta impugnação, às fls. 345 a 362, dizendo, quanto às infrações 1 e 2, que a presente autuação representa total afronta ao princípio constitucional da não-cumulatividade, citando para justificar sua argumentação o artigo 155, §2º, I, da Constituição da República. Explica toda a sistemática de apuração do ICMS e cita entendimento de Alcides Jorge Costa com intuito de corroborar sua argumentação e demonstrar que “o direito do crédito do imposto é exercível, ainda que, em determinada circunstância, o contribuinte dê saída à mercadoria por valor inferior ao da entrada”. Explica que a partir da Constituição Federal de 1988, a energia elétrica passou a ser tributada e que impedir esse creditamento equivale a obrigar o contribuinte a operar com desvantagens financeiras. Esclarece que o legislador constitucional não estabeleceu qualquer restrição quanto à aplicação do princípio geral da não-cumulatividade à energia elétrica e aos serviços de comunicação. Aduz que a energia elétrica e o serviço de comunicação utilizado por qualquer contribuinte do ICMS, sejam eles industriais, comerciais ou prestadores de serviços, constitui verdadeiro insumo, necessário e indispensável ao desempenho de suas atividades e compõem o custo das mercadorias. Considera que o creditamento do imposto, em questão, é um direito do contribuinte, ressaltando que a energia elétrica e o serviço de comunicação são fundamentais ao exercício de sua atividade comercial. Conclui, citando Decisão do TIT-SP e destacando que a Lei Complementar nº 87/96 reconheceu o direito dos contribuintes ao crédito do ICMS em lide.

Quanto às infrações 3 e 6, entende que pelo princípio da não-cumulatividade, a autuação não procede.

Não houve manifestação no que diz respeito à infração 4.

Em relação à infração 5, cita o art. 150, §7º, da C.F., dizendo que tal dispositivo garante ao contribuinte o direito de imediata e preferencial restituição de quantia paga quando o fato gerador presumido do ICMS não se realizar. Aduz que quando a legislação impõe a requerente uma margem presumida de 70% na venda de determinada mercadoria, mas a margem efetivamente praticada é de 20%, como a base de cálculo do ICMS é o valor da operação, a exigência calculada em função de margem presumida pode resultar em retenção a maior do imposto. Dessa forma, entende que a compensação, nos termos do art. 155, §2º, I, da C.F., surge como o meio mais eficaz e ágil para responder à necessidade de recomposição da situação econômica decorrente da aplicação da margem superior à real. Cita decisões do STF e de outros tribunais, visando sustentar sua argumentação.

Considera, ainda, que as multas aplicadas no PAF são confiscatórias e cita o art. 150, da C.F., bem como opiniões de alguns tributaristas, com o intuito de demonstrar sua tese de que a mesma também seria inconstitucional.

Ao final, requer a improcedência do Auto de Infração, e que caso assim não julgue o CONSEF, que não seja aplicada a multa de 60%, ou ela seja reduzida.

Os autuantes, em informação fiscal (fls. 376 a 377), dizem que o contribuinte não apresentou provas em sua defesa que contestassem a cobrança imposta na presente autuação.

Aduzem que as exigências estão comprovadas da seguinte forma:

- 1 – com base no demonstrativo, à fl. 12, e de acordo com o que dispõe os artigos 94, VI, 95 e 117, do RICMS/89;
- 2 - com base no demonstrativo, à fl. 23, e de acordo com o que dispõe os artigos 94, 95 e 117, do RICMS/89;
- 3 - com base no demonstrativo, às fls. 13 a 22, e de acordo com o que dispõe os artigos 26, §1º, II, 117, e art. 23, II, c/c art. 76,II, “b”, do RICMS/89, e artigos 357, parágrafo único, 125, I, “c”, item 2 e 62, do RICMS/96;
- 5 - com base no demonstrativo, às fls. 13 a 22 e 106 a 342, e de acordo com o que dispõe os artigos 94, I, e 117, do RICMS/89, e artigos 97, VII, “b”, e 124, do RICMS/96;
- 6 - com base no demonstrativo, às fls. 24 a 26, e de acordo com o que dispõe os artigos 15, §1º e §2º, 77, 109, III, 113, §1º, 117, IV, “b” c/c art. 1º, §1º, V, do RICMS/89, e artigos 5º, I, 36, §1º, XIII, 69, 72, 111, III, “a”, 124, I e 131, do RICMS/96.

Ao final, pedem a manutenção do Auto de Infração.

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

“Inicialmente esclareço que as multas aplicadas estão expressamente previstas na legislação estadual, descabendo a arguição do impugnante de que as mesmas teriam caráter confiscatório.

Ressalto, também, quanto a arguição de inconstitucionalidade da legislação estadual, segundo dispõe o art. 167, I, do RPAF/99, não se inclui na competência deste órgão julgador.

No que diz respeito à infração 1, o artigo 94, VI, do RICMS/89, vigente à época dos fatos geradores, determinava de maneira clara que constituía crédito fiscal, para fins de cálculo do imposto a recolher, apenas o valor correspondente a 50% do imposto relativo ao consumo de energia elétrica do estabelecimento comercial, a partir de 1º de janeiro de 1993. Os autuantes, através do demonstrativo, à fl. 12, comprovam que corretamente glosaram parte do crédito utilizado pelo sujeito passivo, já que esse se aproveitava dos valores integrais do imposto destacado nas suas faturas de energia elétrica.

Quanto à infração 2, o demonstrativo, à fl. 23, também comprova a procedência da exigência, sendo que o art. 97, III e X e art. 99, V, do RICMS/89, 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.

No que tange à infração 3, a inclusão do frete na base de cálculo do imposto e a responsabilidade pelo recolhimento por parte do autuado está determinada pelo art. 61, II, e §1º do RICMS/97. Os

demonstrativos, às fls. 13 a 22, evidenciam as diferenças exigidas, sendo que o autuado não apresenta nenhuma contra prova que possa elidir a infração em lide.

Em relação às infrações 4 e 6, pelo que dispõe os artigos 77 e 109, III, do RICMS/89, bem como os artigos 5º, I e 69, do RICMS/96, constitui débito fiscal, para efeito de cálculo do imposto a recolher, o valor resultante da complementação de alíquota interna nas aquisições de mercadorias e de bens destinados a consumo ou ativo fixo do adquirente. Infração também mantida.

Finalmente, no que diz respeito à infração 5, segundo dispõe o art. 97, IV, do RICMS/97, é vedado ao contribuinte, salvo disposição em contrário, creditar-se do imposto relativo à aquisição ou à entrada, real ou simbólica, de mercadorias no estabelecimento, bem como aos serviços tomados, qualquer que seja o regime de apuração ou de pagamento do imposto, quando a operação de aquisição ou a prestação tiver sido efetuada com pagamento do imposto por antecipação ou substituição tributária, salvo exceções expressas. Os documentos, às fls. 13 a 22 e 106 a 342, dos autos, evidenciam a utilização indevida, sendo que o autuado, da mesma forma que os itens anteriores, não apresenta nenhuma contra prova que possa elidir a infração em exame.

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

RECURSO VOLUNTÁRIO

Devidamente intimado a tomar ciência do resultado do julgamento realizado pela 3ª Junta de Julgamento Fiscal que exarou o Acórdão Recorrido pela Procedência do Auto de Infração em epígrafe, o contribuinte inconformado impetrou o presente Recurso Voluntário visando a reforma da Decisão, contudo, trouxe aos autos as mesmas teses e argumentos já suscitados quando da sua defesa inicial, em certos termos, transcreveu no seu Recurso literalmente, o já dissertado na sua defesa impugnativa, as únicas exceções são aquelas que se refere à Tempestividade do Recurso e da Decadência, que, no entanto, não levam a consideração dos fatos acontecidos. Por isso, deixo de transcrevê-las.

A PROFAZ forneceu Parecer de fl. 420, no seguinte teor:

1 “O presente Auto de Infração, lavrado para cobrança de ICMS em decorrência dos itens constantes da peça vestibular, o julgamento realizado pela 3ª Junta de Julgamento Fiscal, com excelente fundamentação de direito decidiu pela procedência total da autuação.

2. O Recurso Voluntário interposto pelo autuado contra a Decisão de 1ª Instância traz os mesmos argumentos já analisados e decididos no julgamento efetuado, em alguns momentos até transcrição literal da peça impugnativa. Nada traz que possa ensejar qualquer análise por parte deste colegiado, nem em relação a fatos, ou documentos ou novos fundamentos de direito.

3. O que fica efetivamente evidenciado é o intuito de retardar o julgamento da lide na esfera administrativa, o que denota o caráter procrastinatório do Recurso em análise. Enfim, em que pese o fato de o Recurso voluntário devolver a matéria em sua totalidade, à apreciação desse Conselho, as razões oferecidas pelo recorrente são inócuas, inaptas para proporcionar a modificação do julgamento. Por esse motivo, entendemos que não deve ser provido o Recurso”.

VOTO

Dado ao exame dos documentos anexados ao presente Processo Administrativo Fiscal, mormente o Recurso Voluntário interposto, constatei que o recorrente, em suas razões de Recurso, trouxe à

lide os mesmos argumentos já oferecidos quando da interposição da sua defesa impugnativa. As únicas exceções são aquelas referentes à tempestividade e à decadência. Contudo, esses argumentos não trazem substância para modificar o julgado.

Aduzo que o julgamento de 1ª Instância foi irrepreensível; os fundamentos ali dissertados são consistentes e dignos de referência.

Assim, concedo o meu voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário apresentado, mantendo integralmente a Decisão Recorrida que exarou o Acórdão 3ª JF nº 0122-03/02 pela PROCEDÊNCIA do lançamento de ofício.

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 **151842.0004/01-7**, lavrado contra **TENDTUDO MATERIAIS PARA CONSTRUÇÃO LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$30.217,31**, atualizado monetariamente, acrescido das multas de 60% sobre R\$6.977,04 e 60% sobre R\$9.494,59, previstas no art. 61, II, “d” e VIII, “a”, respectivamente, da Lei nº 4.825/89; e das multas de 60% sobre R\$4.773,91, 60% sobre R\$5.864,11 e 60% sobre R\$3.107,66, previstas no art. 42, II, “d”, “f” e VII, “a”, respectivamente, da Lei nº 7.014/96; e dos acréscimos moratórios correspondentes.

Sala das Sessões do CONSEF, 18 de junho de 2002.

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS – PRESIDENTE

NELSON TEIXEIRA BRANDÃO – RELATOR

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