

A.I. N.º - 110424.0033/01-3
AUTUADO - BOMPREGO BAHIA S/A.
AUTUANTE - LAIRA AZEVEDO SANTANA LEAL
ORIGEM - INFAZ CALÇADA
INTERNET - 02/04/2002

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N.º 0077-03/02

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

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 28/12/01, no valor de R\$ 42.007,60, imputa ao autuado as seguintes infrações:

1. “Utilizou a mais 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.dec. 2.460/89 e art 93 caput parágrafo primeiro do RICMS ap.dec. 5.444/96”;
2. “Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS relativo a aquisição de Serviço de Comunicação utilizado na comercialização de mercadorias”;
3. “Utilizou a mais 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.dec. 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.dec. 5.444/96”.

O autuado, apresenta impugnação, às fls. 39 a 48, 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. 53 a 58), 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 (fl. 20). Aduz que os Demonstrativos e Levantamentos (fls. 34 a 36) necessários ao entendimento e comprovação dos elementos constantes do presente Auto de Infração, foram devidamente entregues em 18/12/2001 (fls 25 a 29), 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 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

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 (fl. 20).

A alegação de cerceamento de defesa também não prospera, haja vista que os demonstrativos e levantamentos (fls. 34 a 36) necessários ao entendimento e comprovação dos elementos constantes do presente Auto de Infração, foram devidamente entregues em 18/12/2001 (fls 25 a 29), ao contribuinte, quando o mesmo deu ciência a Intimação para Pagamento de Débito, que constitui instrumento preparatório para a lavratura do A.I., 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.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 110424.0033/01-3, lavrado contra **BOMPREGO BAHIA S/A.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 42.007,60**, atualizado monetariamente, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 61, VIII, "a", da Lei n.º 4.825/89, e dos acréscimos moratórios.

Sala das Sessões do CONSEF, 13 de março de 2002.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA - PRESIDENTE

LUÍS ROBERTO DE SOUSA GOUVÊA - RELATOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - JULGADOR