

A. I. N° - 180462.0009/01-1
AUTUADO - BOMPREGO BAHIA S/A.
AUTUANTE - PAULO CEZAR PINTO DE ALMEIDA
ORIGEM - INFAZ IGUATEMI
INTERNET - 02/04/2002

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0080-03/02

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

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide foi lavrado, em 28/12/01, para exigir o ICMS no valor de R\$25.100,92, acrescido da multa de 60%, em decorrência de:

1. Utilização a mais de crédito fiscal de ICMS relativo a aquisição de energia elétrica utilizada na comercialização de mercadorias, pelo fato de não observado a proporcionalidade das saídas isentas, conforme previsto no *caput* do artigo 93 e seu § 1º, do RICMS/96 – janeiro/96 e março a outubro de 1996;
2. Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS relativo a aquisição de serviço de comunicação utilizado na comercialização de mercadorias – junho/96;
3. Utilização a mais de crédito fiscal de ICMS relativo a aquisição de serviço de comunicação utilizado na comercialização de mercadorias, por não ter efetuado a proporcionalidade, estabelecida no *caput* do artigo 93 e seu § 1º do RICMS/96, para as saídas isentas – julho, agosto e outubro de 1996;
4. Utilização a mais de crédito fiscal de ICMS, relativo a aquisição de energia elétrica e de serviço de comunicação, em razão de ter deixado de efetuar a proporcionalidade prevista no *caput* do artigo 93 e seu § 1º do RICMS/96 – novembro e dezembro de 1996.

O autuado apresentou defesa, às fls. 31 a 40, inicialmente alegando que o Auto de Infração é insubsistente, tendo em vista que, ao se utilizar dos créditos fiscais “glosados” pela fiscalização, encontra-se apoiado em normas constitucionais.

Suscita a nulidade do lançamento, por cerceamento de seu direito de defesa, pelas razões seguintes:

1. não consta dos autos a data inicial do procedimento fiscal, a fim de que se possa fiscalizar o lapso temporal utilizado pela fiscalização para concluir seu trabalho que, de acordo com o § 1º do artigo 28 do RPAF/99, é de 60 dias, prazo que somente pode ser prorrogado

mediante comunicação escrita da autoridade competente, o que não foi levado a seu conhecimento;

2. não lhe foram entregues, quando da ciência deste Auto de Infração, os “termos, demonstrativos e levantamentos efetuados, além das provas necessárias à demonstração dos fatos argüidos pelos I. Fiscais”.

Argumenta que não pode prosperar o lançamento, uma vez que representa “total afronta ao princípio constitucional da não cumulatividade” do ICMS, estabelecido no artigo 155, inciso II e seu § 2º, incisos I e II, da Constituição Federal, o qual determina que o montante de imposto recolhido em cada operação transforma-se num crédito fiscal que será deduzido do *quantum* de imposto a pagar, quando da realização de novas operações. Dessa forma, entende que “toda entrada, independente de 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”, sendo, o referido creditamento, mais que um direito, um dever de todo contribuinte.

Prossegue afirmando que, nessas circunstâncias, encontram-se também aí inseridas as aquisições, tanto de energia elétrica quanto de serviços de comunicação, haja vista que são necessárias e utilizadas no regular funcionamento de seus estabelecimentos, sendo absolutamente legal a utilização, como crédito fiscal, do imposto destacado nas notas fiscais de tais aquisições.

Acrescenta, ainda, que a energia elétrica é consumida “diretamente no processo de produção ou preparação de mercadorias, bem como no de comercialização das mesmas e de outras adquiridas para revenda”, “na iluminação dos ambientes onde se desenvolvem os aludidos processos e na dos locais destinados à guarda, depósito e conservação dos estoques (matérias-primas, materiais secundários e de embalagem), que integram as mercadorias produzidas, de materiais consumidos na produção, preparo ou utilizados na comercialização, de produtos acabados ou em processos de fabricação, e de mercadorias destinadas à revenda” e “no funcionamento de máquinas, aparelhos e recipientes usados para armazenagem ou conservação dos referidos estoques”.

Argumenta que “a regra da não cumulatividade somente encontra limitação no próprio texto constitucional” e, portanto, “não pode ser restringida nem por lei complementar, nem por lei ordinária, nem por convênio, nem, muito menos, por ato administrativo”. Cita o entendimento da doutrina a respeito para demonstrar que as normas apontadas pelo autuante como violadas, “restringem o direito constitucional dos contribuintes utilizarem os créditos oriundos da aquisição de energia elétrica e de serviços de comunicação”, mesmo porque devem ser considerados como insumos, pois são “diretamente vinculados à comercialização, industrialização, produção, geração, extração ou prestação (...) de mercadorias comercializadas e serviços essenciais ao regular funcionamento” de seu estabelecimento.

Transcreve o artigo 20, da Lei Complementar nº 87/96 e alega que o legislador complementar conferiu ao contribuinte o direito ao crédito do ICMS, “independentemente da origem ou da destinação da mercadorias ou do serviço, bastando que sobre estas operações façam incidir o imposto”. A final, pede a nulidade ou a improcedência do Auto de Infração.

O autuante, em sua informação fiscal (fls. 45 a 49), refuta as preliminares de nulidade suscitadas pelo autuado afirmando que “foram lavrados todos os Termos de Início de Fiscalização e os Termos de Prorrogação nos Livros de Registro de Ocorrência e Utilização de Documentos Fiscais”. Quanto aos demonstrativos e levantamentos efetuados (fls. 15 a 30) e necessários ao entendimento e à comprovação dos elementos constantes deste lançamento, assegura que “foram devidamente entregues em 18/12/2001 ao contribuinte quando o mesmo deu ciência a Intimação

que precede a lavratura do auto de infração, conforme determina o RPAF em seu artigo 32, inciso II”.

Apesar de entender que não é de sua competência discutir a constitucionalidade de dispositivos da Lei nº 4.825/89 e do RICMS/96, faz uma análise do artigo 155, inciso II e o § 2º, inciso II, alínea “b”, da Constituição Federal e conclui que a Carta Magna deixa claro que “nas operações com isenção ou não incidência, os créditos das operações anteriores devem ser anulados”.

Alega que a Lei Complementar nº 87/96, no § 3º do artigo 20, veio confirmar o dispositivo constitucional ao dispor sobre a vedação ao crédito, relativo às entradas de mercadorias, quando as saídas ou as prestações subseqüentes não forem tributadas ou estiverem isentas do imposto estadual, o que foi repetido pela Lei nº 4.825/89 (artigo 52, inciso I).

Ressalta que, de acordo com o RICMS/89 (artigo 97, incisos III e X e artigo 99, inciso V) e o RICMS/96 (artigo 93, inciso II, §§ 1º e 9º, inciso II, alínea “a” e o artigo 124), devem ser anulados os créditos relativos às entradas de mercadorias no estabelecimento, ou serviços a ele prestados, cujas saídas estejam beneficiadas por isenção ou não incidência do imposto, sendo que, se algumas dessas operações de saídas ou prestações foram tributadas e outras forem isentas ou não tributadas, o crédito será utilizado de forma proporcional às operações de saídas e às prestações tributadas pelo imposto.

Finaliza dizendo que, quanto à infração 1, o contribuinte não obedeceu ao disposto no RICMS/89 – artigos 94, 95 e 117, caracterizando o uso indevido de crédito de ICMS na aquisição de serviços de comunicação na comercialização de mercadorias.

VOTO

Inicialmente destaco que, acorde o artigo 167, inciso I, do RPAF/99, não se inclui na competência deste órgão julgador a declaração de inconstitucionalidade da legislação tributária estadual.

Deixo de acatar a primeira preliminar de nulidade suscitada pelo autuado, uma vez que se encontram, no processo, os Termos de Intimação e de Prorrogação de Fiscalização, os quais, segundo o autuante, foram lavrados no livro RUFTO do contribuinte.

Constata-se que o autuado foi intimado do início da ação fiscal em 18/09/01 e lavrado o Termo de Início de Fiscalização, conforme os documentos acostados ao PAF. Por outro lado, o Termo de Prorrogação de Fiscalização foi lavrado em 14/11/01 e o Auto de Infração, em 28/12/01, tudo dentro do prazo estabelecido na legislação. Entretanto, mesmo que não houvesse sido lavrado o referido Termo de Prorrogação, a única consequência jurídica de tal omissão seria a possibilidade de o sujeito passivo exercer seu direito à denúncia espontânea do tributo, enquanto não iniciado novo procedimento fiscal, consoante o § 1º do artigo 28, do RPAF/99, o que não foi feito pelo autuado no presente caso.

Rejeito também a segunda preliminar de nulidade suscitada, haja vista que, ao contrário do que afirma o autuado, os demonstrativos e levantamentos realizados pelo autuante lhe foram entregues, em 18/12/01, juntamente com o Termo de Intimação para Pagamento, conforme os documentos anexados ao PAF.

No mérito, constata-se, em relação à infração 2, que foi exigido o ICMS devido em razão de utilização indevida de crédito fiscal, relativo a aquisição de serviços de comunicação utilizados na comercialização de mercadorias, no mês de junho/96.

O contribuinte se dedicava, à época do fato gerador, à atividade comercial e, segundo o artigo

97, inciso X, alínea ‘b’, do RICMS/89, era vedada, até 30/06/96, a utilização de créditos fiscais sobre serviços de comunicação pelos estabelecimentos comerciais, quando o serviço não estivesse vinculado a operações de comercialização tributadas. O autuado não trouxe aos autos a prova de tal vinculação, sendo, por conseguinte, indevido o crédito utilizado pelo autuado em junho/96 e legítima a acusação fiscal.

As infrações 1, 3 e 4 exigem o tributo pelo fato de o contribuinte ter se utilizado, além do permitido legalmente, como crédito fiscal, do ICMS destacado nas notas fiscais de aquisição de energia elétrica e serviços de comunicação, por não ter efetuado o estorno proporcional determinado pelo artigo 99, inciso V, do RICMS/89 e pelo artigo 100, inciso IV, do RICMS/96, ao promover saídas de mercadorias com isenção ou não incidência.

O RICMS/89, em seu artigo 99, inciso V estabelecia a obrigatoriedade de estorno do crédito fiscal sempre que o contribuinte realizasse operações ou prestações subseqüentes não sujeitas ao ICMS, por isenção, não-incidência ou imunidade, situação também prevista no RICMS/96, em seu artigo 100, inciso IV.

Por outro lado, o RICMS/96, vigente a partir de 1º de julho de 1996, no inciso I e na alínea “a” do inciso II do § 9º do artigo 93, estabelecia apenas o percentual de 50% do imposto relativo à aquisição de serviços de comunicação e de energia elétrica utilizado na comercialização, sempre que fosse impossível mensurar, com precisão, o que foi efetivamente vinculado a operações de comercialização tributadas.

Como o autuado, em sua peça defensiva, se limitou a suscitar a nulidade do lançamento e a inconstitucionalidade dos dispositivos legais invocados pelo autuante, não adentrando o mérito da autuação, entendo que está correto o lançamento também em relação a estes itens.

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 **180462.0009/01-1**, lavrado contra **BOMPREGO BAHIA S/A.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$25.100,92**, 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, 18 de março de 2002

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA- PRESIDENTE/RELATORA

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO- JULGADORA

LUÍS ROBERTO DE SOUSA GOUVÊA - JULGADOR