

A. I. N° - 180462.0010/01-0
AUTUADO - BOMPREGO BAHIA S/A
AUTUANTE - PAULO CEZAR PINTO DE ALMEIDA
ORIGEM - INFPAZ IGUATEMI
INTERNET - 16.04.02

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0113-02/02

EMENTA: ICMS. CRÉDITO FISCAL. ENERGIA ELÉTRICA E SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO. UTILIZAÇÃO A MAIS E INDEVIDA. De acordo com o RICMS/BA vigente à época dos fatos geradores era permitida a apropriação de 50% dos créditos fiscais relativos a aquisição de energia elétrica e serviço de comunicação utilizados na comercialização. Considerando que o estabelecimento operava com mercadorias tributadas, isentas e não tributadas, o crédito deveria obedecer a proporcionalidade entre as mercadorias tributadas para as isentas. Infração caracterizada. Rejeitadas as preliminares de nulidade da ação fiscal. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado 28/12/2001, exigência do valor de R\$ 7.731,16, sob acusação das seguintes infrações:

1. Utilização a maior de crédito fiscal do ICMS no valor de R\$ 5.456,95, no exercício de 1996, relativo a aquisição de energia elétrica utilizada na comercialização de mercadorias, conforme demonstrativo à fl. 15.
2. Utilização indevida de crédito fiscal do ICMS no valor de R\$ 88,13, no mês de junho de 1996, relativo a aquisição de serviço de comunicação utilizado na comercialização de mercadorias,
3. Utilização a maior de crédito fiscal do ICMS no valor de R\$ 513,53, nos meses de julho a outubro de 1996, relativo a aquisição de serviço de comunicação utilizado na comercialização de mercadorias, conforme demonstrativo à fl. 16.
4. Crédito fiscal indevido no valor de R\$1.672,55, nos meses de novembro e dezembro de 1996, em razão de ter deixado de efetuar a proporcionalidade nas saídas isentas e não tributadas, quando da utilização do crédito fiscal de energia e comunicação na comercialização de mercadorias tributadas.

Antes de ser lavrado o Auto de Infração objeto deste processo, o contribuinte supra, foi regularmente intimado em 18/12/01 a efetuar o pagamento do débito apurado na ação fiscal, na forma prevista no artigo 32, do RPAF/99, conforme Termo de Intimação para Pagamento, não tendo no

prazo estipulado efetuado o pagamento do débito, resultando na lavratura do referido Auto de Infração no dia 18/12/01.

Em 24/01/02 através do processo nº 016478/2002-6, o sujeito passivo por seu representante legal, interpõe o recurso defensivo constante às fls. 31 a 40, onde argüi a nulidade da ação fiscal sob alegação de cerceamento da ampla defesa por não constar a data inicial do procedimento fiscal com vista a fiscalizar o lapso temporal tomado pela fiscalização à sua conclusão – 60 dias, contido no parágrafo primeiro do artigo 28 do RPAF/99, e que não lhe foram entregues quando da ciência do Auto de Infração todos os termos, demonstrativos e levantamentos, além das provas necessárias à demonstração dos fatos em desobediência ao artigo 41, II e 46, do RPAF/99.

Em seguida diz que a autuação não pode prosperar pois a mesma representa total afronta ao princípio constitucional da não-cumulatividade previsto no artigo 155, II, § 2º, I e II da CF/88. Argumenta que o mecanismo da não-cumulatividade faz nascer para o contribuinte um crédito fiscal, toda vez que adquire uma mercadoria ou um serviço com incidência do imposto. Por conta disso, sustenta que tem direito ao crédito fiscal tanto de energia elétrica quanto de serviços de comunicação, pois são totalmente necessários e utilizados no funcionamento do seu estabelecimento comercial. Citou a jurisprudência, conforme AC. Nº 104-15.245, DOU de 17/06/98, e fez menção ao entendimento de ilustres tributaristas, visando mostrar que deve ser observado o princípio constitucional de eficácia plena pelo contribuinte, pelo legislador e pela Fazenda Pública Estadual.

Além disso, diz que as normas apontadas pela autuação como violadas restringem o direito constitucional do contribuinte de utilizar os créditos fiscais oriundos da aquisição de energia elétrica e de serviços de comunicação, diretamente vinculadas à comercialização, em desobediência ao princípio da não-cumulatividade, não podendo ser objeto de alterações por meio de Emendas Constitucionais, nem por lei infraconstitucional, especificamente por lei estadual. Invocou o artigo 20 da Lei Complementar nº 87/96, para mostrar que independentemente da destinação da mercadoria ou serviço está assegurado o direito ao crédito fiscal do ICMS.

Por fim, requer a nulidade da ação fiscal ou a sua improcedência por afronta ao princípio constitucional da não-cumulatividade.

O autuante presta a sua informação fiscal às fls. 45 a 49, onde, inicialmente salienta que não tem nenhum fundamento as arguições de nulidade da ação fiscal, pois os Termos de Início de Fiscalização e os Termos de Prorrogação de Fiscalização foram lavrados na forma e nos prazos previstos no artigo 28, inciso I, e § 1º do RPAF/99, conforme documentos às fls. 08 e 09 dos autos. Quanto aos levantamentos e demonstrativos necessários ao entendimento dos fatos que originaram a autuação, o preposto fiscal afirma que os mesmos foram entregues ao contribuinte em 18/12/01 por ocasião da ciência à Intimação que precede a lavratura do Auto de Infração, conforme determina o artigo 32, II, do RPAF/99.

Sobre as arguições de inconstitucionalidade de dispositivos da legislação tributária, e que os dispositivos dados como infringidos na autuação ferem o princípio da não-cumulatividade, o autuante analisou os dispositivos do Decreto nº 5.444/96, da Lei nº 4.825/89 e da Lei Complementar nº 87/96 que tratam do direito ao crédito fiscal, à luz do que dispõe o artigo 155, I, § 2º, II, “b” da CF/88, para concluir que é de competência dos Estados instituir imposto sobre operações de circulação de

mercadorias e sobre a prestação de serviços, e que o imposto será não cumulativo, exceto quando se tratar de isenção, hipótese em que acarretará a anulação do crédito relativo as operações anteriores.

O autuante ressaltou que o artigo 97, III e X e artigo 99, V do RICMS/89, e o artigo 93, II, § 1º e § 9º, III, “a” e artigo 124 do RICMS/96, estabelecem a anulação do crédito relativo à entrada de mercadorias no estabelecimento ou serviços a ele prestados, cujas saídas estejam beneficiadas por isenção ou não incidência do imposto. No caso, no período fiscalizado diz que se algumas operações de saídas ou prestações foram tributadas e outras, isentas ou não tributadas, o crédito fiscal será utilizado proporcionalmente às operações de saídas e às prestações tributadas pelo imposto. Com esses argumentos mantém o seu procedimento pela procedência do Auto de Infração.

VOTO

Analizando as preliminares de nulidade suscitadas na defesa fiscal, observo que não assiste razão ao sujeito passivo, uma vez que o procedimento fiscal obedeceu ao rito processual estabelecido nos artigos 28, inciso I, e § 1º, e artigo 32, II, do RPAF/99, ou seja, antes da lavratura do Auto de Infração foi expedido Termo de Intimação para Pagamento do débito (doc. fls. 12 a 14) e foram lavrados os Termos de Início de Fiscalização e de Prorrogação (doc. fls. 08 e 09). Quanto à alegação do autuado de que não lhe foram entregues os demonstrativos que originaram o lançamento tributário em questão, analisando-se os documentos às fls. 15 e 16 dos autos, verifica-se que consta a rubrica do representante legal do contribuinte, o que autoriza a conclusão que é infundada tal alegação. Por tudo isso, rejeito as preliminares da nulidade suscitadas pelo sujeito passivo.

No mérito, da análise das peças processuais, verifica-se que o Auto de Infração contempla 04 ocorrências fáticas, cujo fulcro da autuação refere-se a utilização indevida e a maior de crédito fiscal de ICMS relativo a aquisição de energia elétrica e serviço de comunicação, no exercício de 1996, em razão do contribuinte ter deixado de efetuar a proporcionalidade das saídas isentas e não tributadas na utilização dos referidos créditos na comercialização com saídas tributadas, e ter lançado no livro fiscal crédito de serviço de comunicação em período que não havia previsão legal.

Considerando que tratam-se de créditos fiscais relativos a serviço de comunicação e de energia elétrica utilizados na comercialização com mercadorias tributadas e isentas ou não tributadas, a questão deve ser examinada à luz da legislação vigente à época dos fatos geradores (RICMS/89 e RICMS/96).

De acordo com o artigo 94, VI do RICMS/89 e § 9º, I e II do RICMS/96, o contribuinte tinha direito a creditar-se de 50%, da energia elétrica utilizada na comercialização de mercadorias, a partir de 01/01/93, e o mesmo percentual do serviço de comunicação, a partir de 01/07/96. Quando o contribuinte comercializasse tanto mercadorias tributadas, assim como mercadorias isentas ou não tributadas, o crédito fiscal somente era admitido na proporção entre as mercadorias tributadas para as isentas ou não tributadas, hipótese em que deveria ser estornado ou anulado o crédito fiscal (artigo 93, § 1º e artigo 99 do RICMS/89 e artigo 100, § 1º do RICMS/96).

Analizando-se os demonstrativos às fls. 15 e 16, verifica-se que o ICMS creditado no período pelo contribuinte nos livros fiscais, relativo a energia elétrica e o serviço de comunicação utilizados na

comercialização, corresponde exatamente a 50% dos valores pagos. Se não fosse o caso de contribuinte operar com mercadorias isentas ou não tributadas, a apropriação dos créditos fiscais estaria em conformidade com os RICMS vigentes à época dos fatos geradores.

Contudo, considerando que o estabelecimento trata-se de um supermercado que opera tanto com mercadorias tributadas, assim como, com mercadorias isentas ou não tributadas, considero o procedimento fiscal correto em exigir nos itens 01, 03 e 04, a diferença entre o ICMS creditado indevidamente para o ICMS devido calculado com base na proporcionalidade entre as vendas isentas para as vendas tributadas, conforme demonstrado às fls. 15 e 16 dos autos.

Com relação item 02, realmente o crédito lançado é indevido por se referir ao mês de junho de 1996, tendo em vista que o direito a apropriação do crédito fiscal relativo a aquisição de serviço de comunicação somente entrou em vigor a partir de 01/07/96 com o advento do RICMS/96.

Desse modo, observo que a exigência fiscal tem amparo legal, cujas normas apontadas como violadas não restringem o direito constitucional do contribuinte de utilizar os créditos fiscais oriundos da aquisição de energia elétrica e de serviços de comunicação, diretamente vinculadas à comercialização. Assim, não há porque falar-se de desobediência ao princípio da não-cumulatividade, pois a ação fiscal reconheceu o direito do contribuinte lançar os créditos fiscais relativos a energia elétrica e ao serviço de comunicação utilizados na comercialização, porém obedecendo a proporcionalidade entre as vendas de mercadorias tributadas e isentas prevista na legislação.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE**, o Auto de Infração **nº 180462.0010/01-0**, lavrado contra **BOMPREÇO BAHIA S/A**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 7.731,16**, atualizado monetariamente, acrescido da multa de 60%, prevista no artigo 61, inciso VIII, “a”, de Lei nº 4.825/89, e dos acréscimos moratórios.

Sala das Sessões do CONSEF, 09 de abril de 2002.

FERNANDO A. B. DE ARAÚJO - PRESIDENTE

JOSÉ CARLOS BACELAR – RELATOR

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - JULGADOR