

A. I. N° - 281228.0028/00-3
AUTUADO - A PROVIDORA COMÉRCIO DE MÓVEIS LTDA.
AUTUANTES - VALDEMIR NOGUEIRA DE OLIVEIRA, REGINALDO CÂNDIDO DE MEDEIROS
FILHO e ABELARDO DE ANDRADE CARDOSO
ORIGEM - INFAZ IGUATEMI
INTERNET - 16. 04. 2002

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0115-04/02

EMENTA: ICMS. CRÉDITO FISCAL. **a)** UTILIZAÇÃO A MAIS. ERRO NA CONVERSÃO DO PADRÃO MONETÁRIO. **b)** UTILIZAÇÃO INDEVIDA. **b1.** ENERGIA ELÉTRICA. **b2.** SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO. Infrações caracterizadas. Não acatado o argumento de prescrição [decadência] do lançamento tributário. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 22/11/00, exige ICMS no valor de R\$8.098,86, em razão das seguintes irregularidades:

1. utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS em valor superior ao destacado no documento fiscal. Para apuração do valor utilizado a mais, tomou por base a fiscalização, o fato de o contribuinte haver se creditado em outubro/95 do valor de R\$7.746,69 conforme Nota Fiscal n° 0087, lançada no Livro Registro de Entradas n° 1, à fl. 35, referente à transferência de saldo credor a título de diferença de alíquota na aquisição de mercadorias em outros Estados lançados no exercício de 1992, quando foi transportado o saldo credor de Cr\$145.150.710,76 para os anos seguintes, o qual foi convertido em agosto/93 para CR\$145.150,71 e em julho/94 para R\$7.746,69, enquanto o valor corretamente convertido seria de R\$52,78, apurando uma diferença utilizada a mais de R\$7.693,91, conforme demonstrativo anexo ao PAF à fl. 9;
2. utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS, relativo a aquisição de energia elétrica, na comercialização de mercadorias;
3. utilizou indevidamente crédito fiscal do ICMS, referente a serviço de comunicação não vinculado a mercadorias com saídas subseqüentes tributadas;

O autuado apresentou defesa tempestiva às fls. 74 a 86 dos autos, impugnando o lançamento fiscal com os seguintes argumentos:

1. sobre a infração 1, alega a sua improcedência, em razão da sua prescrição, já que a utilização do crédito ocorreu em prazo superior ao quinquídio legal, cuja pretensão não pode receber a guarida desse Egrégio Conselho. Diz que por longo período, pautada em precedentes jurisprudenciais do Supremo Tribunal Federal, e amparada em sentença favorável a seu favor em Juízo da Fazenda desta Capital, vinha se valendo da utilização de crédito fiscal decorrente de diferencial de alíquota, baseada na inconstitucionalidade da Resolução n° 07/70 do Senado Federal, a qual, vulnerando a CF, estabeleceu tratamento diferenciado aos contribuintes a depender do estado e das mercadorias adquiridas, cujo comportamento gerou a iniciativa do Fisco Estadual, de proceder sistematicamente a lançamentos fiscais objetivando a cobrança do crédito utilizado. Ressalva, conforme se infere do próprio corpo da autuação, que a utilização do crédito se deu há mais de cinco anos, além do que a sua apropriação deu-se não só por diferencial de alíquota, mas também por entradas de mercadorias, de forma que, cumulativamente, foram utilizados tantos os créditos decorrentes do diferencial, quanto das

entradas normais de mercadorias no referido período de utilização. Requer a realização de diligência por fiscal estranho ao feito para comprovação do alegado.

Prosseguindo em sua defesa, alega que a correção do seu crédito fiscal é decorrente do direito constitucional da isonomia e da igualdade. Diz que tinha o direito de atualizar o poder aquisitivo dos créditos fiscais a que faz jus. Cita decisões de tribunais acerca da matéria.

2. infrações 2 e 3 – utilização de créditos fiscais decorrentes de aquisição de energia elétrica e de serviço de comunicação – o autuado afirma que, para possibilitar o exercício de suas funções sociais, ele utiliza energia elétrica e serviço de comunicação, ambos onerados pelo ICMS. Em consequência, conforme disposto no art. 155, § 2º, I, da Constituição Federal, tem direito aos créditos fiscais correspondentes, segundo o princípio da não cumulatividade. O defendente explica que o RICMS/89, através da alteração introduzida pelo Dec. nº 1856/92, impôs uma limitação do direito ao crédito fiscal relativo ao consumo de energia elétrica (50%), violando o princípio da não cumulatividade. Mais adiante, diz que a legislação tributária do Estado da Bahia vedou, de forma ilegal, a utilização plena de créditos fiscais de ICMS relativos à energia elétrica e aos serviços de telefonia. Assevera o autuado que tem o direito de abater, do ICMS a recolher, os valores cobrados nas operações anteriores que realizou, ao adquirir energia elétrica e serviços de telefonia. Afirma que esse direito decorre da Constituição Federal, constituindo uma limitação ao poder de tributar dos Estados. Frisa que é uma inconstitucionalidade qualquer procedimento tendente a suprimir ou a limitar tal direito, pois, assim, estaria o Estado exorbitando sua competência tributária consignada na Constituição Federal. Cita doutrina e transcreve decisões de Tribunais. Aduz que o RICMS-BA/97 reconhece o direito ao crédito decorrente do uso de energia elétrica e de serviço de telefonia, desde que fique demonstrado que os mesmos foram empregados no processo de comercialização, industrialização ou produção de bens, ou prestação de serviços de transporte intermunicipal.

Ao finalizar, quanto ao item 1, pede que seja reconhecida a prescrição e a sua declaração e, caso seja ultrapassada, venha o mesmo a ser julgado improcedente. No tocante as itens 2 e 3, pede, igualmente, a sua improcedência.

Os autuantes ao prestarem a informação fiscal de fls. 91 a 94 dos autos fizeram, inicialmente, um relato dos argumentos defensivos para, em seguida, apresentarem à sua contestação com os seguintes argumentos:

a) que o autuado confirma que registrou nos livros fiscais valores referentes a créditos de ICMS relativos à diferença de alíquotas nas aquisições de mercadorias em outras unidades da Federação, em decorrência de inconstitucionalidade da Resolução 07/70 do Senado Federal há mais de cinco anos, porém em sua conta corrente fiscal tais lançamentos não produziram qualquer efeito. É que não refletiram nos valores de ICMS que a empresa recolheu aos cofres públicos, ou seja, os valores apurados mensalmente nas operações comerciais, não contemplavam os valores em questão, não ocorrendo qualquer repercussão econômica. No entanto, tal fato ocorreu, quando o autuado emitiu a Nota Fiscal de Entrada nº 87 (fl. 8 do PAF), escriturando-a no Livro Registro de Entradas de Mercadorias (fl. 20 do PAF) como outras entradas não especificadas, adicionando o crédito destacado para a apuração do ICMS a recolher no mês de outubro/95, não procedendo, portanto, a afirmação do autuado de que o procedimento fiscal já teria sido alcançado pela prescrição, uma vez que o lançamento dos créditos serviu como um simples registro, pois a sua utilização ocorreu no referido mês, ou seja, dentro do quinquídio legal. Sobre a outra alegação, de que a utilização do crédito deu-se não só por diferencial de alíquota, mas também por entradas de mercadorias, também não procede, tendo em vista que no período de 1993 a setembro/95, o valor do ICMS a recolher, resultou da diferença entre o débito do imposto referente às saídas de mercadorias e o crédito relativo às mercadorias adquiridas, ocorrendo nos referidos períodos sempre saldo devedor, ou seja, ICMS a recolher,

conforme cópias do Livro RAICMS às fls. 12 a 18 do PAF. Quanto à correção monetária do seu crédito, o autuado entende que decorre de Direito Constitucional de Isonomia, porém, a legislação estadual veda expressamente tal atualização, conforme dispõe o parágrafo 3º, do art. 94, do RICMS/89 e § 2º do art. 93, do RICMS/97;

b) com relação às infrações 2 e 3, o autuado alega que para o desenvolvimento das suas atividades e concepção dos seus fins sociais, a par de mercadorias e/ou serviços, utiliza energia elétrica e serviços de telefonia, ocorrendo nestes casos a incidência do referido tributo estadual. Dizem que o autuado em toda a sua peça defensiva, discorre apenas sobre a inconstitucionalidade da legislação tributária do estado, utilizando-se de preceitos constitucionais, precedentes jurisprudenciais e citações doutrinárias para justificar o descumprimento das normas que regem o ICMS no Estado da Bahia, não tendo discutido o mérito do crédito reclamado em qualquer momento. Ressaltam que as razões apresentadas pelo autuado não têm embasamento legal, oportunidade em que transcreveram o teor do § 3º, do art. 46, da Lei nº 4825/89 em apoio ao alegado. Frisam que em relação ao crédito fiscal de energia elétrica, só a partir de janeiro de 1993, através da Alteração nº 40, foi acrescentado ao RICMS/89, a sua utilização como crédito fiscal, do equivalente a 50% do imposto relativo ao consumo de energia elétrica do estabelecimento, enquanto o crédito do imposto relativo aos serviços de comunicação só foi concedida aos contribuintes, com a edição do RICMS/96.

Ao finalizarem, entendem que a autuação está de acordo com as normas que regem o ICMS/BA, além do que não se incluem nas suas competências discutir a inconstitucionalidade ou a negativa de aplicação de Lei ou Ato normativo emanado do Secretário da Fazenda ou do Governador do Estado, consoante dispõe o art. 167, I, do RPAF/99.

Face os autuantes haverem anexado aos autos quando da informação fiscal os documentos de fls 95 a 97, o CONSEF em despacho à fl. 98 encaminhou o PAF a INFAZ-Iguatemi para dar ciência ao autuado, o que foi cumprido através da intimação e AR às fls. 99 e 100, entretanto, o contribuinte não se pronunciou a respeito.

VOTO

O fundamento da autuação foi em razão das seguintes irregularidades:

1. utilização indevida de crédito fiscal do ICMS, em valor superior ao destacado no documento fiscal;
2. utilização indevida de crédito fiscal do ICMS, relativo a aquisição energia elétrica, na comercialização de mercadorias;
3. utilização indevida de crédito fiscal do ICMS, referente a serviço de comunicação não vinculado a mercadorias com saídas subsequentes tributadas;

Inicialmente, com fulcro no art. 147, I, “a”, do RPAF/99, indefiro o pedido de diligência formulado pela defesa, por entender que os elementos acostados aos autos são suficientes para a formação da minha convicção.

Sobre a autuação, o meu posicionamento a respeito das infrações é o seguinte:

Infração 1 – preliminarmente, acerca do argumento defensivo da prescrição quinquenal deixo de acatá-lo. É que o termo prescrição, consoante dispõe o Código Tributário Nacional (Lei nº 5172/66), refere-se ao direito de a Fazenda Pública de cobrar do sujeito passivo o crédito tributário legalmente constituído, ou seja, dentro do prazo decadencial, o qual de acordo com o art. 173 do mesmo diploma legal, é de cinco anos, contados a partir do primeiro dia do exercício seguinte em que o lançamento poderia ter sido efetuado. Desse modo, entendo que houve um equívoco da defesa ao utilizar tal termo, já que a expressão própria é a decadência. No entanto, como o crédito fiscal apropriado pelo autuado refere-se a fato gerador do imposto no mês de

outubro/95, a decadência não se verificou, pois o prazo final para o lançamento encerraria em 31/12/2000, enquanto o Auto de Infração foi lavrado em 22/11/2000.

Com referência ao mérito, as razões defensivas não merecem acolhidas. Pelo demonstrativo acostado pelos autuantes à fl. 9, estão indicados os ajustes dos saldos credores lançados no RAICMS relativos a vários estabelecimentos do autuado, inclusive o objeto desta ação fiscal, cuja Inscrição Estadual é a de nº 24.608.578, onde foi apurado um saldo credor no valor de R\$7.746,09 ao invés de R\$52,98, o que gerou uma utilização indevida a mais na importância de R\$7.693,91. Para caracterização da infração, foi anexada pelos autuantes a cópia da Nota Fiscal de Entrada nº 0087, datada de 31/10/95, onde no quadro destinado à descrição dos produtos consta o seguinte: vlr. diferença alíquota ICMS. Entendo indevida a utilização do crédito fiscal, já que confessado pelo autuado em sua defesa que o erro de conversão decorreu de atualização monetária do valor original, cuja vedação está prevista no art. 94, parágrafo 3º, do RICMS/89, vigente à época do fato gerador.

Infrações 2 e 3 - relativamente às alegações defensivas pertinentes à inconstitucionalidade da legislação tributária do Estado da Bahia, ressalto que, de acordo com o artigo 167, I, do RPAF/99, não se inclui entre as competências deste órgão julgador a declaração de inconstitucionalidade.

Entrando no mérito da lide, no que tange a infração 2, constato que o autuado, estabelecimento comercial, utilizou créditos fiscais de ICMS decorrente do consumo de energia elétrica indevidamente, isto é, creditou-se a mais do que os 50% autorizados pelo artigo 94, VI, do RICMS-BA/89, vigente à época dos fatos geradores. Como o autuado não elide a acusação e limita-se a questionar os aspectos constitucionais do seu direito aos créditos fiscais, entendo que a infração ficou caracterizada.

Com referência à infração 3, verifico que, conforme demonstrativo à fl. 11, o autuado efetivamente utilizou crédito fiscal de ICMS relativo ao serviço de comunicação não vinculado a prestações com saídas subseqüentes tributadas, infringindo o artigo 97, X, “b”, do RICMS-BA/89, vigente à época dos fatos geradores. Tendo em vista que o autuado não nega a imputação e limita-se a questionar os aspectos constitucionais de seu direito aos referidos créditos, considero correto o procedimento dos autuantes.

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

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **281228.0028/00-3**, lavrado contra **A PROVIDORA COMÉRCIO DE MÓVEIS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$8.098,86**, atualizado monetariamente, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 61, VIII, “a”, da Lei nº 4825/89, e dos acréscimos moratórios.

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

ANTONIO AGUIAR DE ARAÚJO – PRESIDENTE/RELATOR

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – JULGADOR

ANSELMO LEITE BRUM - JULGADOR