

**A.I. N.º** - 151842..0004/01-7  
**AUTUADO** - TENDTUDO MATERIAIS PARA CONSTRUÇÃO LTDA.  
**AUTUANTES** - TEREZA RAIMUNDA ROCHA VIEIRA e CRESO COTRIM COELHO  
**ORIGEM** - INFAZ SIMÕES FILHO  
**INTERNET** - 18/04/2002

### 3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

#### ACÓRDÃO JJF N.º 0122-03/02

**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. Auto de Infração **PROCEDENTE**. 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 a aquisição de energia elétrica, na comercialização de mercadorias”;
2. “Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS relativo a 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 a 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 as 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 à 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

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

Ressalto, também, quanto a argüição 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.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **151842.0004/01-7**, lavrado contra **TENDTUDO MATERIAIS PARA CONSTRUÇÃO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado 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 N.º 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 n.º 7.014/96; e dos acréscimos moratórios correspondentes.

Sala das Sessões do CONSEF, 15 de abril de 2002.

LUÍS ROBERTO DE SOUSA GOUVÊA – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO/RELATOR

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – JULGADOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - JULGADOR