

A. I. Nº - **281228.0037/01-0**
AUTUADO - **BOMPREÇO BAHIA S/A.**
AUTUANTES - **VALDEMIR NOGUEIRA DE OLIVEIRA, REGINALDO CÂNDIDO MEDEIROS FILHO, ABELARDO DE ANDRADE CARDOSO e AUGUSTO RICARDO JANSEN FERRARI**
ORIGEM - **INFAZ IGUATEMI**
INTERNET - **08. 05. 2002**

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0153-04/02

EMENTA: ICMS. CRÉDITO FISCAL. a) UTILIZAÇÃO INDEVIDA. SERVIÇOS DE COMUNICAÇÃO. De acordo com a legislação vigente à época, era vedada aos estabelecimentos comerciais a utilização de crédito fiscal de serviço de comunicação, quando a prestação não estiver vinculada a operação de comercialização tributada. b) UTILIZAÇÃO A MAIS. SERVIÇOS DE COMUNICAÇÃO E ENERGIA ELÉTRICA. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. A lei veda a utilização de crédito de serviços de energia elétrica e de comunicação, quando as operações subsequentes forem isentas ou não tributadas. Não efetuado o estorno proporcional às saídas não tributadas. Infrações caracterizadas. Rejeitadas as preliminares de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 28/12/01, exige ICMS, no valor total de R\$ 2.128,87, em decorrência das seguintes irregularidades:

1. Utilizou a mais crédito fiscal de ICMS relativo à aquisição de energia elétrica utilizada na comercialização de mercadorias, no período de janeiro a outubro de 1996, por não ter sido considerada a proporcionalidade com as saídas tributáveis.
2. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS relativo aos serviços de comunicação utilizados na comercialização, no mês de junho/96.
3. Utilizou a mais crédito fiscal de ICMS relativo à aquisição de serviços de comunicação utilizados na comercialização de mercadorias, no período de julho a outubro de 1996, por não ter sido considerada a proporcionalidade com as saídas tributáveis.
4. Utilizou a mais crédito fiscal de ICMS relativo a aquisições de energia elétrica e de serviços de comunicação utilizados na comercialização de mercadorias, nos meses de novembro e dezembro de 1996, por não ter sido considerada a proporcionalidade com as saídas tributáveis.

O autuado apresentou defesa tempestiva e, preliminarmente, suscitou a nulidade do lançamento pelas seguintes razões:

a) Na autuação, não consta a data de início do procedimento fiscal. Segundo o autuado, esse fato o impediu de verificar se o tempo utilizado pelos fiscais para concluir a auditoria foi o previsto no artigo 28 do RPAF/99. Afirma que não teve como saber se o trabalho foi prorrogado ou não.

b) Não foram entregues, ao autuado, cópias de todos os termos, demonstrativos e levantamentos nos quais foi baseado o lançamento, contrariando assim os artigos 41, II e 46, do já citado RPAF. Diz o autuado que o procedimento dos autuantes implicou cerceamento do seu direito de defesa.

Após afirmar que a presente autuação ofende o princípio da não cumulatividade, o autuado transcreve o art. 155, II, e § 2º, da Constituição Federal e explica como deve ser considerado o crédito fiscal. Em seguida, assevera que tem direito aos créditos fiscais relativamente às aquisições de energia elétrica e de serviços de comunicação, uma vez que foram utilizados no funcionamento de seu estabelecimento. Ressalta que a energia elétrica, além de utilizada na comercialização, é também empregada na industrialização de produtos que levam a sua marca.

Prosseguindo em sua defesa, o autuado frisa que a legislação infraconstitucional não pode restringir o direito ditado pela Constituição Federal. Cita estudiosos do direito e dispositivos constitucionais relacionados com direitos e garantias dos contribuintes. Transcreve o art. 20 da Lei Complementar nº 87/96 para auxiliar a fundamentação de seu entendimento de que tem direito aos créditos fiscais em questão. Ao final, pede a improcedência da autuação.

Na informação fiscal, após historiar o processo, os autuantes afirmam que as preliminares de nulidade não procedem, pois os Termos de Início de Fiscalização e de Prorrogação foram lavrados no livro Registro de Utilização de Documentos Fiscais e Termos de Ocorrência do autuado, conforme fls. 47 e 48. Dizem que os demonstrativos e levantamentos, anexados às folhas 8 a 13 dos autos, foram entregues ao contribuinte em 18/12/2001, quando o mesmo teve ciência da Intimação que precedeu à lavratura do presente Auto de Infração.

Afirmam os auditores que não lhes cabe discutir a constitucionalidade de dispositivos do RICMS-BA, porém analisam o art. 155 da Constituição Federal e compararam esse dispositivo com o art. 20 da Lei Complementar nº 87/96 e com o art. 52 da Lei 4825/96.

Os autuantes ressaltam que o art. 97, III e X, do RICMS/89 e o art. 93, II, §§ 1º e 9º, II “a”, e o art. 124 do RICMS/96, estabelecem que o uso do crédito fiscal referente à aquisição de energia elétrica e de serviços de comunicação deve ser proporcional às saídas tributadas.

Ao encerrar a informação fiscal, os autuantes solicitam que o lançamento seja julgado procedente.

Considerando que os autuantes, ao prestarem a informação fiscal, juntaram novos documentos aos autos (fls. 47 e 48), foi dado vistas ao autuado da mesma e foi concedido o prazo de lei para que ele se manifestasse, querendo. Porém o contribuinte não se pronunciou.

VOTO

Inicialmente, afasto as preliminares de nulidade suscitadas pelo autuado, pois os autuantes lavraram o Termo de Início de Fiscalização e o Termo de Prorrogação de Fiscalização, conforme comprova o documento à fl. 48 dos autos. Do mesmo modo, os recibos de fls. 8 e 9 atestam que os demonstrativos de apuração dos créditos considerados como indevidos foram entregues ao autuado. Dessa forma, não houve o alegado cerceamento do direito de defesa do autuado e nem a mencionada afronta às disposições legais.

Deixo de acatar as alegações defensivas pertinentes à constitucionalidade da utilização dos créditos fiscais glosados, pois, de acordo com o artigo 167, I, do RPAF/99, a declaração de inconstitucionalidade não se inclui entre as competências deste órgão julgador.

Com relação à infração 1, a partir de 1º de janeiro de 1993, o RICMS-BA/89 passou a admitir, como crédito fiscal, o valor correspondente a 50% do imposto relativo ao consumo de energia elétrica de estabelecimento comercial. Todavia, de acordo com o art. 97, III, X, combinado com o art. 99, V, do RICMS-BA/89, e com o art. 93, § 1º, do RICMS-BA/96, para fins de apropriação do crédito fiscal, os contribuintes deveriam observar a proporcionalidade existente entre as saídas tributadas e as isentas. Tendo em vista que o autuado não considerou a proporcionalidade das saídas isentas, entendo que foi correto o procedimento dos autuantes e que a infração está caracterizada.

Quanto à infração 2, de acordo com o art. 51, VI, da Lei nº 4825/89, vigente à época dos fatos geradores, era vedada a utilização, como crédito fiscal, do imposto incidente sobre os serviços de comunicação tomados pelos estabelecimentos comerciais, salvo se utilizado pelo estabelecimento ao qual tenha sido prestado, na comercialização de mercadorias. Ao regulamentar a disposição legal, o art. 97, X, do RICMS/89, dispõe que, para a utilização do crédito fiscal sobre serviços de comunicação, o contribuinte deveria provar a vinculação desse serviço a operações de comercialização. Como no caso em lide o contribuinte não comprovou a vinculação, entendo que foi correta a exigência feita pelos autuantes.

No que tange à infração 3, a partir de 01/07/96, com a entrada em vigência do RICMS-BA/96, a utilização do crédito fiscal relativo à aquisição de serviços de comunicação, fica condicionada à comprovação, pelos contribuintes, da quantidade efetivamente vinculada a operações de comercialização tributada. Caso não seja mensurável a vinculação, o inciso I do § 9º, do art. 93, do citado Regulamento, limitava a apropriação dos créditos a um percentual de 50% do valor do imposto destacado. Por seu turno, o “caput” do § 1º do art. 93 do RICMS-BA/96, previa que, quando algumas das operações fossem tributadas e outras isentas, o crédito fiscal será utilizado proporcionalmente às saídas tributadas. Considerando que, no caso em tela o autuado não observou a proporcionalidade das operações isentas para a utilização do crédito fiscal, considero que a infração está caracterizada.

Acerca da infração 4, ressalto que, a partir da vigência da Lei 7014/96, a utilização dos créditos fiscais relacionados na infração em tela ficou condicionada à proporcionalidade das saídas tributadas, o que exigia do contribuinte a realização de estorno da parcela correspondente às saídas isentas e/ou não tributadas, conforme previsto no art. 100, § 1º, do RICMS/96, vigente à época. Tendo em vista que, no caso em apreço o autuado não observou a disposição regulamentar, entendo que a infração ficou caracterizada e que assiste razão aos autuantes.

Quanto ao argumento defensivo de que a energia elétrica adquirida era também utilizada na industrialização de produtos que levam a sua marca, entendo que tal fato não invalida a acusação, pois a atividade preponderante do autuado era a comercialização e, além disso, para que ele pudesse utilizar os créditos fiscais de energia elétrica em percentuais superiores a 50%, ele teria que mensurar, com precisão, qual o percentual de energia que foi consumido na alegada industrialização, conforme art. 93, § 9º, do RICMS-BA/96, se é que desenvolve tal atividade em seu estabelecimento.

Por fim, ressalto que quanto aos valores, não houve contestação por parte do autuado.

Pelo acima exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 281228.0037/01-0, lavrado contra **BOMPREÇO BAHIA S/A.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 2.128,87**, atualizado monetariamente, acrescido de multa de 60%, prevista nos incisos VIII “a”, do artigo 61, da Lei 4825/89 e VII “a” do artigo 42 da Lei nº 7014/96, e dos acréscimos moratórios.

Sala das Sessões do CONSEF, 30 de abril de 2002.

ANTÔNIO AGUIAR DE ARAÚJO – PRESIDENTE

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – RELATOR

ANSELMO LEITE BRUM – JULGADOR