

A. I. N° - 110427.0072/01-7
AUTUADO - LUIZ CORREIA NUNES
AUTUANTE - NELIO MANOEL DOS SANTOS
ORIGEM - INFAZ ITABUNA
INTERNET - 28/05/2002

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0158-03/02

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. ENERGIA ELÉTRICA. A apropriação a título de crédito fiscal de energia elétrica e comunicação, deve tomar por base os valores relativos à comercialização de mercadorias tributadas no estabelecimento do contribuinte. Infração comprovada. 2. LIVROS FISCAIS. OPERAÇÕES NÃO ESCRITURADAS. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Infração comprovada. 3. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS EFETUADAS POR MICORMEPRESA COMERCIAL VAREJISTA. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. De acordo com o RICMS, a microempresa comercial varejista ao adquirir mercadorias em outras unidades da Federação, sujeita-se ao pagamento do imposto por antecipação nos prazos estabelecidos. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração de 27/12/2001, exige ICMS no valor de R\$ 960,54 em decorrências das seguintes irregularidades:

1. Recolhimento a menor de ICMS em vários meses, em decorrência da utilização de crédito fiscal acima do permitido, pela aquisição de energia elétrica e serviço de comunicação, tendo em vista tratar-se de contribuinte com atividade mista, de prestação de serviço e comércio de mercadorias, não tendo sido observado o critério da proporcionalidade, conforme demonstrativos anexos, no valor de R\$ 416,15;
2. Deixou de recolher no prazo regulamentar ICMS referente as operações não escrituradas nos Livros Fiscais próprios, no valo de R\$ 28,90
3. Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS substituto por antecipação, na condição de microempresa comercial varejista, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras Unidades da Federação, conforme lançamentos constantes do seu livro Caixa, no valor de R\$ 515,49.

O autuado, tempestivamente ingressa com defesa, fls. 35 a 44, e impugna a autuação com os seguintes argumentos:

1. Inicialmente ressalta a tempestividade da impugnação, pois intimado no dia 09.01.2002, o termo final do prazo para apresentação seria no dia 13.02.2001, pois no dia 08.02.2002 não houve expediente na repartição.
2. Esclarece que a defesa objetiva atacar apenas as infrações 01 e 03, não se insurgindo contra o pagamento relativo à infração 2.
3. Quanto à infração 01, aponta que o dispositivo do art. 93, parágrafo único, inciso II do RICMS/97, respalda legalmente o direito de valer-se do crédito fiscal, e quer entender que o único equívoco cometido foi a utilização acima do permitido, vez que a lei é cristalina em garantir o crédito.
4. Aduz que o legislador não destacou a proporção do crédito que efetivamente poderia se valer, deixando-o sem o norte adequado para a escorreita interpretação do dispositivo, e que este problema jurídico deve ser analisado obrigatoriamente, à luz do ordenamento jurídico da forma mais abrangente possível.
5. Afirma que o art. 93, inciso II, § 9º, do RICMS/96, serve de fonte para o deslinde da questão, haja vista que o RICMS/97, revogador daquele, foi omissivo quanto a proporção de ICMS que poderiam se creditar os que exercem atividades de comercialização e prestação de serviço, mas apenas garante vagamente o direito ao crédito, sem contudo especificar se é possível apropriar-se da totalidade do crédito ou não, devendo o intérprete socorrer-se da analogia para o deslinde da questão.
6. Afirma que o RICMS/96 garantia nos casos em que não era possível apurar com precisão a quantidade de energia elétrica consumida ou o valor dos serviços de comunicação, o percentual de 50% quando o estabelecimento fosse de atividade mista, caso do autuado.
7. Diz que a autoridade lançadora baseou-se num critério da proporcionalidade, método discricionário e caprichoso de calcular o ICMS do impugnante, ou seja, creditar do ICMS apenas a proporção das receitas relativas à venda de mercadorias, analisando quanto estas receitas representam da receita total.
8. Exemplifica que no mês de janeiro, as receitas de prestações de serviços foi da ordem de R\$ 6.696,17 e das vendas de mercadorias de apenas R\$ 12,00, fato que levou o fiscal a concluir que o valor permitido como crédito de energia elétrica é de apenas R\$ 0,06, o que considera absurdo. Argumenta que não há cunho de juridicidade nesta conclusão.
9. Anexa planilha com a discriminação dos créditos, sendo o Anexo 1 relativo à aquisição de energia elétrica e o anexo 02, indica os créditos de serviço telefônico.

Auditor Fiscal presta informação fiscal, fls.126 a 128, e esclarece que:

1. A proporcionalidade aplicada pelo autuante é princípio matemático previsto no inciso II, § 1º, do art. 93, do RICMS/97, uma vez que os serviços prestados pelo contribuinte não são alcançados pela incidência do ICMS;
2. Que a prestação de serviços tais como reprodução de documentos diversos e encadernação de livros e congêneres, é altamente consumidora de energia elétrica, na alimentação das máquinas;
3. Que para se obter um parâmetro de quanto foi consumido em cada setor de atividade, seria necessário que o autuado apresentasse laudo técnico emitido pela COELBA ou por profissional ou outra empresa devidamente qualificada;
4. Embora o autuado seja cadastrado como “comércio varejista de livros material escolar etc”, a sua atividade de fato é a “reprodução de cópias de documentos e encadernações”, raramente efetuando vendas de mercadorias;
5. O autuado não junta cópia do DAE do suposto pagamento de R\$ 120,17;
6. Na infração 3, tomou por base o próprio livro Caixa do autuado.

VOTO

Inicialmente o autuado reconhece o cometimento da infração 2, razão porque me abstenho de comentá-la

Quanto à infração 1, relativa à utilização de crédito das aquisições de energia elétrica, o RICMS/96 é claro quando estipula as condições do seu aproveitamento:

Art. 93 - Constitui crédito fiscal de cada estabelecimento, para compensação com o tributo devido em operações ou prestações subsequentes e para fins de apuração do imposto a recolher, salvo disposição em contrário:

I - o valor do imposto anteriormente cobrado, relativo às aquisições ou recebimentos:

II - o valor do imposto anteriormente cobrado, relativo às aquisições de energia elétrica e aos serviços de comunicação tomados, quando efetivamente utilizados na comercialização, na industrialização, na produção, na extração, na geração de energia ou na prestação de serviço de transporte interestadual ou intermunicipal ou de serviço de comunicação (§ 9º);

.....

§ 9º - Para os efeitos do inciso II deste artigo, quando não for possível mensurar, com precisão, o serviço de comunicação utilizado ou a quantidade de energia elétrica consumida, efetivamente vinculados a operações ou prestações seguintes da mesma natureza, tributados pelo imposto, ou a operações de comercialização tributadas, ou a processos de extração, geração ou industrialização dos quais resultem saídas tributadas, o contribuinte poderá apropriar-se do valor resultante da aplicação, sobre o valor do imposto destacado no documento fiscal, dos seguintes percentuais:

I - serviço de comunicação: 50%;

II - energia elétrica utilizada:

a) na comercialização: 50%;

O autuante elaborou a planilha de fl.10, de valores que deveriam ter sido apropriados a título de crédito fiscal de energia elétrica e comunicação, tomando por base os valores relativos à comercialização de mercadorias tributadas no estabelecimento do contribuinte, nos termos regulamentares, estando correta a exigência fiscal.

Quanto ao item 3, o autuado, à época, estava inscrito no cadastro estadual do Estado da Bahia na condição de microempresa comercial varejista e como tal, estava obrigado efetuar o recolhimento do ICMS substituto por antecipação, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras Unidades da Federação, como dispõe o § 15, do art. 398, do RICMS/89:

Art. 398

§ 15 - As microempresas comerciais varejistas e as microempresas simplificadas, quando adquirirem mercadorias em outras unidades da Federação ou no exterior, não tendo havido retenção na fonte pelo remetente ou tendo a retenção sido feita a menor, deverão efetuar a antecipação do pagamento do ICMS até o dia 10 do mês subsequente ao da entrada das mercadorias em seu estabelecimento, tendo como base de cálculo a prevista no inciso II do art. 76.

As aquisições das mercadorias foram detectadas através do livro Caixa, que por opção o contribuinte escriturou e forneceu à fiscalização, operações declaradas às fls.16 a 23, conforme cópias do livro contábil, sob o título “mercadoria para revenda”.

Entendo que a infração está caracterizada, pois as mercadorias efetivamente ingressaram no estabelecimento do autuado, providas de outras unidades da Federação, conforme notas fiscais anexas ao PAF, e não foi efetuado o recolhimento do imposto relativo à antecipação do pagamento do ICMS, a que estava obrigado o contribuinte à época da ocorrência do fato gerador, pois encontrava-se inscrito na condição de microempresa no cadastro do Estado da Bahia.

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 110427.0072/01-7, lavrado contra **LUIZ CORREIA NUNES**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$ 960,54**, atualizado monetariamente, acrescido das multas de 60% sobre R\$ 416,15, de 70% sobre R\$ 28,90 e de 50% sobre R\$ 515,49, previstas no art. 42, VII, “a”, III, I, “b”, item 1, da Lei 7.014/96, e do art. 61, I, “b”, da Lei 4.825/89, e dos acréscimos moratórios correspondentes.

Sala das Sessões do CONSEF, 10 de maio de 2002.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA - PRESIDENTE

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - RELATORA

LUÍS ROBERTO DE SOUSA GOUVÊA - JULGADOR