

A. I. N° - 149269.0023/01-7
AUTUADO - BOMPREGO BAHIA S/A.
AUTUANTE - LELITA VIEIRA TIGRE DA SILVA
ORIGEM - INFAZ SIMÕES FILHO
INTERNET - 18. 06. 2002

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0203-04/02

EMENTA: ICMS. CRÉDITO FISCAL. **a)** UTILIZAÇÃO A MAIS. SERVIÇOS DE COMUNICAÇÃO E ENERGIA ELÉTRICA. De acordo com a legislação da época, o crédito fiscal era limitado a 50% do valor do imposto destacado, na hipótese de não ser possível quantificar, com exatidão, o serviço de comunicação utilizado e a quantidade de energia consumida, vinculados a operações de comercialização tributadas, devendo ser estornado o crédito fiscal proporcionalmente às operações isentas. **b)** UTILIZAÇÃO INDEVIDA. SERVIÇOS DE COMUNICAÇÃO. Impossibilidade da utilização do crédito, uma vez que a legislação vigente à época, vedava aos estabelecimentos comerciais, quando a prestação não estiver vinculada à operação de comercialização tributada. Infrações comprovadas. Rejeitada a preliminar de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 28/12/2001, exige ICMS no valor de R\$3.200,32, em razão das seguintes irregularidades:

1. utilização a mais de crédito fiscal relativo a aquisição de serviço de comunicação utilizado na comercialização, fato ocorrido no mês de junho/96;
2. utilização a mais de crédito fiscal relativamente à aquisição de energia elétrica, utilizada na comercialização de mercadorias, no período de janeiro a outubro/96, por não efetuar a proporcionalidade de isentas;
3. utilização a mais de crédito fiscal relativamente à aquisição de serviço de comunicação, utilizados na comercialização de mercadorias, nos meses de julho a outubro/96, por não ter considerado a proporcionalidade das saídas isentas;
4. deixou de efetuar a proporcionalidade para utilização do crédito fiscal referente à energia e comunicação na comercialização de mercadorias com saídas tributadas.

O autuado impugnou o lançamento fiscal em sua peça defensiva de fls. 48 a 57 descrevendo, inicialmente, as infrações imputadas e o seu enquadramento para, em seguida, contestá-lo com os seguintes argumentos:

1. que a presente autuação descumpriu alguns dispositivos do Decreto n° 7629/99 (RPAF), o que leva à imediata decretação da nulidade formal do lançamento fiscal. Ressalta que não consta nos autos a data do início do procedimento, a fim de que o contribuinte possa verificar o lapso

temporal utilizado para a sua conclusão – 60 dias, previsto no art. 28, do RPAF. Frisa que tal prazo poderia ser prorrogado mediante comunicação escrita da autoridade competente, fato que não foi trazido aos autos pelos autuantes. Sustenta, ainda, que os autuantes descumpriram os arts. 41, II e 46, do regulamento acima citado, uma vez que não foram entregues ao contribuinte, quando da ciência do Auto de Infração, todos os termos, demonstrativos e levantamentos e de outras provas necessárias à demonstração dos fatos argüidos pelos autuantes. Assevera que restou cerceado o direito de defesa, princípio pelo qual à parte à qual se imputa algo tem o direito de defesa, oportunidade em que transcreveu o teor do art. 2º, do RPAF, além de jurisprudência sobre a matéria;

2. que não podem prosperar as autuações contidas no Auto de Infração, uma vez que representam total afronta ao princípio constitucional da não cumulatividade, conforme determinou o legislador constituinte que o ICMS, ao ser instituído pelos Estados-membros e pelo Distrito Federal deve, necessariamente, ser não cumulativo. Cita o art. 155, seu inciso II, o seu parágrafo 1º, os itens I e II, além das suas alíneas “a” e “b”, da Constituição Federal, em apoio ao alegado. Explica como deve ser considerado o crédito fiscal e diz que tem direito ao mesmo relativamente às aquisições de energia elétrica e de serviços de comunicação, porque são utilizados no funcionamento do seu estabelecimento. Frisa que a legislação infra-constitucional não pode restringir o direito ao crédito assegurado pela Constituição Federal, oportunidade em que transcreveu entendimentos de professores interpretando dispositivos constitucionais relacionados ao princípio da não cumulatividade do ICMS. Cita, também, o art. 20, da Lei Complementar nº 87/96 para embasar a sua alegação.

Ao finalizar, requer o julgamento improcedente do Auto de Infração.

A autuante ao prestar a sua informação fiscal de fls. 61 a 66 dos autos descreveu, inicialmente, as infrações apuradas e as alegações defensivas para, em seguida, contraditá-las com os seguintes argumentos:

1. com relação ao item 2.1, esclarece que foram lavrados todos os Termos de Início de Fiscalização e os Termos de Prorrogação de Fiscalização no Livro de Registro de Ocorrência e Utilização de Documentos Fiscais, em obediência ao disposto no art. 28, I, e parágrafo 1º, do RPAF, conforme fl. 67 do PAF. Quanto aos demonstrativos e levantamentos necessários ao entendimento e comprovação dos elementos constantes do Auto de Infração, informa que foram devidamente entregues ao contribuinte em 18/12/2001, quando o mesmo tomou ciência da intimação, conforme comprovam os documentos de fls. 9 a 15 do PAF, em cumprimento ao disposto no art. 32, II, do RPAF. Assevera que todas as formalidades foram atendidas, não tendo nenhum fundamento as alegações do autuado, em que pede a nulidade do lançamento fiscal;

2. com referência ao mérito da ação fiscal, em que o autuado alega não prosperar, por representar uma total afronta ao princípio constitucional da não cumulatividade, entende não ser de sua competência discutir a inconstitucionalidade dos dispositivos do RICMS/96 e da Lei nº 4825/89. Transcreve o art. 155, o seu inciso II e seu parágrafo 2º, além dos seus itens I e II e das alíneas “a” e “b”, da Constituição Federal. Afirma que na alínea “b”, deixa absolutamente claro que nas operações com isenção ou não incidência, os créditos das operações anteriores devem ser anulados, cuja regra não foi observada pelo autuado. Quanto a alegação defensiva, ao afirmar que a Lei Complementar 87/96 veio aclarar e interpretar as normas constitucionais a respeito do ICMS, estranha o fato do autuado haver omitido o inciso II, do parágrafo 3º, do seu art. 20, oportunidade em que transcreveu os seus teores. Esclarece que, com base na lei acima citada, restou confirmado o disposto no texto constitucional, ao prevê a vedação do crédito relativo às entradas quando a saída ou a prestação subsequente não forem tributadas ou estiverem isentas. Sobre o argumento defensivo, segundo o qual a legislação estadual afronta o texto constitucional, não

respeitando o princípio da não cumulatividade do ICMS diz não proceder. Como justificativa, cita o art. 52 e seu inciso I, da Lei nº 4825/89. Ressalta que o RICMS/89 e o RICMS/96, nos seus arts. 97, III, e X, 99, V, 93, II, parágrafos 1º e 9º, II, “a” e 124, respectivamente, estabelecem a anulação do crédito relativo a entrada de mercadorias ou serviços a eles prestados quando as saídas estejam beneficiadas por isenção ou não incidência do imposto, sendo que, se algumas destas operações de saídas ou prestações forem tributadas e outras foram isentas ou não tributadas, o crédito será utilizado proporcionalmente às operações de saídas e às operações tributadas pelo imposto.

Ao concluir, espera que o Auto de Infração seja julgado procedente, por entender que a autuação está de acordo com as normas que regem o ICMS/BA.

Em face de a autuante haver anexado aos autos novos documentos, o CONSEF encaminhou o PAF a IFEP, para que fosse dada ciência ao autuado, o que foi cumprido conforme intimação e AR às fls. 69 e 70, no entanto, não se pronunciou a respeito.

Foi juntado ao PAF às fls. 72 a 76, o Termo de Intimação para pagamento, bem como os Demonstrativos de Débito do Imposto e da Auditoria de Crédito Indevido de energia elétrica e de comunicação, todos assinados pela autuante e autuado.

VOTO

Preliminarmente, afasto a preliminar de nulidade suscitada pelo autuado, em que alega cerceamento do seu direito de defesa, pelos seguintes motivos:

- a) Acerca da alegação defensiva, de que não consta nos autos à data do início da fiscalização e do Termo de Prorrogação da Fiscalização, não merece acolhida, uma vez que os referidos Termos foram lavrados pela autuante no Livro RUDFTO do autuado, conforme cópia à fl. 67 anexada aos autos pela mesma quando prestou a sua informação fiscal;
- b) Com relação ao argumento do autuado, segundo o qual não foram entregues os levantamentos que embasaram a autuação, considero sem fundamento. Examinando os Demonstrativos elaborados pela autuante às fls. 14 e 15 para instruir a ação fiscal, constata-se a assinatura do autuado através do seu representante legal, que foi a mesma pessoa que tomou ciência do Auto de Infração.

Sobre o questionamento do autuado quanto à constitucionalidade da utilização dos créditos fiscais apropriados, ressalto que não compete a este órgão julgador apreciar a inconstitucionalidade da legislação, ao teor do art. 167, I, do RPAF/99.

Adentrando no mérito e após a análise das peças que compõem o PAF, observei que o autuado não opôs qualquer objeção aos valores cobrados na presente autuação.

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

Infração 1 – Com a edição do RICMS/96, que passou a vigorar a partir de 01/07/96, a apropriação do crédito fiscal na aquisição de serviços de comunicação, somente é admitida, caso os contribuintes comprovem efetivamente a quantidade vinculada a operações de comercialização tributadas. Na hipótese de não ser possível a sua quantificação, o art. 93, I, § 1º, do regulamento acima citado, limitava a apropriação dos créditos a um percentual de 50% do imposto destacado. Além da limitação acima, o “caput”, do § 1º do art. 93, do RICMS/96, determinava que, quando algumas das operações fossem tributadas e outras isentas, o crédito fiscal seria utilizado proporcionalmente às saídas tributadas, cuja norma não foi obedecida pelo autuado, razão pela qual mantenho a autuação.

Infração 2 - De acordo com o RICMS/89, a partir de janeiro/93, passou a ser admitido como crédito fiscal, o valor equivalente a 50% do imposto referente ao consumo de energia elétrica, no caso do

estabelecimento ser comercial. Entretanto, para utilização do referido crédito, os contribuintes deveriam observar a proporcionalidade entre as saídas tributadas e isentas, consoante dispõe os arts. 97, III, X, 99, V, e 93, § 1º, respectivamente, do RICMS/89 e RICMS/96. Como o autuado assim não procedeu, considero correta a exigência fiscal.

Infração 3 – O art. 51, VI, da Lei nº 4825/89, vigente à época do fato gerador, vedava a utilização, como crédito fiscal, o imposto relativo 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 o dispositivo legal acima citado, o art. 97, X, do RICMS/89, estabeleceu que, para a utilização do crédito fiscal sobre serviços de comunicação, o contribuinte deveria provar a vinculação de tal serviço a operações de comercialização. Como não foi trazida pela defesa qualquer prova nesse sentido, considero correto o procedimento da autuante ao glosar o crédito fiscal apropriado.

Infração 4 – A partir da vigência da Lei nº 7014/96, a utilização dos créditos fiscais cobrados, estava condicionada à proporcionalidade das saídas tributadas, o que obrigava o contribuinte a fazer o estorno da parcela correspondente às saídas isentas e/ou não tributadas, conforme previsto no art. 100, § 1º, do RICMS/96, vigente à época dos fatos geradores, exigência não cumprida pelo autuado, motivo pelo qual entendo caracterizada a infração.

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 **149269.0023/01-7**, lavrado contra **BOMPREGO BAHIA S/A**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$3.200,32**, atualizado monetariamente, acrescido da multa de 60%, prevista nos incisos VIII “a”, do artigo 61, da Lei 4825/89, e VII “a”, do art. 42, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios.

Sala das Sessões do CONSEF, 11 de junho de 2002.

ANTÔNIO AGUIAR DE ARAÚJO – PRESIDENTE/RELATOR

ANSELMO LEITE BRUM – JULGADOR

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – JULGADOR