

A. I. Nº - 281228.0027/00-7
AUTUADO - A PROVIDORA COMÉRCIO DE MÓVEIS LTDA.
AUTUANTES - VALDEMIR NOGUEIRA DE OLIVEIRA, REGINALDO CÂNDIDO DE MEDEIROS
FILHO e ABELARDO DE ANDRADE CARDOSO
ORIGEM - INFAZ BONOCÔ (INFAZ BROTAS)
INTERNET - 24. 07. 2002

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0254-04/02

EMENTA: ICMS. CRÉDITO FISCAL. **a)** UTILIZAÇÃO A MAIS. ERRO NA CONVERSÃO DO PADRÃO MONETÁRIO. É vedada a correção monetária de crédito fiscal. **b)** UTILIZAÇÃO INDEVIDA. **b1.** ENERGIA ELÉTRICA. De acordo com a legislação vigente à época, o estabelecimento comercial só podia utilizar, como crédito fiscal, o valor correspondente a 50% do imposto relativo ao consumo de energia elétrica. **b2.** SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO. Quando o serviço não estiver vinculado a operação de comercialização de mercadoria com saída subsequente tributada, é vedada a utilização de crédito fiscal referente ao serviço de comunicação. Infrações caracterizadas. Auto de Infração **PROCEDENTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide foi lavrado em 22/11/00 para exigir ICMS, no valor de R\$ 12.698,22, referente às seguintes irregularidades:

1. Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS em valor superior ao destacado no documento fiscal, no mês de dezembro de 1995, referente à transferência de saldo credor a título de diferença de alíquota na aquisição de mercadoria em outras unidades da Federação, lançado no exercício de 1992 e transportado para os anos seguintes, sendo o valor convertido para R\$ 11.446,41, quando o correto seria R\$ 135,14. Foi apurada uma diferença utilizada a maior de R\$ 11.311,27.
2. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS, no valor de R\$ 860,39, relativo à aquisição de energia elétrica, na comercialização de mercadorias.
3. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS, no valor de R\$ 526,56, relativo a serviço de comunicação não vinculado a mercadorias com saída subsequente tributada.

Antes da lavratura do Auto de Infração, o autuado foi intimado a pagar o débito tributário, no prazo de dez dias, sem a imposição de multa, ou a apresentar justificativa, conforme fls. 68 a 73.

Após a lavratura do Auto de Infração, tempestivamente, o autuado interpôs defesa e, referindo-se à infração 1 – utilização de crédito fiscal decorrente da transferência de saldo credor – alegou, como preliminar de nulidade, que já havia decaído o direito do fisco efetuar o lançamento, uma vez que a utilização do crédito se deu há mais de cinco anos.

Ainda sobre a alegada transferência de saldo credor, entrando no mérito da acusação, o defendente afirma que, amparado em sentença judicial, utilizou crédito fiscal relativo ao diferencial de alíquotas. Assevera que o próprio fiscal reconhece que o autuado tinha o direito de transferir o saldo credor, discordando apenas do valor. Frisa que tinha o direito de atualizar o poder aquisitivo dos créditos fiscais a que faz jus, em decorrência do direito constitucional da

isonomia e da igualdade. Afirma que a utilização do crédito fiscal foi também decorrente de entradas de mercadorias e, por esse motivo, solicita diligência para quantificar os créditos segundo as suas origens. Cita decisões de tribunais para embasar suas alegações.

Relativamente às 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 seus fins sociais, utilizou 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-BA/89 violou o princípio da não cumulatividade, quando limitou em 50% o direito ao crédito fiscal relativo ao consumo de energia elétrica. 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 constitucional de abater, do ICMS a recolher, os valores cobrados nas operações anteriores ao adquirir energia elétrica e serviços de telefonia. Frisa que é uma inconstitucionalidade qualquer procedimento tendente a suprimir ou a limitar tal direito, pois, assim, estaria o Estado exorbitando sua competência tributária. Cita doutrina e transcreve decisões de Tribunais.

O defendente 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. Frisa que a condição imposta pela legislação tributária estadual é indevida.

Ao final, quanto à infração 1, o autuado pede que seja reconhecida a decadência e, caso seja ultrapassada a preliminar de nulidade, venha a infração a ser julgada improcedente. Solicita a improcedência das duas outras infrações e reitera o pedido de diligência.

Na informação fiscal, após historiar o processo, referindo-se à infração 1, os autuantes explicam que os lançamentos efetuados pelo contribuinte, em sua conta corrente fiscal, só repercutiram quando o autuado emitiu a Nota Fiscal de Entrada nº 1027 (fl. 64), escriturando-a no livro Registro de Entradas de Mercadorias (fl. 17), adicionando esse crédito para fins de apuração do ICMS a recolher no mês de dezembro de 1995. Diz que o lançamento dos créditos serviu apenas como um simples registro, uma vez que a sua utilização ocorreu no quinquídio legal.

De acordo com os autuantes, não há necessidade da realização de diligência, uma vez que, no período de 1993 a novembro de 1995, o ICMS a recolher resultou da diferença entre o débito do imposto referente às saídas de mercadorias e o crédito relativo às mercadorias adquiridas, ocorrendo sempre saldo devedor no período, conforme fls. 100 a 102.

Os fiscais alegam que a legislação tributária estadual veda a correção monetária para atualização de créditos fiscais, conforme art. 94, § 3º, do RICMS-BA/89 e art. 93, § 2º, do RICMS-BA/97.

Quanto às infrações 2 e 3, os autuantes afirmam que as razões apresentadas pelo autuado não têm embasamento legal, pois o § 3º do art. 46 da Lei nº 4825/89 estabelece que o Poder Executivo poderá fixar percentuais para utilização, como créditos fiscais, do valor do imposto cobrado sobre fornecimento de energia elétrica e sobre a prestação de serviços de comunicação, conforme a atividade econômica exercida pelo contribuinte.

Os auditores ressaltam que, só a partir de 1993, o RICMS-BA/89 passou a autorizar os estabelecimentos comerciais a utilizar, como crédito fiscal, 50% do valor do imposto relativo ao consumo de energia elétrica. Frisam que, só com o advento do RICMS-BA/96, foi concedido o

direito de apropriar, como crédito fiscal, o valor do ICMS relativo aos serviços de comunicação. Asseveram que não lhes compete discutir a inconstitucionalidade da legislação tributária estadual ou a negativa de aplicação de lei ou de ato normativo emanado do Secretário da Fazenda ou do Governador do Estado.

Tendo em vista os documentos anexados pelos autuante quando prestaram a informação fiscal, foi dado vistas dos mesmos ao autuado e lhe foi concedido o prazo de lei para que se manifestasse, caso assim desejasse. O contribuinte não se pronunciou.

VOTO

Analisando a alegada prescrição relativa à infração 1, ressalto que o termo correto seria decadência. A mera escrituração de um crédito fiscal não caracteriza a sua utilização, portanto para se determinar quando ocorreu a utilização indevida do crédito fiscal e começar a contagem do prazo decadencial, é necessário que o crédito escriturado seja compensado com o débito do período de apuração do imposto. Enquanto essa compensação não ocorrer, não haverá a utilização do crédito fiscal, e sim, apenas a escrituração do mesmo.

No caso em lide, o crédito fiscal objeto da infração 1 foi escriturado em 1992, sendo transferido para os exercícios seguintes, conforme comprova o livro Registro de Apuração de ICMS. A utilização desse crédito fiscal só veio a ocorrer no mês de dezembro de 1995, conforme o demonstrativo da Conta Corrente de ICMS do autuado à fl. 100. Assim, para efeito da contagem do prazo decadencial, o fato gerador ocorreu no mês de dezembro de 1995.

Com base no disposto no artigo 173 do CTN, para os fatos geradores ocorridos em dezembro de 1995, o fisco estadual tinha até 31/12/00 para constituir o crédito tributário. Dessa forma, não estava decaído o direito do fisco cobrar o débito tributário apurado na infração 1.

Deixo de acatar as alegações defensivas pertinentes à inconstitucionalidade da legislação tributária do Estado da Bahia, pois, de acordo com o artigo 167, I, do RPAF/99, não se inclui entre as competências deste órgão julgador a declaração de inconstitucionalidade.

Com relação ao pedido de diligência feito pelo autuado, observo que os elementos constantes nos autos são suficientes para a formação de minha convicção. Assim, com fulcro no art. 147, I, “a”, do RPAF/99, indefiro o pedido formulado pelo autuado.

Entrando no mérito da lide, relativamente à infração 1, constato que o autuado, ao converter para o real (R\$) o saldo credor de Cr\$ 371.641.450,00, em vez de escriturar R\$ 135,14, lançou R\$ 11.446,41, majorando o correto montante em R\$ 11.311,27. Esse valor escriturado a maior foi indevidamente utilizado em dezembro de 1995, conforme como atesta o demonstrativo de Conta Corrente de ICMS, à fl. 100 dos autos.

Não obstante os argumentos defensivos pertinentes à atualização monetária do valor do crédito fiscal, esse procedimento que foi adotado pelo autuado era, expressamente, vedado pela legislação tributária estadual vigente à época.

A alegação defensiva de que o crédito fiscal é referente a diferenças de alíquotas e a outras operações não pode prosperar, pois, como bem afirmaram os autuante, no período de janeiro de 1993 a dezembro de 1999, o contribuinte apurou o imposto a recolher utilizando os créditos e débitos pertinentes às operações efetuadas, havendo sempre imposto a recolher no citado período, conforme atesta o extrato do SIDAT às fls. 101 e 102.

Em face do exposto acima, considero que assiste razão aos autuantes e que a infração ficou caracterizada.

No que tange a infração 2, constato que o autuado, estabelecimento comercial, utilizou indevidamente créditos fiscais de ICMS decorrente do consumo de energia elétrica, isto é, creditou-se a mais que os 50% autorizados pelo artigo 94, VI, do RICMS-BA/89, vigente à época dos fatos geradores. O autuado não elide a acusação e limita-se a questionar os aspectos constitucionais do seu direito aos créditos fiscais. Dessa forma, entendo que foi correto o procedimento dos autuantes.

Quanto à infração 3, observo que o autuado utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS relativo ao serviço de comunicação não vinculado a operações com mercadorias com saídas subsequentes tributadas, infringindo o artigo 97, X, “b”, do RICMS-BA/89, vigente à época dos fatos geradores. Assim, a infração está devidamente caracterizada.

Pelo acima 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 **281228.0027/00-7**, lavrado contra **A PROVIDORA COMÉRCIO DE MÓVEIS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 12.698,22**, 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, 18 de julho de 2002.

ANTONIO AGUIAR DE ARAÚJO – PRESIDENTE

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – RELATOR

ANSELMO LEITE BRUM – JULGADOR