

A. I. N° - 207494.0009/00-0
AUTUADO - A PROVIDORA COMÉRCIO DE MÓVEIS LTDA.
AUTUANTES - VALDEMIR NOGUEIRA DE OLIVEIRA, REGINALDO CÂNDIDO DE MEDEIROS
FILHO e ABELARDO DE ANDRADE CARDOSO
ORIGEM - INFAZ CALÇADA
INTERNET - 14/08/2002

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0263-03/02

EMENTA: ICMS. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. **a)** ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA. A legislação não admite a utilização, como crédito fiscal, de quaisquer valores acrescidos ao imposto. **b)** 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 destacado em notas fiscais de consumo de energia elétrica. Infração caracterizada. **d)** SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO. Segundo a legislação em vigor à época dos fatos, quando o serviço não estivesse vinculado a operação de comercialização de mercadoria com saída subsequente tributada, era vedada a utilização de crédito fiscal referente ao serviço de comunicação. Infração caracterizada. Não cabe a este órgão julgador a declaração de inconstitucionalidade da legislação tributária estadual. Rejeitadas as preliminares de nulidade. 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\$ 1.987,51, referente às seguintes irregularidades:

1. Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS em valor superior ao destacado no documento fiscal. Refere-se à Nota Fiscal nº 35, a qual é relativa à transferência de saldo credor a título de diferença de alíquota na aquisição de mercadoria em outras unidades da Federação. Foi cobrado imposto no valor de R\$ 1.594,12.
2. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS, no valor de R\$ 40,66, relativo à aquisição de energia elétrica, na comercialização de mercadoria.
3. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS, no valor de R\$ 352,73, relativo a serviço de comunicação não vinculado a mercadorias com saída subsequente tributada.

O autuado apresentou defesa tempestiva (fls. 60 a 72), afirmando que o Auto de Infração em lide é composto de três ocorrências: utilização de crédito fiscal decorrente de transferência de saldo credor; utilização de crédito fiscal relativo à aquisição de energia elétrica; e, utilização de crédito fiscal referente a serviço de comunicação não vinculado à mercadoria.

Acerca da utilização de crédito de crédito fiscal decorrente da transferência de saldo credor, o autuado alega, como preliminar de nulidade, que a utilização do crédito se deu há mais de cinco

anos, portanto já havia decaído o direito do fisco efetuar o lançamento.

Ainda sobre a alegada transferência de saldo credor, entrando no mérito da acusação, o defendente confessa 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. Aduz que a correção monetária do seu crédito fiscal decorre do direito constitucional da isonomia e da igualdade. Frisa que tinha o direito de atualizar o poder aquisitivo dos créditos fiscais a que faz jus. 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 origens. Cita decisões de tribunais.

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 suas funções sociais, utiliza 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 de abater, do ICMS a recolher, os valores cobrados nas operações anteriores que realizou ao adquirir energia elétrica e serviços de telefonia. Afirma que esse direito decorre da Constituição Federal, constituindo uma limitação ao poder de tributar dos Estados. Frisa que é uma inconstitucionalidade qualquer procedimento tendente a suprimir ou a limitar tal direito, pois, assim, estaria o Estado exorbitando sua competência tributária consignada na Constituição Federal. Cita doutrina e transcreve decisões de Tribunais.

O autuado 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 ao item 1 [infração 1], pede que seja reconhecida a decadência e, caso seja ultrapassada a preliminar de nulidade, venha o mesmo a ser julgado improcedente. Solicita a improcedência dos dois itens seguintes [infrações 2 e 3] e reitera o pedido de diligência.

Os autuantes, em informação fiscal (fls. 78 a 81), após historiarem o processo, referindo-se à infração 1, explicam que os lançamentos efetuados pelo contribuinte, em sua conta corrente fiscal, só repercutiram quando o autuado emitiu a Nota Fiscal nº 35 (fl. 29) e a escriturou no livro Registro de Entradas (fl. 19), adicionando esse crédito para fins de apuração do ICMS a recolher em agosto de 1995.

De acordo com os autuantes, não há necessidade da realização de diligência, uma vez que, no período de 1993 a setembro 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 credor no período, conforme fls. 12 a 17.

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 a Lei nº 4825/89 através do artigo 46, § 3º 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 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 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. Todavia, o contribuinte não se pronunciou.

VOTO

Inicialmente, ressalto que não cabe, a este órgão julgador, declarar a inconstitucionalidade da legislação tributária estadual, a teor do artigo 167, inciso I do RPAF/99.

Rejeito o pedido de diligência a fiscal estranho ao feito, nos moldes em que foi formulado pelo contribuinte, tendo em vista que o lançamento, na infração 1, visa à cobrança apenas da atualização monetária incidente sobre créditos fiscais utilizados pelo autuado, sem indagar se tais créditos foram ou não legítimos. Ademais, os elementos constantes nos autos são suficientes para a formação de minha convicção, a teor do artigo 147, inciso I, alínea “a”, do RPAF/99.

Observo que o autuado suscitou a “prescrição” do direito da Fazenda Estadual de constituir o crédito relativamente à infração 1. Todavia, como tal instituto jurídico não se presta à situação em tela, procederei à sua análise como se fosse uma preliminar de decadência do direito do Estado de exigir o débito apontado na infração mencionada.

Assim, deixo de acatar a preliminar de decadência suscitada pelo autuado pelas razões seguintes:

1. o Código Tributário Nacional, em seu artigo 173, inciso I, estabelece que “o direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado”;
2. no caso em tela, o fato gerador do imposto ocorreu em dezembro de 1995 e janeiro de 1996, meses em que os créditos lançados anteriormente com correção monetária efetivamente reduziram o valor do ICMS a recolher aos cofres estaduais, conforme o entendimento firmado neste CONSEF, tendo em vista que a mera escrituração de créditos fiscais não pode ser objeto de exigência fiscal;
3. como este Auto de Infração foi lavrado em 22/11/2000, não havia se configurado, ainda, a decadência do prazo para o lançamento do tributo. Ressalte-se, por oportuno, que a jurisprudência assente do Supremo Tribunal Federal, considera que, lavrado o auto de infração, não há mais que se cogitar de prazo de decadência, independentemente de notificação do lançamento ao sujeito passivo.

Em relação ao mérito, no que tange a infração 1, constato que o autuado emitiu a Nota Fiscal nº 35 (fl. 29) e a escriturou no livro Registro de Entradas (fl. 19), adicionando esse crédito para fins

de apuração do ICMS a recolher em agosto de 1995, tendo o mesmo atualizado monetariamente o valor do referido crédito fiscal.

Não obstante os argumentos defensivos pertinentes ao seu alegado direito à atualização monetária do valor do crédito fiscal, ressalto que o procedimento adotado pelo autuado – atualizar monetariamente o valor do crédito fiscal – era, expressamente, vedado pelo artigo 94, § 3º, do RICMS-BA/89, vigente à época.

Entendo que não pode prosperar a alegação de que os créditos fiscais são referentes a diferença de alíquotas e a outras operações, pois, como bem afirmaram os autuante, no período de 1993 a setembro de 1995, 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 atestam o demonstrativo de fl. 82 e o extrato do SIDAT às fls. 83 e 84.

Dessa forma, entendo que a infração ficou caracterizada.

Relativamente à infração 2, verifico 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, verifico que o autuado utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS relativo a serviço de comunicação não vinculado a mercadorias com saídas subseqüentes tributadas, infringindo o artigo 97, inciso X, alínea “b”, do RICMS/89, vigente à época dos fatos geradores, estando correta a autuação. Saliento que o autuado novamente se limitou a suscitar os aspectos constitucionais do seu direito aos créditos fiscais.

Acrescente-se que diversos Pareceres foram exarados pela Douta PROFAZ e inúmeras decisões foram emitidas por este CONSEF, no sentido de que a utilização do crédito fiscal relativo à aquisição de serviços de comunicação somente seria possível, no período considerado, para as empresas de telecomunicação e, para as demais, desde que ficasse comprovada a vinculação dos mencionados serviços de comunicação com a comercialização de mercadorias tributadas, o que não ficou demonstrado na presente autuação.

Pelo acima 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 207494.0009/00-0, lavrado contra **A PROVIDORA COMÉRCIO DE MÓVEIS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 1.987,51**, atualizado monetariamente, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 61, VIII, “a”, da Lei nº 4.825/89, e dos acréscimos moratórios.

Sala das Sessões do CONSEF, 07 de agosto de 2002.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA - PRESIDENTE

LUÍS ROBERTO DE SOUSA GOUVÊA - RELATOR

RICARDO DE CARVALHO RÊGO - JULGADOR