

A. I. Nº - 147771.0010/00-0
AUTUADO - A PROVEDORA 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 - 14/08/2002

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0264-03/02

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 à 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 o ICMS no valor de R\$9.013,79, acrescido da multa de 60%, em decorrência de:

1. Utilização indevida de crédito fiscal, em valor superior ao destacado nos documentos fiscais. O contribuinte utilizou indevidamente crédito fiscal no mês de dezembro de 1995, no valor de R\$4.258,63 e no mês de janeiro de 1996, no valor de R\$4.072,31, referente a transferência de saldo credor, decorrente de diferença de alíquotas na aquisição de mercadorias em outras unidades da Federação, os quais foram lançados no exercício de 1992 e transportado o saldo credor de Cr\$157.168.716,99 para os anos seguintes, tendo sido convertido, em agosto de 1993, para CR\$157.168,71 e R\$8.388,09, em julho de 1994, quando o montante correto da conversão deveria ser de R\$57,15. Havendo, portanto, uma diferença de crédito usado a mais de R\$8.330,94, conforme demonstrativo anexo – dezembro de 1995 e janeiro de 1996;
2. Utilização indevida de crédito fiscal relativo a aquisições de energia elétrica na comercialização de mercadorias – setembro de 1995 a junho de 1996;
3. Utilização indevida de crédito fiscal referente a serviços de comunicação não vinculado a mercadorias com saídas subseqüentes tributadas - setembro de 1995 a junho de 1996.

O autuado apresentou defesa, através de advogado legalmente habilitado (fls. 63 a 75), e, relativamente à infração 1, esclarece que, amparado por decisão judicial, vinha se utilizando do crédito de ICMS decorrente da diferença de alíquotas, baseado na inconstitucionalidade da Resolução 07/70 do Senado Federal, a qual, vulnerando a Constituição Federal, “estabeleceu tratamento diferenciado aos contribuintes a depender do estado e da origem das mercadorias adquiridas”. Prossegue dizendo que, todavia, o crédito acima mencionado se deu há mais de cinco anos, tendo promovido apenas a transferência de saldo credor do crédito respectivo e, por essa razão, pede a “prescrição” da pretensão fiscal, “já que a utilização se deu em prazo superior ao quinquídio legal”.

Diz, ainda, que a utilização do crédito fiscal foi oriunda, não somente de diferença de alíquotas, mas também de entradas normais de mercadorias e pede a realização de diligência, por fiscal estranho ao feito, para atestar a sua informação, quantificando os créditos segundo a sua origem.

Ressalta que os próprios autuantes reconhecem que poderia ter efetuado a transferência do saldo credor, somente discordando da correção monetária a ele aplicada e que, residindo a discussão em torno do direito à correção monetária, já que se tornou incontroverso o direito à transferência do saldo credor, consigna que tal atualização decorre do direito constitucional à isonomia e à igualdade, que atribui tanto ao crédito da Fazenda Estadual, quanto ao crédito do contribuinte, igual incidência da correção monetária, até porque não seria justo admitir-se que ao primeiro fosse possível evitar a corrosão decorrente da perda do poder aquisitivo, vedando ao segundo tal possibilidade.

Finalmente, transcreve o teor de diversas decisões do Superior Tribunal de Justiça (STJ) para corroborar a sua argumentação.

Quanto às infrações 2 e 3, alega que as pessoas jurídicas necessitam, para o desenvolvimento de suas atividades e consecução de seus fins sociais, utilizar energia elétrica e serviços de telefonia e, conseqüentemente, possui o direito ao crédito fiscal do imposto destacado nos documentos fiscais, tendo em vista o princípio da não cumulatividade do ICMS, inserido no artigo 155, § 2º, inciso I, da Carta Magna.

Aduz que o RICMS/89, ao estabelecer, em seu artigo 94, inciso VI, uma limitação (50%) ao direito de uso do crédito referente à aquisição de energia elétrica e impedir a sua utilização no consumo de serviços de comunicação, violou o princípio constitucional da não cumulatividade. Transcreve o entendimento do jurista Roque Carraza e decisões do TIT – SP e do Tribunal de Justiça do Paraná.

Cita a Lei Complementar nº 87/96 e argumenta que a legislação baiana posterior (RICMS/97) dispõe, no artigo 93, inciso II, que constitui crédito fiscal, a partir de 01/11/96, o valor do imposto anteriormente cobrado, relativo às aquisições de energia elétrica usada ou consumida no estabelecimento e aos serviços de comunicação tomados, quando utilizados na comercialização e na industrialização, dentre outras atividades.

Conclui dizendo que tem o direito de se valer tanto do crédito decorrente dos serviços de telefonia em geral, quanto daquele oriundo do uso da energia elétrica, “independentemente do aspecto teleológico e finalístico que pretendeu impor a legislação estadual”.

A final, pede a declaração da “prescrição” dos débitos relacionados na infração 1 e a improcedência das infrações 2 e 3. Requer, ainda, a realização de diligência para apuração da origem dos créditos relativos à infração 1.

Em sua informação fiscal (fls. 80 a 83), os autuantes, relativamente à infração 1, explicam que os lançamentos a crédito efetuados pelo contribuinte “não produziram qualquer efeito em virtude de

não terem refletido nos valores de ICMS que a empresa recolheu para os cofres públicos, ou seja os valores apurados mensalmente nas operações comerciais não contemplavam os valores em questão não ocorrendo desta forma qualquer repercussão econômica”. Acrescentam que “a efetiva utilização de tais créditos, como está comprovado no PAF, só veio a ocorrer quando a autuada utilizou efetivamente o crédito em dezembro de 1995 e janeiro de 1996, conforme cópia do Livro Registro de Apuração do ICMS (fls. 11 a 14 do PAF), adicionando estes créditos para a apuração do ICMS a recolher nos meses de dezembro de 1995 e janeiro de 1996”. Concluem, então, que a alegação defensiva de “prescrição”, não tem embasamento legal, “uma vez que o lançamento dos créditos serviu meramente como um simples registro, pois a sua utilização, como está comprovada, só ocorreu no quinquídio legal”.

De acordo com os autuantes, não há necessidade da realização de diligência, uma vez que, no exercício de 1993 a novembro de 1995, o ICMS a recolher – exclusivamente referente às operações com mercadorias - 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 as fotocópias do acostadas às fls. 11 a 13 dos autos.

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 também não têm embasamento legal, pois a Lei nº 4.825/89 através do artigo 46, § 3º estabelece que o Poder Executivo poderá fixar percentuais para utilização, como créditos fiscais, do valor do imposto cobrado sobre o 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/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/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.

A final, pedem a procedência do Auto de Infração.

Tendo em vista os documentos anexados pelos autuantes quando prestaram a informação fiscal, foi dado vista dos mesmos ao autuado e lhe foi concedido o prazo de lei para que se manifestasse, caso assim desejasse. Apesar de ter recebido fotocópias da informação fiscal e dos documentos acostados naquela oportunidade (fl. 90-verso), constantes dos autos às fls. 80 a 89, o contribuinte não mais se manifestou.

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.

No mérito, este Auto de Infração visa à cobrança de ICMS por utilização de crédito fiscal decorrente de transferência a mais de saldo credor (infração 1), por utilização de crédito fiscal relativo à aquisição de energia elétrica (infração 2) e referente a serviços de comunicação não vinculados a mercadorias tributadas (infração 3).

No que tange a infração 1, verifica-se que, nos meses de dezembro de 1995 e janeiro de 1996 (fls. 84 e 85), o autuado utilizou o crédito fiscal destacado, referente a transferência de saldo credor existente em julho de 1994, no valor de R\$8.388,09, quando o valor correto seria R\$57,15, tendo o contribuinte atualizado monetariamente o valor do crédito fiscal, procedimento vedado pela legislação vigente (artigo 94, § 3º, do RICMS/89).

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 autuantes, no exercício de 1993 a novembro 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 os demonstrativos de fls. 84 e 85 e o extrato do SIDAT às fls. 86 a 88.

Dessa forma, entendo que a infração ficou caracterizada.

Ressalte-se, por oportuno que o contribuinte foi autuado, por diversas vezes, ao adotar idêntico procedimento nos outros estabelecimentos do grupo, tendo sido julgados procedentes, em primeira instância, todos os Autos de Infração, de que tenho conhecimento, apreciados por este CONSEF. Até esta data, a Câmara de Julgamento Fiscal apreciou e confirmou a decisão da primeira instância, nos Acórdãos nºs 0175-12/02 e 0248-11/02, pelo não provimento do Recurso Voluntário impetrado pelo sujeito passivo e pela manutenção do lançamento.

Relativamente à infração 2, constata-se que o autuado, um 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, inciso VI, do RICMS/89, vigente à época dos fatos geradores. O autuado não elide a acusação, limitando-se a suscitar 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.

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 147771.0010/00-0**, lavrado contra **A PROVIDORA COMÉRCIO DE MÓVEIS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$9.013,79**, 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/RELATORA

LUÍS ROBERTO DE SOUSA GOUVÊA – JULGADOR

RICARDO DE CARVALHO RÊGO - JULGADOR