

A. I. N° - 207105.0370/02-2
AUTUADO - MINUSA TRATORPEÇAS LTDA.
AUTUANTE - BERNADETE LOURDES LEMOS LORDELO
ORIGEM - INFAZ BONOCÔ
INTERNET - 05.12.03

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0460-03/03

EMENTA: ICMS. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. NAS AQUISIÇÕES DE: **a)** ENERGIA ELÉTRICA. Nas entradas de energia elétrica em estabelecimento comercial é vedado a utilização do crédito fiscal a partir de 01/01/2001 até 31/12/2006. **b)** SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO. No recebimento de serviços de comunicação utilizados por estabelecimento comercial é vedado a utilização do crédito fiscal a partir de 01/01/2001 até 31/12/2006. **c)** MATERIAL PARA USO E CONSUMO DO ESTABELECIMENTO. É vedada a utilização de crédito fiscal relativo a aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento. Infrações caracterizadas. Não cabe a este órgão julgador a declaração de inconstitucionalidade da legislação tributária estadual. Rejeitada a preliminar de nulidade suscitada. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide foi lavrado, em 30/08/03, para exigir o ICMS no valor de R\$25.422,52, acrescido da multa de 60%, em decorrência de:

1. Utilização indevida de crédito fiscal relativo a aquisição de energia elétrica na comercialização de mercadorias – janeiro/2001 a junho/2003 (R\$2.988,67);
2. Utilização indevida de crédito fiscal referente a aquisição de serviços de comunicação utilizados na comercialização de mercadorias - janeiro/2001 a junho/2003 (R\$21.543,09);
3. Utilização indevida de crédito fiscal referente a aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento - janeiro/2001 a dezembro/2002 (R\$890,76) .

O autuado apresenta defesa (fls. 22 a 37), preliminarmente solicitando a nulidade da autuação, sob alegação, com relação à aplicação dos juros moratórios, que a autoridade fiscal limitou-se a informar que o cálculo do percentual de acréscimo seria na base de 1% a cada 30 dias ou fração de mês, sem indicar a base legal. Afirma que, no entanto, foram aplicados percentuais muito superiores, referentes à taxa SELIC. Cita os artigos 202 e 203, do CTN, além de Decisões de outros tribunais visando corroborar seu entendimento de que é indevida a inclusão da SELIC por violar o parágrafo 1º, do art. 161, do CTN e o parágrafo 3º, do art. 192 da C.F.

No mérito, transcreve os artigos em que o autuante se baseou para lavrar o Auto de Infração, entendendo que os mesmos não podem prosperar em razão de diretriz constitucional. Considera que diante da não cumulatividade do ICMS, determinada no art. 155, §2º, I, da C.F./88, a empresa tem o direito de aproveitar os créditos decorrentes de valores pagos a título de imposto quando da aquisição de mercadorias, inclusive de energia elétrica, de serviços de comunicação e do material de uso e consumo, em razão da posterior comercialização de mercadorias exercida pela mesma. Transcreve manifestações de alguns doutrinadores, visando corroborar seu entendimento de que toda mercadoria, bem ou serviço que entra na empresa, com incidência do ICMS, ocasiona um crédito correspondente ao valor do imposto recolhido quando da aquisição, independentemente destas mercadorias serem ou não destinadas aos fins previstos no art. 93, do RICMS/BA. Conclui que são inconstitucionais todas as normas inferiores que vedarem o direito ao crédito do imposto por ocasião da aquisição de energia elétrica, serviços de comunicação e material de uso e consumo, dizendo que o direito não pode ser vedado ao impugnante. Apresenta, ainda, posições de alguns doutrinadores, visando consubstanciar seu entendimento de que a multa de 60% exigida é contrária ao direito de propriedade por ser desproporcional à eventual falta cometida, implicando retirada de patrimônio sem causa justificada.

Ao final, pede a nulidade ou improcedência do Auto de Infração, e se caso a exigência seja entendida subsistente requer seja excluída a multa e reduzida para 1% a taxa de juros moratórios.

A autuante em informação fiscal (fl. 39), mantém a autuação dizendo que o contribuinte alega o direito ao crédito questionado com base em legislação anterior do ICMS que permitia o seu uso até o ano de 2000. Expõe que tal redação foi alterada pelo Decreto nº 7.886/00, com efeitos a partir de 01/01/01. Ao final, dizendo que no período examinado (janeiro/01 a junho/03), já estava em vigor lei que não previa a utilização dos referidos créditos fiscais na hipótese de comercialização de mercadorias, pede a procedência da autuação.

VOTO

Inicialmente rejeito a preliminar de nulidade suscitada, haja vista que o Auto de Infração está revestido das formalidades legais, não se observando erro ou vício que possa decretar a sua nulidade, de acordo com o que dispõe o art. 18, do RPAF/99. Os elementos constitutivos do PAF descrevem de forma satisfatória a situação verificada, sendo possível determinar a natureza da infração, o autuado e o montante do débito tributário.

Quanto ao questionamento da multa aplicada, não há do que se falar em confisco, já que a mesma tem previsão legal em lei (art. 42, VII, “a”, da Lei nº 7.014/96). No que diz respeito à taxa SELIC, a mesma também está prevista em lei (art. 102, I e II do COTEB), e repetida no art. 138-B, I e II, do RICMS/97, após a Alteração nº 29 (Decreto nº 8087, de 27/12/2001).

No mérito, este Auto de Infração visa à cobrança de ICMS por utilização de crédito fiscal relativo à aquisição de energia elétrica (infração 1), referente a serviços de comunicação utilizados na comercialização de mercadorias (infração 2) e referente a aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento (infração 3).

O autuado alegou que são inconstitucionais todas as normas inferiores que vedarem o direito ao crédito do imposto por ocasião da aquisição de energia elétrica, serviços de comunicação e material de uso e consumo, dizendo que o direito não pode ser vedado ao impugnante, no entanto, pelo que dispõe o art. 167, I, do RPAF/99, não se inclui na competência dos órgãos julgadores a declaração de inconstitucionalidade e de questão sob a apreciação do Poder Judiciário ou por este já decidida.

Pela análise dos elementos constitutivos do PAF, constata-se que o autuado é um estabelecimento comercial (fl. 44) e no período examinado (janeiro de 2001 a junho de 2003), em relação às infrações 1 e 2, o RICMS/97 disciplina a matéria em seu artigo 93, incisos II e II-A, da forma a seguir transcrita, com a redação alterada pelos Decretos n^{os} 7.886/00 e 8.413/02 (efeitos a partir de 01/01/2001):

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

I - ;

II - o valor do imposto anteriormente cobrado, relativo às aquisições de energia elétrica usada ou consumida no estabelecimento (Lei n^o 7710/00):

a) a partir de 1^o de novembro de 1996:

1 - quando for objeto de operação de saída de energia elétrica;

2 - quando consumida no processo de industrialização;

3 - quando seu consumo resultar em operação de saída ou prestação de serviço destinada ao exterior, na proporção destas sobre as saídas ou prestações totais;

b) nas hipóteses de entrada de energia elétrica nos estabelecimentos não indicados na alínea anterior: (grifo não original)

1 - de 1^o de novembro de 1996 a 31 de dezembro de 2000; (grifo não original)

2 - a partir de 1^o de janeiro de 2007. (grifo não original)

II-A - o valor do imposto anteriormente cobrado, relativo ao recebimento de serviços de comunicação utilizados pelo estabelecimento (Lei n^o 7710):

a) a partir de 1^o de novembro de 1996:

1 - quando tenham sido prestados na execução de serviços da mesma natureza;

2 - quando sua utilização resultar em operação de saída ou prestação para o exterior, na proporção desta sobre as saídas ou prestações totais;

b) nas hipóteses de recebimento de serviços de comunicação utilizados pelos estabelecimentos não indicados na alínea anterior: (grifo não original)

1 - de 1^o de novembro de 1996 a 31 de dezembro de 2000; (grifo não original)

2 - a partir de 1^o de janeiro de 2007. (grifo não original)

Assim, verifica-se que o autuado, por ser um estabelecimento comercial, somente está autorizado a se creditar do imposto destacado nas notas fiscais de aquisição de energia elétrica e serviços de comunicação até 31/12/00 e a partir de 01/01/07, sendo vedado o creditamento mencionado, no período de 01/01/01 a 30/12/06. Por essa razão, devem ser mantidos integralmente os lançamentos.

No que diz respeito à infração 3, o autuado também limitou-se a questionar a constitucionalidade da legislação, sendo que o cometimento da infração ficou perfeitamente caracterizado, com base no que dispõe o art. 93, V, “b”, do RICMS/97, com redação dada pelo Decreto nº 8.413/02.

Do 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 **207105.0370/02-2**, lavrado contra **MINUSA TRATORPEÇAS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$25.422,52**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, e demais acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 24 de novembro de 2003.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA – PRESIDENTE

LUÍS ROBERTO DE SOUSA GOUVÊA – RELATOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - JULGADOR