

A. I. Nº - 279463.0005/03-0
AUTUADO - ITAGUASSU AGRO INDUSTRIAL S/A.
AUTUANTE - WILSON FERREIRA DE OLIVEIRA JÚNIOR
ORIGEM - INFRAZ VITÓRIA DA CONQUISTA
INTERNET - 11. 12. 2003

4^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0487-04/03

EMENTA: ICMS. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO. De acordo com a legislação tributária vigente à época dos fatos geradores, é vedada a utilização de crédito fiscal referente a serviço de comunicação não vinculado a prestação seguinte da mesma natureza tributada pelo imposto. Não cabe a este colegiado a declaração de inconstitucionalidade da legislação tributária estadual. A multa indicada no lançamento é a prevista na lei para a infração apurada. Infração caracterizada. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 16/09/03, exige ICMS no valor de R\$ 8.608,17, em decorrência de utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a serviço de comunicação não vinculado a prestação seguinte da mesma natureza tributada pelo imposto.

O autuado apresentou defesa tempestiva, fls. 45 a 57, alegando que, com base no princípio da não cumulatividade e respaldado no art. 155, § 2º, I, da Constituição Federal, no art. 3º, § 1º, do Decreto-lei nº 406/68, no art. 156, II, do Código Tributário Nacional, e no art. 97, II, “b”, do RICMS-BA/97, apropriou-se do crédito fiscal a que fazia jus, relativamente às aquisições de serviços de comunicação empregados na sua atividade comercial, não havendo como se falar em utilização indevida de crédito fiscal.

Transcreve dispositivos do RICMS-BA/97 e, em seguida, frisa que o auditor fiscal desconsiderou o previsto na alínea “b” do inciso II do art. 97 do RICMS-97, o que lhe garantia o direito de se creditar do ICMS incidente nas aquisições de serviços de comunicação, quando os mesmos estejam vinculados a operações de comercialização tributáveis.

Após transcrever os artigos 155, II, § 2º, I, da Constituição Federal, 19 e 20, da Lei Complementar nº 87/96, e 28 e 29 da Lei nº 7014/96, o autuado alega que o RICMS-BA/97, no seu art. 93, inciso II-A, alínea “b”, item “2”, cujo teor transcreveu, extrapolou a sua competência ao limitar o direito ao crédito constitucionalmente admitido. Tece comentários sobre o princípio da não cumulatividade e diz que o Supremo Tribunal Federal tem se posicionado no sentido de que a Constituição Federal só não admite a apropriação do crédito nas hipóteses de isenção ou de não incidência.

Salienta que os serviços de comunicação foram recebidos por meio de notas fiscais idôneas, emitidas por contribuinte em situação regular, com destaque do imposto e escrituradas nos prazos regulamentares, tudo de acordo com os artigos 31, da Lei 7014/96, 91 e 92, do RICMS-BA/97, cujos teores transcreveu.

Prosseguindo em sua defesa, o autuado alega que a penalidade pelo descumprimento de obrigação tributária só pode alcançar o acréscimo patrimonial que se obteria do negócio jurídico envolvido, sob pena de afetar o direito de propriedade, expressamente assegurado pelo art. 5º, XXII, da Constituição Federal de 1988. Assevera que a referida multa tem caráter de confisco. Transcreve dispositivos legais, farta doutrina e jurisprudência para embasar suas alegações.

Ressalta que, ao contestar a multa nos moldes em que consta no lançamento, não está propugnando que a autoridade julgadora declare inconstitucionalidade ou ilegalidade de lei, mas que deixe de aplicar os atos normativos que lhes dão suporte, uma vez que contrariam garantias constitucionais que amparam o direito de propriedade, vedação de confisco e indelegabilidade de função legislativa. Cita decisão da Câmara Superior de Recursos Fiscais do Conselho de Contribuinte do Ministério da Fazenda.

Ao concluir a sua peça defensiva, o autuado solicita a improcedência do Auto de Infração.

Na informação fiscal, fl. 99, o autuante diz que a legislação exige que sejam as prestações seguintes da mesma natureza, tributadas pelo imposto para fins de apropriação dos créditos fiscais de serviços de comunicação. Diz que, como o contribuinte não presta serviço de comunicação, as operações realizadas não se enquadram no disposto na legislação. Salienta que a Lei Complementar nº 87/96 foi alterada pela Lei Complementar nº 102/00, a qual acrescentou o inciso IV, cujo teor transcreveu. Solicita a procedência da autuação.

VOTO

Trata o presente lançamento de utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a serviço de comunicação, relativamente ao período de janeiro de 2001 a outubro de 2002, por um estabelecimento do ramo de fabricação e comercialização de cimento.

Para um melhor entendimento da questão, transcrevo a seguir o inciso II-A do artigo 93 do RICMS-BA/97, o qual foi introduzido pelo Decreto nº 7886/00, com efeitos a partir de 01/01/01:

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

II-A - O valor do imposto anteriormente cobrado, relativo ao recebimento de serviços de comunicação utilizados pelo estabelecimento (Lei nº 7710):

a) a partir de 1º 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:*
- 1 - de 1º de novembro de 1996 a 31 de dezembro de 2000;*
 - 2 - a partir de 1º de janeiro de 2007.*

Dessa forma, vê-se que, no período abrangido pela autuação, a legislação tributária estadual só autorizava a apropriação de créditos fiscais de ICMS quando o serviço de comunicação tomado fosse utilizado na execução de serviços da mesma natureza ou nos casos de exportação. Uma vez que o autuado não se enquadra em nenhuma das duas hipóteses regulamentares, ele só poderá utilizar os referidos créditos fiscais a partir de 01/01/07.

O autuado invoca o art. 97, II, “b”, do RICMS-BA/97, para justificar o direito aos créditos fiscais em questão. Todavia, essa alegação não pode prosperar, pois o direito à apropriação de créditos

fiscais decorrentes de serviços de comunicação vinculados à operação de comercialização de mercadorias tributadas somente foi reconhecido durante o período de 01/11/96 a 31/12/00, conforme dispõe o art. 93, II-A, “b”, “1”, do RICMS-BA/97, transcrito acima.

O fato de as notas fiscais serem idôneas, emitidas por contribuintes em situação regular, com destaque do imposto e devidamente escrituradas, não elide a infração, pois a utilização dos créditos fiscais, no período em questão, não era prevista.

Quanto às alegações defensivas pertinentes à constitucionalidade da legislação tributária estadual, não obstante as decisões citadas na defesa interposta, o entendimento deste CONSEF é de que não lhe cabe, ao teor do disposto no art. 167, I, do RPAF/99, apreciar questão referente à constitucionalidade da legislação tributária estadual.

No que tange à ilegalidade da legislação, entendo que a alegação defensiva não pode prosperar, pois o Regulamento do ICMS do Estado da Bahia, aprovado pelo Decreto nº 6.284/97, está em perfeita consonância com a Lei nº 7014/96, e esta, por sua vez, encontra-se de acordo com a Lei Complementar nº 87/96 e suas alterações posteriores, não havendo, assim, a citada ilegalidade na legislação tributária estadual.

Quanto à multa indicada na autuação, a mesma não possui o alegado caráter de confisco, além de ser a prevista no art. 42, VII, “a”, da Lei nº 7014/96, para a infração em lide, não merecendo, portanto, nenhum reparo.

No que tange aos valores apurados no lançamento, observo que o autuado, em sua defesa, não questiona os números apurados pelo auditor fiscal, os quais estão de acordo com os consignados no livro Registro de Apuração de ICMS do contribuinte (fls. 8/39) e não necessitam de correção.

Em face do comentado acima, considero que a utilização dos créditos fiscais em questão foi indevida, sendo correto procedimento do autuante e devido o valor exigido na autuação.

Pelo acima exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 279463.0005/03-0, lavrado contra **ITAGUASSU AGRO INDUSTRIAL S/A.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 8.608,17**, 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, 04 de dezembro de 2003.

ANTÔNIO AGUIAR DE ARAÚJO - PRESIDENTE

ÁLVARO BARRETO VIEIRA - RELATOR

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA - JULGADOR