

**PROCESSO** - A. I. Nº 232962.0003/04-7  
**RECORRENTE** - ITAGUASSU AGRO INDUSTRIAL S/A  
**RECORRIDA** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECURSO** - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4ª JJF nº 0141/04-05  
**ORIGEM** - INFAZ ILHÉUS  
**INTERNET** - 29/07/2005

## 2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO CJF Nº 0236-12/05

**EMENTA:** ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. **a)** AQUISIÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA; **b)** AQUISIÇÃO DE SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO; **c)** AQUISIÇÃO DE MATERIAL DE CONSUMO; **d)** AQUISIÇÃO DE ATIVO FIXO. De acordo com a legislação estadual, à época dos fatos geradores, era vedada a utilização do crédito fiscal nas operações em questão. Infrações caracterizadas. 2. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. **a)** AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MATERIAL PARA USO E CONSUMO. É devido o pagamento da diferença entre as alíquotas interna e interestadual nas aquisições interestaduais de mercadorias para uso e consumo do estabelecimento. **b)** AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS DESTINADAS AO ATIVO FIXO. É devido o pagamento da diferença entre as alíquotas interna e interestadual nas aquisições interestaduais de mercadorias destinadas ao ativo permanente. Infrações comprovadas. Não cabe a este órgão julgador a declaração de inconstitucionalidade da legislação tributária estadual. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

## RELATÓRIO

Trata o presente de Recurso Voluntário interposto pelo autuado contra a R. Decisão prolatada pela 4ª JJF, através do Acórdão nº JJF 0141/04-05, que julgou pela Procedência do Auto de Infração em epígrafe.

O Auto de Infração foi lavrado para exigir o ICMS, imputando-se ao contribuinte a prática de infrações fiscais no valor de R\$22.511,39, acrescido de multa de 60%, em razão da ocorrência, segundo a fiscalização estadual, das seguintes irregularidades:

1. Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, relativo à aquisição de energia elétrica, na comercialização de mercadorias – R\$2.706,18;
2. Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, relativo à aquisição de serviço de comunicação utilizado na comercialização de mercadorias – R\$15.084,05;
3. Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, referente à mercadorias adquiridas para integrar o ativo permanente do estabelecimento – R\$2.613,77;
4. Falta de recolhimento do ICMS, decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação e destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento – R\$1.150,12;
5. Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, referente à aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento – R\$730,69;

6. Falta de recolhimento do ICMS, decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento – R\$226,58.

O recorrente apresenta impugnação, suscitando, inicialmente, a nulidade da autuação, sob o argumento de que há obscuridade e imprecisão da situação fática trazida no Auto de Infração. Alegou que as irregularidades descritas não se enquadram no pressuposto da incidência do tributo, e que não há identificação da matéria tributável. Transcreveu o art. 142, do CTN e o art. 5º, LIV, da C.F., com o fito de corroborar seu entendimento.

No âmbito meritório, entendeu que, de acordo com o princípio da não cumulatividade, com base no art. 155, §2º, I, da C.F., art. 3º, §1º, do Decreto-Lei nº 406/68 e art. 156, II, do CTN, o contribuinte apropriou-se do crédito que fazia jus, relativamente às aquisições de bens destinados a uso, consumo e ativo fixo do estabelecimento, inclusive, da energia elétrica e serviços de comunicação. Acrescentou que a exigibilidade do crédito tributário, em questão, tem por suporte dispositivos contidos no RICMS, aprovado pelo Decreto nº 6.284/97, ou seja, baseado em ato infralegal. Expôs que o mencionado regulamento extrapola da sua competência e remeteu a dispositivo que limita o direito ao crédito constitucionalmente admitido, somente autorizando-o a partir de 01/01/07. Exemplificou que nas aquisições de serviço de comunicações o crédito era permitido até dezembro/00, considerando um absurdo vedá-lo posteriormente. Aduziu que o STF tem se posicionado no sentido de que a CF somente não admite o lançamento do crédito nas hipóteses de isenção ou não incidência, concluindo que não há plausibilidade na restrição imposta na legislação estadual. No que diz respeito à falta de recolhimento da diferença de alíquotas, entendeu que não é devida, posto que as mercadorias adquiridas geram crédito de ICMS. Asseverou que nessas circunstâncias não deve haver cobrança de diferencial de alíquotas, já que seria incongruente admitir que o contribuinte efetuasse recolhimento de imposto por obrigação própria para, em seguida, apropriar o crédito na escrita fiscal. Considerou que a exigibilidade de imposto em tal modalidade de incidência se constitui em espécie tributária que não se confunde com ICMS. Acrescentou que só cabe diferencial de alíquota nas aquisições de mercadorias para consumo final e não para uso e consumo do estabelecimento na atividade industrial. Expôs, de forma longa, acerca dos temas acima abordados, citando artigos da C.F., da Lei Complementar nº 87/96, bem como o posicionamento de alguns doutrinadores e decisões de outros tribunais sobre a matéria em comento, com o fito de embasar seu entendimento já acima exposto e demonstrar que as multas sugeridas na autuação são confiscatórias. No que concerne às multas, afirmou, ainda, que o patamar de 2% é razoável e guarda proporcionalidade com o dano causado, por intempestividade do cumprimento da obrigação ou dever, notadamente em economia estabilizada. Mencionou que tal patamar já foi estabelecido no Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90) e no novo Código Civil Brasileiro (Lei nº 10.406/02), citando, ainda, algumas decisões do STF. Por fim, pugna pela nulidade do lançamento ou pela insubsistência do crédito tributário em comento.

Em sua informação fiscal, o autuante esclareceu que todas as infrações, à exceção das que tratam do diferencial de alíquota, constam do Livro de Apuração do ICMS anexado aos autos às fls. 18 a 68, entendendo que não se justifica a alegação defensiva sobre ausência de dados para comprovar a autuação. Explicou que a legislação vigente não permite ao contribuinte creditar-se do ICMS incidente sobre energia elétrica, serviços de comunicação, bem como usar o crédito sobre aquisição de materiais adquiridos para consumo do estabelecimento. Quanto ao crédito sobre aquisição de bens destinados ao ativo imobilizado, afirmou que é permitido, mas não da maneira como o contribuinte procedeu, ou seja, creditando-se integralmente no momento da aquisição. Informou que o correto é creditar-se à razão de 1/48 mensais. No que se refere aos diferenciais de alíquota, aduziu que são previstos na legislação e que o autuado não efetuou o recolhimento na época própria. Ao final, ratifica, na íntegra, a autuação.

A referida JJF deliberou que o presente PAF fosse convertido em diligência à INFAZ Ilhéus, a fim de que fossem tomadas as seguintes providências:

- 1) Solicitasse do autuante que fossem anexados ao processo demonstrativos identificando o montante do débito tributário levantado para todas as infrações descritas no A.I., a fim de se evitar futuras arguições relativas ao cerceamento do direito de defesa do sujeito passivo;
- 2) Fosse dada ciência ao autuado, dos demonstrativos acima citados, inclusive fornecendo-lhe cópias dos mesmos, reabrindo-se, ainda, o prazo de defesa por 30 (trinta) dias;

Cumpridas as solicitações acima, o recorrente manifestou-se novamente, repisando, contudo, todas as alegações apresentadas na primeira peça defensiva.

O autuante afirmou que o recorrente se manifestou sobre a nova intimação, apresentando a mesma defesa anterior, ao tempo em que asseverou que não ocorreram outras arguições, mantendo, portanto, a informação fiscal anteriormente prestada em toda a sua inteireza.

Através do Acórdão JFJ Nº 0141/04-05, a 4ª JFJ julgou Procedente o Auto de Infração em epígrafe, sob o entendimento de que:

- a) as preliminares de nulidade suscitadas pelo autuado devem ser rejeitadas, visto 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, convindo ressaltar, ainda, que o processo foi convertido em diligência para que o autuante anexasse ao processo demonstrativos identificando o montante do débito tributário levantado para todas as infrações descritas no Auto de Infração, fato que ocorreu, dando-se ciência ao autuado dos referidos demonstrativos, inclusive sendo-lhe fornecidas cópias dos mesmos, e reaberto, ainda, o prazo de defesa por 30 (trinta) dias, não havendo, dessa forma, que se falar em cerceamento de defesa, inclusive porque os demonstrativos acostados aos autos descrevem de forma satisfatória a situação verificada, sendo que o autuado manifestou-se no prazo legal, demonstrando ter ciência da exigência fiscal;
- b) no que concerne ao *meritum causae*, limitou-se o autuado a questionar a constitucionalidade da legislação tributária estadual, entendendo que teria direito aos créditos fiscais em questão e que a cobrança do diferencial de alíquotas não teria amparo legal, convindo salientar, no particular, que não cabe a este fórum discutir a inconstitucionalidade da legislação estadual, a teor do que determina o art. 167, I, do RPAF/99, razão pela qual correto se apresenta o procedimento fiscal, uma vez que todas as infrações questionadas estão perfeitamente caracterizadas nos demonstrativos apensos aos autos, e os créditos fiscais em comento não têm previsão de utilização e/ou têm sua utilização vedada de acordo com o que estabelece o art. 93, incisos II, II-A, “b” e V, “b” e art. 97, XII, do RICMS/97;
- c) quanto ao diferencial de alíquotas, a sua exigência está expressamente prevista no art. 1º, §2º, I e V, e art. 5º, I, c/c art. 69, do mesmo regulamento supracitado, fazendo-se mister ressaltar que não há que se falar em multa confiscatória, já que as mesmas estão previstas em lei (art. 42, II, “f” e VII “a”, da Lei nº 7.014/96);

Inconformado com a Decisão prolatada pela 4ª JFJ, o contribuinte interpôs Recurso Voluntário, ratificando os termos acostados à sua peça defensiva, especialmente quanto ao direito ao crédito – à luz do princípio da não-cumulatividade albergado na Constituição Federal - quanto aos serviços de transporte e de comunicação, quanto à falta de recolhimento do diferencial de alíquotas internas e interestaduais - na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação, destinadas a integrar o ativo fixo ou para uso e consumo do estabelecimento – e quanto ao efeito confiscatório da multa, pugnando, ao final, pelo provimento do Recurso Voluntário interposto, decretando-se a improcedência da autuação fiscal.

Em seu Parecer, a ilustre representante da PGE/PROFIS, após ressaltar que o Recurso Voluntário reporta-se unicamente aos itens 1 e 2 da autuação, entende que o recorrente tece longo arrazoado abordando a inconstitucionalidade da legislação estadual, o direito ao crédito por essas entradas, pois estaria amparado pelo princípio constitucional da não-cumulatividade, mantendo-se a

interpretação acerca da participação dos serviços de comunicação e de transportes na atividade da empresa, o que não merece guarida. Razão assiste ao relator do acórdão ora vergastado, estando a matéria claramente definida na Lei nº 7.014/96, que definiu as situações em que o contribuinte pode ou não utilizar o referido crédito, razão pela qual a Decisão guerreada não deve ser alterada, opinando pelo Não Provimento do Recurso Voluntário interposto.

## VOTO

Reparo algum merece o *decisum* proferido em Primeira Instância. Senão, vejamos.

Limita-se o recorrente a argüir a constitucionalidade da legislação tributária estadual, entendendo que teria direito aos créditos fiscais em questão, bem assim que a cobrança do diferencial de alíquotas não teria amparo legal.

*Concessa venia*, é de corriqueira sabença, à luz dos decisórios que norteiam o CONSEF, que não cabe a este órgão administrativo discutir a inconstitucionalidade da legislação estadual, a teor do que determina o art. 167, I, do RPAF/99.

Assim sendo, a salvo de falhas se apresenta o procedimento fiscal, posto que as infrações objeto de autuação estão perfeitamente caracterizadas nos demonstrativos apensos aos autos, bem como os créditos fiscais em comento não têm previsão de utilização e/ou têm sua utilização vedada, como preceitua o art. 93, incisos II, II-A, “b” e V, “b” e art. 97, XII, do RICMS/97.

No que concerne ao diferencial entre alíquotas, de igual forma, razão alguma assiste ao recorrente. Ora, a sua exigência está expressamente prevista no art. 1º, §2º, I e V, e art. 5º, I, c/c art. 69, do mesmo regulamento supra citado.

Quanto à argüição de confiscatoriedade das multas, não há como prosperar a tese do recorrente, tendo em vista que as mesmas estão expressamente inculpidas em lei (art. 42, II, “f” e VII “a”, da Lei nº 7.014/96).

*Ex positis*, com espeque no Parecer emitido pela Douta PGE/PROFIS, voto no sentido de NEGAR PROVIMENTO ao Recurso Voluntário interposto, mantendo-se *in totum* a referida Decisão recorrida em todos os seus termos e fundamentos.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **232962.0003/04-7**, lavrado contra **ITAGUASSU AGRO INDUSTRIAL S/A**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$22.511,39**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “f” e VII “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 11 de julho de 2005.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

NELSON ANTONIO DAIHA FILHO – RELATOR

MARIA DULCE HASSELMAN RODRIGUES BALEEIRO COSTA – REPR. DA PGE/PROFIS