

**A. I. N.º** - 232962.0003/04-7  
**AUTUADO** - ITAGUASSU AGRO INDUSTRIAL S/A  
**AUTUANTE** - JOSÉ ALBERTO MENDONÇA LIMA  
**ORIGEM** - INFAZ ILHÉUS  
**INTERNET** - 05. 05. 2005

#### 4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

#### ACÓRDÃO JJF Nº 0141-04/05

**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. Rejeitadas as preliminares de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

#### RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide foi lavrado, em 25/10/04, para exigir o ICMS no valor de R\$ 22.511,39, acrescido de multa de 60%, em decorrência de:

1. Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS relativo aquisição de energia elétrica, na comercialização de mercadorias – R\$ 2.706,18;
2. Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS relativo aquisição de serviço de comunicação utilizado na comercialização de mercadorias – R\$ 15.084,05;
3. Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a 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 a 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 autuado, através de sua advogada, apresenta impugnação às fls. 74 a 91, inicialmente solicitando a nulidade da autuação, sob o argumento de que há obscuridade e imprecisão da situação fática trazida no Auto de Infração. Alega que as irregularidades descritas não se enquadram no pressuposto da incidência do tributo, e que não há identificação da matéria tributável. Transcreve o art. 142, do CTN e o art. 5º, LIV, da C.F., com o fito de corroborar seu entendimento.

No mérito, entende 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. Acrescenta 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. Expõe que o mencionado regulamento extrapola da sua competência e remete dispositivo limitando o direito ao crédito constitucionalmente admitido, somente autorizando-o a partir de 01/01/07. Exemplifica que nas aquisições de serviço de comunicações o crédito era permitido até dezembro/00, considerando um absurdo vedá-lo posteriormente. Diz 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, entende que não é devida, porque as mercadorias adquiridas geram crédito de ICMS. Entende 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. Considera que a exigibilidade de imposto em tal modalidade de incidência se constitui em espécie tributária que não se confunde com ICMS. Acrescenta que só cabe diferencial de alíquota nas aquisições de mercadorias para consumo final e não para uso e consumo do estabelecimento na atividade industrial.

O defendente faz, ainda, longa exposição sobre os temas acima abordados, citando artigos da C.F., da Lei Complementar nº 87/96, bem como o posicionamento de alguns tributaristas e algumas decisões de outros tribunais sobre a matéria em comento, com o fito de embasar seu entendimento já acima exposto, bem como também demonstrar que as multas sugeridas na autuação são confiscatórias.

Em relação às multas, entende, 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. Menciona 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.

Ao final, pede nulidade do lançamento ou a insubsistência do crédito tributário em comento.

O autuante em informação fiscal, à fl. 134, esclarece 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. Explica 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, diz que é permitido, mas não da maneira como o contribuinte procedeu, ou seja, creditando-se integralmente no momento da aquisição. Informa que o correto é creditar-se à razão de 1/48 mensais. Sobre os diferenciais de

alíquota, diz que são previstos na legislação, e que o autuado não efetuou o recolhimento na época própria. Ao final, mantém a autuação na íntegra.

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

- 1) Solicitasse do autuante que fosse anexado 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.

Depois de cumprida as solicitações acima, o autuado novamente manifestou-se às fls. 151 a 168, porém repetindo as alegações apresentadas na primeira peça defensiva.

O autuante, em informação à fl. 171, disse que o autuado manifestou-se sobre a nova intimação, apresentando a mesma defesa anterior. Aduzindo que não ocorreram outras arguições, mantém a informação fiscal prestada à fl. 134 em sua íntegra.

## VOTO

Inicialmente rejeito as preliminares de nulidade suscitadas pelo autuado, 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.

Vale ressaltar, 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 A.I.

Ao ser atendida tal solicitação (fls. 143 a 148), foi dada ciência ao autuado, dos referidos demonstrativos, inclusive sendo fornecido cópias dos mesmos, e reaberto, ainda, o prazo de defesa por 30 (trinta) dias, não havendo, dessa forma, mais do 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.

No mérito, o autuado limitou-se 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.

No entanto, não cabe a este fórum discutir a inconstitucionalidade da legislação estadual, a teor do que determina o art. 167, I, do RPAF/99.

Portanto, entendo correto 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.

Quanto ao diferencial entre 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 supra citado.

Ressalto, ainda, que não há do 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).

Do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **232962.0003/04-7**, lavrado contra **ITAGUASSU AGRO INDUSTRIAL S/A**, devendo ser intimado o autuado 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, com os acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 26 de abril de 2005.

ANTÔNIO AGUIAR DE ARAÚJO - PRESIDENTE

LUÍS ROBERTO DE SOUSA GOUVÊA - RELATOR

MÔNICA MARIA ROTERS - JULGADORA