

A. I. Nº - 140844.0004/12-4
AUTUADO - HAMILTON RIOS INDÚSTRIA, COMÉRCIO E EXPORTAÇÃO LTDA.
AUTUANTE - NEY SILVA BASTOS
ORIGEM - INFAZ SERRINHA
INTERNET - 06/11/2013

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0266-03/13

EMENTA: ICMS. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. ENERGIA ELÉTRICA E SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO. Comprovado que houve utilização indevida do crédito fiscal referente a energia e serviços de comunicação. Infração caracterizada. **a)** FALTA DE EXIBIÇÃO, AO FISCO, DOS DOCUMENTOS COMPROBATÓRIOS DO CRÉDITO FISCAL. **b)** BENS DO ATIVO PERMANENTE. UTILIZAÇÃO EM VALOR SUPERIOR AO PERMITIDO PELA LEGISLAÇÃO. **c)** ESTORNO DE DÉBITO EM DESACORDO COM A LEGISLAÇÃO. Infrações não impugnadas. Rejeitada a preliminar de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 18/09/2012, refere-se à exigência de R\$45.250,24 de ICMS, acrescido da multa de 60%, em decorrência das seguintes infrações:

Infração 01: Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a serviço de comunicação não vinculado a prestação seguinte da mesma natureza tributada pelo imposto, no período de janeiro de 2008 a dezembro de 2010. Valor do débito: R\$32.334,03.

Infração 02: Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS sem a apresentação do competente documento comprobatório do direito ao referido crédito, nos meses de abril, junho e novembro de 2008 e junho de 2010. Valor do débito: R\$1.663,10.

Infração 03: Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS relativo a entrada de bem do ativo imobilizado, apropriando-se de valor superior ao permitido pela legislação, no mês de janeiro de 2008. Valor do débito: R\$8.522,61.

Infração 04: Efetuou estorno de débito de ICMS em desacordo com a legislação deste imposto, no mês 01/2008. Valor do débito: R\$2.730,50.

O autuado, por meio de advogado com procuração à fl. 863, apresentou impugnação às fls. 207 a 223, alegando que ao longo de sua existência, sempre diligenciou no sentido de bem cumprir suas obrigações perante o Poder Público, principalmente no tocante ao cumprimento das obrigações tributárias às quais está sujeito. Afirma que em razão das disposições legais vigentes, sempre recolheu os tributos que lhes são devidos, bem como sempre cumpriu com as suas obrigações acessórias, principalmente aquelas relativas ao atendimento da fiscalização tributária.

Diz ser uma empresa preponderantemente exportadora e, para a realização das vendas de seus produtos para o exterior, realiza gastos frequentes com telefone, tanto para clientes como fornecedores e demais agentes do comércio. Alega que o autuante não demonstrou de forma inequívoca que o crédito glosado fora efetivamente utilizado, considerando a existência de saldo credor acumulado devidamente escriturado nos livros fiscais.

Apresenta preliminares de nulidade, alegando que não foi observado o princípio da ampla defesa e do contraditório, constituindo-se num flagrante cerceamento do direito de defesa. Salienta que a descrição bastante sucinta dos fatos não permite, ao autuado, uma perfeita convicção do

entendimento do autuante que o levou a não permitir a apropriação dos créditos. Também alega que o autuante não provou, de forma inequívoca, que tais créditos foram efetivamente utilizados, na medida em que o impugnante possui ao longo dos anos de 2008 a 2010 (que foram objetos da fiscalização em questão), saldo credor acumulado em decorrência das suas operações de exportação para o exterior. Diz que os motivos ensejadores da nulidade do Auto de Infração estão disciplinados no art. 18 do RPAF, que transcreveu.

Cita alguns julgados proferidos por este Órgão Julgador, pela improcedência e nulidade de lançamentos que não continham elementos suficientes para se determinar com segurança a infração.

No mérito, o impugnante refuta todas as alegações do autuante, em especial a de que utilizou indevidamente os créditos ora defendidos. Frisa que do montante de R\$ 33.334,03 dos créditos glosados, a parcela de R\$ 32.732,30 refere-se ao consumo de serviços de telecomunicações (telefone), enquanto que a ínfima quantia de R\$ 601,73 corresponde ao consumo de energia elétrica (marcados como “Escritório Salvador”, páginas 10 a 19 do Demonstrativo nº 01, anexo ao Auto de Infração).

Acrescenta que a autorização para o crédito de ICMS sobre os serviços de comunicações está consubstanciado no artigo 93, inciso II-A, “a”, item 2, do RICMS-BA vigente à época dos fatos geradores, aprovado pelo Decreto 6.284/97.

Apresenta o entendimento de que é indiscutível o direito ao crédito do ICMS incidente nos serviços tomados de comunicações proporcionalmente às saídas para o exterior. Que não assiste qualquer razão para que lhe seja negado o direito aos créditos ora em comento, por se tratar de direito líquido e certo da autuada, e mais, por se relacionar diretamente às suas atividades de vendas para o exterior de produtos por ele industrializados.

Diz que o autuante, quando se refere à conta de serviços de comunicações (telefone), em seu Demonstrativo nº 01 (folhas 10 a 19), menciona expressão “Linha Particular”. Poder-se-ia presumir que quis dizer se tratar de contas telefônicas em nome de particulares, como os sócios da empresa. Mas não é verdade, conforme atestam as cópias anexadas (doc. 2), tais contas estão em nome da empresa impugnante.

Entende que mesmo que estivesse em nome dos sócios não afastaria o direito ao crédito como bem já decidiu este CONSEF em diversos julgamentos, a exemplo das decisões que citou, transcrevendo as ementas.

O defendente também alega que a interpretação das normas tributárias não permite presunções, salvo exceções expressas, e que o autuante quis motivar o seu procedimento pela suposta previsão de que tais gastos estariam relacionados às ligações particulares, não relacionados, segundo seu julgamento, com as atividades normais da empresa. Diz que tal fato não fora efetivamente comprovado, sequer questionado. Por isso, afirma que não há qualquer fundamento para que seja mantida a glosa dos créditos sobre as contas de telefone pelas razões expostas. Que o autuante não logrou êxito na prova; haja vista a existência nos anos de 2008 a 2010 de saldo credor acumulado em decorrência das suas operações de exportação para o exterior. Comenta sobre o Princípio da Verdade Material, transcrevendo ensinamento de Alfredo Bernardini Neto.

No tocante ao momento em que deverá ser apresentada a prova no Processo Administrativo Tributário, destaca os comentários de Célio Armando Janczeski. O defendente também comenta sobre o princípio da boa-fé, que estabelece a boa-fé como regra de conduta fundada na honestidade, na retidão, na lealdade. Diz que entre nós, esse princípio foi consagrado do pela Lei 10.406 de 10, de janeiro de 2002, novo Código Civil, que entrou em vigor em 11.01.03, sendo que a doutrina fala em boa-fé objetiva e boa-fé subjetiva. Reproduz ensinamentos de Miguel Reale e Maria Helena Diniz, ao comentar os princípios que regem as obrigações contratuais. O defendente também comenta sobre os princípios da razoabilidade, da justiça e isonomia, transcrevendo lições de Sacha Calmon Navarro Coelho e Roque Antonio Carrazza. Diz que o

princípio da igualdade, no campo da tributação, respaldado na letra do art. 150, II, da Carta Maior, estabelece norma vedando à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, *“instituir tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente, proibida qualquer distinção em razão de ocupação profissional ou função por eles exercida, independentemente da denominação jurídica dos rendimentos, títulos ou direitos”*. Conclui afirmando que, em síntese, a lei é a proposição jurídica que trata igualmente todos que estão nas mesmas situações e desigualmente as situações desiguais e é oponível tanto aos particulares como ao próprio Estado no status de pessoa de direitos e obrigações.

O defendente requer sejam acatados os argumentos de preliminares de nulidade, e no mérito, sejam acatados os argumentos no tocante ao fato de que, no caso dos créditos decorrentes da aquisição de serviços de comunicações, que sejam mantidos os ditos créditos. Não sendo acatados os argumentos de nulidade e de mérito, seja admitido que tais créditos não foram efetivamente utilizados, não cabendo o lançamento da multa de ofício, devendo apenas haver o estorno dos respectivos valores na escrituração fiscal, tendo em vista o saldo credor disponível nos respectivos períodos de apuração correspondentes.

O autuante prestou informação fiscal às fls. 852/853 dos autos. Após fazer uma síntese da autuação e das alegações defensivas, esclarece que ao proceder a Auditoria do Crédito do ICMS, e examinar a documentação apresentada pelo autuado, constatou que embora as contas de telefonia estejam quase todas em nome da Empresa, tem endereço diverso da unidade industrial exportadora: (Conceição do Coité), ou seja, em endereços de praia: *“Loteamento Vilas do Atlântico, 8, Rua Praia de Itamaracá, Vl. Do Atlântico – Lauro de Freitas – Ba”*, conforme pode ser observado nos documentos apensados aos autos pelo próprio defendente, fls.226, 269/272.

Comenta que nas alegações defensivas o autuado invoca o art. 93, inciso II-A, “a”, item 2 do RICMS-BA/97, vigente à época, transcrevendo o referido dispositivo regulamentar, com o intuito de demonstrar que a legislação permitiria a utilização deste crédito de ICMS, contudo, ao analisar o item 2 do citado artigo, (fl. 212), verifica-se que o legislador determina uma condição para que o referido crédito de ICMS tenha a sua utilização possível: *“...quando sua utilização resultar em operação de saída ou prestação para o exterior...”*.

O autuante também informa que durante a Auditoria realizada, foi constatado que as contas tinham como localização dos telefones, locais de praias, em Lauro de Freitas, perto de Salvador. Quanto ao crédito de ICMS referente à energia, informa que a glosa deve-se ao fato de não ter sido utilizada no processo de industrialização como alega o autuado em sua defesa, e sim em uma sala em Salvador, dito como escritório.

Por fim, o autuante ratifica os procedimentos adotados quando a realização da Auditoria procedida, destacando a clareza apresentada nos demonstrativos apensados ao PAF, e entregues cópias ao defendente.

VOTO

Quanto às preliminares de nulidade argüidas pela defesa do autuado, constatei que o PAF está revestido das formalidades legais, estão determinados o contribuinte autuado, o montante do débito tributário apurado e a natureza da infração, sendo que, eventuais incorreções alegadas pela defesa não implicam nulidade haja vista que, pela descrição dos fatos e enquadramento legal, ficaram evidentes as infrações apuradas.

O defendente alegou que não foi observado o princípio da ampla defesa e do contraditório, constituindo-se num flagrante cerceamento de defesa. Afirma que a descrição bastante sucinta dos fatos não permite, ao autuado, uma perfeita convicção do entendimento do autuante que o levou a não permitir a apropriação dos créditos.

Observo que o impugnante entendeu a autuação e os cálculos, se defendeu e apresentou impugnação ao lançamento, tratando dos fatos que ensejaram a exigência fiscal, citando parcelas que entende serem computadas com inconsistências, se referindo ao levantamento fiscal.

O defendente também alegou que o autuante não provou, de forma inequívoca, que tais créditos foram efetivamente utilizados, na medida em que o impugnante possui ao longo dos anos de 2008 a 2010 (que foram objetos da fiscalização em questão), saldo credor acumulado em decorrência das suas operações de exportação para o exterior. Trata-se de questão relacionada ao mérito da autuação, e como tal será analisada neste voto quando da apreciação do mérito da exigência fiscal.

Assim, quanto à preliminar de nulidade suscitada pelo defendente, constatei que o PAF está revestido das formalidades legais e não se encontram os motivos elencados na legislação, inclusive os incisos I a IV do art. 18 do RPAF/99, para determinar a nulidade do presente Auto de Infração.

No mérito, a infração 01 trata da utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a serviço de comunicação não vinculado a prestação seguinte da mesma natureza tributada pelo imposto, no período de janeiro de 2008 a dezembro de 2010

Observo que de acordo com o art. 93, inciso II, alínea “a”, item 2, do RICMS-BA/97, 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, o valor do imposto anteriormente cobrado, relativo às aquisições de energia elétrica utilizada no estabelecimento, quando consumida no processo de industrialização. Por isso, há necessidade de o autuado comprovar a efetiva utilização no processo de industrialização, da energia elétrica cujo imposto foi objeto de crédito fiscal.

Vale salientar, que a exigência da efetiva utilização da energia elétrica no processo de industrialização também está amparada no § 1º, I, “a”, “b” e “c” do artigo acima referido, que prevê que o crédito fiscal correspondente às aquisições de mercadorias, matérias-primas, produtos intermediários e material de embalagem, inclusive o relativo aos serviços tomados, condiciona-se a que as mercadorias adquiridas e os serviços tomados estejam vinculados à comercialização, industrialização, produção, geração, extração ou prestação; sejam consumidos nos mencionados processos ou integrem o produto final ou o serviço na condição de elemento indispensável ou necessário à sua industrialização, produção, geração, extração ou prestação, conforme o caso.

Neste caso, não basta que o autuado tenha efetuado o lançamento contábil sem a necessária comprovação quanto ao percentual de utilização da energia elétrica no processo de industrialização, e não existe possibilidade da realização de diligência fiscal para uma vistoria *in loco* para verificar a veracidade dos valores apresentados nos demonstrativos elaborados pelo impugnante, haja vista que se trata de fato pretérito (exercícios de 2008 a 2010) e a realidade atual pode não ser exatamente a mesma da época em que foram apurados os valores do crédito fiscal.

O defendente também alegou que a autorização para o crédito de ICMS sobre os serviços de comunicação está consubstanciada no artigo 93, inciso II-A, “a”, item 2, do RICMS-BA/97, vigente à época dos fatos geradores, aprovado pelo Decreto 6.284/97. Apresenta o entendimento de que é indiscutível o direito ao crédito do ICMS incidente nos serviços tomados de comunicações proporcionalmente às saídas para o exterior.

Concordo com o posicionamento do autuante de que, conforme o art. 93, inciso II-A, “a”, item 2 do RICMS-BA/97, vigente à época, a utilização do crédito de ICMS sobre os serviços de comunicação é condicionada, de forma que a utilização resulte operação de saída ou prestação para o exterior.

O fato de as contas de energia elétrica e de telefone estarem em nome de sócio do estabelecimento autuado não impede a utilização do crédito fiscal, aplicando-se as decisões administrativas citadas nas razões de defesa. Entretanto, o autuante esclareceu que durante a Auditoria realizada, foi constatado que as contas tinham como localização dos telefones, locais de praias, em Lauro de Freitas, perto de Salvador. Quanto ao crédito de ICMS referente à energia, informa que a glosa deve-se ao fato de não ter sido utilizada no processo de industrialização como alega o autuado em sua defesa, e sim em uma sala em Salvador, dito como escritório. Tais fatos estão comprovados por meio das cópias de contas telefônicas e de energia elétrica acostadas aos autos, fls.226, 269/272.

O defendente também alegou que o autuante não provou, de forma inequívoca, que tais créditos foram efetivamente utilizados, na medida em que o impugnante possui ao longo dos anos de 2008 a 2010 (que foram objetos da fiscalização em questão), saldo credor acumulado em decorrência das suas operações de exportação para o exterior; que deveria ter sido efetuado, apenas, o estorno dos respectivos valores na escrituração fiscal, tendo em vista o saldo credor disponível nos respectivos períodos de apuração correspondentes.

Observo que a utilização do crédito fiscal está comprovada pelo levantamento fiscal em confronto com as contas de energia elétrica e de telefone. Quanto ao argumento de que existe saldo credor acumulado, se poderia entender que somente estaria configurado o ilícito tributário se houvesse a efetiva utilização do crédito fiscal, ou seja, no momento em que aquele valor fosse utilizado para reduzir o montante do débito apurado mensalmente. Entretanto, entendo que o lançamento indevido realizado a crédito fiscal em livros fiscais do contribuinte já é suficiente para caracterizar a irregularidade tributária, na medida em que proporciona ao contribuinte, a qualquer momento, utilizar o crédito reduzindo o imposto que seria devido ao Estado. Por isso, deixo de acolher o argumento apresentado pelo defendente.

Concluo pela subsistência deste item do presente lançamento, haja vista que ficou comprovado o crédito fiscal utilizado indevidamente.

De acordo com as razões de defesa, o autuado apresentou alegações específicas somente quanto à primeira infração, não questionando os demais itens da autuação fiscal. Assim, considero procedentes os itens não contestados, considerando que não lide a ser decidida.

Face ao 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 **140844.0004/12-4**, lavrado contra **HAMILTON RIOS INDÚSTRIA, COMÉRCIO E EXPORTAÇÃO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$45.250,24**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, incisos II, “f” e VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 23 de outubro de 2013

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - JULGADOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS - JULGADORA