

<b>PROCESSO</b>	- A. I. Nº 180462.0011/01-6
<b>RECORRENTE</b>	- BOMPREGO BAHIA S/A
<b>RECORRIDO</b>	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
<b>RECURSO</b>	- RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 3ª JJF nº 0074-03/02
<b>ORIGEM</b>	- INFAZ IGUATEMI
<b>INTERNET</b>	- 04.07.02

## 2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO CJF Nº 0228-12/02

**EMENTA:** ICMS. CRÉDITO FISCAL. **a)** UTILIZAÇÃO A MAIS. ENERGIA ELÉTRICA E SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. A lei veda a utilização do crédito de serviços de energia elétrica e de comunicação, quando as operações subsequentes forem isentas ou não tributadas. Não efetuado o estorno proporcional às saídas não tributadas. Infração confirmada. **b)** UTILIZAÇÃO INDEVIDA. SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. À época dos fatos era vedada a utilização de crédito fiscal relativo a serviço de comunicação por estabelecimento comercial. Infração caracterizada. Razões recursais não modificam a Decisão Recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Vencido o voto do Relator. Decisão por maioria.

## RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 28/12/01, cobra ICMS no valor de R\$9.416,53, referente às seguintes infrações:

1. “Utilizou a maior crédito fiscal de ICMS relativo a aquisição de serviço de energia elétrica utilizada na comercialização de mercadorias. Deixou de efetuar a proporcionalidade das saídas isentas e não tributadas na utilização do crédito fiscal referente a energia elétrica na comercialização de mercadorias com saídas tributadas”.
2. “Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS relativo a aquisição de Serviço de Comunicação utilizado na comercialização de mercadorias”;
3. “Utilizou a mais crédito fiscal de ICMS relativo a aquisição de serviço de comunicação utilizado na comercialização de mercadorias. Deixou de efetuar a proporcionalidade das saídas de isentas e não tributadas na utilização do crédito fiscal referente aos serviços de comunicação na comercialização de mercadorias com saídas tributadas”.
4. “O contribuinte deixou de efetuar a proporcionalidade de isentas e não tributadas para a utilização do crédito de ICMS referente à aquisição de energia e serviços de comunicação na comercialização de mercadorias com saídas tributadas”.

Em 13/03/2002, através Acórdão JJF nº 0074-03/02, a 3ª Junta de Julgamento Fiscal julgou Procedente o Auto de Infração, por entender que as infrações restaram comprovadas, tendo rejeitado as preliminares de nulidade suscitadas pelo autuado.

Inconformada com tal decisão, a Empresa entra com Recurso Voluntário onde diz que:

1 – Preliminarmente, solicita o desentranhamento da Informação Fiscal, pois apresentou sua Defesa em 24/01/2002 e o autuante só cumpriu sua obrigação em 20/02/2002, desobedecendo, portanto, o contido no artigo 127 do RPAF que dá prazo, ao autuante, de prestar sua Informação Fiscal em até 20 dias da data em que foi apresentada a defesa, pelo contribuinte. No caso, o auditor ultrapassou o prazo em 07 dias.

2 – O Auto de Infração apresenta total afronta ao princípio constitucional da não cumulatividade do ICMS, tendo o Relator afirmado que não cabe à Junta a declaração de inconstitucionalidade da legislação. No entanto, não foi isso que solicitou em sua Defesa e sim a improcedência da ação fiscal, vez que não se considerou a existência de crédito fiscal oriundo da aquisição de energia e serviços de comunicação utilizados no processo de comercialização das mercadorias.

3 – Nada impede a utilização, por sua parte, dos créditos relativos à energia elétrica e comunicação, consumidos diariamente no processo de produção, preparação ou comercialização das mercadorias. Por isso, o Estado concedeu, a partir do Decreto nº 1856, de 01/01/1993, o crédito de 50% do ICMS relativo ao consumo de energia elétrica, reconhecendo, em parte, direitos garantidos pela CF de 1988. No entanto, o Estado, ao limitar esse crédito em 50%, feriu essa mesma CF, pois, não pode legislação infra constitucional dar novos contornos, aumentando ou diminuindo a eficácia da Lei Maior, impondo-lhe qualquer restrição legislativa ao pleno crédito do ICMS, como ocorreu em todas as legislações que a sucederam, como o RICMS/96 e a Lei nº 7.014/96, que acrescentou o serviço de comunicação no rol das hipóteses que serviriam de crédito, em seu artigo 29, o que resultou no Auto de Infração ora discutido, pois “no que concerne à utilização dos créditos relativos aos serviços de comunicação, também cai por terra os argumentos de que foi indevida a utilização do crédito, uma vez que não estavam vinculados a prestações da mesma natureza, pois, posteriormente, apenas abarcando todas as hipóteses já existentes, a legislação passou a reconhecer o direito à utilização de apenas 50%, atribuindo-lhe, assim, o conceito e o valor jurídico de mercadoria destinada ao uso e consumo”.

Após tecer comentários outros, sobre os assuntos, a Empresa finaliza pedindo a reforma do Acórdão Recorrido, devendo ser considerado Improcedente o Auto de Infração.

A PROFAZ, em seu Parecer, após dizer que não consta dos autos a necessária abertura de vistas ou cientificação ao autuante, da defesa apresentada, não tendo corrido o prazo processual por ausência do “*dies a quo*”, opina, quanto ao mérito, pelo Não Provimento do Recurso.

## **VOTO VENCIDO**

Inicialmente há que se analisar a questão levantada pela Empresa quanto à intempestividade da Informação Fiscal prestada pelo autuante. Realmente o artigo 127 do RPAF diz que o prazo que o autuante dispõe, para prestar a Informação Fiscal, é de 20 dias contados da apresentação da Defesa e o autuante apresentou sua informação após decorrido o prazo regulamentar. No entanto esse descumprimento não traz consequências ao julgamento do processo, como consta do artigo

128 do mesmo RPAF. Não há, no referido diploma legal, norma que exija o desentranhamento, do processo, da Informação Fiscal, por intempestividade da mesma.

Quanto ao mérito, sempre entendi que a Lei nº 4.825/89, e posteriormente a Lei nº 7.014/96, deram, aos contribuintes, o direito ao crédito relativo ao imposto incidente, tanto sobre a energia elétrica quanto aos serviços de comunicação. A atitude da Secretaria da Fazenda de possibilitar o uso, como crédito, do imposto incidente sobre energia elétrica, a partir de 1993, limitando-o a 50% e o imposto incidente sobre comunicações, posteriormente, me parece, prejudicou os contribuintes pois a Lei nº 4.825/89 permitia, como já disse, através dos seus artigos 2º, VI; 10º, parágrafo 1º, VIII; 11; 13, III; 49, parágrafo 3º, e, artigos 2º, X; 10º, parágrafo 1º, II, VIII; 11; 49,V; 49, parágrafo 3º; 51, IV, o uso, como crédito, do imposto incidente sobre a energia elétrica e sobre as comunicações. Do mesmo modo, a Lei nº 7.014/96, permite o crédito, tanto do imposto incidente sobre a energia elétrica, quanto ao do incidente sobre comunicações, como se pode verificar do contido nos artigos 2º, parágrafo 2º; 5º, IV; 8º, III; 29; 29,”b”, relativos à energia elétrica e nos artigos 1º, III; 2º, VII; 5º, III; 29 e 29,”c”, relativos às comunicações. Sendo assim, pelo exposto, voto pelo PROVIMENTO do Recurso Voluntário, para que seja reformada a Decisão Recorrida, pois o Auto de Infração é IMPROCEDENTE.

#### **VOTO VENCEDOR**

Discordo do voto do Ilustre Relator que entendeu Provido o Recurso e julgou Improcedente o Auto de Infração.

Quanto ao mérito, o cerne da demanda resulta da utilização de crédito fiscal relativo a energia elétrica e à aquisição de serviço de comunicação, sendo que referente à energia elétrica não foi feita a proporcionalidade ao utilizar o crédito fiscal, concernente às mercadorias isentas.

Tendo o contribuinte procedido em colisão ao Regulamento do ICMS que no art. 97, inciso III, veda o crédito relativo às entradas cujas saídas não estejam tributadas ou estejam isentas do imposto, e na hipótese de utilizar o crédito das mercadorias, inclusive os serviços a elas relacionados forem objeto de saída não sujeita ao ICMS, por isenção, não incidência ou imunidade, sendo essa circunstância imprevisível à data da entrada, ressalvadas as disposições expressas de manutenção de crédito (art. 99, V, do RICMS/89 e art. 93, § 1º, do RICMS/96).

Quanto ao crédito utilizado referente a comunicação, à época do fato gerador, a legislação estadual vedava a utilização do crédito pelos estabelecimentos comerciais quando estes serviços não estivessem vinculados a operações de comercialização tributadas, conforme dispõe o parágrafo único, do art. 97, do RICMS/89.

Somente com RICMS/96 (Dec. nº 5.444/96) que entrou em vigor em 1º de julho de 1996, no § 9º, inciso I, art. 93, estabeleceu-se o percentual de 50% do serviço de comunicação, *verbis*:

Art. 93 – Constitui (...)

(...)

§ 9º – Para os efeitos do inciso II deste artigo, quando não for possível mensurar, com precisão, o serviço de comunicação utilizado ou a quantidade de energia elétrica

consumida, efetivamente vinculados a operações ou prestações seguintes da mesma natureza, tributados pelo imposto ou a operações de comercialização tributadas, ou a processos de extração, geração ou industrialização dos quais resultem saídas tributadas, o contribuinte poderá apropriar-se do valor resultante da aplicação, sobre o valor do imposto destacado no documento fiscal, dos seguintes percentuais:

Inciso I – serviço de comunicação: 50%.

Deste modo, considero que não assiste razão ao recorrente quando argüi que não foi observado o princípio da não cumulatividade do ICMS e por isso entende que toda entrada independente de sua destinação enseja o creditamento, e que aí estariam inseridas as aquisições de energia elétrica e comunicação.

Acerca da argüição de inconstitucionalidade da legislação, não se trata de matéria da competência deste órgão de julgamento conforme dispõe o art. 167, I, do RPAF/99.

Quanto às infrações 3 e 4 que também resultam da glosa dos créditos por não ter o contribuinte adotado a regra da proporcionalidade de utilizar o crédito, em razão das isentas quanto ao serviço de comunicação, conforme dispõe o art. 93, inciso II, e, § 9º, inciso I e II, do RICMS/96, do mesmo modo, não logra êxito os argumentos do recorrente que se insurge quanto a limitação de 50% (cinquenta por cento) do valor pago do ICMS.

Por todo o exposto, mantenho a Decisão Recorrida e em consonância com o Parecer da PROFAZ voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão por maioria, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão Recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração **nº 180462.0011/01-6**, lavrado contra **BOMPREGO BAHIA S/A**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$9.416,53**, atualizado monetariamente, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 61, VIII, “a”, da Lei nº 4.825/89, e dos acréscimos moratórios.

Sala das Sessões do CONSEF, 12 de Junho de 2002.

HELCONIO DE SOUZA ALMEIDA - PRESIDENTE

JOSÉ CARLOS BOULHOSA BAQUEIRO - RELATOR/VOTO VENCIDO

IVONE DE OLIVEIRA MARTINS - VOTO VENCEDOR

MARIA HELENA CRUZ BULCÃO - REPR. DA PROFAZ