

PROCESSO - A.I. Nº 149269.0002/02-8
RECORRENTE - BOMPREGO BAHIA S/A
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JJF nº 0207-02/02
ORIGEM - IFEP – DAT/M E T R O
INTERNET - 29.08.02

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0328-11/02

EMENTA: ICMS. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO A MAIS. ENERGIA ELÉTRICA E SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO. FALTA DE ESTORNO PROPORCIONAL ÀS SAÍDAS ISENTAS. A legislação estabelece que, se algumas operações forem isentas e outras forem tributadas, o crédito fiscal será utilizado proporcionalmente às operações de saídas tributadas pelo imposto, e por isso, há necessidade de estorno ou anulação do crédito, de forma proporcional, relativamente às saídas isentas. Rejeitada a preliminar de nulidade. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Refere-se a Recurso Voluntário interposto pelo sujeito passivo em relação ao Acórdão nº 0207-02/02 originário da 2ª Junta de Julgamento Fiscal que decidiu pela Procedência do Auto de Infração em referência. A acusação reporta-se ao fato de que *“O contribuinte deixou de efetuar a proporcionalidade de saídas isentas para utilização do crédito fiscal referente a energia elétrica e comunicação na comercialização de mercadorias com saídas tributadas, conforme determina o art. 93 caput, § 1º, do RICMS aprovado pelo Decreto nº 5.444/96”*.

A exigência fiscal resultou no montante de R\$29.776,16 e abrangeu os períodos de janeiro/97 a dezembro/00, cujo enquadramento legal da infração ocorreu com substância no art. 100, § 1º, comb. com o art. 93, § 9º, inc. II, do RICMS aprovado pelo Decreto nº 5.444/96 e art. 100, § 1º, comb. com o art. 93, § 1º, inc. II, do RICMS. Aprovado pelo Decreto nº 6.284/97.

A 2ª Junta de Julgamento Fiscal decidiu a lide com base no seguinte Voto: *“O Auto de Infração trata de utilização a maior de crédito ICMS, tendo em vista que não foi considerada pelo autuado a proporcionalidade correspondente às mercadorias tributáveis para utilização de crédito fiscal referente às aquisições de energia elétrica e serviços de comunicação, considerando que o autuado comercializa com mercadorias tributáveis, isentas e não tributáveis.*

O contribuinte não contestou os cálculos, haja vista que foi alegado nas razões de defesa que houve afronta ao princípio constitucional da não cumulatividade, ressaltando que toda entrada de mercadoria gera em favor do adquirente um crédito fiscal a ser compensado nas operações de saídas posteriores, e por isso entende o defendente que é legítima a utilização dos créditos referentes à aquisição de energia elétrica e serviços de comunicação.

Os autuantes ressaltaram na informação fiscal que a autuação está de acordo com as normas que regem o ICMS-BA, que devem ser anulados os créditos relativos às entradas de mercadorias no estabelecimento ou serviços por ele prestados, cujas saídas estejam beneficiadas por isenção ou não incidência do imposto, e por isso entendem que não procedem as alegações defensivas.

O regime jurídico do ICMS está consignado no art. 155 da Constituição Federal, não existindo dúvida quanto ao fato de que o ICMS é um imposto não cumulativo, e por isso, deve-se abater do que for devido em cada operação o montante cobrado nas operações anteriores, ou seja, deve-se compensar o imposto debitado, relativo a cada operação realizada pelo contribuinte, com o

tributo referente às mercadorias entradas ou adquiridas ou serviços tomados. Assim, o débito fiscal se refere aos valores do imposto devido pelo contribuinte em decorrência das operações de saídas por ele realizadas; e o crédito fiscal corresponde ao imposto relativo às entradas, considerado para compensação na apuração do valor a ser recolhido.

De acordo com o inciso II, do § 2º, do mencionado art. 155 da Constituição Federal, não será objeto de crédito fiscal para compensação com o imposto devido nas operações ou prestações seguintes, em caso de isenção ou não incidência. Assim, acarretará anulação do crédito relativo às operações anteriores, se uma operação é isenta, ou se o fato configura uma situação de não incidência do imposto.

Vale destacar, que não se inclui na competência desta JJF a declaração de inconstitucionalidade de lei ou dispositivo regulamentar, conforme art. 167, do RPAF/99. Por isso, fica rejeitada a preliminar de nulidade apresentada pelo defendente.

De acordo com o RICMS/96, aprovado pelo Decreto nº 5.444/96 bem como no RICMS/97, aprovado pelo Decreto nº 6.284/97, está previsto o reconhecimento do direito do contribuinte utilizar crédito para efeito de compensação do débito do imposto, chegando-se à conclusão de que o uso do crédito fiscal depende de serem cumpridas regras estabelecidas na legislação, conforme exemplos a seguir:

- o crédito estar expressamente disposto na legislação;*
- o tributo estar destacado em documento fiscal idôneo emitido por contribuinte em situação regular;*
- a alíquota aplicada ser adequada com a legislação;*
- as operações subseqüentes serem tributadas.*

Ao adquirir a mercadoria e creditar-se do imposto destacado no documento fiscal, o contribuinte deve ter certeza quanto a legitimidade do crédito utilizado, e na hipótese de ocorrer qualquer impossibilidade de utilização do crédito, o mesmo deve ser estornado.

Conforme estabelecido no art. 29, da Lei nº 7.014/96, somente a partir de 01/11/96, é que foi permitido aos contribuintes do ICMS o direito ao uso do crédito fiscal, do valor do imposto anteriormente cobrado, relativo às aquisições de energia elétrica consumida e aos serviços de comunicação tomados, desde que as operações e prestações subseqüentes sejam tributadas.

Assim, a legislação estabelece que, se algumas operações forem isentas e outras forem tributadas, o crédito fiscal será utilizado proporcionalmente às operações de saídas e às prestações tributadas pelo imposto (art. 93, §§ 1º e 9º do RICMS/96 e art. 93, § 1º, inciso II do RICMS/97). Por isso há necessidade de estorno ou anulação do crédito relativo a entradas ou aquisições de mercadorias e serviços tomados, de forma proporcional, conforme previsto no art. 100, § 1º do RICMS/96 e 97.

Observe que a alegação do autuado de que a energia elétrica é considerada insumo nos processos de industrialização de produtos de sua marca, além de o defendente não ter trazido aos autos prova de tal alegação, não modifica a necessidade de proporcionalidade das saídas isentas correspondentes às mercadorias comercializadas.

Entendo que é subsistente a exigência do imposto apurado no período fiscalizado, haja vista que está comprovado nos autos o cometimento da infração apontada, conforme xerocópias do livro RAICMS anexadas pelos autuantes, e não foram apresentados pelo defendente elementos para elidir a autuação fiscal, que está embasada na legislação em vigor.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração”.

Inconformado com o julgamento da 1ª Instância o sujeito passivo ingressou com Recurso Voluntário onde, após o destaque dos fatos, argúi que o julgamento levado a efeito pela 2ª JJF foi insubsistente por considerar o seu procedimento apoiado em normas constitucionais naquilo que pertine a utilização dos créditos fiscais objeto da autuação.

Invoca a regra constitucional da não-cumulatividade do imposto (art. 155, II, 2º, I, da CF) para argumentar que “toda entrada, independente da sua destinação (seja bens de uso e consumo, matérias-prima ou ainda, bens destinados ao ativo permanente), havendo destaque do ICMS, gera, em favor do adquirente, um crédito fiscal de natureza mista, que deverá ser compensado nas operações de saídas posteriores”. Assevera que, neste contexto, estão inseridas as aquisições de energia elétrica e serviços de comunicações uma vez que totalmente necessárias e utilizadas no regular funcionamento dos seus estabelecimentos comerciais.

Destaca que para fins de tributação por via do ICMS a energia elétrica foi considerada pela Constituição como mercadoria e que nada obsta a regular fruição, por sua parte, dos créditos decorrentes da entrada de energia consumida:

- a) diretamente no processo de produção ou preparação de mercadorias para comercialização;
- b) na iluminação dos ambientes onde se desenvolvem os aludidos processos e na dos locais destinados à guarda, depósito e conservação dos estoques destinados à revenda;
- c) no funcionamento de máquinas, aparelhos e recipientes utilizados para armazenagem ou conservação dos estoques.

Aduz que, no caso em comento, não deve proceder a autuação, uma vez que, caso não seja reconhecido o direito ao crédito, nos casos de saídas isentas, verifica-se frustrado o benefício fiscal da isenção na sua totalidade, uma vez que a isenção não estaria sendo usufruída na sua integridade. Objetivando consubstanciar seu argumento cita duas Decisões Administrativas do Estado de São Paulo relativamente a legitimidade de crédito fiscal do antigo ICM pertinente a entrada de matéria prima cujo produto final tem saída isenta do imposto.

Em conclusão, requer a reforma do Acórdão Recorrido para que o presente Auto de Infração seja julgado Improcedente na sua totalidade.

A Douta PROFAZ proferiu o Parecer à fl. 125 dos autos opinando pelo Não Provimento deste Recurso Voluntário por considerar que os argumentos trazidos pelo recorrente constituem cópia dos anteriormente apresentados na defesa, os quais são insuficientes para proporcionar alteração do julgamento da 1ª Instância.

VOTO

Efetivamente, o que se exige no Auto de Infração em tela é o estorno proporcional do crédito fiscal do ICMS relativo as aquisições de energia elétrica e serviços de comunicações proporcionais à comercialização de mercadorias cujas saídas ocorreram isentas do pagamento do ICMS.

Não se cogita no julgamento recorrido de manutenção de exigência fiscal que agrida o princípio da não-cumulatividade do imposto previsto pelo art. 155, da Constituição Federal na medida em que, a legislação estadual, que não sofreu qualquer declaração de inconstitucionalidade a respeito do assunto em discussão, autoriza a utilização dos créditos quando das aquisições de energia elétrica e serviços de comunicações, desde que as operações subseqüentes sejam, por igual, tributadas para o ICMS.

O que a legislação tributária estadual prevê, de forma justa e correta, é que o contribuinte estornará ou anulará o crédito fiscal quando as mercadorias ou os serviços cujas operações de saídas sejam algumas tributadas e outras não tributadas ou isentas, sendo que, este estorno, será proporcional às operações ou serviços não tributados. (art. 100, § 1º, do RICMS/BA).

Também o art. 93, 1º, inciso II, do mesmo diploma legal estabelece que constitui crédito fiscal para fim de compensação com o tributo devido em operações subsequentes, para fins de apuração do imposto a recolher, o valor do imposto cobrado anteriormente relativo as aquisições de mercadoria para comercialização, salvo disposição em contrário, e condiciona, expressamente, que “as operações ou prestações subsequentes sejam tributadas pelo imposto, sendo que, em algumas destas operações ou prestações foram tributadas e outras foram isentas ou não tributadas, o crédito fiscal será utilizado proporcionalmente às operações de saídas e às prestações tributadas pelo imposto, ressalvados os casos em que seja assegurada pela legislação a manutenção do crédito” (art. 93, § 1º, inc. II, do RICMS/Ba).

A legislação tributária estabelece as situações em que pode ocorrer a manutenção do crédito fiscal nos casos de existência de saídas sem tributação, situações estas que estão claramente definidas e que não alcançam as operações envolvidas na presente autuação. Aliás, a referência feita pelo recorrente a Decisões Administrativas de Tribunal do Estado de São Paulo, ainda na ótica do antigo ICM, em nada lhe beneficia já que se tratam de aquisições de matéria-prima empregada por estabelecimento industrial onde, é possível que tenha ocorrido uma das hipóteses de manutenção do crédito previsto na legislação daquele Estado porém, não se pode emitir uma conclusão mais amíu de em razão do recorrente ter citado, apenas, a ementa, a qual, não reflete todo o teor do julgamento. De qualquer maneira, as Decisões citadas se referem a aquisições de matéria-prima por estabelecimentos industriais, diferentemente do que se verifica nestes autos.

De maneira que entendo que agiu corretamente a 2ª Junta de Julgamento Fiscal em julgar Procedente a exigência fiscal e, considerando que o recorrente em nenhum momento contestou os cálculos levados a efeito pelos autuantes para embasar a referida exigência a título de estorno proporcional de crédito fiscal e não o estorno integral, conforme, em determinados momentos, quer fazer crer o recorrente, pois, levou-se em consideração a proporção entre as saídas tributadas e as saídas isentas, acolho o opinativo da Douta PROFaz e voto pelo NÃO PROVIMENTO do presente Recurso Voluntário e pela manutenção integral da Decisão Recorrida.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª 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 149269.0002/02-8, lavrado contra **BOMPREGO BAHIA S/A**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$29.776,16**, atualizado monetariamente, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios.

Sala das Sessões do CONSEF, 20 de agosto de 2002.

NELSON TEIXEIRA BRANDÃO – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – RELATOR

SYLVIA MARIA AMOÊDO CAVALCANTE - REPR. DA PROFaz