

PROCESSO - A.I. Nº 207494.0033/02-4
RECORRENTE - BOMPREGO BAHIA S/A
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JJF nº 0206-02/02
ORIGEM - IFEP-DAT/METRO
INTERNET - 29.08.02

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO CJF Nº 0329-11/02

EMENTA: ICMS. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO A MAIS DE ENERGIA ELÉTRICA E SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO. FALTA DE ESTORNO PROPORCIONAL ÀS SAÍDAS ISENTAS. Comprovado que o contribuinte creditou-se integralmente do imposto. Infração comprovada. Não compete a este órgão julgador a apreciação de inconstitucionalidade da legislação tributária. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Refere-se a Recurso Voluntário interposto pelo sujeito passivo em relação ao Acórdão nº 0206-02/02 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\$95.027,74 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: *“Trata-se de Auto de Infração lavrado para exigir o ICMS relativo a utilização a maior do crédito fiscal de energia elétrica e de serviço de comunicação, nos exercícios de 1997 a 2000, apropriado integralmente, sem considerar a proporcionalidade relativa às operações de saídas tributadas pelo imposto, quando ocorrerem simultaneamente operações isentas ou não tributadas.*

As razões de defesa resume-se a alegação da impossibilidade de norma infra-constitucional restringir o aludido princípio constitucional da não-cumulatividade do imposto, cujos créditos fiscais da energia elétrica e do serviço de comunicação, necessários e utilizados no regular funcionamento de seus estabelecimentos comerciais, são inclusive considerados insumos nos processos de industrialização dos produtos da sua marca.

Já os autuantes informam que a Lei Complementar nº 87/96, no § 3º do artigo 20, veio confirmar o artigo 155, inciso II e do seu § 2º, inciso II, alínea “b”, da Constituição Federal, onde determina que “nas operações com isenção ou não incidência, os créditos das operações anteriores devem ser anulados”, o que era previsto no artigo 52, inciso I, da Lei nº 4.825/89 e repetido no artigo 93, inciso II, §§ 1º e 9º, inciso II, alínea “a” e o artigo 124, todos do RICMS/96, sendo que, se algumas dessas operações de saídas ou prestações forem tributadas e outras forem isentas ou não tributadas, o crédito será utilizado de forma proporcional às operações de saídas e às prestações tributadas pelo imposto.

Inicialmente destaco que, nos termos do artigo 167, inciso I, do RPAF/99, não se inclui na competência deste órgão julgador a declaração de inconstitucionalidade da legislação tributária estadual.

Porém, da análise das peças processuais, precisamente dos demonstrativos de fls. 9 a 17 dos autos, constata-se que o contribuinte utilizou-se, além do permitido legalmente, como crédito fiscal, do ICMS destacado nas notas fiscais de aquisição de energia elétrica e serviços de comunicação, deixando de efetuar o estorno proporcional determinado pelo art. 100, inciso IV, c/c o art. 93, § 1º, todos do RICMS/96, para as ocorrências relativas ao período de janeiro a março de 1997, e pelo art. 100, inciso I, c/c o art. 93, § 1º, inciso II, do RICMS/97, para as ocorrências relativas ao período de abril de 1997 a dezembro de 2000, ao promover saídas de mercadorias com isenção ou não incidência do imposto.

Quanto à alegação do autuado de que a energia elétrica inclusive é considerada insumo nos processos de industrialização dos produtos da sua marca, em nada modifica a Decisão, uma vez que o sujeito passivo não trouxe aos autos a prova de tal alegação, devendo assim de se considerar a proporcionalidade das saídas isentas dos produtos comercializados, conforme procederam os autuantes.

Como o recorrente, em sua peça defensiva, se limitou a suscitar a inconstitucionalidade dos dispositivos legais invocados pelos autuantes, não adentrando o mérito da autuação, entendo que está correto o lançamento do crédito tributário.

Diante do 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 à 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 PROFUZ proferiu o Parecer à fl. 78 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 às 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 subseqüentes, 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 subseqüentes 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 daquela Estado porém, não se pode emitir uma conclusão mais amiúde 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 **207494.0033/02-4**, lavrado contra **BOMPREÇO BAHIA S/A**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$95.027,74**, 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