

PROCESSO	- A. I. Nº 207494.0036/02-3
RECORRENTE	- BOMPREGO BAHIA S/A
RECORRIDA	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO	- RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 3ª JJF nº 0205-03/02
ORIGEM	- INFAZ IGUATEMI
INTERNET	- 24.09.02

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0329-12/02

EMENTA: ICMS. CRÉDITO FISCAL. FALTA DE ESTORNO NA PROPORCIONALIDADE DAS SAÍDAS ISENTAS COMERCIALIZADAS EM CONJUNTO COM MERCADORIAS TRIBUTADAS. **a)** ENERGIA ELÉTRICA. **b)** SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO. O contribuinte estornará ou anulará o crédito fiscal relativo às entradas ou aquisições de mercadorias, inclusive o crédito relativo aos serviços a elas correspondentes, quando as tiver empregado na comercialização de mercadorias ou serviços cujas operações de saídas ou prestações sejam algumas tributadas e outras não tributadas ou isentas, sendo este estorno calculado de forma proporcional, relativamente às mercadorias, materiais de embalagem, insumos ou serviços empregados nos produtos ou serviços não tributados. Recurso **NÃO PROVIDO**. Vencido o voto do Relator. Decisão por maioria.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 02/04/02, cobra ICMS no valor de R\$ 37.630,42, referente à infração assim descrita pelos autuantes: “O contribuinte deixou de efetuar a proporcionalidade das saídas isentas para a utilização do crédito fiscal referente a energia e comunicação na comercialização de mercadorias com saídas tributadas”.

Em 14/06/2002, através Acórdão JJF nº 0205-03/02, a 3ª Junta de Julgamento Fiscal julgou Procedente o Auto de Infração, por entender que a infração restou comprovada.

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

1 – “Pela regra constitucional da não cumulatividade, prevista no art. 155, II, parágrafo 2º, I, o montante do ICMS recolhido em cada operação transforma-se num crédito fiscal, que será deduzido do *quantum* de imposto a pagar quando da prática de novas operações”

2 – Toda entrada, independente da sua destinação, havendo destaque do ICMS, gera, em favor do adquirente, um crédito fiscal de natureza mista, que deverá ser compensado nas operações de saídas posteriores, estando nessas circunstâncias inseridas as aquisições de energia elétrica e de serviços de comunicações, vez que são necessários ao regular funcionamento dos seus estabelecimentos comerciais.

3 – “No caso em comento, não deve proceder a presente 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.”

Após citar entendimentos de Tribunais sobre a matéria, a Empresa pede seja o seu Recurso Provido, para que se considere Improcedente o Auto de Infração em discussão.

A PROFAZ, em seu Parecer, opina pelo Não Provimento do Recurso, pois o RICMS/96 previa que “a utilização do crédito fiscal de energia elétrica e de serviços de comunicação em estabelecimentos comerciais era limitada a 50% do valor do imposto destacado, quando não fosse possível mensurar o serviço de comunicação utilizado e a quantidade de energia elétrica consumida, vinculados a operações comerciais tributadas”.

VOTO VENCIDO

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 Improcedente a autuação e Proveu o Recurso do sujeito passivo.

Ocorre que o argumento do recorrente de que a exigência do estorno fere o princípio constitucional da não cumulatividade, não se sustenta, visto que o estorno do crédito proporcional relativo aos produtos isentos e não tributados terá que ser feito pelo contribuinte evitando que o mesmo locuplete-se do crédito do imposto em valor superior aquele que será pago, *in casu*, apenas quanto às mercadorias tributadas.

Assim com a devida *venia*, não vislumbro no voto do Ilustre Relator o argumento quanto a questão de proporcionalidade de que trata o art. 100, § 1º, do RICMS/96 e 97, quando embasou o seu voto nos dispositivos que autorizam o contribuinte do creditamento do imposto incidente sobre a energia elétrica e a comunicação, e não é esta a questão que está em discussão, mas a obrigatoriedade do sujeito passivo proceder o estorno proporcional às mercadorias isentas e não tributadas, que é uma exigência fiscal que encontra total consonância com o princípio constitucional em voga.

Portanto ao teor do art. 100, § 1º, do RICMS/BA já referido, o contribuinte estornará ou anulará o crédito fiscal relativo às aquisições de entradas de mercadorias, inclusive o crédito, quando as

tiver empregado na comercialização de mercadorias ou serviços cujas operações de saídas ou prestações sejam algumas tributadas e outras não tributadas ou isentas, sendo este estorno calculado de forma proporcional, relativo às mercadorias, materiais de embalagem, insumos ou serviço não empregados nos produtos ou serviços não tributados.

Com este procedimento a essência do multicitado princípio constitucional da não cumulatividade se efetiva plenamente.

Por todo o exposto voto é pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário mantendo a Decisão Recorrida.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão por maioria, com o voto de qualidade do Presidente, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão Recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 207494.0036/02-3, lavrado contra **BOMPREÇO BAHIA S/A**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **RS37.630,42**, atualizado monetariamente, acrescido da multa de 60%, no art. 42, VII, "a", da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios.

VOTOS VENCEDORES: Conselheiros (as) **Ciro Roberto Seifert**, **Ivone de Oliveira Martins**, **Helcônio de Souza Almeida**.

VOTOS VENCIDOS: Conselheiros (as) **José Carlos Boulhosa Baqueiro**, **José Raimundo Ferreira dos Santos**, **José Carlos Barros Rodeiro**.

Sala das Sessões do CONSEF, 16 de Setembro 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 PROFUZ