

PROCESSO - A.I. Nº 149269.0003/02-4
RECORRENTE - BOMPREGO BAHIA S/A
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JJF nº 0214-02/02
ORIGEM - IFEP-DAT/METRO
INTERNET - 29.08.02

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C/JF Nº 0332-11/02

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. Correto e fundamentado o julgamento recorrido. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 02/04/2002, refere-se a exigência de R\$14.777,40 de imposto, mais multa, tendo em vista que foi constatado que o contribuinte deixou de efetuar a proporcionalidade das saídas isentas para utilização do crédito fiscal referente a energia elétrica e comunicação, na comercialização de mercadorias com saídas tributadas, nos exercícios de 1997 a 2000.

O autuado alega em sua defesa que a exigência fiscal é insubsistente, representa total afronta ao princípio constitucional da não cumulatividade, citando o art. 155, II, da Constituição Federal, ressaltando que toda entrada de mercadoria gera em favor do adquirente um crédito fiscal a ser compensado nas operações de saídas posteriores. Por isso, entende o defendente que é legítima a utilização dos créditos referentes à aquisição de energia elétrica e serviços de comunicação, destacando que em relação à energia elétrica, a mesma é utilizada tanto no processo de industrialização dos produtos que levam a marca do autuado, considerada como insumo, como também nas mercadorias que comercializa. Ressaltou a impossibilidade de norma infra-constitucional restringir o mencionado princípio constitucional da não cumulatividade, citando ensinamentos da doutrina, a exemplo do professor Carrazza e Paulo de Barros Carvalho. Transcreveu o art. 20, da Lei Complementar nº 87/96, argumentando que o legislador complementar estabeleceu o direito do contribuinte utilizar o crédito fiscal, independente de qual seja a destinação da mercadoria ou do serviço. Assim, o defendente argumentou que não incorreu na infração apontada nos autos, ressaltando entendimento de Tribunais Regionais Federais, alegando ainda, que tornar impossível o uso do crédito fiscal implicaria desvirtuar a isenção ou o regime da alíquota zero. Por fim, requereu a improcedência do Auto de Infração.

Os autuantes apresentaram informação fiscal, dizendo que apesar do entendimento de que não é da competência deles discutir sobre a inconstitucionalidade de dispositivos do ICMS, analisaram o art. 155, da Constituição Federal, comentaram sobre o inciso II, do § 3º, do art. 20, da Lei Complementar nº 87/96; art. 52, da Lei nº 4.825/96, e em relação à alegação do defendente quanto às decisões dos Tribunais Regionais Federais na utilização de créditos fiscais referentes a energia elétrica e comunicação, os autuantes ressaltaram que a questão examinada pelos mencionados

tribunais se restringem ao IPI. Por fim, apresentaram o entendimento de que a autuação está de acordo com as normas que regem o ICMS-BA, haja vista que na legislação está previsto 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. Os autuantes consideram que as razões de defesa estão sem fundamento, ressaltando que as decisões judiciais acostadas aos autos pelo defendente se restringem ao IPI. Assim, esperam que o Auto de Infração seja julgado procedente.

A 2ª JJF após analisar as peças processuais, fundamenta e prolata o 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 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 à entradas ou aquisições de mercadorias e serviços tomados, de forma proporcional, conforme previsto no art. 100, § 1º do RICMS/96 e 97.

Observo 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”.

O autuado inconformado com o resultado do julgamento realizado, interpõe Recurso Voluntário quanto ao Acórdão JJF nº 0214-02/04.

Apresenta uma sinopse dos fatos inerentes ao procedimento fiscal, e ao julgamento realizado.

A seguir repete fundamentos apresentados anteriormente, e constantes deste relatório. Argúi o princípio constitucional da não-cumulatividade, que há de ser sempre observado sempre que um contribuinte adquirir mercadoria ou serviço.

Fundamenta a regular fruição por parte do autuado, dos créditos decorrentes da energia elétrica consumida assim como os inerentes ao serviço de comunicação, pois utilizados no funcionamento dos seus estabelecimentos.

Argúi que no caso em comento, caso não seja reconhecido o direito ao crédito, em relação as saídas isentas, verifica-se frustrado o benefício da isenção na sua totalidade, uma vez que, a mesma não estaria sendo usufruída na sua integralidade.

Espera a reforma do Acórdão Recorrido, para que seja julgado IMPROCEDENTE o Auto de Infração em apreço.

A PROFAZ analisa o Recurso, afirma que o mesmo apresenta os mesmos argumentos já apreciados pela 1ª instância, nada trazendo que possa alterar o julgamento reconsiderando.

Opina pelo IMPROVIMENTO do Recurso.

VOTO

Neste Recurso Voluntário, volto a repetir que, infelizmente tenho que concordar com a PROFAZ e a 2ª JJF deste CONSEF.

Também concordo com o entendimento justo do recorrente, de que não aceitar o crédito integral sobre o imposto concernente à energia elétrica e serviço de comunicação, essenciais ao funcionamento dos seus estabelecimentos comerciais, geradores de empregos e tributos, é afrontar o princípio constitucional e basilar do Direito Tributário da Não-Cumulatividade, porém, a legislação inerente e vigente no âmbito estadual, não respalda o direito integral sem o estorno das mercadorias isentas. (Mérito da questão em apreço).

Em razão de não ter fundamentos legais e vigentes na instância administrativa, para respaldar entendimento em sentido contrário, sou obrigado a concordar com o julgamento realizado, e votar pelo NÃO PROVIMENTO deste Recurso Voluntário.

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 149269.0003/02-4, lavrado contra **BOMPREÇO BAHIA S/A**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$14.777,40**, 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

MAX RODRIGUEZ MUNIZ – RELATOR

SYLVIA MARIA AMOÊDO CAVALCANTE - REPR. DA PROFAZ