

PROCESSO	- A. I. Nº 149269.0001/02-1
RECORRENTE	- BOMPREGO BAHIA S/A
RECORRIDA	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO	- RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 4ª JF nº 0223-04/02
ORIGEM	- IFEP-DAT/METRO
INTERNET	- 01.10.02

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJE Nº 0333-12/02

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

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo autuado contra Decisão da 4ª Junta de Julgamento Fiscal que houvera julgado Procedente o Auto de Infração de nº 149269.0001/02-1, exigindo o pagamento do imposto no valor de R\$59.059,93, decorrente de utilização de crédito fiscal a maior, porque o contribuinte não efetuou a proporcionalidade das saídas isentas para a utilização referente a energia e comunicação na comercialização de mercadorias com saídas tributadas, conforme determina o art. 93, parágrafo 1º, do RICMS/96, e art. 93, parágrafo 1º, II, do RICMS/97.

A 4ª Junta de Julgamento Fiscal afastou, inicialmente, a alegação quanto à constitucionalidade do crédito utilizado por entender ser incompetente para sua apreciação. No mérito, concordou com o procedimento adotado pelos autuantes, pois o RICMS/96 dispunha que o crédito fiscal relativo a aquisição de energia elétrica e de serviço de comunicação somente era admitida com a comprovação da efetiva quantidade vinculada a operação de comercialização tributada e, caso não fosse possível essa quantificação, o art. 93, II, parágrafo 9º, daquele Diploma, limitava a apropriação dos créditos a um percentual de 50% do imposto destacado e, além disso, o *caput* do parágrafo 1º, do mesmo art. 93, determinava que, quando algumas das operações fossem tributadas e outras isentas, o crédito seria utilizado proporcionalmente às saídas tributadas.

O recorrente interpôs Recurso Voluntário alegando ser constitucional a utilização dos créditos fiscais objeto da lide, uma vez que amparado no princípio constitucional da não-cumulatividade, que prevê a dedução em operações posteriores do montante de ICMS pago em operações anteriores. Entende que a regra é aplicável às aquisições de energia elétrica e serviço de

comunicação, porque ambos foram utilizados no funcionamento de seu estabelecimento, isto é, na comercialização de mercadorias.

Por fim, afirmou que o não reconhecimento do direito de crédito sobre as saídas isentas, verificasse frustrado o benefício fiscal da isenção na sua totalidade, uma vez que a isenção não estaria sendo usufruída na sua integridade. Citou jurisprudência a respeito. Pediu o provimento do Recurso.

A PROFAZ, em Parecer, opinou pelo Não Provimento do Recurso apresentado, pois o art. 93, do RICMS/96, condicionava a utilização do crédito fiscal às saídas tributadas, restando claro que o recorrente utilizou os créditos fora dos limites permitidos.

VOTO VENCIDO

A autuação decorreu da utilização de crédito fiscal a maior, porque o contribuinte não considerou a proporcionalidade das saídas isentas para a utilização referente a energia e comunicação na comercialização de mercadorias

Contudo, as Leis nº 4.825/89 e nº 7014/96 deram ao contribuinte o direito ao aproveitamento dos créditos relativos ao imposto incidente sobre energia elétrica e serviço de comunicação, atendendo a mandamento Constitucional.

Por isso, entendo que não cabe a restrição de 50% na utilização dos créditos referente sobre as referidas operações.

Registre-se: a Lei n.º 4.825/89, através do seu art. 2º, VI; 10, parágrafo 1º, II, VIII; 11; 13, III; 49, V; 49, parágrafo 3º, 51, IV, permitia o uso do crédito relativo ao imposto incidente sobre energia elétrica e sobre serviços de comunicações. A Lei n.º 7014/96 encampou esse entendimento conforme se pode verificar nos arts. 2º, parágrafo 2º; 5º, IV; 8º, III; 29; 29, “b”, aplicáveis aos créditos sobre operações com energia elétrica e nos arts. 1º, III, 2º, VII; 5º, III, 29 e 29, “c”, para as operações de prestação de serviço de comunicações.

Pelo exposto, voto pelo PROVIMENTO do Recurso apresentado.

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 àquele 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 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 149269.0001/02-1, lavrado contra **BOMPREÇO BAHIA S/A**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$59.059,93**, atualizado monetariamente, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, VII, "a", da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios.

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

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

Sala das Sessões do CONSEF, 18 de Setembro de 2002.

HELCONIO DE SOUZA ALMEIDA - PRESIDENTE

JOSÉ CARLOS BARROS RODEIRO - RELATOR/VOTO VENCIDO

IVONE DE OLIVEIRA MARTINS - VOTO VENCEDOR

MARIA HELENA CRUZ BULCÃO - REPR. DA PROFZ