

PROCESSO - A.I. Nº 281228.0039/02-1  
RECORRENTE - BOMPREÇO BAHIA S/A  
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 2ªJJF nº 0253-02/02  
ORIGEM - INFACALÇADA  
INTERNET - 06.11.02

## 1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO CJF Nº 0394-11/02

**EMENTA:** ICMS. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO A MAIS. 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. Correto e fundamentado o julgamento recorrido. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime.

### RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 02/04/2002, exige o ICMS no valor de R\$ 25.874,90, relativo aos exercícios de 1997 a 2000, sob a acusação de que o contribuinte deixou de efetuar a proporcionalidade das saídas isentas para utilização do crédito fiscal referente a energia elétrica e ao serviço de comunicação, utilizados na comercialização de mercadorias com saídas tributadas, conforme demonstrativos às fls. 10 a 15 dos autos, nos termos do art. 93, § 1º, do RICMS aprovado pelo Decreto nº 5.444/96 e art. 93, § 1º, II, do RICMS aprovado pelo Decreto nº 6.284/97.

O autuado apresentou defesa, às fls. 25 a 34, inicialmente alegando que o Auto de Infração é insubsistente tendo em vista que, ao se utilizar dos créditos fiscais “glosados” pela fiscalização, encontra-se apoiado no princípio constitucional da não-cumulatividade, nos termos do art. 155, II, §2º, I e II da Constituição da República, uma vez que é absolutamente legal a utilização dos créditos fiscais da energia elétrica e do serviço de comunicação, os quais são totalmente necessários e utilizados no regular funcionamento de seus estabelecimentos comerciais, tanto nos processos de industrialização dos produtos da sua marca, assim considerados como insumos, quanto na comercialização das mercadorias. Aduz da impossibilidade de norma infra-constitucional restringir o aludido princípio constitucional da não-cumulatividade. Transcreve o artigo 20, da Lei Complementar nº 87/96 e alega que o legislador complementar conferiu ao contribuinte o direito ao crédito do ICMS, “independentemente da origem ou da destinação da mercadoria ou do serviço, bastando que sobre estas operações façam incidir o imposto”, confirmando um direito atribuído ao contribuinte desde a Constituição de 1988. Afirma o direito à utilização de tais créditos fiscais, mesmo quando das saídas isentas, sob pena de tornar inócua a isenção e ferir a “incumulatividade” do tributo. Por fim, cita doutrina e decisões judiciais sobre IPI, do que pede a improcedência do Auto de Infração.

Os autuantes, em sua informação fiscal, às fls. 38 a 43, aduzem que apesar de entenderem que não é de sua competência discutir a inconstitucionalidade dos dispositivos da Lei nº 4.825/89 e do RICMS/96, faz uma análise do artigo 155, inciso II, e do seu § 2º, inciso II, alínea “b”, da Constituição Federal, onde esclarecem que a Carta Magna deixa claro que “nas operações com isenção ou não incidência, os créditos das operações anteriores devem ser anulados”.

Alegam que a Lei Complementar nº 87/96, no § 3º do artigo 20, veio confirmar o dispositivo constitucional ao dispor sobre a vedação ao crédito, relativo às entradas de mercadorias, quando as saídas ou as prestações subsequentes não forem tributadas ou estiverem isentas do imposto estadual, o que foi repetido pela Lei nº 4.825/89, no seu artigo 52, inciso I.

Registram que, de acordo com o RICMS/96 (artigo 93, inciso II, §§ 1º e 9º, inciso II, alínea “a” e o artigo 124), devem ser anulados os créditos relativos às entradas de mercadorias no estabelecimento, ou serviços a ele prestados, cujas saídas estejam beneficiadas por isenção ou não incidência do imposto, sendo que, se algumas dessas operações de saídas ou prestações foram 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.

Finalizam ressaltando que as decisões judiciais trazidas aos autos não procedem, uma vez que a questão examinada pelos juizes restringe-se ao Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI) e no próprio acórdão nº AC 1999.04.01.12.9975-3/RS, citado pelo autuado, observa-se claramente a vedação do direito ao crédito relativamente ao ICMS.

A 2ª Junta de Julgamento Fiscal do CONSEF, após analisar as peças processuais, fundamenta e prolatou o 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. 10 a 15 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 a 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 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 constitucionalidade dos dispositivos legais invocados pelo autuante, não adentrando o mérito da autuação, entendo que está correto o lançamento do crédito tributário.

Dante do 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 0253-02/02. (fls. 63 a 67).

Fundamenta a interposição do Recurso, e diserne sobre o procedimento fiscal e o julgamento pela sua procedência.

A seguir cita o artigo nº 155, II, § 2º, I da Constituição Federal, para afirmar que, pelo princípio da não cumulatividade do imposto, o montante do ICMS recolhido em cada operação, transforma-se em crédito fiscal que será deduzido do imposto a pagar quando da prática de outras operações.

No presente caso, tanto as aquisições de energia elétrica quanto dos serviços de comunicação, imprescindíveis no regular funcionamento dos seus estabelecimentos comerciais, geram direito ao crédito do imposto destacado nos documentos inerentes.

Afirma que a energia elétrica foi considerada uma mercadoria pela nossa Constituição Federal.

Cita as situações em que deve prover a regular fruição por parte dos contribuintes, dos créditos decorrentes da entrada de energia elétrica consumida nos seus estabelecimentos.

Não deve prevalecer a presente autuação, pois, caso não seja reconhecido o direito ao crédito sobre energia elétrica e serviços de comunicação nos casos das saídas isentas, verifica-se frustado o benefício fiscal de isenção na sua totalidade, uma vez que a isenção não estaria sendo usufruída na sua integridade.

Reconhecendo esse direito dos contribuintes , os tribunais superiores já se pronunciaram em diversas decisões, as quais, transcreve.

Volta a repetir que caso os contribuintes sejam obrigados a estornar os créditos fiscais referentes as aquisições de energia e serviços de comunicação, quando das saídas isentas, não estarão os mesmos usufruindo o benefício fiscal da isenção na sua totalidade, o que deve ser reconhecido pelo CONSEF, e ser julgado IMPROCEDENTE este Auto de Infração.

A PROFAZ analisa o Recurso, afirma estar correto e fundamentado o procedimento fiscal, cita os artigos inerentes a matéria em questão, previstos pelos RICMS/96 e RICMS/97, conclui que os argumentos apresentados são incapazes de alterar o julgamento recorrido, e opina pelo NÃO PROVIMENTO. (fls. 77 e 78).

## VOTO

De início, registro que acolho, integralmente, o opinativo da Douta PROFAZ acima mencionado, pelo fato de que, efetivamente, não vislumbro nos argumentos do recorrente elementos suficientes para alterar o julgado.

No tocante às questões de direito suscitadas pelo recorrente, vejo que a autuação está respaldada na legislação tributária estadual, a qual, no que pertine à matéria sob exame, não existe qualquer sentença oriunda do STF declarando sua constitucionalidade.

Entendo que, para que se respeite o princípio da não cumulatividade do imposto, há de ser observada a essência do imposto estadual na medida em que, as vedações de crédito previstas na legislação tributária se aplicam a operações cujas saídas ocorram sem tributação.

Observo que sob o ponto de vista tributário, a questão está corretamente analisada e muito bem fundamentada pela 2<sup>a</sup> Junta de Julgamento Fiscal, conforme pode ser observado no Voto proferido pelo seu ilustre Relator, o qual está transscrito no relatório que precede o presente voto, cuja fundamentação ali esposada acolho sem qualquer restrição, ao tempo em que não alcançou nas razões do Recurso, elementos jurídicos suficientes para modificar o julgamento recorrido já que, o procedimento fiscal está respaldado na legislação tributária estadual vigente à época dos fatos ensejadores da autuação, que contém vedações expressas quanto à utilização do crédito fiscal quando as operações de saídas subsequentes forem isentas ou não tributadas. Há ainda de ser ressaltado que, tanto nas operações de aquisições de energia elétrica quanto nos serviços de comunicação, a legislação também prevê a proporcionalidade na utilização dos créditos em relação às operações tributáveis.

Do exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO deste Recurso Voluntário e pela manutenção integral da Decisão Recorrida.

### **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 1<sup>a</sup> 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 281228.0039/02-1, lavrado contra **BOMPREÇO BAHIA S/A**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$25.874,90**, atualizado monetariamente, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, VII, “b”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios.

Sala das Sessões do CONSEF, 17 de outubro de 2002.

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS - PRESIDENTE

MAX RODRIGUEZ MUNIZ – RELATOR

SYLVIA MARIA AMOÊDO CAVALCANTE - REPR. DA PROFAZ