

<b>PROCESSO</b>	- A. I. Nº 110424.0006/02-4
<b>RECORRENTE</b>	- BOMPREGO BAHIA S/A.
<b>RECORRIDA</b>	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
<b>RECURSO</b>	- RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 2ª JJF nº 0216-02/02
<b>ORIGEM</b>	- IFEP-DAT/METRO
<b>INTERNET</b>	- 12.11.02

## 2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO C/JF Nº 0396-12/02

**EMENTA: ICMS. a) CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO A MAIS. ENERGIA ELÉTRICA E SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO. EXIGÊNCIA DE IMPOSTO.** A lei veda a utilização do crédito de serviços de energia elétrica e de comunicação, quando as operações subsequentes forem isentas ou não tributadas. É devido o estorno ou anulação proporcional ao crédito fiscal relativo às entradas ou aquisições de mercadorias e de serviços, quando as saídas forem objeto de operação subsequente isenta ou não tributada. Infração caracterizada. Não se inclui na competência dos órgãos julgadores a apreciação de arguições de inconstitucionalidade da legislação tributária. Mantida a Decisão Recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão por maioria.

## RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo sujeito passivo, respaldado no art. 169, I, “b”, do RPAF/99, apresentado tempestivamente, contra a Decisão Proferida no Acórdão nº 0216-02/02 da 2ª Junta de Julgamento Fiscal que julgou Procedente o Auto de Infração acima epigrafado.

A acusação fiscal descrita na peça exordial, decorre do fato de ter o contribuinte deixado de efetuar a proporcionalidade das saídas isentas na utilização dos créditos de energia elétrica e de comunicação, na comercialização de mercadorias com saídas tributadas, referente ao período de janeiro de 1997 a dezembro de 2000.

As razões apresentadas no Recurso Voluntário em síntese foram as seguintes:

- 1) que o julgamento da procedência da autuação se revela insubsistente porque a utilização dos créditos, estaria respaldado na regra da não cumulatividade do ICMS inserta no art. 155, inciso II, § 2º, inciso I, da Constituição Federal de 1988;
- 2) entende que toda e qualquer entrada independente da sua destinação, havendo o destaque do imposto, enseja o creditamento, porque ao seu ver não é somente um direito, mas, um dever do contribuinte. E que aí estariam os créditos de energia elétrica e de comunicação, transcrevendo o § 3º, do art. 155, da CF;
- 3) diz que é legal a utilização dos referidos créditos, por que utiliza tanto no processo de industrialização dos produtos, quanto na comercialização das mercadorias;
- 4) alega que não se reconhecendo o direito ao crédito, quando houver saída isenta estaria frustrando o benefício fiscal da isenção na sua totalidade. Cita decisão do Tribunal de São Paulo.

Ao final requer a improcedência do Auto de Infração.

A PROFAZ exarou Parecer à fl. 137, onde após um relato do processo, concluiu que o art. 93, do RICMS/96, condiciona o crédito às saídas tributadas, e por não ter o autuado feito o creditamento nos limites permitidos, ao não estabelecer a proporcionalidade em relação às saídas isentas e não tributadas, considerou correta a exigência fiscal e opinou pelo Não Provedimento do Recurso.

## VOTO

Inicialmente, analisando as peças que compõem o presente processo, verifico que os autuantes procederam antes do lançamento de ofício, o Termo de Intimação para pagamento da infração apurada, às fls. 11 a 22 dos autos. Tendo o contribuinte através de seu preposto, à fl. 12, tomado ciência do mesmo, bem como recebido cópia dos demonstrativos de fls. 13 a 22 dos autos.

Quanto ao mérito da autuação, constata-se que a exigência fiscal decorre do procedimento irregular do contribuinte ao deixar de fazer o cálculo da proporcionalidade dos créditos quando das saídas das mercadorias tributárias, em face da ocorrência de saídas isentas e não tributadas como é o caso ora em comento. Tal procedimento nos remete à regra inserta no artigo 100 e seu § 1º, do RICMS/97, que determina o estorno do crédito das mercadorias isentas, na apropriação dos créditos, e conforme o art. 30, inciso I, da Lei nº 7.014/96, relativos à energia elétrica e aos serviços de comunicação, por ocasião das saídas, pois relativamente às isentas e não tributadas não prevê neste caso, a manutenção dos créditos, e a legislação estabelece que o contribuinte deverá fazer a proporcionalidade dos créditos para utilizar apenas os créditos concernentes às mercadorias tributadas.

Constata-se que o recorrente centraliza sobre o princípio constitucional da não cumulatividade do imposto e defende que o direito ao crédito não deve sofrer limitação por legislação infra constitucional (lei complementar, ordinária, convênio ou ato administrativo).

Assim, após a análise das razões recursais apresentadas pelo sujeito passivo, ora recorrente passo a decidir:

O cerne da demanda resulta da utilização de crédito fiscal relativo a energia elétrica e a aquisição de serviço de comunicação, sendo que não foi feita a proporcionalidade ao utilizar o crédito fiscal, concernente às mercadorias isentas.

Tendo o contribuinte procedido em colisão ao Regulamento do ICMS, que no art. 97, inciso III, veda o crédito relativo às entradas cujas saídas não estejam tributadas ou estejam isentas do imposto, e na hipótese de utilizar o crédito relativo às mercadorias, inclusive os serviços a ela relativos forem objeto de saída não sujeita ao ICMS, por isenção, não incidência ou imunidade, sendo essa circunstância imprevisível à data da entrada, ressalvadas as disposições expressas de manutenção de crédito (art. 99, V, do RICMS/89, e art. 93, § 1º, do RICMS/96).

Deste modo, considero que não assiste razão ao recorrente quando argüi que não foi observado o princípio da não cumulatividade do ICMS, e por isso, entende que toda entrada independente de sua destinação enseja o creditamento, e que aí estariam inseridas as aquisições de energia elétrica e comunicação.

Ressalto que este tem sido o entendimento reiterado, embora não unânime, nos julgados acerca desta matéria, entendendo que não fere ao princípio constitucional da não cumulatividade do ICMS, porque o próprio texto normativo prevê a anulação dos créditos nas operações isentas ou não tributáveis, conforme o disposto no art. 155, § 2º, da CF/88.

Ademais a Lei Complementar nº 87/96, veda no seu art. 20, § 3º, inciso II, a utilização dos créditos quando a saída subsequente ocorrer sem tributação ou com isenção de imposto.

Acerca da arguição de inconstitucionalidade da legislação, não se trata de matéria da competência deste órgão de julgamento conforme dispõe o art. 167, I, do RPAF/99.

Pelo acima exposto, mantenho a Decisão Recorrida e em consonância com a PROFAZ, NEGOU PROVIMENTO ao Recurso.

### RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho da 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 110424.0006/02-4, lavrado contra **BOMPREGO BAHIA S/A.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$50.823,82**., 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 Raimundo Ferreira dos Santos, José Carlos Boulhosa Baqueiro, José Carlos Barros Rodeiro.

Sala das Sessões do CONSEF, 30 de Outubro de 2002.

HELCONIO DE SOUZA ALMEIDA - PRESIDENTE

IVONE DE OLIVEIRA MARTINS - RELATORA

MARIA HELENA CRUZ BULCÃO - REPR. DA PROFAZ