

PROCESSO - A.I. Nº 2812280048/02-0
RECORRENTE - BOMPREGO BAHIA S/A
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JF nº 0332-02/02
ORIGEM - INFAZ CALÇADA
INTERNET - 29.11.02

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0408-11/02

EMENTA: ICMS. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. ENERGIA ELÉTRICA E SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO. FALTA DE ESTORNO DO IMPOSTO NA PROPORCIONALIDADE DAS SAÍDAS DE MERCADORIAS 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. Correto e fundamentado o julgamento recorrido. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 16/07/2002, refere-se a exigência de R\$4.751,17 de imposto, mais multa, tendo em vista que foi constatado que o contribuinte deixou de efetuar a proporcionalidade de saídas isentas para utilização do crédito fiscal referente a energia elétrica e comunicação, na comercialização de mercadorias com saídas tributadas, no período de janeiro a junho de 1997.

O autuado alega em sua defesa que a exigência fiscal não pode prosperar, considerando que os créditos apurados pelos autuantes encontram-se atingidos pela decadência, e de acordo com o § 4º, do art. 150, do CTN, o prazo é de cinco anos a contar da ocorrência do fato gerador. Disse que por se tratar o ICMS de tributo sujeito ao lançamento por homologação, a autoridade fazendária tem o prazo de cinco anos para homologar o lançamento realizado. Citou decisões de tribunais. O defendente apresentou o entendimento de que ocorreu preclusão do sujeito ativo da relação obrigacional, culminando com a extinção do crédito fiscal, isto é, decaiu o direito da Fazenda Pública Estadual de realizar a homologação do imposto lançado.

O defendente argumentou ainda, que se verifica o direito do autuado de utilização dos créditos fiscais tratados na exigência fiscal, tendo em vista que afronta o princípio constitucional da não cumulatividade. Disse que toda entrada de mercadoria ou serviço tomado, independente de sua destinação, gera em favor do adquirente um crédito fiscal que deverá ser compensado nas operações de saídas posteriores. Ressaltou que a energia elétrica foi considerada pela Constituição Federal uma mercadoria, sendo absolutamente legal a utilização dos créditos referentes à aquisição de energia elétrica e de serviços de comunicação pelo autuado, e que é sabido por todos que são utilizados nos processos de industrialização dos produtos e na comercialização de mercadorias. Pede que o Auto de Infração seja julgado improcedente.

Os autuantes apresentaram informação fiscal, dizendo que deve ser rejeitada a alegação de decadência. Comentou sobre o art. 150 do CTN, art. 28 do COTEB e art. 90 do RICMS/97, além do art. 155 da Constituição Federal. Quanto à não cumulatividade, ressaltaram que é assegurado ao sujeito passivo o direito de creditar-se do imposto anteriormente cobrado em operações relativas às entradas de mercadorias no estabelecimento, citando vedações regulamentares ao uso do crédito. Disseram que a não cumulatividade do ICMS consignada na legislação estadual não afronta o texto constitucional, destacando que o RICMS-BA prevê a anulação do crédito relativo a entrada de mercadorias ou serviços prestados, cujas saídas estejam beneficiadas por isenção ou não incidência do imposto, e se algumas operações forem tributadas e outras forem isentas ou não tributadas, o crédito será utilizado proporcionalmente às operações de saídas e às prestações tributadas pelo imposto. Por fim pedem que o Auto de Infração seja julgado inteiramente procedente.

A 2ª Junta de Julgamento Fiscal do CONSEF, após analisar as peças processuais, fundamenta e prolata o seguinte voto:

“Analisando a alegação do defendente de que o imposto exigido pelos autuantes encontra-se atingido pela decadência, constatei que na data da autuação fiscal o prazo de cinco anos previsto na legislação ainda não havia expirado, considerando que a contagem inicia no primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ser efetuado, conforme art. 965 do RICMS/96, bem como do RICMS/97, que reproduzem os termos constantes do art. 173 do CTN.

O Auto de Infração trata da falta de proporcionalidade de mercadorias isentas e não tributáveis para utilização de crédito fiscal referente às aquisições de energia elétrica e serviços de comunicação, considerando que o autuado comercializa com mercadorias tributáveis e isentas.

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.

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.

Do mesmo modo, no 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 à 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 às entradas ou aquisições de mercadorias e serviços tomados, de forma proporcional, conforme previsto no art. 100, § 1º do RICMS/96 e 97.

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 inconformada com o resultado do julgamento realizado pela 2ª Junta de Julgamento Fiscal, interpõe Recurso Voluntário quanto ao Acórdão JJF nº 0332-02/02 (fls. 70 a 74).

Comenta as infrações fiscais que lhe foram imputadas, sua peça defensiva, e o julgamento realizado que considerou PROCEDENTE o Auto de Infração.

A seguir repete integralmente sua fundamentação quanto a ocorrência do instituto da decadência, constante inclusive do relato, citando o artigo 150, § 4º do CTN, e afirmando que não poderia o Decreto nº 6284/97 Lei Ordinária Federal nº 5.172/66.

Argúi existir evidente ilegalidade e abuso cometidos pela regra constante no artigo nº 965 do RICMS/97, sendo absolutamente improcedente o presente Auto de Infração.

Volta a repetir sua argumentação anterior de referência ao princípio constitucional da não-cumulatividade previsto no artigo 155, II, § 2º, I, da CF, que prevê sobre o montante de ICMS recolhido em cada operação transforma-se num crédito fiscal, que será deduzido do quantum de imposto a pagar quando da realização de novas operações.

Discerne sobre suas aquisições tanto de energia elétrica quanto de serviços de comunicação, considerados mercadorias pela C.F., e totalmente necessários no regular funcionamento dos seus estabelecimentos comerciais.

Ressalta que as Leis nº 4825/89 e posteriormente a de nº 7014/96. Conferiram aos adquirentes o direito a utilização dos créditos oriundos das aquisições tanto de energia elétrica, como de serviços de comunicação. Sendo incabível a restrição por parte da SEFAZ/Ba em restringir essa utilização a 50% do valor dos créditos. Transcreve trecho do voto vencido da Resolução recorrida e decisões superiores sobre a questão, o que deve ser reconhecido por este CONSEF, pois caso contrário, tendo os contribuintes que estornar 50% dos créditos inerentes as aquisições de energia elétrica e serviços de comunicação quando das saídas isentas, não estarão os mesmos usufruindo o benefício fiscal da isenção.

Requer que seja reformado o Acórdão Recorrido, e julgado IMPROCEDENTE o Auto de Infração.

A PROFAZ analisa o Recurso, afirma que as razões recursais são as mesmas apresentadas anteriormente na defesa, e que a Decisão Recorrida não carece de reforma. (fls. nºs 82 e 83).

Cita a previsão contida no artigo nº 28 do COTEB, e art. 90 do RICMS/97, para afastar a arguição de decadência suscitada.

Argúi os preceitos contidos no artigo 155, § 2º, da CF, a Lei Complementar nº 87/96 e a Lei Estadual nº 7014/96 para fundamentar o acerto do procedimento fiscal. Opina pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso.

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 inconstitucionalidade.

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 2ª Junta de Julgamento Fiscal, conforme pode ser observado no Voto proferido pelo seu ilustre Relator, o qual está transcrito no relatório que precede o presente voto, cuja fundamentação ali esposada acolho sem qualquer restrição, ao tempo em que não alcanço 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 vedação expressa quanto à utilização do crédito fiscal quando as operações de saídas subseqüentes 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 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário interposto e homologar a Decisão Recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **281228.0048/02-0**, lavrado contra **BOMPREÇO BAHIA S/A**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$4.751,17**, 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, 31 de outubro de 2002.

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS - PRESIDENTE

MAX RODRIGUEZ MUNIZ – RELATOR

ADRIANA LOPES VIANNA DIAS DE ANDRADE - REPR. DA PROFAZ