

A. I. Nº -149269.0001/02-1
AUTUADO -BOMPREÇO BAHIA S/A.
AUTUANTES -LAÍRA AZEVEDO SANTANA LEAL, VALDEMIR NOGUEIRA DE OLIVEIRA e
LELITA VIEIRA TIGRE DA SILVA
ORIGEM -INFAZ SIMÕES FILHO
INTERNET - 05. 07. 2002

4^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0223-04/02

EMENTA: ICMS. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO A MAIS.
a) ENERGIA ELÉTRICA. b) SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO.
A legislação veda a utilização de crédito fiscal de energia elétrica e de comunicação, nos estabelecimentos comerciais, quando as operações subsequentes forem isentas ou não tributadas. O contribuinte não efetuou o estorno proporcional às saídas não tributadas. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide foi lavrado em 02/04/02 para exigir ICMS, no valor de R\$ 59.059,93, por ter o autuado deixado de efetuar a proporcionalidade das saídas isentas para a utilização do crédito fiscal de ICMS referente a aquisições de energia elétrica [e comunicação] utilizadas na comercialização de mercadorias com saídas tributadas, conforme determina o artigo 93, § 1º, do RICMS-BA, aprovado pelo Decreto 5.444/96.

O autuado apresentou defesa tempestiva (fls. 82 a 91) e, inicialmente, alegou que o Auto de Infração é insubstancial, uma vez que a utilização dos créditos fiscais em questão está apoiada em normas constitucionais. Após afirmar que a presente autuação ofende o princípio da não cumulatividade, transcreveu o art. 155, II, e § 2º, I e II, da Constituição Federal, explicou como deve ser considerado o crédito fiscal e ressaltou que a utilização do crédito nas entradas é um dever do contribuinte, além de ser um direito. Em seguida, asseverou que tem direito aos créditos fiscais relativos às aquisições de energia elétrica e de serviços de comunicação, pois eles foram utilizados no funcionamento de seu estabelecimento. Ressalta que a energia elétrica é considerada uma mercadoria e, além de utilizada na comercialização, é também empregada na industrialização de produtos que levam a sua marca.

Prosseguindo em sua defesa, o autuado frisa que o ICMS está adstrito ao princípio constitucional da não cumulatividade e que a legislação infraconstitucional não pode restringir esse direito, sendo inconstitucional qualquer limitação ao pleno direito ao crédito do ICMS. Afirma que os dispositivos que os autuantes consideraram violados restringem o seu direito constitucional aos créditos oriundos das aquisições de energia elétrica e de serviços de comunicação, vez que são considerados insumos vinculados a comercialização, industrialização, produção, geração, extração ou prestação, que sejam nele consumidos ou integrem o produto final ou o serviço na condição de elementos indispensáveis à produção, composição ou prestação, conforme o caso, de mercadorias comercializadas e serviços essenciais ao seu regular funcionamento. Cita estudiosos do direito e dispositivos constitucionais relacionados com direitos e garantias dos contribuintes.

Transcreve o art. 20 da Lei Complementar nº 87/96 para auxiliar a fundamentação de seu entendimento de que tem direito aos créditos fiscais em questão.

De acordo com o autuado, mesmo no caso de saídas isentas ou não tributadas, ele tem o direito ao crédito fiscal decorrente de aquisições de energia elétrica e de comunicação. Explica que, caso assim não ocorra, a isenção torna-se inócuia e fere a não cumulatividade, pois desnatura o ICMS. Diz que se toda a cadeia produtiva não for beneficiada com a utilização do crédito fiscal, não haverá isenção, mas diferimento. Aduz que o direito ao crédito é evidente tanto na aquisição de mercadoria já com isenção, cuja saída é tributada, quanto na entrada destinada à industrialização ou demais processos de mercadorias com saídas isentas. Cita decisões do TRF da 4^a Região e do Juiz Federal da 11^a Vara da Seção Judiciária da Bahia.

Ao final da sua peça defensiva, o autuado solicita a improcedência do Auto de Infração.

Na informação fiscal, os autuantes afirmam que não lhes cabe discutir a constitucionalidade de dispositivos do RICMS-BA, porém analisam o art. 155 da Constituição Federal e compararam esse dispositivo com o art. 20 da Lei Complementar nº 87/96 e com o art. 52 da Lei nº 4825/96 [4825/89].

Os autuantes salientam que os artigos 97 e 99 (RICMS-BA/89) e os artigos 93 e 124 (RICMS-BA/96) estabelecem que o uso do crédito fiscal referente à aquisição de energia elétrica e de serviços de comunicação deve ser proporcional às saídas tributadas.

Afirmam os auditores que não procede a alegação defensiva pertinente à utilização de crédito fiscal mesmo quando as saídas são isentas, pois as questões examinadas pelos juizes são restritas ao Imposto sobre Produtos Industrializados. Frisam que, no AC 1999.04.01.12.9975-3/RS (fl. 89), citado pelo autuado, está clara a vedação do direito ao crédito relativamente ao ICMS.

Ao encerrar a informação fiscal, os autuantes solicitam que o lançamento seja julgado procedente.

VOTO

Inicialmente, ressalto que os autuantes descreverem a infração como sendo referente à utilização de créditos fiscais relativos a energia elétrica, porém o presente lançamento trata de apropriação de créditos fiscais referentes à energia elétrica e comunicação. Essa falha dos auditores não impediu o autuado de entender a acusação que lhe foi feita, uma vez que os demonstrativos integrantes do Auto de Infração não deixam dúvida que a autuação é referente a créditos fiscais de energia elétrica e de comunicação, além do mais, foi dessa forma que o autuado se defendeu.

Deixo de acatar as alegações defensivas pertinentes à inconstitucionalidade da legislação tributária estadual ao limitar o direito à plena utilização de créditos fiscais referentes a aquisições de energia elétrica e de serviços de comunicação, uma vez que, de acordo com o artigo 167, I, do RPAF/99, a declaração de inconstitucionalidade não se inclui entre as competências deste órgão julgador.

Analizando a lide de acordo com a legislação tributária estadual vigente à época dos fatos geradores, verifica-se que a Lei nº 7.014/96, no seu art. 29, expressamente admite a utilização, como crédito fiscal, do imposto anteriormente cobrado nas aquisições de energia elétrica e de serviço de comunicação tomado, dentre outras hipóteses.

Como bem demonstraram os autuantes na informação fiscal, a exigência do estorno do crédito fiscal proporcional as saídas não tributadas está em perfeita harmonia com a Constituição Federal, senão vejamos: a) o artigo 155, § 2º, II, “a”, da Constituição Federal prevê que a isenção

acarretará a anulação do crédito fiscal referente às operações anteriores; b) o artigo 20, § 3º, da Lei Complementar nº 87/96 veda a utilização de crédito fiscal referente à mercadoria ou serviço tomado, quando a saída subsequente for isenta; c) o art. 30, I, da Lei nº 7014/96 dispõe que deverá ser estornado o crédito fiscal apropriado relativo à entrada ou serviço tomado quando a saída for isenta; d) o art. 100, § 1º, do RICMS-BA/97 prevê que quando algumas das operações subsequentes forem tributadas e outras isentas, o contribuinte deverá estornar o crédito fiscal de forma proporcional às saídas isentas ou não tributadas.

Dessa forma, a legislação tributária estadual, de acordo com o sistema tributário nacional, condiciona a utilização dos créditos fiscais à proporcionalidade das saídas tributadas, o que exigiu do contribuinte a realização de estorno da parcela correspondente às saídas isentas e/ou não tributadas, conforme previsto no art. 100, § 1º, do RICMS/97. Tendo em vista que, no caso em apreço o autuado não observou a disposição regulamentar, entendo que a infração ficou caracterizada e que assiste razão aos autuantes.

Quanto ao argumento defensivo de que a energia elétrica adquirida e o serviço de comunicação tomado eram também utilizados na industrialização de produtos que levam a sua marca, esse fato não invalida a acusação, uma vez que a atividade preponderante do autuado era a comercialização e, nos autos, não restou comprovado que ele desenvolve tal atividade em seu estabelecimento.

Não acato a tese defensiva de que é correta a apropriação de créditos fiscais referentes a aquisições de energia elétrica e de comunicação mesmo quando as saídas forem isentas, pois, conforme demonstrado acima, o argumento defensivo não procede. As decisões citadas pelo autuado, além de serem referentes ao IPI, em seu texto, expressamente, ressaltam que: *O fato de a Constituição Federal vedar esse direito quanto ao ICMS não significa que o mesmo tratamento deva ser dado ao IPI, [...].*

Por fim, ressalto que quanto aos valores, não houve contestação por parte do autuado.

Pelo acima exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 149269.0001/02-1, lavrado contra **BOMPREÇO BAHIA S/A**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 59.059,93**, atualizado monetariamente, acrescido de multa de 60%, prevista no inciso VII “a”, do artigo 42 da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios.

Sala das Sessões do CONSEF, 27 de junho de 2002.

ANSELMO LEITE BRUM – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

ÁLVARO BARRETO VIEIRA - RELATOR

EDUARDO RAMOS DE SANTANA - JULGADOR