

A. I. Nº -110424.0007/02-0
AUTUADO -BOMPREGO BAHIA S/A.
AUTUANTES -LAÍRA AZEVEDO SANTANA LEAL, VALDEMIR NOGUEIRA DE OLIVEIRA, LELITIA VIEIRA TIGRE DA SILVA, REGINALDO CÂNDIDO DE MEDEIROS FILHO e ABELARDO DE ANDRADE CARDOSO
ORIGEM -INFAZ SIMÕES FILHO
INTERNET - 05. 07. 2002

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0224-04/02

EMENTA: ICMS. CRÉDITO FISCAL. **a)** UTILIZAÇÃO A MAIS. SERVIÇOS DE COMUNICAÇÃO E ENERGIA ELÉTRICA. 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. **b)** UTILIZAÇÃO INDEVIDA. FALTA DE APRESENTAÇÃO DO DOCUMENTO FISCAL COMPROBATÓRIO. Infrações comprovadas. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 02/04/02, exige ICMS, no valor total de R\$ 38.632,71, em decorrência das seguintes irregularidades:

1. Deixou de efetuar a proporcionalidade de isentas para a utilização do crédito fiscal referente a energia elétrica e comunicação utilizadas na comercialização de mercadorias com saídas tributadas, conforme determina o art. 93, § 1º, do RICMS-BA/96.
2. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS sem a apresentação do competente documento comprobatório do direito ao referido crédito. Trata-se de crédito constante no livro Registro de Apuração do ICMS, no campo “Crédito do Imposto”, como “Crédito do Mês Anterior”, no mês de janeiro de 1997, quando no mês anterior o saldo foi devedor.

O autuado apresentou defesa tempestiva (fls. 89 a 98) e, inicialmente, alegou que o Auto de Infração é insubsistente, 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 restrição 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 inócua 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 4ª Região e do Juiz Federal da 11ª 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 comparam 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. 96), 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

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.

Relativamente à infração 1, analisando 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

subseqüente 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 subseqüentes 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 ao crédito 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.

Quanto à infração 2, constato que o autuado não se defendeu da acusação que lhe foi imputada. Interpreto esse silêncio do contribuinte como um reconhecimento, tácito, da infração, a qual está devidamente caracterizada e é procedente.

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 **110424.0007/02-0**, lavrado contra **BOMPREGO BAHIA S/A**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 38.632,71**, 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