

PROCESSO - A.I. N° 149269.0020/01-8  
RECORRENTE - BOMPREÇO BAHIA S/A.  
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 1ª JJF n° 0123-01/02  
ORIGEM - INFAS SIMÕES FILHO  
INTERNET - 17.06.02

**1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO CJF N° 0214-11/02**

**EMENTA: ICMS. CRÉDITO FISCAL.** **a)** UTILIZAÇÃO A MAIS. ENERGIA ELÉTRICA E SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. A lei veda a utilização de crédito de serviços de energia elétrica e de comunicação, quando as operações subsequentes forem isentas ou não tributadas. Não efetuado o estorno proporcional às saídas não tributadas. Infrações confirmadas. **b)** UTILIZAÇÃO INDEVIDA. SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. À época dos fatos era vedada a utilização de crédito fiscal relativo a serviço de comunicação por estabelecimento comercial. Infração confirmada. Rejeitadas as preliminares de nulidade. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

O Auto de Infração, lavrado em 28/12/01, reclama imposto no valor de R\$9.034,83, pelas seguintes razões:

- 1) utilizou a mais credito fiscal de ICMS relativo a aquisição de energia elétrica utilizada na comercialização de mercadorias, conforme determinam os arts. 97, III e X e 99, V, do RICMS/89, além do art. 93, caput e § 1º do RICMS/96, nos meses de janeiro/96 a outubro/96, no valor total de R\$6.452,04;
- 2) utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS relativo a aquisição de serviços de comunicação utilizados na comercialização de mercadorias, no mês de junho/96, no valor de R\$586,59;
- 3) utilizou a mais credito fiscal de ICMS relativo a aquisição de serviços de comunicação utilizado na comercialização de mercadorias, conforme determina o art. 93, caput e § 1º, do RICMS/96, nos meses de julho/96 a outubro/96, no valor total de R\$449,99;
- 4) deixou de efetuar a proporcionalidade, para utilização de crédito fiscal nas aquisições de energia elétrica e de serviços de comunicação, referente a saídas com mercadorias tributadas, conforme art. 93 caput e § 1º, do RICMS/96, nos meses de novembro e dezembro/96, no valor total de R\$1.546,21.

O autuado, às fls. 47 a 56, apresenta defesa alegando ser inconsistente a autuação, por estar o contribuinte apoiado em normas constitucionais referente à utilização daqueles créditos.

Diz que na autuação foram descumpridos alguns dispositivos do RPAF/99 que leva a decretação da nulidade formal do procedimento fiscal, por absoluto cerceamento do direito de defesa, quais sejam:

- 1) não consta da autuação a data inicial dos trabalhos de fiscalização, a fim de que possa o autuado fiscalizar o lapso temporal tomado pela Fiscalização (§1º, do art. 28, do RPAF/99). Que o prazo de 60 dias apenas poderia ser prorrogado mediante comunicação escrita da autoridade competente, e que tal fato não foi trazido aos autos;
- 2) também descumpriu os arts. 41, II e 46, do RPAF/99, já que não foram entregues ao contribuinte, quando da ciência do Auto de Infração, todos os termos, demonstrativos e levantamentos, além das provas necessárias à demonstração dos fatos argüidos pelo autuante. Que sem a presença da base de tal imputação, retira-se o direito a essa contradição, cerceando-lhe a defesa. Violação de norma constitucional reconhecido, inclusive, pelo art. 2º do Regulamento de Processo Administrativo Fiscal.

Diz ter havido ofensa ao princípio constitucional da não cumulatividade, transcrevendo o inc. II, §2º, incisos I, II, “a” e “b”, do art. 155 da Constituição Federal. Que o mecanismo da não cumulatividade há de ser sempre observado toda vez que este adquire uma mercadoria ou um serviço com incidência do imposto. Assim, toda entrada, independente da sua destinação física, havendo destaque do ICMS, gera, em favor do adquirente, um crédito fiscal de natureza mista que será compensado nas operações de saídas posteriores. Que tal circunstância encontra-se inserida também as aquisições de energia elétrica e de serviços de comunicação, necessários e utilizados no funcionamento de seus estabelecimentos comerciais.

Argumenta que a energia elétrica para fins de tributação, por via do ICMS, foi considerada, pela Constituição, uma mercadoria. Desta forma, a utilização dos créditos referentes a aquisição de energia elétrica e serviços de comunicação, por parte do requerente é absolutamente legal, já que ambos foram utilizados no funcionamento dos seus estabelecimentos e, em especial, a energia elétrica, foi utilizada tanto nos processos de industrialização dos produtos que levam sua marca, quanto na comercialização de mercadorias.

Também argumenta que o ICMS está adstrito ao princípio constitucional da não cumulatividade, nos exatos termos da carta Magna, não podendo o legislador infra-constitucional ou Administrador Público pretender-lhe novos contornos, aumentando ou diminuindo sua eficácia. Endente que as normas apontadas nos autos pelo autuante como violadas, restringem o direito constitucional dos contribuintes utilizarem os créditos oriundos das aquisições de energia elétrica e de serviços de comunicação, vez que são considerados insumos, vinculados à comercialização, industrialização, produção, geração, extração ou prestação, que sejam nele consumido ou integrem o produto final ou o serviço na condição de elemento indispensável à produção, composição ou prestação, conforme o caso, de mercadorias comercializadas e serviços essenciais ao regular funcionamento do autuado.

Que a Lei Complementar nº 87/96, veio confirmar um direito atribuído ao contribuinte desde a CF/88.

Conclui requerendo, em face das irregularidades formais citadas preliminarmente a nulidade da autuação, ou caso assim não entenda este Colegiado que seja considerado improcedente, em decorrência do Auto de Infração se encontrar em afronta ao princípio constitucional da não cumulatividade.

O autuante, às fls. 60 a 65, informa que todos os Termos de Início de Fiscalização e os Termos de Prorrogação de Fiscalização foram lavrados nos livros de Ocorrência, conforme art. 28, I, §1º, do RPAF/99 (fl. 66 dos autos). Que os demonstrativos e levantamentos às fls. 8 a 14, necessários ao entendimento e comprovação dos elementos constantes do presente processo foram devidamente entregues em 18/12/01 ao contribuinte quando o mesmo deu ciência a Intimação que precede a lavratura do Auto de Infração, conforme determina o art. 32, II, do RPAF/99.

Assim, todas as formalidades foram atendidas, não tendo fundamento às alegações do autuado e o pedido de nulidade do processo.

Esclarece que apesar de entender não está em sua competência discutir a constitucionalidade dos dispositivos do RICMS (Decreto nº 5.444/96) e da Lei nº 4.825/89, antes se faz necessária uma breve análise do art. 155, II, §2º, II, “b”, da CF/88 citada pelo próprio autuado.

Diz que na alínea “b” do dispositivo acima deixa absolutamente claro que nas operações com isenção ou não incidência, os créditos das operações anteriores devem ser anulados, e assim, não entende a não observância desta regra por parte do autuado.

Também ao afirmar que a Lei Complementar nº 87/96 veio aclarar e interpretar as normas constitucionais a respeito do ICMS, não entende o porquê do autuado ter omitido o inciso II, do art. 3º, do art. 20, da LC nº 87/96. Assim, afirma que a Lei Complementar veio confirmar o disposto no texto constitucional dispondo de forma objetiva a vedação ao crédito relativo as entradas quando as saídas ou prestações subseqüentes não forem tributadas ou estiverem isentas do imposto. Desta forma, com referência a não cumulatividade do ICMS a Legislação Estadual não afronta o texto constitucional como afirma o autuado e transcreve o art. 52, da Lei nº 4.825/89. Ressalta que o RICMS aprovado pelo Decreto nº 2.460/89, no seu art. 97, II e X e art. 99, V, e o RICMS aprovado pelo Decreto nº 5.444/96, no seu art. 93, II, §1º e 9º, II, “a” e art. 124, estabelecem a anulação do crédito relativo a entrada de mercadorias no estabelecimento ou serviços a ele prestados cujas saídas estejam beneficiadas por isenção ou não incidência do imposto. Que em relação à primeira infração o contribuinte não obedeceu ao disposto nos arts. 94, 95 e 117, do Decreto nº 2.460/89.

Confirma a autuação por entender estar de acordo com as normas que regem o ICMS-BA.

#### VOTO DA RELATORA DA 1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL NA DECISÃO RECORRIDA

“O processo em análise trata da exigência do ICMS. em razão de o autuado não ter realizado a proporcionalidade indicada na legislação estadual, quando das saídas de mercadorias tributáveis, isentas ou não tributadas, apurando-se das seguintes irregularidades:

- a) utilizou a maior crédito fiscal de ICMS relativo a aquisição de energia elétrica utilizada na comercialização de mercadorias;
- b) utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS relativo a aquisição de serviços de comunicação utilizados na comercialização de mercadorias, no mês de junho/96;
- c) utilizou a maior crédito fiscal de ICMS relativo a aquisição de serviços de comunicação utilizado na comercialização de mercadorias;
- d) deixou de efetuar a proporcionalidade, para utilização de crédito fiscal nas aquisições de energia elétrica e de serviços de comunicação;

Antes de adentrar na questão, ora em discussão, é necessário que se analise as preliminares de nulidade trazidas ao processo pelo impugnante, senão vejamos:

Do cerceamento do direito de ampla defesa - o impugnante argumentado que a fiscalização descumpriu as determinações do art. 28, § 1º, do RPAF/99, por não ter lavrado o Termo de Prorrogação, impedindo, ao sujeito passivo, de saber o lapso temporal tomado pela fiscalização para a conclusão dos seus trabalhos. Afirmou desconhecer se este prazo foi prorrogado mediante comunicação escrita da autoridade competente.

Dentre as hipóteses de nulidade expressamente elencadas no art. 18, do RPAF/99 nenhuma oferece lastro legal para se decretar nulidade de um lançamento pela ausência da prorrogação do Termo de Início de Fiscalização. Mesmo que o termo inexistisse, o contribuinte amplamente se defendeu, não havendo prejuízo ou mesmo cerceamento dos seus direitos (art. 18, II, do RPAF/99). Além do que, adentrando nas provas fáticas existentes nos autos, consta à fl. 66, cópia xerográfica da folha do livro RUDTFO onde consta a Termo de Início de Fiscalização, datado de 18/09/01, nos moldes do art. 26, III, do RPAF/99 e o Termo de Prorrogação de Fiscalização, datado de 14/11/01. Também, mesmo que não houvesse sido lavrado o Termo de Prorrogação de Fiscalização, a única consequência jurídica de tal omissão seria a possibilidade de o sujeito passivo exercer seu direito a denuncia espontânea do tributo, enquanto não iniciado novo procedimento fiscal, consoante o § 1º, do art. 28, do RPAF/99, o que não foi feito pelo autuado no presente caso.

O autuado também alega que a ação fiscal feriu as determinações da legislação estadual (arts. 41, II e 46, do RPAF/99), argumentando que não houve a entrega, quando da lavratura do Auto de Infração, dos termos, demonstrativos e levantamentos, além das provas necessárias à demonstração das irregularidades apontadas.

Vale observar que em 18/09/01, iniciou-se o procedimento de fiscalização. Em 14/11/01, houve a prorrogação dos trabalhos de fiscalização. Em 18/12/01, o autuado recebeu, apondo sua assinatura e carimbo, o Termo de Intimação Para Pagamento, na forma expressa no art. 32 do RPAF/99, juntamente com todos os levantamentos realizados (fls 13 e 14). No citado termo, constam descritas as infrações detectadas, período de ocorrência, data de vencimento do imposto cobrado, base de cálculo, alíquota, valor do imposto e, dispositivos regulamentares infringidos e, ainda mais, a multa que poderia ser aplicada na lavratura do Auto de Infração. Assim, ao contrário do que afirmou o deficiente, os demonstrativos e levantamentos realizados pelo autuante lhes foram entregues, juntamente com o Termo de Intimação para Pagamento, conforme comprovado nos autos.

Ressalte-se que, a lavratura do Termo de Intimação para Pagamento está previsto no art. 32, do RPAF/99, constituindo-se em um benéfico que a legislação estadual, sob certas condições, oferece ao contribuinte, significando que, mesmo sendo o imposto apurado de ofício, lhe é facultado o direito de recolher o tributo devido sem a multa punitiva, que obrigatoriamente haverá com a lavratura do Auto de Infração. Assim, ao contrário do que entendeu o impugnante, no caso presente, houve não somente o oferecimento, por parte do sujeito ativo tributário, da dispensa da multa, mas, também, da dilatação do prazo de defesa, caso houvesse, como houve, a lavratura do Auto de Infração, já que se encontrava na posse de todos os elementos que constituíam o Auto de Infração, em cumprimento as determinações expressas do art. 37, do RPAF/99.

Desta maneira, não encontra respaldo legal o argumento defensivo de que o autuante não lhe entregou, no encerramento da ação fiscal, os elementos necessários e indispensáveis para o esclarecimento dos fatos narrados no corpo do Auto de Infração. Quanto a outras provas materiais (contas de energia elétrica e de comunicação e livros fiscais), onde estão consignados os créditos glosados, estes são documentos do próprio autuado, não havendo qualquer necessidade da Fazenda Pública Estadual de fornecê-los.

Também, a defesa se restringiu a impugnar o lançamento, afirmando que houve afronta ao princípio da não-cumulatividade do imposto, consagrado constitucionalmente pelo art. 155, § 2º, I e II, da Constituição vigente e que as leis infraconstitucionais e o administrador público não têm competência para interferir no conteúdo e alcance do princípio da não-cumulatividade, ou seja, o imposto devido em cada operação transforma-se em crédito fiscal, a ser abatido do valor de ICMS a recolher em novas operações.

A esta Junta de Julgamento Fiscal não compete declarar a constitucionalidade da legislação tributária nacional (art. 167, do RPAF/99).

No entanto, adentrando nas normas infraconstitucionais deve ser observado que os fatos em questão ocorreram no exercício de 1996. Neste ano, o ICMS foi regido pelo Convênio ICMS nº 66/88, que disciplinava a matéria (art. 31, I, II, III, IV e art. 31, I), enquanto se aguardava a edição de lei complementar prevista na Constituição Federal e, após novembro de 1996, pela Lei Complementar nº 87/96 (art. 19, art. 20, § 3º, II).

Atendendo a essas orientações, o Estado da Bahia editou a Lei nº 4.825/89 em cujos arts. 51 e 52 tais determinações estavam expressas. E o RICMS/89 (Decreto nº 2.460/89) as regulamentou no parágrafo único do art. 97 e art. 99, V. Em 29/12/92, através da Alteração nº 40 (Decreto nº 1.856) foi introduzido o inciso VI ao art. 94, do Regulamento concedendo crédito, equivalente a 50% do imposto, relativo ao consumo de energia elétrica do estabelecimento comercial, a partir de 01/01/1993, continuando vedada a sua utilização para as operações de saídas subsequentes quando isentas ou não tributadas.

Em julho de 1996, o RICMS/89 foi substituído pelo RICMS/96 (Decreto nº 5.444.96). Através do seu art. 93, II, o valor do imposto anteriormente cobrado e relativo aos serviços anteriormente tomados de energia elétrica e de comunicação foram considerados como hipótese de utilização de crédito fiscal. No entanto, continuou vedada sua utilização quando a ulterior operação de saída da mercadoria não fosse tributada ou fosse isenta do imposto (art. 97, III, do citado Artigo e Regulamento). E, no caso das operações de saídas (situação ocorrida na presente autuação) sendo tributadas, isentas ou não tributadas, o crédito a ser utilizado era proporcional às operações de saídas tributadas pelo imposto § 1º do art. 93 e art. 100, IV, do RICMS/96).

Também, o § 9º, do art. 93, da norma regulamentar ora analisada determinava que, quando não fosse possível mensurar, com precisão, o serviço de comunicação utilizado ou a quantidade de energia elétrica consumida vinculados, efetivamente, a operações de comercialização, das quais resultassem saídas tributadas, o contribuinte poderia apropriar-se do valor resultante da aplicação do percentual de 50% sobre o valor do imposto destacado no documento fiscal.

Estas determinações foram recepcionadas pelo art. 29 da Lei nº 7.014/96 que, inclusive acrescentou, expressamente, o serviço de comunicação.

Desta maneira, o serviço de comunicação tomado por empresa comercial só se tornou hipótese de utilização de crédito fiscal a partir de julho de 1996, com as seguintes restrições:

1<sup>a</sup> - vedada sua utilização quando as operações subsequentes fossem saídas de mercadorias isentas ou não tributadas;

2<sup>a</sup> - nas operações comerciais em que implicassem saídas também tributadas, que fosse respeitada a proporcionalidade das operações, ou seja, somente tais saídas dariam direito ao crédito;

3<sup>a</sup> - quando não fosse possível mensurar, com precisão, o serviço de comunicação utilizado nas operações de comercialização, das quais resultassem saídas tributadas, o contribuinte poderia apropriar-se do valor resultante da aplicação do percentual de 50% sobre o valor do imposto destacado no documento fiscal, respeitando, evidentemente, a proporcionalidade acima citada.

Quanto ao serviço de energia elétrica, a partir de 01/01/93 a empresa comercial poderia utilizar-se de 50% dos créditos destacados no documento fiscal e a partir de julho de 1996, integralmente. No entanto, as vedações indicadas para os serviços de comunicação também a ele se aplicam.

Ultrapassadas as preliminares argüidas, adentro ao mérito das irregularidades apontadas como cometidas pelo autuado.

Verifica-se que o autuado não apresentou nenhum elemento que modificasse os valores apontados pelo autuante, neste contexto, analisando as peças que compõem o presente processo tenho a esclarecer que:

O segundo item da autuação trata de utilização indevida de crédito fiscal referente a aquisição de serviços de comunicação (conta de telefonia), do mês de junho/96, e, em relação a tal crédito, a Lei nº 4.825/89 dispunha o que se segue:

*Art. 49 – Constitui crédito fiscal, para fins de cálculo do imposto a recolher:*

*I – o valor do imposto anteriormente cobrado, relativamente às mercadorias entradas para comercialização;*

*II – o valor do imposto cobrado de referência às matérias-primas, produtos intermediários e material de embalagem recebidos no período, para emprego no processo de comercialização, produção ou industrialização;*

*III- o valor dos créditos presumidos ou autorizados por convênios, e o valor dos créditos que foram mantidos em lei complementar;*

*IV – o valor do imposto cobrado sobre mercadorias, obedecidas as condições regulamentares;*

*V – o valor do imposto antecipadamente cobrado relativamente à prestação de serviços de transporte intermunicipal e interestadual e de comunicação, obedecidas as condições regulamentares.*

*Art. 51 – Não implicará crédito para compensação com o montante do imposto devido nas operações ou prestações seguintes:*

*IV – o serviço de transporte e de comunicação, salvo se utilizado pelo estabelecimento ao qual tenha sido prestado na execução de serviços da mesma natureza, na comercialização de mercadorias ou em processo de produção, extração, industrialização ou geração, inclusive de energia.*

Também, o RICMS/89 – Decreto nº 2.460/89 assim se expressava, quanto ao direito ao crédito fiscal ora questionado:

*Art. 94 – Constitui crédito fiscal, para fins de cálculo do imposto a recolher.*

*III – o valor do imposto cobrado relativamente à prestação de serviços de transporte intermunicipal e interestadual e de comunicação constante em documento fiscal;*

Assim, a Luz da legislação tributária , à época da ocorrência dos fatos geradores, era vedada a utilização dos créditos fiscais de serviços de comunicação, haja vista que os mesmos não estavam vinculados a operações de comercialização. Tal posicionamento está respaldado no disposto no Parágrafo único do art. 97, na seção III – DA VEDAÇÃO DO CRÉDITO, do RICMS/89.

*Art. 97 – É vedado ao contribuinte creditar-se do imposto relativo à entradas de mercadorias no estabelecimento, nos seguintes casos:.*

*Parágrafo Único – Fica vedado, também, o crédito relativo à prestação de serviço de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, quando não esteja vinculado à prestações seguintes da mesma natureza e tributadas ou a operações de comercialização tributadas, ou, ainda, a processo de extração ou industrialização dos quais resultem saídas tributadas.(grifo meu)*

Nestas condições, estava vedada a utilização, como crédito fiscal, o imposto recolhido sobre os serviços de comunicação. Em 01/07/1996, através do Decreto nº 5444/96, é que ficou estabelecido o direito ao crédito do imposto no percentual de 50%.

Desta forma, razão assiste ao autuante ao exigir o imposto lançado indevidamente pelo impugnante.

As infrações, indicadas nos itens 1, 3 e 4 do Auto de Infração, dizem respeito ao fato de o contribuinte ter se utilizado de valor de crédito fiscal a mais que o permitido legalmente, como crédito fiscal, do ICMS destacado nas notas fiscais de aquisição de energia elétrica e serviços de comunicação e não ter efetuado o estorno do crédito fiscal proporcional sempre que realizasse operações ou prestações subsequentes não sujeitas ao ICMS, por isenção, não incidência ou imunidade, situação prevista no RICMS/89, em seu art. 99, inciso V, e art. 100, IV, do RICMS/96, que estabelecia a obrigatoriedade de estorno do crédito fiscal.

O RICMS/96, com vigência a partir de 1º de julho de 1996, no art. 93, II, § 9º , I, estabelecia apenas o percentual de 50% do imposto relativo à aquisição de serviços de comunicação e de energia elétrica utilizado na comercialização, sempre que não fosse possível mensurar, com precisão, o que foi efetivamente vinculado a operações de comercialização tributadas.

Como o sujeito passivo, se limitou a suscitar a nulidade do lançamento e a constitucionalidade dos dispositivos invocados pelo autuante, não adentrando o mérito da acusação fiscal, conclui pela manutenção do lançamento tributário também em relação a estes itens da autuação.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.”

#### RECURSO VOLUNTÁRIO

Devidamente intimada a tomar ciência do resultado do julgamento realizado pela 1ª Junta de Julgamento Fiscal que exarou o Acórdão nº 0123-01/02 pela Procedência do Auto de Infração em epígrafe, a empresa autuada retornou aos autos apresentando o presente Recurso Voluntário, argüindo em síntese:

1. Preliminarmente, o descumprimento por parte dos I. Auditores Fiscais, do prazo à apresentação da competente Informação Fiscal, previsto no artigo 127, do RPAF – Regulamento do Processo Administrativo Fiscal, de 20 (vinte) dias, contados da apresentação da defesa. Isto porque, esta foi apresentada na data de 24/01/2002, apenas tendo sido trazida aos autos a Informação Fiscal em 20/02/2002, ou seja, 27 dias após a apresentação da defesa.

Disto resta imperioso o desentranhamento da referida peça processual, ao passo em que foi, e em muito, descumprido o prazo acima descrito, isto é, uma formalidade imposta pelo legislador processual, donde não devem ser considerados os argumentos ali constantes.

2. Argüi o princípio da não cumulatividade e utiliza para substanciar seus argumentos o Art.155, II, § 2º, I e II, da Carta Magna/88 – transcrevendo. Afirma que o lançamento ofende seu direito constitucional.

Concluí, requerendo, em face dos argumentos citados acima, seja reformado o V. Acórdão recorrido, considerando o presente Auto de Infração IMPROCEDENTE, na sua totalidade, evitando qualquer efeito dele decorrente, sendo, por fim, considerado extinto o presente Processo Administrativo Fiscal.

A PROFAZ forneceu Parecer de fls. 94 e 95, nos seguintes termos:

“Da análise das razões expendidas no Recurso, consideramos ausentes argumentos jurídicos capazes de provocar revisão do Acórdão Recorrido.

O fulcro da autuação consiste na utilização indevida de crédito fiscal relativo a aquisição de serviços de comunicação, bem como pela utilização a maior de créditos fiscais sobre serviços tomados de energia elétrica e de comunicação, decorrente de não ter sido realizada a proporcionalidade, prevista na legislação tributária da Bahia, quando das saídas de mercadorias tributáveis, isentas ou não tributadas,

A preliminar de nulidade suscitada pelo recorrente revela-se imprestável, uma vez que nos termos do art. 128, do RPAF, a inobservância do prazo para apresentação de Informação Fiscal, não acarretará nenhuma consequência ao julgamento da lide.

As infrações constatadas pelo autuante restam perfeitamente tipificadas e comprovadas no lançamento tributário sob apreço. Com efeito, o único argumento defensivo lançado pelo contribuinte (agressão ao princípio da não cumulatividade do ICMS), não tem o condão de elidir a legitimidade da ação fiscal, eis que, todo o procedimento de fiscalização está respaldado na legislação tributária vigente à época da ocorrência dos fatos geradores das obrigações tributárias.

Ademais, convém salientar a ausência de competência desse Egrégio Conselho de Fazenda para declaração de constitucionalidade, *ex vi*, do art. 167, do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal.

Ante o exposto, o opinativo é pelo Conhecimento e Improvimento do Recurso.”

## VOTO

Dado ao exame e análise dos documentos acostados ao presente Processo Administrativo Fiscal, constatei primeiramente que a preliminar levantada de logo devemos rechaçá-la, posto que a apresentação da informação fiscal pelo autuante a destempo não traz nenhum prejuízo ao contribuinte, pois tal informação não vincula o julgador - inclusive, no caso presente, a Decisão Recorrida fundamentou-se na legislação, e ainda que em alguns pontos coincida com os argumentos expendidos pelo autuante, tal fato deriva da adequação das exigências às normas legais postas, e não de parcialidade do Julgador, daí porque não vemos nenhuma razão para atender ao pedido do recorrente de desentranhamento dessa peça.

Quanto à Decisão Recorrida, entendo que agiu corretamente os senhores julgadores de Primeira Instância ao julgarem procedentes as exigências fiscais. Nada existe a ser alterado na Decisão Recorrida, face aos acertos ali demonstrados, fato este que me conduz a ratificar integralmente o voto e o Acórdão Recorrido, tomando-o como parte integrante deste meu voto. Entretanto, cabem os comentários: Em relação aos itens 1 e 3, onde se glosa crédito de serviço de comunicação e energia, conforme consta no demonstrativo de fl. 5, de fato a legislação então em vigor – Convênio ICM nº 66/88 – vedava integralmente o uso desse crédito, e a legislação

ordinária deste Estado estava em consonância com esta determinação. Em que pese a alegação do recorrente de ilegalidade ou constitucionalidade dessas normas, até o momento não houve qualquer pronunciamento judicial definitivo nesse sentido, e não cabe ao julgador administrativo deixar de aplicar a legislação sob a qual não recaiu nenhuma pecha de constitucionalidade pelo poder competente, no caso o Poder Judiciário, através do Supremo Tribunal Federal.

No que toca aos itens 2 a 4 da autuação, melhor sorte não encontra o recorrente, sendo inatacável a Decisão Recorrida. Olvidou o recorrente que o pressuposto basilar da admissibilidade do crédito fiscal do ICMS é o vínculo com a atividade posterior tributada. A ocorrência de operação ou prestação subsequentes desoneradas do imposto importa em estorno do crédito utilizado nas entradas. Esta regra estava presente no Convênio ICMS nº 66/8, bem como está presente na Lei Complementar nº 87/96, e encontra amparo no próprio texto constitucional, no art. 155, §2º, inciso II, alínea “b”. Portanto, falece de amparo a alegação do contribuinte de que o crédito deva ser mantido integralmente, sem que se atente para este pressuposto central para a sua admissibilidade.

Frise-se que o recorrente em nenhum momento contestou os cálculos efetuados para embasar as referidas exigências fiscais, resultantes de dados extraídos da própria escrita do estabelecimento, bem como a glosa foi proporcional e não integral como quer fazer crer o recorrente, pois se levou em consideração a proporção entre as saídas tributadas e as saídas não tributadas.

Aduzo que o débito reclamado no lançamento de ofício foi restrito à proporcionalidade.

Do exposto, concedo o meu voto pelo NÃO PROVIMENTO do presente Recurso Voluntário interposto, para manter integralmente a Decisão Recorrida.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª 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 149269.0020/01-8, lavrado contra **BOMPREÇO BAHIA S/A**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$9.034,83, atualizado monetariamente, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 61, VIII, “a”, da Lei nº 4.825/89, e dos acréscimos moratórios.

Sala das Sessões do CONSEF, 04 de junho de 2002.

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS - PRESIDENTE

NELSON TEIXEIRA BRANDÃO - RELATOR

MARIA JOSÉ RAMOS COELHO LINS DE ALBUQUERQUE SENTO SÉ - REPR. DA PROFAZ