

**PROCESSO** - A.I. Nº 281228.0033/01-5  
**RECORRENTE** - BOMPREGO BAHIA S/A  
**RECORRIDA** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECURSO** - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4ª JJF nº 0158-04/02  
**ORIGEM** - INFAZ IGUATEMI  
**INTERNET** - 12.07.02

**1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO CJF Nº 0257-11/02**

**EMENTA:** ICMS. CRÉDITO FISCAL. **a)** UTILIZAÇÃO INDEVIDA. SERVIÇOS DE COMUNICAÇÃO. De acordo com a legislação vigente à época, era vedada aos estabelecimentos comerciais a utilização de crédito fiscal de serviço de comunicação quando a prestação não estiver vinculada a operação de comercialização tributada. **b)** UTILIZAÇÃO A MAIS. SERVIÇOS DE COMUNICAÇÃO E ENERGIA ELÉTRICA. A legislação vigente à época limitava a utilização do crédito fiscal de energia elétrica e de comunicação, nos estabelecimentos comerciais, a 50% do valor do imposto destacado quando não houvesse possibilidade de mensurar, com precisão, o serviço de comunicação utilizado e a quantidade de energia elétrica consumida, vinculados a operações de comercialização tributadas, devendo ser estornado o crédito fiscal proporcionalmente às operações isentas. Infrações comprovadas. Rejeitadas as preliminares de nulidade. Correto e fundamentado o julgamento recorrido. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

O Auto de Infração em lide, lavrado em 28/12/01, exige ICMS, no valor total de R\$ 5.626,86, em decorrência das seguintes irregularidades:

1. Utilizou a mais crédito fiscal de ICMS relativo à aquisição de energia elétrica utilizada na comercialização de mercadorias, no período de janeiro a outubro de 1996, por não ter sido considerada a proporcionalidade com as saídas tributáveis.
2. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS relativo aos serviços de comunicação utilizados na comercialização, no mês de junho/96.
3. Utilizou a mais crédito fiscal de ICMS relativo à aquisição de serviços de comunicação utilizados na comercialização de mercadorias, no período de julho a outubro de 1996, por não ter sido considerada a proporcionalidade com as saídas tributáveis.
4. Utilizou a mais crédito fiscal de ICMS relativo a aquisições de energia elétrica e de serviços de comunicação utilizados na comercialização de mercadorias, nos meses de novembro e dezembro de 1996, por não ter sido considerada a proporcionalidade com as saídas tributáveis.

O autuado apresentou defesa tempestiva e, preliminarmente, suscitou a nulidade do lançamento pelas seguintes razões:

- a) Na autuação, não consta a data de início do procedimento fiscal. Segundo o autuado, esse fato o impediu de verificar se o tempo utilizado pelos fiscais para concluir a auditoria foi o previsto no artigo 28, do RPAF/99. Afirma que não teve como saber se o trabalho foi prorrogado ou não.
- b) Não foram entregues, ao autuado, cópias de todos os termos, demonstrativos e levantamentos nos quais foi baseado o lançamento, contrariando assim os artigos 41, II e 46, do já citado RPAF. Diz o autuado que o procedimento dos autuantes implicou cerceamento do seu direito de defesa.

Após afirmar que a presente autuação ofende o princípio da não cumulatividade, o autuado transcreve o art. 155, II e § 2º, da Constituição Federal, e explica como deve ser considerado o crédito fiscal. Em seguida, assevera que tem direito aos créditos fiscais relativamente às aquisições de energia elétrica e de serviços de comunicação, uma vez que foram utilizados no funcionamento de seu estabelecimento. Ressalta que a energia elétrica, 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 a legislação infraconstitucional não pode restringir o direito ditado pela Constituição Federal. 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. Ao final, pede a improcedência da autuação.

Na informação fiscal, após historiar o processo, os autuantes afirmam que as preliminares de nulidade não procedem, pois os Termos de Início de Fiscalização e de Prorrogação foram lavrados no livro Registro de Utilização de Documentos Fiscais e Termos de Ocorrência do autuado, conforme fls. 47 e 48. Dizem que os demonstrativos e levantamentos, anexados às folhas 8 a 13 dos autos, foram entregues ao contribuinte em 18/12/2001, quando o mesmo teve ciência da Intimação que precedeu à lavratura do presente Auto de Infração.

Afirmam os auditores 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.

Os autuantes ressaltam que o art. 97, III e X, do RICMS/89 e o art. 93, II, §§ 1º e 9º, II “a”, e o art. 124 do RICMS/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.

Ao encerrarem a informação fiscal, os autuantes solicitam que o lançamento seja julgado Procedente.

Considerando que os autuantes, ao prestarem a informação fiscal, juntaram novos documentos aos autos (fls. 47 e 48), foi dado vistas ao autuado da mesma e foi concedido o prazo de lei para que ele se manifestasse, querendo. Porém, o contribuinte não se pronunciou.

A 4ª JJF após analisar as peças processuais, fundamenta e prolata o seguinte voto:

“Inicialmente, afasto as preliminares de nulidade suscitadas pelo autuado, pois os autuantes lavraram o Termo de Início de Fiscalização e o Termo de Prorrogação de Fiscalização, conforme comprova o documento à fl. 48 dos autos. Do mesmo modo, os recibos de fls. 8 e 9 atestam que os demonstrativos de apuração dos créditos considerados como indevidos foram entregues ao

autuado. Dessa forma, não houve o alegado cerceamento do direito de defesa do autuado e nem a mencionada afronta às disposições legais.

Deixo de acatar as alegações defensivas pertinentes à constitucionalidade da utilização dos créditos fiscais glosados, pois, de acordo com o artigo 167, I, do RPAF/99, a declaração de inconstitucionalidade não se inclui entre as competências deste órgão julgador.

Com relação à infração 1, a partir de 1º de janeiro de 1993, o RICMS-BA/89 passou a admitir, como crédito fiscal, o valor correspondente a 50% do imposto relativo ao consumo de energia elétrica de estabelecimento comercial. Todavia, de acordo com o art. 97, III, X, combinado com o art. 99, V, do RICMS-BA/89, e com o art. 93, § 1º, do RICMS-BA/96, para fins de apropriação do crédito fiscal, os contribuintes deveriam observar a proporcionalidade existente entre as saídas tributadas e as isentas. Tendo em vista que o autuado não considerou a proporcionalidade das saídas isentas, entendo que foi correto o procedimento dos autuantes e que a infração está caracteriza.

Quanto à infração 2, de acordo com o art. 51, VI, da Lei nº 4825/89, vigente à época dos fatos geradores, era vedada a utilização, como crédito fiscal, do imposto incidente sobre os serviços de comunicação tomados pelos estabelecimentos comerciais, salvo se utilizado pelo estabelecimento ao qual tenha sido prestado, na comercialização de mercadorias. Ao regulamentar a disposição legal, o art. 97, X, do RICMS/89, dispõe que, para a utilização do crédito fiscal sobre serviços de comunicação, o contribuinte deveria provar a vinculação desse serviço a operações de comercialização. Como no caso em lide o contribuinte não comprovou a vinculação, entendo que foi correta a exigência feita pelos autuantes.

No que tange à infração 3, a partir de 01/07/96, com a entrada em vigência do RICMS-BA/96, a utilização do crédito fiscal relativo à aquisição de serviços de comunicação, ficou condicionada à comprovação, pelos contribuintes, da quantidade efetivamente vinculada a operações de comercialização tributada. Caso não seja mensurável a vinculação, o inciso I, do § 9º, do art. 93, do citado Regulamento, limitava a apropriação dos créditos a um percentual de 50% do valor do imposto destacado. Por seu turno, o “caput” do § 1º do art. 93 do RICMS-BA/96, previa que, quando algumas das operações fossem tributadas e outras isentas, o crédito fiscal será utilizado proporcionalmente às saídas tributadas. Considerando que, no caso em tela o autuado não observou a proporcionalidade das operações isentas para a utilização do crédito fiscal, considero que a infração está caracterizada.

Acerca da infração 4, ressalto que, a partir da vigência da Lei 7014/96, a utilização dos créditos fiscais relacionados na infração em tela ficou condicionada à proporcionalidade das saídas tributadas, o que exigia do contribuinte a realização de estorno da parcela correspondente às saídas isentas e/ou não tributadas, conforme previsto no art. 100, § 1º, do RICMS/96, vigente à época. 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 era também utilizada na industrialização de produtos que levam a sua marca, entendo que tal fato não invalida a acusação, pois a atividade preponderante do autuado era a comercialização e, além disso, para que ele pudesse utilizar os créditos fiscais de energia elétrica em percentuais superiores a 50%, ele teria que mensurar, com precisão, qual o percentual de energia que foi consumido na alegada industrialização, conforme art. 93, § 9º, do RICMS-BA/96, se é que desenvolve tal atividade em seu estabelecimento.

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

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

O autuado inconformado com o resultado do julgamento realizado pela 4ª JJF, interpõe Recurso Voluntário quanto ao Acórdão JJF nº 0158-04/02, conforme folhas nºs 69 a 76.

Discerne sobre o procedimento fiscal e pede o desentranhamento da informação fiscal, pois, trazida aos Autos 27 dias após a apresentação da defesa, contrariando o artigo 127, do RPAF.

A seguir transcreve o § 2º, do artigo 155, da C.F., para afirmar que o procedimento fiscal ofendeu o princípio constitucional da não-cumulatividade.

Argüi que não solicitou a JJF, a declaração de inconstitucionalidade da legislação tributária nacional, e sim que fosse considerada improcedente a presente autuação, uma vez que não considerou a existência de créditos fiscais oriundos da aquisição de energia elétrica e serviços de comunicação, utilizados na comercialização de mercadorias, sendo esta sua atividade primordial.

Cita ensinamentos de renomados Mestres sobre o princípio da não cumulatividade, e repete basicamente os fundamentos constantes da peça defensiva anterior, já constantes do relatório.

Por questão de lealdade processual, relato oralmente na sua inteireza o Recurso de folhas nºs 69 a 76 deste processo.

Requer a reforma do Acórdão Recorrido para que seja julgado Improcedente na sua totalidade este Auto de Infração.

A PROFAZ analisa o Recurso, fundamenta e ratifica o procedimento fiscal, afirma que a nulidade suscitada revela-se imprestável, nos termos do artigo 128, do RPAF, e considera ausentes os argumentos jurídicos capazes de alterar o Acórdão Recorrido (fl. 85).

Opina pelo Improvimento 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 que tange à preliminar de nulidade argüida, vejo que a mesma carece de sustentação na medida em que apesar do artigo 127, do RPAF, estabelecer o prazo de 20 dias para que o autuante apresente a informação fiscal, a partir da data da apresentação da defesa, neste caso, trata-se de Auto de Infração lavrado por Auditor Fiscal lotado na Inspetoria de Fiscalização Especializada, cuja contagem do prazo para apresentação da informação fiscal deverá ser de acordo com o estabelecido § 3º, do referido artigo. De qualquer forma, a inobservância do prazo para prestação de informação fiscal, implicará, apenas, sanção de ordem administrativa, não acarretando nenhuma consequência ao julgamento da lide (art. 128, do RPAF).

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 1ª JF, 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 subsequentes 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 apresentado e homologar a Decisão Recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 281228.0033/01-5, lavrado contra **BOMPREÇO BAHIA S/A**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$5.626,86**, atualizado monetariamente, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 61, VIII, “a”, da Lei nº 4.825/89 e art. 42, VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios.

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

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS - PRESIDENTE

MAX RODRIGUEZ MUNIZ – RELATOR

SYLVIA MARIA AMOÊDO CAVALCANTE - REPR. DA PROFUZ