

PROCESSO - A. I. N.º 110424.0007/02-0  
RECORRENTE - BOMPREÇO BAHIA S/A.  
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4<sup>a</sup> JJF nº 0224-04/02  
ORIGEM - IFEP – DAT/METRO  
INTERNET - 29.08.02

**1<sup>a</sup> CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO CJF N° 0335-11/02**

**EMENTA: ICMS. CRÉDITO FISCAL. 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 subseqüentes forem isentas ou não tributadas. O contribuinte não efetuou o estorno proporcional às saídas não tributadas. Mantida a Decisão. Recurso **NÃO PROVÍDO**. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

Trata-se de um Recurso Voluntário interposto após Decisão que julgou procedente o Auto de Infração lavrado para reclamar as 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 Auto de Infração foi julgado procedente, tendo o Relator da 4<sup>a</sup> JJF apresentado os seguintes fundamentos:

“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 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 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”.

Inconformado o autuado apresenta Recurso Voluntário apenas quanto à primeira infração, onde pede a reforma da Decisão da JJF, alegando, que a autuação ofende ao princípio constitucional da não cumulatividade e assevera que não pretende a declaração de inconstitucionalidade da legislação, mas apenas que se julgue improcedente as exigências fiscais, pois se desconsideram créditos de serviços de comunicação e energia elétrica, utilizados no processo de comercialização de suas mercadorias, sendo esta sua atividade primordial.

Tece comentário sobre a não cumulatividade do ICMS - repetindo os argumentos trazidos na defesa – e conclui ter direito à utilização da energia elétrica consumida no seu processo de comercialização, de forma integral, e não limitada como se fez a partir de 1993, através da Alteração 40 ao RICMS/89, argüindo a sua ilegalidade e inconstitucionalidade por restringir norma constitucional. Em relação ao serviço de comunicação, também questiona a sua limitação em 50%, pelos mesmos argumentos esposados no que toca à energia elétrica, e conclui afirmando que a LC nº 86/97 veio confirmar um

direito atribuído ao contribuinte desde a Constituição, determinando o uso destes créditos, sem limitações.

Em Parecer a PROFAZ opina pelo Não Provimento do Recurso Voluntário, tendo em vista que os argumentos trazidos já foram analisados previamente não trazendo nenhum elemento capaz de ensejar a alteração do julgado.

#### VOTO

Neste Recurso Voluntário o autuado ataca apenas o item 1 do Auto de Infração, repetindo toda a argumentação já trazida na defesa, e em outros Recursos acerca da mesma matéria.

Correto foi o julgamento proferido pela 4<sup>a</sup> JJF, haja vista que, como dito pelo Relator de 1<sup>a</sup> Instância: *“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 exigeu 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”.*

Além disso, não restou comprovado que o autuado desenvolva as atividades de industrialização dos produtos que levam a sua marca dentro do seu estabelecimento, ressaltando-se que a atividade preponderante do autuado era a comercialização, não cabendo, portanto, o argumento de que a energia elétrica adquirida e o serviço de comunicação tomado eram utilizados na industrialização.

Pelo exposto, concordo com o Parecer exarado pela Representante da PROFAZ e NEGO PROVIMENTO ao Recurso Voluntário de acordo com o julgamento realizado pela 4<sup>a</sup> JJF.

#### RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1<sup>a</sup> 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 110424.0007/02-0, lavrado contra **BOMPREÇO BAHIA S/A**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$38.632,71**, atualizado monetariamente, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos monetários.

Sala das Sessões do CONSEF, 20 de agosto de 2002.

NELSON TEIXEIRA BRANDÃO – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

VERBENA MATOS DE ARAÚJO - RELATORA

*ESTADO DA BAHIA  
SECRETARIA DA FAZENDA  
CONSELHO DE FAZENDA ESTADUAL (CONSEF)*

**SYLVIA MARIA AMOÊDO CAVALCANTE - REPR.DA PROFAZ**