

**PROCESSO** - A.I. Nº 110424.0004/02-1  
**RECORRENTE** - BOMPREGO BAHIA S/A  
**RECORRIDA** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECURSO** - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JF nº 0198-03/02  
**ORIGEM** - INFAZ SIMÕES FILHO  
**INTERNET** - 26/09/02

**1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO CJF Nº 0365-11/02**

**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 subsequentes forem isentas ou não tributadas. O contribuinte não efetuou o estorno proporcional às saídas não tributadas. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

Trata-se de um Recurso Voluntário interposto após Decisão que julgou procedente o Auto de Infração lavrado em decorrência de ter o contribuinte, deixado 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.

O Auto de Infração foi julgado procedente, tendo o Relator da 3ª JF apresentado os seguintes fundamentos:

“Da análise dos elementos compõem o PAF, ficou evidenciado que o autuado questionou apenas a constitucionalidade da legislação tributária estadual. No entanto, pelo que dispõe o art. 167, I, do RPAF/99, não se inclui na competência dos órgãos julgadores a declaração de inconstitucionalidade.

Ademais, a infração questionada está perfeitamente caracterizada nos demonstrativos apensos aos autos, sendo que o art. 97, III e X e art. 99, V, do RICMS/89 e o art. 93, II, § 1º e § 9, II, "a" e art. 124, do RICMS/96, 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, implicando que se algumas destas operações de saídas ou prestações forem tributadas e outras forem isentas ou não tributadas, o crédito será utilizado proporcionalmente às operações de saídas e às prestações tributadas pelo imposto. Valendo ainda ressaltar, que até 30/06/96, a utilização de créditos fiscais sobre serviços de comunicação pelos estabelecimentos comerciais, atividade em que se inclui o autuado, era vedada quando o serviço não estivesse vinculado a operações de comercialização tributadas.

Do 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 JF, 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 descon sideraram 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, arguindo 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 repete toda a argumentação já trazida na defesa, e em outros Recursos acerca da mesma matéria.

Correto foi o julgamento proferido pela 3ª JF, para tanto repito parte do voto proferido pelo Relator do Acórdão nº 0224-04/02 *“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”.*

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 NEGÓCIO PROVIMENTO ao Recurso Voluntário mantendo o julgamento realizado pela 3ª JF.

## 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 **110424.0004/02-1**, lavrado contra **BOMPREÇO BAHIA S/A**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 8.729,67**, atualizado monetariamente, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos monetários.

Sala das Sessões do CONSEF, 17 de setembro de 2002.

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS - PRESIDENTE

VERBENA MATOS ARAÚJO - RELATORA

SYLVIA MARIA AMOÊDO CAVALCANTE -REPR.DA PROF AZ