

A . I. Nº - 110424.0005/02-8.

**AUTUADO** - BOMPREÇO BAHIA S.A.

**AUTUANTES:** LAIRA AZEVEDO SANTANA LEAL, VALDEMIR NOGUEIRA DE OLIVEIRA, LELITA VIEIRA TIGRE DA SILVA, REGINALDO CANDIDO DE MEDEIROS FILHO e ABELARDO DE ANDRADE CARDOSO

**ORIGEM** - INFAS SIMÕES FILHO

**INTERNETE** - 25.06.02

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

**ACÓRDÃO JJF N° 0203-01/02**

**EMENTA:** ICMS. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. ENERGIA ELÉTRICA E COMUNICAÇÕES. Energia elétrica e comunicações empregadas por estabelecimento comercial gera crédito proporcional às saídas tributadas. É ilegítima a utilização do crédito integral, quando ocorrem operações isentas. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

O Auto em lide, lavrado em 02/04/02, para exigir imposto no valor de R\$ 26.678,40 pela utilização do crédito fiscal integral, em vez de proporcional, do ICMS de energia elétrica e comunicações, adquirido pela empresa, utilizado na comercialização de mercadorias, cujas saídas eram tributadas e isentas.

1. A autuada apresenta defesa às fls. 81 a 90, alegando que a imposição fiscal, afronta o princípio constitucional da não-cumulatividade, prevista no artigo 155 da CF-Constituição Federal/1988, que deu competência aos Estados-membros e Distrito Federal, para instituir o ICMS, na qual, o montante do ICMS de cada operação transforme-se num crédito fiscal, que é deduzido do quantum do imposto a pagar, quando da prática de novas operações.
2. Afirma que toda entrada, independente da sua destinação, havendo destaque do ICMS, gera crédito a ser compensado nas saídas posteriores, crédito este, de direito e dever do contribuinte;
3. Alega que a energia elétrica e os serviços de comunicações, se insere no mecanismo do crédito fiscal, uma vez que a energia elétrica, para fins de tributação pela CF88, foi considerada como mercadoria, e portanto legal a utilização do seu crédito fiscal, na comercialização de mercadorias, não podendo o legislador institucional estabelecer contornos, aumentar ou diminuir sua eficácia.
4. Alega que as restrições à não-cumulatividade, não pode ser restringida através de lei complementar, lei ordinária, convênio e menos ainda através de ato administrativo, só prevalecendo às diretrizes imperativas constitucionais, citando ainda pronunciamento neste sentido do Professor Carraza;
5. Aduz que qualquer norma que venha de encontro ao princípio constitucional da não-cumulatividade, deve ser considerada inconstitucional, não produzindo qualquer efeito jurídico.
6. Cita, tese e livros de autores reforçando o princípio da não-cumulatividade, e que seu descumprimento constitui uma afronta à Constituição da República;
7. Afirma que as normas apontadas pelos autuantes, como violadas, restringem os direitos dos contribuintes de utilizarem os créditos fiscais de energia elétrica e de serviços de comunicações, uma vez que são considerados insumos diretamente vinculados à comercialização da autuada;

8. Invoca a regra do direito ao crédito contida na Lei Complementar nº 87/96 quanto a não cumulatividade, independente da origem ou destinação da mercadoria ou serviço, bastando que estas operações façam incidir imposto, citando interpretação neste sentido de tributaristas;
9. Afirma que o autuado não incorreu em infração ao utilizar o crédito fiscal de energia elétrica e comunicações, mesmo que as saídas sejam isentas, porque torna inócuas a isenção e converte o ICMS de valor agregado a tributo de valor acumulado, apenas diferindo a pagamento do tributo da operação, cita acórdão do TRF da 4ª Região referente ao crédito do IPI de alíquota zero;
10. Alega que o direito ao crédito é evidente tanto na hipótese de aquisição de mercadoria com isenção, cuja saída é tributada, quanto a hipótese do crédito gerado nas entradas e utilizadas na industrialização com saídas isentas, que apresentam o mesmo fundamento jurídico, diferindo apenas o momento da isenção, conforme sentença proferida na 11ª Vara da Seção Judiciária da Bahia;
11. E por fim, requer que o procedimento seja julgado improcedente na sua totalidade.

1. Os autuantes, na sua informação fiscal às fls. 94 a 99, afirma que não é de competência discutir a constitucionalidade dos dispositivos do RICMS aprovado pelo Dec. 5.444/96 e da Lei 4.825/89, e que convém analisar o contido no artigo 155 da Constituição Federal/1988.
2. Transcreve o caput do artigo 155 e o inciso II, em que estabelece a competência de tributar dos Estados e do Distrito Federal, bem como a denominação do imposto;
3. Transcreve o parágrafo 2º do mesmo artigo: *O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte:*

*I – Será não cumulativo compensando-se o que for devido em cada operação relativa à circulação de mercadorias ou prestação de serviços com o montante cobrado nas anteriores pelo mesmo ou outro Estado ou pelo Distrito Federal;*

*II – A isenção ou não incidência, salvo determinação em contrário da legislação:*

- a) *não implicará crédito para compensação com o montante devido nas operações ou prestações seguintes;*
- b) *acarretará a anulação do crédito relativo as operações anteriores.*

4. Afirma que o dispositivo acima citado, deixa claro que as operações com isenção ou não incidência, os créditos das operações anteriores devem ser anuladas, regra não observada por parte da autuada;
5. Aduz que a autuada afirma que a LC 87/96 veio aclarar e interpretar normas constitucionais a respeito do ICMS, mas que a mesma deixou de citar o inciso II do § 3º do artigo 20 que dispõe sobre o crédito fiscal e transcreve o parágrafo 3º do mesmo artigo: *É vedado o crédito relativo a mercadoria entrada no estabelecimento ou a prestação de serviços a ele feita:*

*I – para integração ou consumo em processo de industrialização ou produção rural, quando a saída do produto resultante não for tributada ou estiver isenta do imposto, exceto se tratar-se de saída para o exterior;*

*II – para comercialização ou prestação de serviço, quando a saída ou a prestação subsequente não forem tributadas ou estiverem isentas do imposto, exceto as destinadas ao exterior.*

6. Afirma que a LC 87/96 confirma o disposto no texto constitucional de forma objetiva quanto a vedação ao crédito relativo as entradas quando a saída ou a prestação subsequente não forem tributadas ou estiverem isentas;

7. Transcreve o artigo 52 da Lei 4.825/96 que prever anulação do crédito quando a operação subsequente for beneficiada com isenção ou não incidência;
8. Cita o artigo 97 e incisos do RICMS/BA, aprovado pelo Dec. 2460/89 e os artigos 124 e 93 e incisos aprovados pelo Dec. 5444/96, que estabelecem anulação de crédito das entradas quando as saídas subsequentes forem isentas ou com não incidência do imposto, e a proporcionalidade do crédito quando as saídas forem tributadas e isentas.
9. Ressalta que a citação pela autuada dos acórdãos dos Tribunais Regionais Federais não se aplica ao ICMS quanto a utilização de crédito de energia e comunicações, se restringem ao IPI e que o AC 1999.04.01.12.9975-3/RS reforça a vedação do direito ao crédito relativo ao ICMS, transcrevendo o termo contido no referido acórdão “**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, pois se trata de exceção, que deve ter interpretação restritiva.** Impossibilitar o direito ao crédito implicaria desvirtuar a isenção ou o regime da alíquota zero, por quanto estes se transformariam em diferimento”(grifo do autuante).
10. Finaliza afirmando que a autuação está de acordo com as normas que regem o ICMS/BA e portanto requer a procedência do auto.

## VOTO

Da análise acerca das peças e comprovações que compõem o processo verifico que:

Na defesa apresentada o contribuinte alega que a imposição fiscal afronta o princípio constitucional da não-cumulatividade, não tendo questionado a metodologia e os valores dos créditos proporcionais. Entendo que este Tribunal Administrativo, não tem competência para julgar a constitucionalidade das leis vigentes.

Conforme disposto no parágrafo 1º do artigo 93 do RICMS/BA, aprovado pelo Dec. 5.444/96, estabelece que, a utilização do crédito fiscal relativo às aquisições de mercadorias, matérias-primas, produtos intermediários e material de embalagem, inclusive o relativo aos serviços tomados, condiciona-se a que tais mercadorias e serviços estejam diretamente vinculados à comercialização, ou prestação, de mercadorias ou serviços cujas saídas ou prestações sejam tributadas pelo imposto, sendo 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, ressalvado as hipóteses de manutenção do crédito que não se aplicam a lide.

No caso específico, conforme argumentações defensivas, a energia elétrica e os serviços de comunicações, equiparam-se o mesmo tratamento de mercadorias ou insumos, aplicando-se a regra do disposto no parágrafo II do artigo 99 do Dec. 2460/89: “*Quando uma mesma matéria prima for utilizada na fabricação de produtos tributados e não tributados, o estorno será efetuado de forma proporcional, relativamente à matéria prima empregada nos produtos não tributados*”, regra confirmada no inciso II do artigo 52 da Lei Complementar nº 87/96.

Entendo que, a utilização de créditos fiscais pela aquisição de energia elétrica e comunicações, no período considerado, era condicionado à sua vinculação, às operações posteriores de comercialização tributadas, conforme disposto no artigo 93 e incisos do Dec. 5.444/96, sendo a autuada, estabelecimento comercial no ramo de supermercados, deveria utilizar o crédito fiscal

sobre as contas de energia elétrica e comunicações, proporcional às operações subsequentes de comercialização tributadas, e caso tivesse lançado o crédito integral deveria estornar o crédito proporcional às saídas isentas e não tributadas.

Assim sendo, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

### **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 1<sup>a</sup> Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE**, o Auto de Infração nº 110424.0005/02-8, lavrado contra a **BOMPREÇO BAHIA S. A.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de R\$ 26.678,40 atualizado monetariamente, acrescido da multa de 60 %, prevista no art. 42, inciso VII, alínea “a” da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos moratórios correspondentes.

Sala das Sessões do CONSEF, 12 de junho de 2002.

CLARICE ANÍZIA MÁXIMO MOREIRA-PRESIDENTE

EDUARDO RAMOS DE SANTANA - RELATOR

JOSÉ BEZERRA LIMA IRMÃO - JULGADOR