

**A.I. N.º** - 207494.0032/02-8  
**AUTUADO** - BOMPREGO BAHIA S/A  
**AUTUANTES** - LAIRA AZEVEDO SANTANA LEAL, VALDEMIR NOGUEIRA DE OLIVEIRA,  
LELITA VIEIRA TIGRE DA SILVA, REGINALDO CANDIDO DE MEDEIROS FILHO  
e ALBELARDO DE ANDRADE CARDOSO  
**ORIGEM** - INFAZ IGUATEMI  
**INTERNET** - 08/07/2002

### 3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

#### ACÓRDÃO JJF Nº 0203-03/02

**EMENTA:** ICMS. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO A MAIS. AQUISIÇÕES DE ENERGIA ELÉTRICA E DE SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO. Confirmada a falta de estorno de crédito proporcional às saídas não tributadas. Não compete a este órgão julgador a apreciação de inconstitucionalidade da legislação tributária. Infração caracterizada. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

#### RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 02/04/02, exige ICMS no valor de R\$ 37.650,50, imputa ao autuado a seguinte infração:

“O contribuinte deixou de efetuar a proporcionalidade das saídas isentas para utilização do crédito fiscal referente a energia e comunicação na comercialização de mercadorias com saídas tributadas, conforme determina o Art 93 caput parágrafo 1º do RICMS/BA. Dec. 5444/96 e Art 93 parágrafo 1º inciso II do RICMS/BA aprovado pelo Dec. 6.284/97”

O autuado, apresenta impugnação, às fls. 26 a 35, entendendo que o presente Auto de Infração representa total afronta ao princípio constitucional da não- cumulatividade, citando para justificar sua argumentação o artigo 155, II, §2º, I e II, da Constituição da República. Considera que toda entrada, independente da sua destinação ( seja de bens de uso e consumo ou matérias primas, ou ainda de bens destinados ao ativo permanente) havendo destaque do ICMS, gera, em favor do adquirente, um crédito fiscal de natureza mista, que deverá ser compensado nas operações de saídas posteriores. Ressalta que o creditamento do imposto nas entradas não é somente um direito, mas um dever do contribuinte, e que, nessas circunstâncias, encontram-se também inseridas as aquisições, tanto de energia elétrica, quanto de serviços de comunicação, uma vez que totalmente necessárias e utilizadas no regular funcionamento dos estabelecimentos comerciais. Aduz ainda, o autuado, que a regra da não-cumulatividade somente encontra limitação no próprio texto constitucional, não podendo ser restringida por Lei Complementar nem por Lei Ordinária, nem por Convênio, nem, muito menos, por ato administrativo.

Ao final, transcrevendo a opinião de alguns tributaristas e dizendo que a não-cumulatividade, enquanto princípio constitucional tributário, não pode ser objeto de alterações por meio de emendas constitucionais, quiçá por Lei infra-constitucional, especificamente por Lei estadual, solicita a improcedência do Auto de Infração.

Os autuantes, em informação fiscal (fls. 40 a 45 ), apesar de reconhecerem que não é de sua competência discutir a constitucionalidade dos dispositivos do RICMS e da Lei 4825/89, fazem uma análise dos dispositivos constitucionais citados pelo autuado, concluindo que a alínea “b”, do inciso II, do §2º, da C.F., deixa absolutamente claro que nas operações com isenção ou não incidência, os créditos das operações anteriores devem ser anulados. Acrescentam que o RICMS/89 no seu art. 97, III e X e art. 99, V e o RICMS/96 no seu art. 93, II, § 1º e § 9, 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, concluindo 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. Aduzem que não procede a alegação do autuado de que nos Tribunais Regionais Federais já se encontram assentadas decisões a respeito da utilização dos créditos em exame, dizendo que as questões examinadas pelos respectivos juízes restringem-se ao Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI).

Ao final, pedem a manutenção do Auto de Infração.

### VOTO

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.

### RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **207494.0032/02-8**, lavrado contra **BOMPREÇO BAHIA S/A**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 37.650,50**, atualizado monetariamente, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios.

Sala das Sessões do CONSEF, 14 de junho de 2002.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA - PRESIDENTE

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - RELATORA

LUÍS ROBERTO DE SOUSA GOUVÊA - JULGADOR