

A. I. N° - 207494.0033/02-4  
**AUTUADO** - BOMPREÇO BAHIA S/A  
**AUTUANTES** - REGINALDO CÂNDIDO DE MEDEIROS FILHO e OUTROS  
**ORIGEM** - IFEP-DAT/METRO  
**INTERNET** - 05.07.02

**2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACORDÃO JJF N° 0206-02/02**

**EMENTA:** ICMS. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO A MAIS DE ENERGIA ELÉTRICA E SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO. FALTA DE ESTORNO PROPORCIONAL ÀS SAÍDAS ISENTAS. Comprovado que o contribuinte creditou-se integralmente do imposto. Infração comprovada. Não compete a este órgão julgador a apreciação de inconstitucionalidade da legislação tributária. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

O Auto de Infração, lavrado em 02/04/2002, exige o ICMS no valor de R\$ 95.027,74, relativo aos exercícios de 1997 a 2000, sob a acusação de que o contribuinte deixou de efetuar a proporcionalidade das saídas isentas para utilização do crédito fiscal referente a energia elétrica e ao serviço de comunicação, utilizados na comercialização de mercadorias com saídas tributadas, conforme demonstrativos às fls. 9 a 17 dos autos, nos termos do art. 93, § 1º, do RICMS aprovado pelo Decreto 5.444/96 e art. 93, § 1º, II, do RICMS aprovado pelo Decreto 6.284/97.

O autuado apresentou defesa às fls. 26 a 35, inicialmente alegando que o Auto de Infração é insubsistente tendo em vista que, ao se utilizar dos créditos fiscais “glosados” pela fiscalização, encontra-se apoiado no princípio constitucional da não-cumulatividade, nos termos do art. 155, II, §2º, I e II da Constituição da República, uma vez que é absolutamente legal a utilização dos créditos fiscais da energia elétrica e do serviço de comunicação, os quais são totalmente necessários e utilizados no regular funcionamento de seus estabelecimentos comerciais, tanto nos processos de industrialização dos produtos da sua marca, assim considerados como insumos, quanto na comercialização das mercadorias. Aduz da impossibilidade de norma infra-constitucional restringir o aludido princípio constitucional da não-cumulatividade. Transcreve o artigo 20, da Lei Complementar nº 87/96 e alega que o legislador complementar conferiu ao contribuinte o direito ao crédito do ICMS, “independentemente da origem ou da destinação da mercadoria ou do serviço, bastando que sobre estas operações façam incidir o imposto”, confirmado um direito atribuído ao contribuinte desde a Constituição de 1988. Afirma o direito à utilização de tais créditos fiscais, mesmo quando das saídas isentas, sob pena de tornar inócuas a isenção e ferir a “incumulatividade” do tributo. Por fim, cita doutrina e decisões judiciais sobre IPI, do que pede a improcedência do Auto de Infração.

Os autuantes, em sua informação fiscal, às fls. 40 a 45, aduzem que apesar de entenderem que não é de sua competência discutir a inconstitucionalidade dos dispositivos da Lei nº 4.825/89 e do RICMS/96, faz uma análise do artigo 155, inciso II e do seu § 2º, inciso II, alínea “b”, da

Constituição Federal, onde esclarecem que a Carta Magna deixa claro que “nas operações com isenção ou não incidência, os créditos das operações anteriores devem ser anulados”.

Alegam que a Lei Complementar nº 87/96, no § 3º do artigo 20, veio confirmar o dispositivo constitucional ao dispor sobre a vedação ao crédito, relativo às entradas de mercadorias, quando as saídas ou as prestações subsequentes não forem tributadas ou estiverem isentas do imposto estadual, o que foi repetido pela Lei nº 4.825/89, no seu artigo 52, inciso I.

Registram que, de acordo com o RICMS/96 (artigo 93, inciso II, §§ 1º e 9º, inciso II, alínea “a” e o artigo 124), devem ser anulados os créditos relativos às entradas de mercadorias no estabelecimento, ou serviços a ele prestados, cujas saídas estejam beneficiadas por isenção ou não incidência do imposto, sendo que, se algumas dessas operações de saídas ou prestações forem tributadas e outras forem isentas ou não tributadas, o crédito será utilizado de forma proporcional às operações de saídas e às prestações tributadas pelo imposto.

Finalizam ressaltando que as decisões judiciais trazidas aos autos não procedem, uma vez que as questões examinadas pelos juizes restringem-se ao Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI) e no próprio acórdão nº AC 1999.04.01.12.9975-3/RS, citado pelo autuado, observa-se claramente a vedação do direito ao crédito relativamente ao ICMS.

## VOTO

Trata-se de Auto de Infração lavrado para exigir o ICMS relativo a utilização a maior do crédito fiscal de energia elétrica e de serviço de comunicação, nos exercícios de 1997 a 2000, apropriado integralmente, sem considerar a proporcionalidade relativa às operações de saídas tributadas pelo imposto, quando ocorrerem simultaneamente operações isentas ou não tributadas.

As razões de defesa resume-se a alegação da impossibilidade de norma infra-constitucional restringir o aludido princípio constitucional da não-cumulatividade do imposto, cujos créditos fiscais da energia elétrica e do serviço de comunicação, necessários e utilizados no regular funcionamento de seus estabelecimentos comerciais, são inclusive considerados insumos nos processos de industrialização dos produtos da sua marca.

Já os autuantes informam que a Lei Complementar nº 87/96, no § 3º do artigo 20, veio confirmar o artigo 155, inciso II e do seu § 2º, inciso II, alínea “b”, da Constituição Federal, onde determina que “nas operações com isenção ou não incidência, os créditos das operações anteriores devem ser anulados”, o que era previsto no artigo 52, inciso I, da Lei nº 4.825/89 e repetido no artigo 93, inciso II, §§ 1º e 9º, inciso II, alínea “a” e o artigo 124, todos do RICMS/96, sendo que, se algumas dessas operações de saídas ou prestações forem tributadas e outras forem isentas ou não tributadas, o crédito será utilizado de forma proporcional às operações de saídas e às prestações tributadas pelo imposto.

Inicialmente destaco que, nos termos do artigo 167, inciso I, do RPAF/99, não se inclui na competência deste órgão julgador a declaração de constitucionalidade da legislação tributária estadual.

Porém, da análise das peças processuais, precisamente dos demonstrativos de fls. 9 a 17 dos

autos, constata-se que o contribuinte utilizou-se, além do permitido legalmente, como crédito fiscal, do ICMS destacado nas notas fiscais de aquisição de energia elétrica e serviços de comunicação, deixando de efetuar o estorno proporcional determinado pelo art. 100, inciso IV, c/c o art. 93, § 1º, todos do RICMS/96, para as ocorrências relativas ao período de janeiro a março de 1997, e pelo art. 100, inciso I, c/c o art. 93, § 1º, inciso II, do RICMS/97, para as ocorrências relativas ao período de abril de 1997 a dezembro de 2000, ao promover saídas de mercadorias com isenção ou não incidência do imposto.

Quanto a alegação do autuado de que a energia elétrica inclusive é considerada insumo nos processos de industrialização dos produtos da sua marca, em nada modifica a decisão, uma vez que o sujeito passivo não trouxe aos autos a prova de tal alegação, devendo assim de se considerar a proporcionalidade das saídas isentas dos produtos comercializados, conforme procederam os autuantes.

Como o recorrente, em sua peça defensiva, se limitou a suscitar a inconstitucionalidade dos dispositivos legais invocados pelos autuantes, não adentrando o mérito da autuação, entendo que está correto o lançamento do crédito tributário.

Dante do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

## **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 207494.0033/02-4, lavrado contra **BOMPREÇO BAHIA S/A**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$ 95.027,74, 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, 18 de junho de 2002.

FERNANDO A. B. DE ARAÚJO – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ CARLOS BACELAR – JULGADOR

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - JULGADOR