

A. I. N° - 110424.0006/02-4  
AUTUADO - BOMPREÇO BAHIA S/A  
AUTUANTES - LAIRA AZEVEDO SANTANA LEAL E OUTROS  
ORIGEM - IFEP-DAT/METRO  
INTERNET - 16.07.02

**2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO JJF N° 0216-02/02**

**EMENTA:** ICMS. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO A MAIS. ENERGIA ELÉTRICA E SERVIÇOS DE COMUNICAÇÃO. FALTA DE ESTORNO PROPORCIONAL NAS SAÍDAS ISENTAS. É devido o estorno ou anulação proporcional do crédito fiscal relativo às entradas ou aquisições de mercadorias, e de serviços quando as saídas forem objeto de operação subsequente isenta ou não tributável. Infração caracterizada. Não foram apreciadas as argüições de inconstitucionalidade da legislação tributária ordinária. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

O Auto de Infração em lide foi lavrado em 02/04/2002, para exigência de ICMS no valor de R\$ 50.823,82, mais a multa de 60%, tendo em vista que 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, inerente ao período de janeiro de 1997 a dezembro de 2000, conforme demonstrativos às fls. 17 a 22.

O sujeito passivo em seu recurso defensivo às fls. 81 a 90 impugna o Auto de Infração, sob o argumento de que o lançamento tributário não pode prosperar por representar total afronta ao princípio constitucional da não-cumulatividade previsto no § 2º do artigo 155 da CF/88. Ressalta que o mecanismo da não-cumulatividade assegura o crédito fiscal para ser compensado nas operações de saídas posteriores, toda vez que é adquirida uma mercadoria ou um serviço com incidência do imposto. Sustenta que tem direito integral ao crédito fiscal nas aquisições tanto de energia elétrica assim como de serviços de comunicação, pois são totalmente necessários e utilizados no regular funcionamento dos seus estabelecimentos comerciais. Afirma que a energia elétrica é utilizada tanto nos processos de industrialização dos produtos que levam a sua marca, quanto na comercialização das mercadorias.

Em seguida, argüi a impossibilidade de restringir-se o princípio constitucional da não cumulatividade por norma infra-constitucional, dizendo que a regra da não-cumulatividade somente encontra limitação no próprio texto constitucional, tornando inconstitucional qualquer restrição legislativa do direito ao crédito fiscal pelo legislador infra-constitucional. Cita lições de renomados tributaristas.

Assevera que as normas apontadas na autuação como infringidas restringem o direito constitucional de apropriação dos créditos oriundos de energia elétrica e de serviços de comunicação, pois se considerados como insumos, são na integralidade diretamente vinculados à comercialização, industrialização, produção, geração, extração ou prestação, são consumidos ou integram o produto final ou o serviço na condição de elemento indispensável à produção, composição ou prestação.

Invoca o artigo 20 da Lei Complementar nº 87/96, com o fito de mostrar que o legislador complementar assegurou ao contribuinte o direito ao crédito do ICMS, independentemente da origem ou da destinação da mercadoria ou do serviço, desde que tais operações sejam submetidas à tributação do imposto.

Prosseguindo, argumenta que tem direito à utilização do crédito fiscal referente à energia elétrica e comunicação, mesmo por ocasião das saídas isentas ou não tributadas, sob pena de tornar inócuas a isenção e ferir o princípio da não-cumulatividade, transformando-a em diferimento. Sobre esta questão, diz que os Tribunais já assentou o entendimento de que nas aquisições de insumos isentos há o direito ao crédito fiscal em respeito ao princípio da não-cumulatividade, conforme Acórdãos e Sentenças no âmbito do judiciário transcritas.

Por fim, requer a improcedência da ação fiscal.

Na informação fiscal às fls. 94 a 99, os autuantes preliminarmente frisam que não é de sua competência discutir a constitucionalidade dos dispositivos do RICMS aprovado pelo Decreto nº 5.444/96 e da Lei nº 4.825/89. Porém, analisando o disposto no artigo 155, inciso II, § 2º, inciso II, alínea “b” da Constituição Federal, os autuantes ressaltam que está previsto neste último dispositivo constitucional que nas operações com isenção ou não incidência, os créditos das operações anteriores devem ser anulados, inclusive que a Lei Complementar nº 87/96, no artigo 20, § 3º, inciso II acabou por confirmar de forma objetiva a vedação ao crédito relativo às entradas quando as saídas ou as prestações subseqüentes não forem tributadas ou estiverem isentas do imposto. Os autuantes discordam do argumento defensivo de ofensa ao princípio da não-cumulatividade esclarecendo que também está prevista no artigo 52 da Lei nº 4.825/89 que acarretará a anulação do crédito nas operações beneficiadas por isenção ou não incidência, ressaltando que no artigo 97, III e X e artigo 99, V do RICMS/89, e no artigo 93, II, § 1º, § 9º, II, “a” e artigo 124 do RICMS/96, prevê a anulação do crédito relativo à entrada de mercadorias no estabelecimento ou serviços a ele prestados, quando as saídas estiverem beneficiadas por isenção ou não incidência do imposto, cujo crédito fiscal deve obedecer a proporcionalidade entre as operações de saídas ou prestações tributadas e as isentas ou não tributadas. Sobre os acórdãos e sentenças no âmbito do judiciário citados pelo sujeito passivo assegurando o direito ao crédito dos serviços de energia e comunicação, os autuantes ressaltam que a questão examinada restringe-se ao IPI, inclusive que no próprio acórdão citado consta claramente a vedação do direito ao crédito relativo ao ICMS. Ao final, dizendo que o seu procedimento fiscal está em conformidade com as normas que regem o ICMS/BA, o mantém integralmente pela procedência da autuação.

## VOTO

Pelo que consta descrito no corpo do Auto de Infração, a autuação está fundamentada na acusação de que o contribuinte deixou de efetuar a proporcionalidade das isentas na apropriação do crédito fiscal do ICMS referente à aquisição de energia elétrica e serviços de comunicação na comercialização de mercadorias tributadas, durante os exercícios de 1999 a 2000, cujo débito apurado encontra-se devidamente demonstrado através do papel de trabalho intitulado de “Auditoria do Crédito Indevido de Energia Elétrica e Comunicação”, conforme documentos às fls. 16 a 25. Além disso, também instruem os autos as cópias xerográficas das folhas do Registro de Apuração do ICMS, onde constam os lançamentos dos créditos fiscais em questão.

O autuado em seu recurso defensivo embora não tenha apontado qualquer erro nos números consignados nos mencionados demonstrativos que serviram de base à autuação, discorda do valor calculado com base na proporcionalidade das mercadorias isentas para as tributadas, argüindo

inconstitucionalidade da legislação tributária ordinária por ofensa ao princípio da não-cumulatividade e por restringir o direito constitucional de apropriação dos créditos oriundos de energia elétrica e de serviços de comunicação, por se tratar de insumos diretamente vinculados à sua atividade de comercialização e de industrialização dos produtos que levam a sua marca.

Embora não seja de competência desta JJF (art.167, I, do RPAF/99) apreciar os aspectos de inconstitucionalidade da legislação tributária baiana argüidos pelo sujeito passivo, mesmo assim, na análise das peças e argumentações apresentadas pelas partes, tenho a observar que não houve violação ao princípio da não-cumulatividade, haja vista que de acordo com o artigo 155, § 2º, inciso II, alínea “b” da CF/88, nas operações isentas ou não tributadas deve ser efetuada a anulação dos créditos fiscais relativos às operações anteriores.

Além do mais, cumpre observar que existe vedação expressa na LC/87/96 (art. 20, § 3º, II), no sentido de que não é admitido o crédito fiscal na entrada de mercadoria ou prestação de serviço para comercialização quando a saída ou a prestação subseqüente não forem tributadas ou estiverem isentas do imposto.

No caso, observa-se que em momento algum foi negado o direito assegurado ao contribuinte de apropriar-se dos créditos fiscais oriundos de energia elétrica e de serviços de comunicação, nem que os mesmos não sejam considerados como insumos diretamente vinculados à comercialização e industrialização de produtos que levam a marca do contribuinte.

O que está a se exigir nos autos é exatamente o estorno ou anulação proporcional do crédito relativo à entrada de mercadorias no estabelecimento ou serviços a ele prestados, em virtude da ocorrência de saídas beneficiadas por isenção ou não incidência do imposto.

Assim, considerando que o estabelecimento autuado no período auditado efetuou tanto operações de mercadoria tributadas como isentas ou não tributadas, à luz do disposto no artigo 30, inciso I, da Lei nº 7.014/96, e no artigo 93, II, § 1º, § 9º, II, “a” combinado com o § 1º do artigo 100, dos RICMS/BA. de 1996 e 1997, é devido exigir o estorno de crédito das isentas na apropriação dos créditos fiscais de energia elétrica e serviços de comunicação, cujo trabalho fiscal não merece qualquer reparo tendo em vista que o autuado não apontou qualquer erro nos números apurados.

Ante o exposto, o meu voto é 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 110424.0006/02-4, lavrado contra **BOMPREÇO BAHIA S/A**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 50.823,82**, atualizado monetariamente, acrescido da multa de 60%, prevista no artigo 42, VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios.

Sala das Sessões do CONSEF, 27 de junho de 2002.

FERNANDO A. B. DE ARAÚJO - PRESIDENTE

JOSÉ CARLOS BACELAR - RELATOR

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - JULGADOR