

**A. I. N°** - 207494.0034/02-0  
**AUTUADO** - BOMPREGO BAHIA S/A  
**AUTUANTES** - LAÍRA SANTANA LEAL, VALDEMIR NOGUEIRA DE OLIVEIRA, LELITA VIEIRA TIGRE DA SILVA, PAULO CESAR PINTO DE ALMEIDA, REGINALDO CÂNDIDO DE MEDEIROS FILHO e ABELARDO DE ANDRADE CARDOSO  
**ORIGEM** - INFAZ IGUATEMI  
**INTERNET** - 05. 07. 2002

#### 4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

#### ACÓRDÃO JJF N° 0228-04/02

**EMENTA:** ICMS. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO A MAIS. SERVIÇOS DE COMUNICAÇÃO E ENERGIA ELÉTRICA. De acordo com a legislação da época, o crédito fiscal era limitado a 50% do valor do imposto destacado, na hipótese de não ser possível quantificar, com exatidão, o serviço de comunicação utilizado e a quantidade de energia consumida, vinculados às operações de comercialização tributadas, devendo ser estornado o crédito fiscal proporcionalmente às operações isentas. Infração comprovada. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

#### RELATÓRIO

O Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 02/04/2002, exige ICMS no valor de R\$17.375,81, em razão da utilização de crédito fiscal a maior, pelo fato do contribuinte não 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, § 1º, do RICMS/96 e art. 93, § 1º, II, do RICMS/97.

O autuado ao impugnar o lançamento em sua peça defensiva de fls. 28 a 37 dos autos, inicialmente, transcreveu a infração imputada e o seu enquadramento pelos autuantes para, em seguida, contestá-lo com os seguintes argumentos:

- 1) Que a presente autuação não pode prosperar, uma vez que representa total afronta ao princípio constitucional da não cumulatividade, conforme determinou o legislador constituinte que o ICMS, ao ser instituído pelos Estados-membros e pelo Distrito Federal deve, necessariamente, ser não cumulativo. Cita o art. 155, seu inciso II, o seu parágrafo 2º, o seu item I, em apoio ao alegado. Explica como deve ser considerado o crédito fiscal e diz que tem direito aos créditos fiscais relativamente às aquisições de energia elétrica e de serviços de comunicação, porque são utilizados no funcionamento do seu estabelecimento;
- 2) Que a legislação infra-constitucional não pode restringir o direito ao crédito assegurado pela Constituição Federal, oportunidade em que transcreveu entendimentos de professores interpretando dispositivos constitucionais relacionados ao princípio da não cumulatividade do ICMS. Cita, também, o art. 20, da Lei Complementar n° 87/96, além de transcrever julgado do TRF

e de uma Sentença de um Juiz Federal, relativamente ao IPI - Imposto sobre Produtos Industrializados, em apoio ao alegado.

Ao finalizar, requer o julgamento improcedente do Auto de Infração.

Os autuantes ao prestarem a sua informação fiscal de fls. 42 a 47 dos autos descreveram, inicialmente, a infração apurada e as alegações defensivas para, em seguida, contraditá-las com os seguintes argumentos:

1) esclarecem não ser de suas competências discutir a inconstitucionalidade dos dispositivos do RICMS/96 e da Lei n. 4825/89. Transcrevem o art. 155, o seu inciso II e seu parágrafo 2º, além dos seus itens I e II e das alíneas “a” e “b, da Constituição Federal. Afirmam que na alínea “b”, deixa absolutamente claro que nas operações com isenção ou não incidência, os créditos das operações anteriores devem ser anuladas, cuja regra não foi observada pelo autuado. Quanto a alegação defensiva, ao afirmar que a Lei Complementar 87/96 veio aclarar e interpretar as normas constitucionais a respeito do ICMS, estranham o fato do autuado haver omitido o inciso II, do parágrafo 3º, do seu art. 20, oportunidade em que transcreveram os seus teores. Esclarecem que, com base na lei acima citada, restou confirmado o disposto no texto constitucional, ao prevê a vedação do crédito relativo às entradas quando a saída ou a prestação subsequente não forem tributadas ou estiverem isentas.

Sobre o argumento defensivo, segundo o qual a legislação estadual afronta o texto constitucional, não respeitando o princípio da não cumulatividade do ICMS dizem não proceder. Como justificativa, citam o art. 52 e seu inciso I, da Lei nº 4825/89. Ressaltam que o RICMS/89 e o RICMS/96, nos seus arts. 97, III, e X, 99, V, 93, II, parágrafos 1º e 9º, II, “a” e 124, respectivamente, estabelecem a anulação do crédito relativo à entrada de mercadorias ou serviços a eles prestados quando as saídas estejam beneficiadas por isenção ou não incidência do imposto, sendo que, se algumas destas operações de saídas ou prestações forem tributadas e outras foram isentas ou não tributadas, o crédito será utilizado proporcionalmente às operações de saídas tributadas pelo imposto;

2) Quanto ao argumento de que nos Tribunais Regionais Federais já se verifica absolutamente assentado de que a não utilização dos créditos referentes à energia elétrica e comunicação quando das saídas isentas, torna inócua a isenção e fere a incumulatividade porque, economicamente converte ICMS, tributo sobre valor agregado, em tributo sobre valor acumulado, não procede. É que à questão examinada 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, oportunidade em que transcreveram o referido acórdão, para embasar a sua alegação.

Ao concluírem, entendem que a autuação está de acordo com as normas que regem o ICMS/BA. Consideram que as razões apresentadas pelo autuado não têm fundamento, pelo que esperam o julgamento procedente do Auto de Infração.

## VOTO

Inicialmente, sobre o questionamento do autuado quanto à constitucionalidade da utilização dos créditos fiscais apropriados, ressalto que não compete a este órgão julgador apreciar a inconstitucionalidade da legislação, ao teor do que dispõe o art. 167, I, do RPAF/99.

Adentrando no mérito e após a análise das peças que compõem o PAF, observei que o autuado não opôs qualquer objeção aos valores cobrados na presente autuação.

Sobre a autuação, entendo razão não assistir ao autuado, pelos seguintes motivos:

I - Com a edição do RICMS/96, que vigorou de 01/07/96 a 31/03/97, a apropriação do crédito fiscal na aquisição energia elétrica e de serviços de comunicação, somente é admitida, caso os contribuintes comprovem efetivamente a quantidade vinculada a operações de comercialização tributadas. Na hipótese de não ser possível a sua quantificação, o art. 93, II, §9º, do regulamento acima citado, limitava a apropriação dos créditos a um percentual de 50% do imposto destacado. Além da limitação acima, o “caput”, do § 1º do art. 93, determinava que, quando algumas das operações fossem tributadas e outras isentas, o crédito fiscal será utilizado proporcionalmente às saídas tributadas;

II – com o advento do RICMS/97, que entrou em vigor em 01/04/97, o art. 93, parágrafo 1º, II, condicionava o direito ao crédito a que as operações ou prestações subseqüentes fossem tributadas pelo imposto, sendo que, se algumas destas operações ou prestações forem tributadas e outras forem isentas ou não tributadas, o crédito fiscal será utilizado proporcionalmente às operações de saídas e às prestações tributadas pelo imposto, ressalvados os casos em que seja assegurada pela legislação a manutenção do crédito;

III – como não foi obedecida pelo autuado à regra acima citada, entendendo que foi correto o procedimento dos autuantes ao glosarem proporcionalmente o crédito indevidamente utilizado a maior, ou seja, com base nas saídas de mercadorias isentas. .

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **207494.0034/02-0**, lavrado contra **BOMPREÇO BAHIA S/A**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$17.375,81**, 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, 28 de junho de 2002.

ANTÔNIO AGUIAR DE ARAÚJO – PRESIDENTE/RELATOR

ANSELMO LEITE BRUM – JULGADOR

ÁLVARO BARRETO VIEIRA - JULGADOR