

**A.I. Nº** - 281228.0041/02-6  
**AUTUADO** - BOM PREÇO BAHIA S/A.  
**AUTUANTES** - LAIRA AZEVEDO SANTANA LEAL, VALDEMIR NOGUEIRA DE OLIVEIRA, LELITIA VIEIRA TIGRE DA SILVA, PAULO CÉSAR PINTO DE ALMEIDA, REGINALDO CÂNDIDO DE MEDEIROS FILHO e ABELARDO DE ANDRADE CARDOSO.  
**ORIGEM** - INFAZ CALÇADA  
**INTERNET** - 12/08/2002

### 3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

#### ACÓRDÃO JJF Nº 0252-03/02

**EMENTA:** ICMS. CRÉDITO FISCAL. FALTA DE ESTORNO PROPORCIONAL. ENERGIA ELÉTRICA E SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO. SAÍDAS DE MERCADORIAS, EM PARTE, SEM TRIBUTAÇÃO. Há previsão legal (RICMS/BA) para a cobrança do imposto. O autuado não questionou os valores exigidos na autuação. Não cabe ao órgão julgador, declarar inconstitucionalidade de dispositivo legal do RICMS/BA. Feita representação para instauração de novo procedimento fiscal, nos termos do art. 156 do RPAF/99. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

#### RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 02/04/02, acusa o contribuinte de ter deixado de “efetuar a proporcionalidade de isentas para utilização de crédito fiscal referente a energia e comunicação na comercialização de mercadorias com saídas tributadas”. A acusação vincula-se aos exercícios de 1997 a 2000, e o ICMS exigido é no total de R\$27.589,78, com a respectiva multa de 60%.

Na peça de defesa, às fls. 27 a 36, o autuado alegou que o seu procedimento fiscal está apoiado nas normas constitucionais que regulam a utilização de crédito fiscal, com destaque para o art. 155, § 2º, da CF/88, que versa sobre o princípio da não-cumulatividade do ICMS.

Quanto a este princípio, o contribuinte disse 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”. Continuando, o autuado também disse que “nessas circunstâncias, encontram-se também aí inseridas as aquisições tanto de energia elétrica, quanto de serviços de comunicação, uma vez que totalmente necessárias e utilizadas no regular funcionamento dos seus estabelecimentos comerciais”.

Assim, o sujeito passivo salientou que norma infra-constitucional, a exemplo da citada pelos autuantes (RICMS/97), não pode criar, além das já existentes na Carta Magna, restrições ao princípio da não-cumulatividade.

Por conta disto, o contribuinte pediu o julgamento pela improcedência da autuação, após ter fundamentado suas alegações em doutrina e jurisprudência.

Na Informação Fiscal, às fls. 40 a 45, os autuantes, logo de início, ressaltaram que foge da competência deles, uma discussão a respeito da inconstitucionalidade de dispositivos do RICMS/BA. Mesmo assim, fizeram uma análise das razões expostas na peça defensiva, e concluíram que tanto a CF/88, como a LC nº 87/96 e a própria legislação tributária estadual, dão respaldo à autuação, além de não ferirem o princípio da não-cumulatividade.

## VOTO

De início, cabe salientar que, à época da ocorrência dos fatos descritos no Auto de Infração, vigoravam o RICMS/96 (até 31/03/97) e o RICMS/97 (a partir de 01/04/97).

No presente processo, os autuantes acusam o contribuinte de não ter feito o estorno proporcional de crédito fiscal, procedimento exigido pelo art. 93, do RICMS/96 e do RICMS/97, no caso de parte das operações de saídas de mercadorias se dar sob isenção ou não-incidência do imposto.

Tal estorno, é bom que se deixe claro, também se refere a créditos fiscais provenientes de energia elétrica e de serviços de comunicação, circunstância ora *sub examine*.

O autuado limitou sua defesa à tese de que norma infra-constitucional, *in casu*, o RICMS/BA, estaria criando restrição ao princípio da não-cumulatividade, o que não poderia acontecer. Face a isto, o autuado entende que a autuação, que se baseou neste diploma legal, deve ser tida como improcedente.

Ocorre que, além do RICMS/BA dar respaldo à exigência do ICMS, os cálculos do tributo, feitos pelos autuantes, sequer foram contestados pelo sujeito passivo. E sendo assim, não tendo sido contestados os valores da autuação, deve ser mantida a cobrança tributária.

Deve ser esta a decisão a ser dada neste PAF, inclusive, porque não cabe ao órgão julgador declarar a inconstitucionalidade de dispositivo legal previsto no RICMS/97 (art. 167, I, do RPAF/99), ainda que vislumbresse a sua ocorrência.

*Ex positis*, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

Por fim, considerando a determinação do art. 156 do RPAF/99, que dispõe *verbis*:

*Art. 156. Ocorrendo evidência de agravamento da infração ou necessidade de lavratura de outro Auto de Infração, deverá o órgão julgador representar à autoridade competente para instaurar novo procedimento fiscal.*

Esta 3ª JJF representa a autoridade competente (Inspetor da INFAZ Calçada), para programar nova fiscalização à empresa autuada, visto que, à luz do RICMS/96, que vigorou até 31/março/1997, há evidência de agravamento de infração, no tocante aos meses de janeiro, fevereiro e março, do exercício de 1997.

Explico melhor. Para tanto, transcrevo logo abaixo, o inciso II e os §§ 1º e 9º, ambos do art. 93 do RICMS/96.

*Art. 93 - Constitui crédito fiscal de cada estabelecimento, para compensação com o tributo devido em operações ou prestações subsequentes e para fins de apuração do imposto a recolher, salvo disposição em contrário:*

*(...)*

*II - o valor do imposto anteriormente cobrado, relativo às aquisições de energia elétrica e aos serviços de comunicação tomados, quando efetivamente utilizados na comercialização, na industrialização, na produção, na extração, na geração de energia ou na prestação de serviço de transporte interestadual ou intermunicipal ou de serviço de comunicação (§ 9º);*

*(...)*

*§ 1º - Salvo disposição em contrário, 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, industrialização, produção, geração, extração ou prestação, que sejam neles consumidos ou integrem o produto final ou o serviço na condição de elemento indispensável à produção, composição ou prestação, conforme o caso, 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.*

*(...)*

*§ 9º - Para os efeitos do inciso II deste artigo, quando não for possível mensurar, com precisão, o serviço de comunicação utilizado ou a quantidade de energia elétrica consumida, efetivamente vinculados a operações ou prestações seguintes da mesma natureza, tributados pelo imposto, ou a operações de comercialização tributadas, ou a processos de extração, geração ou industrialização dos quais resultem saídas tributadas, o contribuinte poderá apropriar-se do valor resultante da aplicação, sobre o valor do imposto destacado no documento fiscal, dos seguintes percentuais:*

*I - serviço de comunicação: 50%;*

*II - energia elétrica utilizada:*

*a) na comercialização: 50%;*

*b) na industrialização, produção, extração e geração de energia: 85%;*

*c) pelo prestador de serviço de transporte: 40%;*

*d) pelo prestador de serviço de comunicação: 85%.*

*(...)*

Conforme se depreende dos levantamentos fiscais (vide fls. 10, 13 e 14), os autuantes calcularam o imposto exigido nos meses de janeiro, fevereiro e março, de 1997, com base na sistemática prevista no § 1º, acima transcrito, o que culminou com um estorno proporcional do crédito fiscal, nos montantes de 17,29%, 16,37% e 18,73%, ou seja, foi considerado, pelos autuantes, o crédito fiscal de 82,71%, 83,63% e 81,27%, respectivamente.

Ocorre que, no presente caso, tudo leva a crer que não era possível mensurar, com precisão, o serviço de comunicação utilizado ou a energia elétrica consumida, nos termos previstos no § 9º, ora transcrito.

E assim sendo, se comprovado tal fato, o correto será exigir do autuado o estorno proporcional de 50% do crédito fiscal, considerando que sua atividade é a de comercialização, e que, para o caso da energia elétrica e de serviços de comunicação, é aplicável a disposição do inciso II, c/c § 9º, do art. 93, do RICMS/96, e não a do § 1º deste artigo, como entenderam os autuantes.

Por questão de justiça fiscal, tomando como base o ICMS ora já exigido no presente Auto de Infração, a necessidade de novo lançamento de crédito tributário, se houver, logicamente, deverá ser limitada à diferença percentual entre 50% e o índice aplicado pelos autuantes mês a mês (janeiro, fevereiro e março, de 1997).

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **281228.0041/02-6**, lavrado contra **BOMPREÇO BAHIA S/A.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$27.589,78**, atualizado monetariamente, acrescido da multa de 60 %, prevista no art. 42, VII, “b”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios sendo observado a necessidade de uma nova ação fiscal para complementação do valor do imposto devido.

Sala das Sessões do CONSEF, 29 de julho de 2002.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA - PRESIDENTE

RICARDO DE CARVALHO RÊGO - RELATOR

LUÍS ROBERTO DE SOUSA GOUVÊA - JULGADOR