

**PROCESSO** - A.I. Nº 060624.0005/02-0  
**RECORRENTES** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e D. P. M. BAHIA DRUGSTORE PERFUMARIA e MEDICAMENTOS LTDA.  
**RECORRIDOS** - DPM BAHIA DRUGSTORE PERFUMARIA e MEDICAMENTOS LTDA. e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECURSOS** - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO - Acórdão 4ª JJF nº 0057-04/03  
**ORIGEM** - INFRAZ BONOCÔ  
**INTERNET** - 28.05.03

### 1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

#### ACÓRDÃO CJF Nº 0256-11/03

**EMENTA:** ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS EFETUADAS POR FARMÁCIA OU DROGARIA. RECOLHIMENTO EFETUADO A MENOS. **a)** OPERAÇÕES INTERNAS. **b)** OPERAÇÕES INTERESTADUAIS. Infrações parcialmente caracterizadas. Recurso de Ofício NÃO PROVIDO Decisão unânime. Recurso Voluntário NÃO PROVIDO. Vencido o voto do Relator. Decisão por maioria.

### RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 15/03/02, exige ICMS, no valor total de R\$ 43.604,23, em razão das seguintes irregularidades:

1. Efetuou o recolhimento a menos do ICMS devido por antecipação tributária, no valor de R\$ 25.148,05, na condição de farmácia, drogaria ou casa de produto natural, referente às aquisições de mercadorias neste Estado.
2. Efetuou o recolhimento a menos do ICMS devido por antecipação tributária, no valor de R\$ 18.456,18, na condição de farmácia, drogaria ou casa de produto natural, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação.

Por meio de advogado legalmente constituído, o autuado apresentou defesa e, inicialmente, pediu que as intimações relativas ao feito fossem encaminhadas ao seu patrono, cujo endereço declinou. Entrando no mérito, alega que a autuação não pode prosperar, pois há erros na auditoria fiscal. Em seguida, passou a discorrer sobre os equívocos cometidos pela autuante.

Diz que, nas operações interestaduais, foram consideradas as datas de emissão das notas fiscais, antecipando a ocorrência dos fatos geradores, causando distorções nos pagamentos referentes às aquisições interestaduais e internas, uma vez que os recolhimentos são feitos em documentos de arrecadação únicos. Como prova de sua alegação, anexa cópia de notas fiscais de entradas (fls. 93 a 185), do seu livro Registro de Entradas (fls. 193 a 233), de demonstrativos de apuração dos valores que entende ser os corretos (fls. 69/90).

Alega que não foram considerados os pagamentos realizados em 25/09/99 e 25/10/99, nos valores de, respectivamente, R\$ 9.137,58 e R\$ 4.139,03, conforme comprovam os DAEs anexados à fl. 186. Após afirmar que também não foi computado o valor recolhido a mais em novembro e constante no “RESUMO MENSAL DA ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA”, explica que tinha a recolher R\$ 4.927,40 e, no entanto, recolheu R\$ 7.629,55. Frisa que o total constante nesse mesmo demonstrativo, R\$ 27.456,14 (fl. 34), diverge do consignado no Demonstrativo de Débito, R\$ 25.148,05 (fl. 2).

Prosseguindo em sua defesa, o autuado passa a relacionar, além dos já indicados, os seguintes erros, os quais constam nos demonstrativos de fls. 69 a 92:

- A Nota Fiscal nº 98512 é referente à aquisição de produto destinado à lavagem de lentes de contato, o qual está sujeito à MVA de 20%, uma vez que não é medicamento.
- A Nota Fiscal nº 20491, emitida por Michel Merheje & Cia Ltda., teve o valor do IPI considerado em duplicidade, o que gerou uma cobrança a mais de R\$ 22,11.
- Não foram considerados os créditos fiscais referentes a aquisições de energia elétrica e a serviços de comunicação, nos meses de fevereiro a dezembro de 1999, no valor de R\$ 18.488,09.
- As Notas Fiscais de nºs 52224, 54504 e 54505, referentes a março, infração 2, tiveram os créditos fiscais considerados a menos em, respectivamente, R\$ 29,65, R\$ 27,55 e R\$ 18,36.
- Em abril, a soma das operações internas, parcela do ICMS, aponta valor a mais de R\$ 723,13.
- Em maio, em referência à Nota Fiscal nº 98512, o débito foi apurado a mais, e a soma do ICMS nas operações internas apresenta erro, para mais, de R\$ 1.211,82.
- Em junho, a soma das operações internas apresenta valor a mais de R\$ 19,70. As Notas Fiscais de nºs 309063, 198655, 14569, 14570, 65625, 582559, 16376, 302490 foram consideradas em duplicidade. A Nota Fiscal nº 31264 (LRE fl. 168) é referente a simples remessa.
- Foram recolhidos a mais os seguintes valores: R\$ 953,95 (fevereiro), R\$ 1.105,27 (março), R\$ 1.100,31 (abril), R\$ 2.575,23 (maio), R\$ 736,04 (junho), R\$ 715,81 (julho), R\$ 282,51 (agosto), R\$ 151,49 (setembro), R\$ 700,49 (outubro), R\$ 1.177,64 (novembro), R\$ 632,00 (dezembro).

Ao final, o autuado conclui que, no período fiscalizado, pagou imposto a mais que o devido. Requer revisão e, em seguida, solicita que o Auto de Infração seja julgado improcedente. Em 26/04/02, requereu a juntada aos autos de cópias de seu livro Registro de Entradas.

Na informação fiscal, a autuante limita-se a afirmar que a autuação foi efetuada com base nas notas fiscais de entradas e nos DAEs apresentados pelo autuado. Mantém o procedimento fiscal.

O processo foi submetido à pauta suplementar e a 4ª JJF decidiu convertê-lo em diligência à ASTEC para que auditor fiscal estranho ao feito atendesse as solicitações de fl. 242.

Após o atendimento da diligência, o preposto da ASTEC informou que várias notas fiscais de entradas foram incluídas no levantamento com base na data da saída das mercadorias, porém, dentro do mesmo exercício fiscalizado, esse fato não causou alteração nos valores totais exigidos. Às fls. 252 e 253, o diligenciador elaborou o Anexo 1 com as devidas alterações.

Sustenta que procede a alegação defensiva pertinente às Notas Fiscais de nºs 20.491 e 908.512. Diz que, conforme Anexo 3 (fl. 273), efetuou as necessárias correções.

Reconhece que as Notas Fiscais nºs 30.963, 198.655, 14.569, 14.570, 65.625, 16.376 e 302.490 foram lançadas em duplicidade. A Nota Fiscal nº 582.559 foi lançada incorretamente. Assevera que as devidas correções foram efetuadas, como mostra o Anexo 3.

Assevera que a Nota Fiscal nº 31.264 era referente a uma operação de simples remessa e as Notas Fiscais nºs 52.224, 54.504 e 54.505 (fls. 5 a 7) tiveram os valores dos créditos fiscais considerados a menos pela autuante. Diz que efetuou as devidas correções (Anexo 3). Salienta que o autuado apresentou os títulos de incentivo do FAZCULTURA que o autorizava a utilizar o incentivo fiscal e, no Anexo 7 (fls. 323 a 335), acostou cópia dos referidos títulos. Também afirma que os erros de soma apontados pelo autuado foram corrigidos no Anexo 2.

Diz que, após confirmar o efetivo pagamento dos DAEs apresentados pela defesa, incluiu na nova apuração do débito os valores neles consignados. No Anexo 6 (fls. 286 a 321), acostou cópia dos DAEs e dos extratos de pagamentos. Quanto aos recolhimentos efetuados a mais (fls. 69 a 92), afirma que esses valores não resultam em nenhuma utilidade para a apuração do débito, pois foram embasados em dados inconsistentes. Assevera que a nova apuração consignada no Anexo 03 supre todas as lacunas apontadas, bem como a correção de todos os erros e equívocos, espelhando os reais valores de apuração do imposto.

No Anexo 3 (fl. 273), calculou a antecipação tributária devida, englobando as operações internas e interestaduais, e apurou a ocorrência de pagamentos efetuados a mais nos meses de abril, agosto e outubro de 1999. No Anexo 4 (fls. 275 e 276), elaborou dois Demonstrativos de Débito: um considerando e, outro desconsiderando esses valores pagos a mais.

Ao concluir a seu relatório, o diligenciador informou que, após as devidas correções, o débito original de R\$43.604,23 passou para R\$11.306,24, se não forem considerados os saldos credores dos meses de abril, agosto e outubro, ou, para R\$ 8.494,23, caso sejam eles considerados.

Instado a se pronunciar sobre o resultado da diligência, o autuado alegou que não foram aproveitados os pagamentos realizados em 25/09/99 e 25/10/99, nos valores de, respectivamente, R\$9.137,58 e R\$4.139,03, conforme DAEs à fl. 186. Pede que sejam computados os valores apurados pela diligência como pagos a mais nos meses de abril, agosto e outubro e, para embasar seu pedido, transcreve ementa de Decisão deste CONSEF.

Assevera que não foi considerado o crédito referente ao mês de novembro, quando recolheu R\$2.702,15 a mais. Salienta que, na infração 1, há divergência entre os valores totais: R\$27.456,14 e R\$25.148,05. Solicita que sejam computados no levantamento os créditos fiscais de energia elétrica e de comunicação não utilizados, referente aos meses de fevereiro a dezembro, no total de R\$18.488,09. Ao final, solicita a improcedência do lançamento.

A autuante tomou ciência do resultado da diligência, porém não se manifestou.

#### VOTO DO RELATOR DA 4<sup>a</sup> JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL NA DECISÃO RECORRIDA

[...]"O lançamento em lide é composto por duas infrações e exige imposto recolhido a menos, devido por antecipação tributária na condição de farmácias, drogarias e casas de produtos naturais, referente às aquisições internas e interestaduais de mercadorias. Considerando que as duas infrações são referentes à mesma matéria e que se diferenciam apenas pela procedência das mercadorias, apreciarei as duas acusações em conjunto.

O autuado contesta o lançamento, aponta erros contidos na auditoria fiscal e junta as suas provas. Por seu turno, na informação fiscal, a autuante apenas ratifica a ação fiscal, sem rebater as alegações defensivas. Visando dirimir a controvérsia e buscar a verdade material dos fatos, solicitei diligência à ASTEC do CONSEF.

Em atendimento à diligência solicitada, o auditor fiscal da ASTEC efetuou as correções já relatadas e, à fl. 273, elaborou um demonstrativo intitulado "Resumo da Apuração da Antecipação Tributária – Operações Internas e Interestaduais", onde apurou um novo débito no valor de R\$11.306,24. Também detectou que, nos meses de abril, agosto e outubro, o autuado efetuou recolhimentos a mais no valor total de R\$2.812,01. Dessa forma, segundo o diligenciador, caso seja compensado esse valor pago a mais, o débito remanescente passa a ser de R\$ 8.494,23.

Acato às correções que foram efetuadas na auditoria fiscal pelo diligenciador da ASTEC, pois as mesmas estão respaldadas em documentação comprobatória acostadas ao processo. Porém, é necessário tecer alguns comentários e correções referentes aos valores apurados no

demonstrativo de fl. 273, bem como apreciar as alegações defensivas efetuadas após a diligência:

- a) O valor recolhido a mais no mês de novembro de 1999, no montante de R\$2.702,15, não deve ser computado, uma vez que, como bem informou o diligenciador, os dados apurados pela autuante não são consistentes e todos os demonstrativos foram refeitos na diligência.
- b) A diferença existente entre o total do “RESUMO MENSAL DA ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA”, no mês de novembro, e o total da infração 1, no Demonstrativo de Débito, também não deve ser considerado, uma vez que os demonstrativos elaborados pela autuante foram refeitos pelo diligenciador. Além disso, o erro existente beneficiava o contribuinte.
- c) Relativamente aos pagamentos consignados nos DAEs anexados à fl. 186, nos valores de R\$9.137,58 e R\$4.139,03, os mesmos já foram considerados pelo diligenciador, conforme consta no demonstrativo de fl. 273 e, no relatório à fl. 246.
- d) Os créditos fiscais de energia elétrica e de comunicação citados pela defesa não devem ser considerados no cálculo do imposto devido, pois o art. 93, § 1º, II, determina que a utilização de créditos fiscais relativos a aquisições de energia elétrica e aos serviços de comunicação tomados fica condicionada a que as operações subsequentes praticadas pelo contribuinte sejam tributadas, sendo que, se algumas destas operações forem tributadas e outras não, o crédito fiscal será utilizado proporcionalmente às operações de saídas tributadas. Como o autuado só efetua saída de mercadorias com fase de tributação encerrada, ele não pode utilizar os citados créditos fiscais, os quais constituirão créditos fiscais acumulados, nos termos do art. 106, II, do RICMS-BA/97.
- e) Quanto aos recolhimentos efetuados a mais e apurados pelo diligenciador da ASTEC nos meses de abril, agosto e outubro, entendo que os mesmos devem ser compensados com o imposto devido nos demais meses, já que serão abatidos dos débitos subsequentes dentro de um mesmo exercício fiscalizado. Saliento que os valores a compensar serão os que subsistirem após a glosa dos créditos fiscais de energia e comunicação que foram indevidamente considerados pelo diligenciador, tudo conforme demonstrado na tabela que apresento mais adiante.
- f) Ressalto que, como afirma a defesa à fl. 59, os pagamentos eram efetuados pelo autuado em documentos de arrecadação únicos, fato comprovado pelos documentos de fls. 286 a 321. Portanto, entendo que, para apurar o imposto devido, é necessário juntar as infrações 1 e 2, pois não há como se separar os recolhimentos efetuados pelo contribuinte. Além disso, para que se deduza, do imposto devido, o benefício fiscal do FAZCULTURA, é necessário que o débito tributário referente às infrações 1 e 2 seja apurado de forma global.

Tomando como ponto de partida as “Diferenças a Recolher” constantes no demonstrativo intitulado “Resumo da Apuração da Antecipação Tributária – Operações Internas e Interestaduais” (fl. 273), passo a fazer as correções referentes às alíneas “d” e “e” acima:

Mês Ano <i>a</i>	Diferenças Conf. Diligênci <i>b</i>	Créditos Fiscais Energia/Comun. <i>c</i>	Diferenças Retificadas <i>d = (b+c)</i>	Diferenças a Recolher <i>e</i>
Jan/99	1.503,68	141,50	1.645,18	1.645,18
Fev/99	67,71	577,37	645,08	645,08
Mar/99	978,93	485,73	1.464,66	1.464,66
Abr/99	-721,69	459,13	-262,56	0,00
Mai/99	2.849,50	785,59	3.635,09	3.372,53

Jun/99	686,24	554,93	1.241,17	1.241,17
Jul/99	745,81	488,23	1.234,04	1.234,04
Ago/99	-1.590,13	529,60	-1.060,53	0,00
Set/99	142,48	1.247,12	1.389,60	329,07
Out/99	-500,19	3.182,47	2.682,28	2.682,28
Nov/99	1.715,01	396,36	2.111,37	2.111,37
Dez/99	2.616,87	661,16	3.278,03	3.278,03
<b>TOTAL</b>	<b>8.494,22</b>	<b>9.509,19</b>	<b>18.003,41</b>	<b>18.003,41</b>

Em face do comentado, entendo que as infrações 1 e 2 ficaram parcialmente caracterizadas e, em consequência, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, no valor total de R\$ 18.003,41, ficando o Demonstrativo de Débito, após as devidas correções, da seguinte forma”[...]:

DEMONSTRATIVO DE DÉBITO					
CÓD. DO DÉBITO	DATA DO VENCIMENTO	BASE DE CÁLCULO	ALÍQ. (%)	MULTA	VALOR DO DÉBITO (REAIS)
				UP F	
10	09/02/99	9.677,53	17%	60	1.645,18
10	09/03/99	3.794,59	17%	60	645,08
10	09/04/99	8.615,65	17%	60	1.464,66
10	09/06/99	19.838,41	17%	60	3.372,53
10	09/07/99	7.301,00	17%	60	1.241,17
10	09/08/99	7.259,06	17%	60	1.234,04
10	09/10/99	1.935,71	17%	60	329,07
10	09/11/99	15.778,12	17%	60	2.682,28
10	09/12/99	12.419,82	17%	60	2.111,37
10	09/01/00	19.282,53	17%	60	3.278,03
<b>VALOR TOTAL DO DÉBITO</b>					<b>18.003,41</b>

#### RECURSO DE OFÍCIO

Recurso de Ofício - face à determinação do art. 145 do Código Tributário do Estado da Bahia (COTEB) – Lei nº 3.956/81, com a redação dada pela Lei nº 7.438/99, consubstanciado nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/BA, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/99, o presente processo foi encaminhado em grau de Recurso de Ofício para esta 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do CONSEF, em virtude do Estado da Bahia ter sido sucumbente em parte no julgamento que exarou o Acórdão 4ª JJF nº 0057-04/03, pela Procedência em Parte do Auto de Infração em lide.

#### RECURSO VOLUNTÁRIO

Devidamente intimado a tomar ciência do resultado do julgamento realizado pela 4ª Junta de Julgamento Fiscal que exarou o Acórdão nº 0057-04/03 pela Procedência Parcial do Auto de Infração em epígrafe, o contribuinte inconformado com o resultado do julgamento, impetrou Recurso Voluntário, argüindo:

1. [...]”Que em consonância com a própria instrução do PAF, merece ser reformada (na parte da condenação). Inicialmente, o autuado reitera todos os termos de sua defesa e demais pronunciamentos, pedindo que sejam todos os fatos e fundamentos reavaliados em segunda instância.
2. Aduz, alegando que a JJF diz ter acatado as correções que foram efetuadas na auditoria fiscal pelo diligenciador da ASTEC, pois as mesmas estavam respaldadas em documentação comprobatória acostada, o que, contudo, não reflete totalmente a realidade.

3. *Em primeiro lugar, há que ser considerado o pagamento a maior, relativo ao mês de novembro de 1999, no total de R\$2.702,15, fruto da diferença entre os valores apontados no “RESUMO MENSAL DA ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA”. pertinente ao item 1, apresentado pela Autuante, e o montante efetivamente recolhida pela empresa (R\$4.927,40, de imposto a recolher, contra R\$7.629,55, de imposto efetivamente recolhido).*
4. *Assim, não há que se falar em “inconsistência na apuração”, pois tal compõe o próprio Auto de Infração. Se a apuração, assim, for considerada inconsistente, haveria que se decretar a nulidade ou a improcedência da exigência. Como visto, essa é a primeira correção a ser feita pela Câmara de Julgamento Fiscal, sem prejuízo, caso a mesma opte pela nulidade, de nova apuração, desta feita “consistente”.*
5. *E a Decisão foge do Parecer da ASTEC, o que se disse que foi seguido, ao não contemplar os créditos oriundos do consumo de energia elétrica e de serviços de comunicação. A Junta entendeu, de forma contrária à ASTEC, ou seja, a instrução do PAF, que os mesmos não poderiam ser considerados porque se encontram adstritos às saídas tributadas, quando o autuado só efetua saídas de mercadorias com a fase de tributação encerrada. Ora, as mercadorias com imposto pago por antecipação não compõem o rol das mercadorias tributadas? É claro que sim, com a variante de que o pagamento ocorre em momento diferente das efetivas saídas, o que não lhes retira o condão de tributadas.*
6. *Além disso, não estaria satisfeita a última condição imposta pelo art. 106, II, do RICMS/97, qual seja, a de não haver possibilidade de ser absorvido o crédito utilizado, pois a própria autuação se consubstancia numa hipótese de absorção do crédito.*
7. *Se tal ocorre, inclusive não é justo, nem coerente, que o autuado seja compelido a pagar imposto ora discutido, e seja obrigado a permanecer, como deseja a JJF, com o crédito acumulado. Ora, até mesmo a hipótese de acumulação de crédito é suscetível de utilização para apuração de autuações. No mínimo, então, deve prevalecer o bom senso, a informalidade e a economia processual, considerando, por último, que nenhum prejuízo será acarretado para o Estado.*
8. *Como visto, os “valores a compensar”, indicados pela JJF, “após a glosa dos créditos fiscais de energia e comunicação que FORAM DEVIDAMENTE CONSIDERADOS PELO DILIGENCIADOR”, não refletem a realidade (destaca).*
9. *Em relação aos valores dos saldos credores de abril, agosto e outubro, citados pela ASTEC, deve ser seguida a mesma linha de raciocínio referente aos créditos de energia elétrica e serviços de comunicação, pois os saldos não foram utilizados em períodos posteriores, como aventou a Junta.*
10. *Ante o exposto, o autuado protesta pelo provimento do presente Recurso Voluntário, a fim de que sejam deduzidos os montantes acima reportados.”[...].*

A PROFAZ forneceu Parecer de fl. 377, nos seguintes termos:

[...]"Da análise das razões expendidas no Recurso Voluntário, vislumbramos a ausência razões jurídicas capazes de modificar o julgamento.

*Na hipótese em tela, o cerne da ação fiscal reside no recolhimento a menor do ICMS devido por antecipação tributária na condição de farmácias, drogarias e casas de produtos naturais, referente às aquisições interestaduais e internas de mercadorias. O fato gerador da obrigação tributária resta perfeitamente comprovado através dos documentos*

*fiscais acostados ao PAF, tendo sido realizada diligência fiscal com vistas a aferir o acerto do lançamento tributário.*

*Ante o exposto, o opinativo é pelo CONHECIMENTO E IMPROVIMENTO do Recurso Voluntário”[...].*

#### **VOTO VENCIDO EM RELAÇÃO AO RECURSO VOLUNTÁRIO**

Da análise dos documentos acostados ao presente Processo Administrativo Fiscal, constatei primeiramente que não cabe reforma o Recurso de Ofício apresentado, tendo em vista que a Decisão da 4<sup>a</sup> Junta de Julgamento Fiscal, que exarou o Acórdão recorrido, foi lastreada na parte em que o Estado da Bahia foi sucumbente em diligência efetuada pela ASTEC, que primou pela correção dos lapsos existentes no lançamento de ofício. Assim, não dou PROVIMENTO ao Recurso de Ofício.

No tocante ao Recurso Voluntário, verifiquei que o Relator de 1<sup>a</sup> Instância se distanciou em parte da diligência efetuada pela ASTEC, apensada às fls. 243 a 247 com anexos de fls 250 a 257 dos autos. No anexo 4 da referida diligência constam dois Demonstrativos de Débito, o de fls. 275 não considera os recolhimentos a maior que foram efetuados pelo contribuinte nos meses de abril, agosto e outubro /99, tendo encontrado o valor de R\$11.306,24 a ser reclamado. Enquanto o de fls. 276 contempla os recolhimentos daqueles meses pagos a maior e reclama o valor de R\$8.494,23. Ao entendimento deste relator, a diligência efetuada está fundamentada e correta. Observo que as demais arguições do contribuinte foram respondidas e levadas em consideração pelo diligente.

Não concordo com a Decisão exarada pela 4<sup>a</sup> Junta de Julgamento Fiscal, por constatar que a legislação quanto à matéria sobre os créditos oriundos do consumo de energia elétrica e de serviços de comunicação é confusa e deixa o julgador inseguro, pois praticamente obriga a acumulação de crédito e, em última análise, é um contra-senso, pois o recorrente pode acumular os créditos, porém não pode utilizá-los dentro da lide. Assim, nos leva à utilização do jargão “*In dubio pro reu*”.

Do exposto, concedo este voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício e PROVIMENTO do Recurso Voluntário, modificando a Decisão recorrida para julgar o Auto de Infração em tela Procedente em Parte, dentro do resultado encontrado no Demonstrativo de Débito de fls. 276 elaborada pela ASTEC, para reclamar o valor de R\$8.494,23 e demais cominações legais.

#### **VOTO VENCEDOR EM RELAÇÃO AO RECURSO VOLUNTÁRIO**

Discordo do relator do PAF somente quanto ao Recurso Voluntário.

Na Decisão recorrida não foram acatados os créditos de energia elétrica e de serviços de comunicação, porque o art. 93, § 1º, II, determina que a utilização de créditos fiscais relativos a aquisições de energia elétrica e aos serviços de comunicação tomados fica condicionada a que as operações subsequentes praticadas pelo contribuinte sejam tributadas, sendo que, se algumas destas operações forem tributadas e outras não, o crédito fiscal será utilizado proporcionalmente às operações de saídas tributadas, e como o autuado só efetua saída de mercadorias com fase de tributação encerrada, ele não pode utilizar os citados créditos fiscais, os quais constituiriam créditos fiscais acumulados, nos termos do art. 106, II, do RICMS-BA/97.

De fato, o art. 97, IV, “b”, do mesmo Regulamento, veda ao contribuinte, ressalvadas as disposições expressas de manutenção de crédito, creditar-se do imposto relativo à aquisição ou à entrada, real ou simbólica, de mercadorias no estabelecimento, bem como aos serviços tomados, qualquer que seja o regime de apuração ou de pagamento do imposto, quando a operação de

aquisição ou a prestação tiver sido efetuada com pagamento do imposto por antecipação ou substituição tributária.

Tal mandamento é ratificado no Capítulo específico que trata da substituição tributária, *ex vi* do art. 356, que reza: “*ocorrido o pagamento do ICMS por antecipação ou substituição tributária, ficam desoneradas de tributação as operações internas subsequentes com as mesmas mercadorias, sendo, por conseguinte, vedada, salvo exceções expressas, a utilização do crédito fiscal pelo adquirente, extensiva essa vedação ao crédito relativo ao imposto incidente sobre os serviços de transporte das mercadorias objeto de antecipação ou substituição tributária.*”

Concluo, então, que a compensação dos créditos fiscais referentes à energia elétrica e aos serviços de comunicação com os valores aqui exigidos é impossível, como pretende o recorrente e como entendeu o Relator do PAF, pois, em sendo passíveis de acumulação de crédito, a sua utilização depende de procedimento próprio, na forma prevista no art. 107 do RICMS/97.

Destarte, o meu voto é pelo NÃO PROVIMENTO dos Recursos de Ofício e Voluntário apresentados, para homologar a Decisão recorrida.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1<sup>a</sup> Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NÃO PROVER o Recurso de Ofício e, por maioria, com o voto de qualidade do Presidente, NÃO PROVER o Recurso Voluntário apresentados para homologar a Decisão Recorrida que julgou PROCEDENTE EM PARTE o Auto de Infração nº 060624.0005/02-0, lavrado contra DPM BAHIA DRUGSTORE PERFUMARIA E MEDICAMENTOS LTDA., devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$18.003,41, atualizado monetariamente, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios.

VOTO VENCIDO: Conselheiros (as): Nelson Teixeira Brandão, Max Rodrigues Muniz e Verbena Matos Araújo.

VOTO VENCEDOR: Conselheiros (as): Antonio Ferreira de Freitas, Ivone de Oliveira Martins e Ciro Roberto Seifert.

Sala das Sessões do CONSEF, 20 de maio de 2003.

ANTÔNIO FERREIRA DE FREITAS - PRESIDENTE

NELSON TEIXEIRA BRANDÃO - RELATOR/VOTO VENCIDO

CIRO ROBERTO SEIFERT - VOTO VENCEDOR

MARIA JOSÉ RAMOS COELHO LINS DE ALBUQUERQUE SENTO SÉ – REPR. DA PROFAZ