

**A. I. N°** - 147324.0015/02-5  
**AUTUADO** - SALVADOR PRAIA HOTEL S/A.  
**AUTUANTE** - AÍDA HELENA VASCONCELOS VALENTE  
**ORIGEM** - INFAZ BONOCÔ  
**INTERNET** - 24/02/2003

### 3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

#### ACÓRDÃO JJF N° 0037-03/03

**EMENTA:** ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. a) ENTRADAS DE MERCADORIAS COM O IMPOSTO PAGO POR SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. A legislação não admite a utilização, como crédito fiscal, dos valores do imposto já recolhidos antecipadamente, por substituição tributária. b) ENERGIA ELÉTRICA. De acordo com a legislação vigente à época do fato gerador, o estabelecimento comercial só podia utilizar, como crédito fiscal, o valor correspondente a 50% do imposto destacado em notas fiscais de consumo de energia elétrica. c) SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO. Segundo a legislação em vigor à época dos fatos, quando o serviço não estivesse vinculado à operação de comercialização de mercadoria com saída subsequente tributada, era vedada a utilização de crédito fiscal referente ao serviço de comunicação. 2. LIVROS FISCAIS. REGISTRO DE APURAÇÃO. ERRO NA APURAÇÃO DO IMPOSTO. TRIBUTO RECOLHIDO A MENOS. Todas as infração estão caracterizadas. Não cabe a este órgão julgador a declaração de inconstitucionalidade da legislação tributária estadual. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

#### RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide foi lavrado, em 21/11/02, para exigir o ICMS no valor de R\$51.544,90, acrescido da multa de 60%, em decorrência de:

1. Utilização indevida de crédito fiscal referente a mercadorias adquiridas com o pagamento do imposto por substituição tributária;
2. Utilização indevida de crédito fiscal relativo a aquisição de energia elétrica na comercialização de mercadorias – janeiro/2001 a setembro/2002;
3. Utilização indevida de crédito fiscal referente a aquisição de serviços de comunicação utilizados na comercialização de mercadorias - janeiro/2001 a setembro/2002;
4. Recolhimento a menos do imposto em razão de erro em sua apuração.

O autuado apresentou defesa, através de advogado legalmente habilitado (fls. 255 a 262), em relação à infração 2, aduzindo que:

1. com o advento da Constituição Federal de 1988, a energia elétrica passou a ser considerada mercadoria, para fins de incidência do ICMS, devendo, por conseguinte, submeter-se às regras constitucionais. Argumenta que o Estado da Bahia insiste em não atentar para o princípio da não cumulatividade do imposto, pois tem entendido que o crédito fiscal somente deve ser utilizado pelos estabelecimentos industriais, deixando à margem os estabelecimentos comerciais, “dando a entender que estes não dependem de energia elétrica”, o que vai de encontro à realidade dos fatos, considerando que “é público e notório que sem esta nenhum destes dois tipos de estabelecimentos consegue operar”;
2. o Estado de São Paulo, através do Comunicado CAT nº 400/89, reconheceu expressamente a legitimidade do direito ao crédito para os estabelecimentos que armazenam e conservam mercadorias destinadas não somente à industrialização, mas também à comercialização;
3. dessa forma, em função de sua extrema relevância para um estabelecimento comercial, a energia elétrica pode ser considerada um insumo, “sendo consumida no processo de comercialização”, e, conseqüentemente, é intocável o seu direito de recuperar o valor do ICMS destacado nas contas de energia elétrica.

Transcreve o inciso II e o § 9º, do artigo 93, do RICMS/BA e afirma que tem condições de aferir, com precisão, a quantidade de energia consumida, mas diz que não é o caso, “e sim o reconhecimento da plena obediência da regra da não-cumulatividade do imposto que se opera”.

Quanto à infração 3, alega que, do mesmo modo que na energia elétrica, possui o direito a se creditar do imposto destacado nas contas de serviços de telecomunicações e que o próprio RICMS/BA admite a sua utilização, quando vinculados a operações de comercialização tributadas, o que é caso de seu estabelecimento.

Discorre sobre os objetivos da regra de não cumulatividade do imposto e afirma que “entre os pressupostos básicos do princípio da não-cumulatividade, como já visto, está o de que o montante do imposto que tenha incidido em qualquer fase do ciclo econômico deve ser na sua totalidade transferido à fase seguinte, até que alcance o consumidor final da mercadoria”.

Conclui que o não reconhecimento do direito ao crédito é uma arbitrariedade e implica a quebra do princípio da não cumulatividade, afrontando o disposto no artigo 155, § 20, inciso I, da Constituição Federal. A final, pede a improcedência do lançamento.

Em sua informação fiscal (fl. 282), a autuante argumenta que o procedimento adotado, relativo às infrações 2 e 3, foi baseado no disposto nos incisos II e II-A do artigo 93 do RICMS/97, com a redação atual dada pelo Decreto nº 7.886, com efeitos a partir de 01/01/01 (Alteração 21).

Quanto às infrações 1 e 4, ressalta que o contribuinte não apresentou “nenhum questionamento”.

## VOTO

Inicialmente, ressalto que não cabe, a este órgão julgador, declarar a inconstitucionalidade da legislação tributária estadual, a teor do artigo 167, inciso I, do RPAF/99.

No mérito, constata-se que o autuado não impugnou as infrações 1 e 4, reconhecendo, tacitamente, a sua procedência.

Quanto às infrações 2 e 3, este Auto de Infração visa à cobrança de ICMS por utilização de crédito fiscal relativo à aquisição de energia elétrica (infração 2) e referente a serviços de comunicação utilizados na comercialização de mercadorias (infração 3).

Pela análise dos documentos anexados, constata-se que o autuado é um estabelecimento comercial e se utilizou como crédito fiscal, do ICMS destacado em Notas Fiscais/Contas de Energia Elétrica e Notas Fiscais/Contas de Serviços de Comunicação adquiridos no período de janeiro de 2001 a setembro de 2002.

O RICMS/97 disciplina a matéria em seu artigo 93, incisos II e II-A, da forma a seguir transcrita, com a redação do Decreto nº. 7.886/00 (efeitos a partir de 01/01/2001):

***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:*

***I** - . . . . . ;*

***II** - o valor do imposto anteriormente cobrado, relativo às aquisições de energia elétrica usada ou consumida no estabelecimento (Lei nº 7710/00):*

***a)** a partir de 1º de novembro de 1996:*

***1** - quando for objeto de operação de saída de energia elétrica;*

***2** - quando consumida no processo de industrialização;*

***3** - quando seu consumo resultar em operação de saída ou prestação de serviço destinada ao exterior, na proporção destas sobre as saídas ou prestações totais;*

***b)** nas hipóteses de entrada de energia elétrica nos estabelecimentos não indicados na alínea anterior:*

***1** - de 1º de novembro de 1996 a 31 de dezembro de 2000;*

***2** - a partir de 1º de janeiro de 2007.*

***II-A** - o valor do imposto anteriormente cobrado, relativo ao recebimento de serviços de comunicação utilizados pelo estabelecimento (Lei nº 7710):*

***a)** a partir de 1º de novembro de 1996:*

***1** - quando tenham sido prestados na execução de serviços da mesma natureza;*

***2** - quando sua utilização resultar em operação de saída ou prestação para o exterior, na proporção desta sobre as saídas ou prestações totais;*

***b)** nas hipóteses de recebimento de serviços de comunicação utilizados pelos estabelecimentos não indicados na alínea anterior:*

***1** - de 1º de novembro de 1996 a 31 de dezembro de 2000;*

***2** - a partir de 1º de janeiro de 2007.*

Assim, verifica-se que o autuado, por ser um estabelecimento comercial, somente está autorizado a se creditar do imposto destacado nas notas fiscais de aquisição de energia elétrica e serviços de comunicação até 31/12/00 e a partir de 01/01/07, sendo vedado o creditamento mencionado, no período de 01/01/01 a 31/12/06. Por essa razão, deve ser mantido integralmente o lançamento.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 147324.0015/02-5, lavrado contra **SALVADOR PRAIA HOTEL S/A.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$51.544,90**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a” e VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, e demais acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 17 de fevereiro de 2003.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA – PRESIDENTE/RELATORA

LUÍS ROBERTO DE SOUSA GOUVÊA – JULGADOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - JULGADORA