

PROCESSO - A.I.N.º 1492690008/02-6
RECORRENTE - BOMPREGO BAHIA S/A.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JF nº 0322-03/02
ORIGEM - INFAZ SIMÕES FILHO
INTERNET - 29.11.02

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0403-11/02

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. a) UTILIZAÇÃO A MAIS. AQUISIÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA E DE SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO. Deve ser anulado o crédito relativo a entrada de mercadorias no estabelecimento ou serviços a ele prestados, cujas saídas estejam beneficiadas por isenção ou não incidência do imposto, e se algumas destas operações de saídas ou prestações forem tributadas e outras forem isentas ou não tributadas, o crédito será utilizado proporcionalmente às operações e às prestações tributadas pelo imposto. **b)** FALTA DE ESTORNO. BENS DO ATIVO PERMANENTE. OPERAÇÕES DE SAÍDAS ISENTAS OU NÃO TRIBUTADAS. Bens do ativo imobilizado, cujas entradas no estabelecimento tenham ocorrido até 31/12/00, e forem utilizados na prestação de serviço ou na comercialização, produção, industrialização, geração ou extração de mercadorias, cujas prestações ou operações estejam isentas ou não tributadas, deve ser feito o estorno dos créditos anteriormente escriturados na forma do § 1º, do art. 339, do RICMS/97. Não compete a este órgão julgador a declaração de inconstitucionalidade da legislação tributária. Rejeitadas as preliminares de nulidade. Infrações comprovadas. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de um Recurso Voluntário interposto após Decisão que julgou procedente o Auto de Infração lavrado em decorrência das seguintes irregularidades:

1. O contribuinte, deixou de efetuar a proporcionalidade de isentas para a utilização do crédito fiscal referente a energia elétrica e comunicação utilizadas na comercialização de mercadorias com saídas tributadas, conforme determina o art. 93, § 1º, do RICMS-BA/96,
2. Falta de estorno de crédito referente aos bens do Ativo Permanente que foram utilizados na comercialização de mercadorias cuja saída resulte de operações isentas e não tributadas.

O Auto de Infração foi julgado procedente, tendo a Relatora da 3ª Junta de Julgamento Fiscal apresentado os seguintes fundamentos:

“Inicialmente afasto as preliminares de nulidade suscitadas pelo sujeito passivo, tendo em vista que o Auto de Infração está revestido das formalidades legais, não se observando qualquer erro ou vício que possa decretar a sua nulidade.

O contribuinte alega que as exigências relativas ao exercício de 1997 já foram atingidas pela decadência, considerando-se o art. 150, § 4º, do CTN, vez que o lançamento data de julho de 2002.

Não concordo, data vênia, com a interpretação do contribuinte, pois o citado § 4º, do art. 150, do CTN (Lei nº 5.172/66), dispõe:

Art. 150. O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa.

§ 4º Se a lei não fixar prazo à homologação, será ele de 5 (cinco) anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.

Deste modo, o parágrafo 4º do diploma acima, excepciona a hipótese nele prevista, quando a lei fixa prazo à homologação, e o Decreto nº 6.284/97 (RICMS) estabelece em seu artigo 965:

Art. 965. O direito de a fazenda pública constituir o crédito tributário extingue-se no prazo de 5 anos, contado:

I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado;

Portanto, a Fazenda Pública do Estado da Bahia, teria até o dia 31/12/2002, para constituir o crédito tributário relativo ao exercício de 1997, e o Auto de Infração foi lavrado em 16/07/2002, dentro do prazo legal para a homologação do lançamento.

Quanto à afirmativa do autuado de que o princípio da não cumulatividade estaria sendo desrespeitado, a contrário senso, entendo que este foi amplamente obedecido conforme o disposto no art. 155, § 2º, inciso II, alínea “b”, da Constituição Federal que determina que “a isenção ou não incidência, salvo determinação em contrário da legislação, acarretará a anulação do crédito relativo às operações anteriores”. Dispositivo confirmado pela LC 87/96, nos artigos 19, 20, § 3º, I, II, e pela Lei 7.014/96, art. 29, § 4º e art. 30, inciso I.

No mérito o autuado questionou apenas a constitucionalidade da legislação tributária estadual, no entanto, pelo que dispõe o art. 167, I do RPAF/99, não se incluem na competência dos órgãos julgadores a declaração de inconstitucionalidade.

As infrações questionadas estão perfeitamente caracterizadas nos demonstrativos apensos aos autos. Quanto à primeira, o art. 93, II, § 1º, comb. com o art. 100, § 1º, do RICMS/96, estabelecem a anulação do crédito relativo a entrada de mercadorias no estabelecimento ou serviços a ele

prestados, cujas saídas estejam beneficiadas por isenção ou não incidência do imposto, implicando 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 e às prestações tributadas pelo imposto.

No que concerne à 2ª infração, esta encontra seu fundamento no art. 93, V, alínea “a” comb. com o art. 100, parágrafos 1º, 9º e 10º, do RICMS/97, que estabelecem que em qualquer período de apuração do imposto, se bens do ativo imobilizado, cujas entradas no estabelecimento tenham ocorrido até 31/12/00, forem utilizados na prestação de serviço ou na comercialização, produção, industrialização, geração ou extração de mercadorias cujas prestações ou operações estejam isentas ou não tributadas, deverá ser feito o estorno dos créditos anteriormente escriturados na forma do § 1º do art. 339. O modo como deve ser feito o estorno está amparada no § 10º do mencionado art. 100, consoante o demonstrativo de fls. 16 a 20.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração”.

Inconformado o autuado apresenta Recurso Voluntário apenas quanto à primeira infração, onde pede a reforma da Decisão da Junta de Julgamento Fiscal, alegando, que a autuação ofende ao princípio constitucional da não cumulatividade e assevera que não pretende a declaração de inconstitucionalidade da legislação, mas apenas que se julgue improcedente as exigências fiscais, pois se desconsideram créditos de serviços de comunicação e energia elétrica, utilizados no processo de comercialização de suas mercadorias, sendo esta sua atividade primordial.

Tece comentário sobre a não cumulatividade do ICMS - repetindo os argumentos trazidos na defesa – e conclui ter direito à utilização da energia elétrica consumida no seu processo de comercialização, de forma integral, e não limitada como se fez a partir de 1993, através da Alteração 40 ao RICMS/89, arguindo a sua ilegalidade e inconstitucionalidade por restringir norma constitucional. Em relação ao serviço de comunicação, também questiona a sua limitação em 50%, pelos mesmos argumentos esposados no que toca à energia elétrica, e conclui afirmando que a LC nº 86/97 veio confirmar um direito atribuído ao contribuinte desde a Constituição, determinando o uso destes créditos, sem limitações.

Em Parecer, a PROFAZ opina pelo não provimento do Recurso Voluntário, tendo em vista que para o cumprimento do princípio da não cumulatividade do ICMS há que de ser efetivado o estorno do crédito fiscal referente à energia elétrica e comunicação relativamente às mercadorias de saída isentas e não tributadas.

VOTO

Neste Recurso Voluntário o autuado repete toda a argumentação já trazida na defesa, e em outros Recursos acerca da mesma matéria.

Correto foi o julgamento proferido pela 3ª Junta de Julgamento Fiscal, para tanto repito parte do voto proferido em outro Auto de Infração pelo Relator do Acórdão nº 0224-04/02 *“a exigência do estorno do crédito fiscal proporcional as saídas não tributadas está em perfeita harmonia com a Constituição Federal, senão vejamos: a) o artigo 155, § 2º, II, “a”, da Constituição Federal prevê que a isenção acarretará a anulação do crédito fiscal referente às operações anteriores; b) o artigo 20, § 3º, da Lei Complementar nº 87/96 veda a utilização de crédito fiscal referente à mercadoria*

ou serviço tomado, quando a saída subsequente for isenta; c) o art. 30, I, da Lei nº 7014/96 dispõe que deverá ser estornado o crédito fiscal apropriado relativo à entrada ou serviço tomado quando a saída for isenta; d) o art. 100, § 1º, do RICMS-BA/97 prevê que quando algumas das operações subsequentes forem tributadas e outras isentas, o contribuinte deverá estornar o crédito fiscal de forma proporcional às saídas isentas ou não tributadas.

Dessa forma, a legislação tributária estadual, de acordo com o sistema tributário nacional, condiciona a utilização dos créditos fiscais à proporcionalidade das saídas tributadas, o que exigiu do contribuinte a realização de estorno da parcela correspondente às saídas isentas e/ou não tributadas, conforme previsto no art. 100, § 1º, do RICMS/97”.

Além disso, não restou comprovado que o autuado desenvolva as atividades de industrialização dos produtos que levam a sua, marca dentro do seu estabelecimento, ressaltando-se que a atividade preponderante do autuado era a comercialização, não cabendo, portanto, o argumento de que a energia elétrica adquirida e o serviço de comunicação tomado eram utilizados na industrialização.

Pelo exposto, concordo com o Parecer exarado pela representante da PROFAZ e NEGÓCIO PROVIMENTO ao Recurso Voluntário mantendo o julgamento realizado pela 3ª Junta de Julgamento Fiscal.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão Recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 149269.0008/02-6, lavrado contra **BOMPREGO BAHIA S/A**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$20.387,68**, atualizado monetariamente, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, VII, “a” e “b”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios.

Sala das Sessões do CONSEF, 31 de outubro de 2002.

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS - PRESIDENTE

VERBENA MATOS ARAUJO – RELATORA

ADRIANA LOPES VIANNA DIAS DE ANDRADE - REPR. DA PROFAZ