

A. I. Nº - 149269.0010/02-0  
AUTUADO - BOPREÇO BAHIA S/A.  
AUTUANTES - LAIRA AZEVEDO LEAL, VALDEMIR NOUEIRA DE OLIVEIRA,  
LELITA VIEIRATIGRE DA SILVA, REGINALDO CANDIDO DE MEDEIROS FILHO,  
MARIA DAS GRAÇAS FERREIRA BAQUEIRO e ALBELARDO DE ANDRADE  
CARDOSO.  
ORIGEM - INFRAZ SIMÕES FILHO  
INTERNET - 25/09/2002

### 3<sup>a</sup> JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

#### ACÓRDÃO JJF Nº 0321-03/02

**EMENTA: ICMS. CRÉDITO FISCAL. 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. Não compete a este órgão julgador a declaração de constitucionalidade da legislação tributária. Rejeitada a preliminar de nulidade. Infração comprovada. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

#### RELATÓRIO

O Auto de Infração lavrado em 16/07/2002, exige ICMS no valor de R\$ 3.701,77 em decorrência do contribuinte ter deixado de efetuar a proporcionalidade de isentas para utilização do crédito fiscal referente a energia elétrica e serviço de comunicação na comercialização de mercadorias com saídas tributadas, conforme determina o art. 93 caput e parágrafo primeiro do RICMS aprovado pelo Decreto 5.444/96.

O autuado tempestivamente ingressa com defesa, fls. 24 a 28, e em preliminar argui que a autuação não pode prosperar uma vez que os créditos tidos como devidos encontram-se atingidos pelo instituto da decadência, nos termos do § 4º, do art. 150 do CTN, por ser o ICMS tributo sujeito ao lançamento por homologação. Entende que deve ser reconhecido o *dies a quo* do prazo decadencial, no lançamento por homologação, como sendo o da ocorrência do fato gerador, conforme o citado artigo do CTN. No mérito diz que é absolutamente legal a utilização dos créditos referentes à aquisição de energia elétrica e dos serviços de comunicação, pois ambos foram utilizados no funcionamento dos seus estabelecimentos, e em especial, quanto à energia elétrica por ser utilizada tanto nos processos de industrialização dos produtos que levam a sua marca quanto na comercialização das mercadorias. Argumenta que caso não possa utilizar-se dos referidos créditos, verificar-se-ão absolutamente frustradas as isenções concedidas pelos Estados-membros, uma vez que não poderão ser usufruídas na sua integralidade.

O autuante presta informação fiscal, fl.34, e mantém o Auto de Infração, pois amparado em dispositivos, que cita, da Constituição Federal, da LC 87/96 e do RICMS/97.

## VOTO

Inicialmente afasto a preliminar de nulidade suscitada 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 vénia, 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.

A infração questionada está perfeitamente caracterizada nos demonstrativos apensos aos autos, de fls. 9 a 15. O art. 100, § 1º, combinado com o art. 93, § 9º, II, do RICMS/96 e o art. 93, II, §1º, combinado com o art. 100, § 1º, do RICMS/97, 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.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3<sup>a</sup> Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 149269.0010/02-0, lavrado contra **BOMPREÇO BAHIA S/A**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$ 3.701,77, atualizado monetariamente, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios.

Sala das Sessões do CONSEF, 18 de setembro de 2002.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA - PRESIDENTE  
TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - RELATORA  
LUÍS ROBERTO DE SOUSA GOUVÊA - JULGADOR