

A. I. N° - 149269.0008/02-6
AUTUADO - BOMPREGO 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 - INFAZ SIMÕES FILHO
INTERNET - 25/09/2002

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0322-03/02

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. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração lavrado em 16/07/2002, exige ICMS no valor de R\$ 20.387,68 em decorrência das seguintes irregularidades:

1. O contribuinte deixou de efetuar a proporcionalidade de isentas para utilização do crédito fiscal referente a energia e 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.

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 conforme parágrafos 1º, 9º e 10º, do art. 100, comb. com o art. 93, V, “a”, do RICMS/97.

O autuado através de seu advogado legalmente constituído, tempestivamente, ingressa com defesa, fls. 23 a 27, 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. Invoca o princípio da não cumulatividade, que há de ser sempre observado, fazendo nascer para o contribuinte, toda vez que este adquire uma mercadoria ou um serviço com incidência do imposto, um crédito fiscal. Assim, que toda entrada independente da destinação (seja de bens de uso e consumo, ou matérias primas, ou ainda de bens destinados ao ativo permanente, havendo destaque do ICMS, gera um crédito em favor do adquirente, que deverá ser compensado nas operações de saídas posteriores. 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. 32, e mantém o Auto de Infração, pois amparado em dispositivos, que cita, da Constituição Federal, da LC 87/96, do RICMS/97.

VOTO

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.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **149269.0008/02-6**, lavrado contra **BOMPREÇO BAHIA S/A**, devendo ser intimado o autuado 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, 18 de setembro de 2002.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA - PRESIDENTE

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - RELATORA

LUÍS ROBERTO DE SOUSA GOUVÊA - JULGADOR