

A.I. N.º - 149269.0005/02-7
AUTUADO - BOMPREGO BAHIA S/A
AUTUANTES - LAIRA AZEVEDO SANTANA LEAL, VALDEMIR NOGUEIRA DE OLIVEIRA,
LELITA VIEIRA TIGRE DA SILVA, REGINALDO CANDIDO DE MEDEIROS FILHO,
MARIA DAS GRAÇAS FERREIRA BAQUEIRO e ALBELARDO DE ANDRADE
CARDOSO.
ORIGEM - INFAZ CALÇADA
INTERNET - 25/09/2002

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N.º 0323-03/02

EMENTA: ICMS. CRÉDITO FISCAL. **a)** UTILIZAÇÃO A MAIS. AQUISIÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA E DE SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO. **b)** FALTA DE ESTORNO. AQUISIÇÃO DE BENS DO ATIVO PERMANENTE, UTILIZADOS NA COMERCIALIZAÇÃO DE MERCADORIAS CUJAS SAÍDAS FORAM ISENTAS OU NÃO TRIBUTADAS. Não compete a este órgão julgador a declaração de inconstitucionalidade da legislação tributária. Infrações caracterizadas. Rejeitadas as preliminares de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 16/07/02, exige ICMS no valor de R\$ 4.172,77, imputando ao autuado as seguintes infrações:

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 Dec. 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 Artigo 100 combinado com o art. 93, V, alínea “a”, do RICMS aprovado pelo Decreto 6284/97”.

O autuado, apresenta impugnação, às fls. 24 a 28, inicialmente entendendo que os créditos exigidos no presente PAF encontram-se atingidos pelo instituto da decadência. Cita o art. 150, § 4º, do CTN, e algumas decisões de outros tribunais, dizendo que o prazo para homologação dos tributos sujeitos ao lançamento por homologação é de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador. Aduz que os fatos geradores da presente autuação encontram-se inseridos no período de 31/01/97 a 30/06/97, e que decaiu o direito da Fazenda Pública Estadual de realizar a homologação do último recolhimento em “30/06/01” (02).

Acrescenta que, inobstante encontrar-se decaída a exigência em questão, o presente Auto de Infração representa total afronta ao princípio constitucional da não cumulatividade. Considera que toda entrada, independente da sua destinação (seja de bens de uso e consumo ou matérias primas, ou ainda de bens destinados ao ativo permanente) havendo destaque do ICMS, gera, em

favor do adquirente, um crédito fiscal de natureza mista, que deverá ser compensado nas operações de saídas posteriores. Ressalta que o creditamento do imposto nas entradas não é somente um direito, mas um dever do contribuinte, e que, nessas circunstâncias, encontram-se também inseridas as aquisições, tanto de energia elétrica, quanto de serviços de comunicação, uma vez que totalmente necessárias e utilizadas no regular funcionamento dos estabelecimentos comerciais. Ao final, ressaltando que para fins de tributação por via do ICMS, a energia elétrica foi considerada pela Constituição como mercadoria, solicita a improcedência do Auto de Infração.

Os autuantes, em informação fiscal (fls. 33 a 36), inicialmente rejeitam a arguição de decadência, dizendo que o art. 150, § 4º, do CTN, estabelece a decadência a contar da data da ocorrência do fato gerador, se a Lei Ordinária não fixar prazo à homologação. Acrescenta que o Código Tributário do Estado da Bahia, Lei nº 3956/BA, estabelece o prazo no art. 28, § 1º.

Posteriormente, fazem uma análise dos dispositivos constitucionais citados pelo autuado, concluindo que a alínea “b”, do inciso II, do §2º, da C.F., deixa absolutamente claro que nas operações com isenção ou não incidência, os créditos das operações anteriores devem ser anulados. Aduzem que a Lei Complementar 87/96 veio aclarar e interpretar as normas constitucionais a respeito do ICMS e transcrevem os artigos 19 e 20, § 3º, da mesma. Acrescentam que o RICMS/96 no seu art. 93, II, § 1º e § 9, II, “a” e o RICMS/97 no seu art. 93, § 1º, II, 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, concluindo 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 de saídas e às prestações tributadas pelo imposto. Ao final, dizendo que a autuação está de acordo com as normas que regem o ICMS/BA, pedem a manutenção do Auto de Infração.

VOTO

Inicialmente, deixo de acatar a arguição defensiva de decadência, em relação aos fatos geradores ocorridos no período de 31/01/97 a 30/06/97.

Como bem frisaram os autuantes, o art. 150, § 4º, do CTN, estabelece a decadência a contar da data da ocorrência do fato gerador, se a Lei Ordinária não fixar prazo à homologação. Ocorre que o RICMS/97, em seu artigo 965, estabelece tal prazo. Ademais, segundo também o artigo 173, inciso I, do CTN, o direito de a Fazenda Estadual constituir o crédito tributário somente se extingue após cinco anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado. Na situação sob análise, o Auto de Infração foi lavrado em 16/07/02 e a extinção do direito da Fazenda Estadual, de constituir o crédito tributário em relação aos fatos geradores ocorridos em 1997, somente se daria em 31/12/02. Dessa forma, não há que se falar em decadência no presente processo.

Após a análise dos demais elementos que compõem o PAF, constato que o autuado questionou apenas a constitucionalidade da legislação tributária estadual. No entanto, pelo que dispõe o art. 167, I, do RPAF/99, não se inclui na competência dos órgãos julgadores a declaração de inconstitucionalidade.

Ademais, as infrações questionadas estão perfeitamente caracterizadas nos demonstrativos apensos aos autos, sendo que o art. 93, II, § 1º e § 9, II, “a”, do RICMS/96 e o art. 93, § 1º, II, 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 de saídas e às prestações tributadas pelo imposto.

Vale ainda ressaltar, que conforme determina o art. 100, § 9º, do RICMS/97, em qualquer período de apuração do imposto, se bens do ativo permanente forem utilizados na produção, industrialização, geração ou extração de mercadorias cuja saída resulte de operações isentas ou não tributadas, na comercialização de mercadorias cujas operações sejam isentas ou não tributadas ou em prestações de serviços isentas ou não tributadas, deverá ser feito o estorno dos créditos anteriormente escriturados na forma do parágrafo único do art. 339.

De tudo exposto, 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 **149269.0005/02-7**, lavrado contra **BOMPREÇO BAHIA S/A**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$4.172,77**, atualizado monetariamente, acrescido das multas de 60% sobre R\$4.161,49 e de 60% sobre R\$11,28, previstas no art. 42, VII, alíneas “a” e “b”, respectivamente, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios correspondentes.

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

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA - PRESIDENTE

LUÍS ROBERTO DE SOUSA GOUVÊA - RELATOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - JULGADOR