

A. I. N° - 110424.0013/02-0
AUTUADO - BOMPREGO BAHIA S/A.
AUTUANTES - LAIRA AZEVEDO SANTANA LEAL, VALDEMIR NOGUEIRA DE OLIVEIRA,
REGINALDO CANDIDO DE MEDEIROS FILHO e ABELARDO DE ANDRADE
CARDOSO.
ORIGEM - INFRAZ SIMÕES FILHO
INTETRNETE- 24.09.02

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0329-01/02

EMENTA: ICMS. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. FALTA DE PROPORCIONALIDADE DO ESTORNO DE CRÉDITO. OPERAÇÕES DE SAÍDAS ISENTAS E NÃO TRIBUTADAS. ENERGIA ELÉTRICA E COMUNICAÇÃO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Acusação não elidida. Rejeitadas as arguições de preliminares de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 16/07/02, exige imposto no valor de R\$ 2.254,15, por ter deixado de efetuar a proporcionalidade de isentas para utilização do crédito fiscal referente a energia e comunicação, na comercialização de mercadorias com saídas tributadas, nos meses de janeiro/97 a junho/97.

Consta na descrição dos fatos que foi emitido Termo de Intimação para Pagamento, tendo o contribuinte tomado ciência em 03/07/02 e reconhecendo parcialmente o débito através de Denúncia Espontânea, solicitando o seu parcelamento.

O autuado, às fls. 34 a 38, apresentou defesa arguindo em preliminar o instituto da decadência, citando o §4º, do art. 150 do CTN.

Argumentou que o ICMS é um tributo sujeito ao lançamento por homologação e que a legislação fazendária autoriza o contribuinte a contabilizar em seus livros fiscais o valor devido ao Fisco, tendo a autoridade fazendária o prazo de 5 (cinco) anos, contados da data em que se deu o fato gerador, para homologação do lançamento realizado pelo contribuinte. Nesse sentido os Tribunais tem se manifestado.

Asseverou ser irrefragável o reconhecimento do prazo decadencial, no lançamento por homologação, como sendo o da ocorrência do fato gerador, devendo a partir daí ser computada a dilação de cinco anos. Assim, na presente situação, a decadência tributária se caracteriza pela preclusão do direito do sujeito ativo da relação obrigacional vir a praticar o ato administrativo do lançamento, culminando na extinção do crédito fiscal, em razão da inatividade no prazo estipulado, já que as datas dos fatos geradores, tanto no item 1, quanto no item 2, encontram-se inseridas no período de 31/01/97 a 30/06/97. A data da lavratura deste procedimento remete a 16/07/2002 e decaiu o direito da Fazenda Pública de realizar a homologação do último recolhimento (30/06/97).

Alegou que, inobstante haver decaído o direito da Fazenda Pública realizar a homologação dos recolhimentos, o direito do requerente de utilização dos créditos fiscais concernentes à presente autuação é claro, já que esta se encontra em total afronta ao princípio constitucional da não-cumulatividade. 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 um crédito fiscal de natureza mista, em favor do adquirente, que deverá ser compensado nas operações de saídas posteriores. Que a energia elétrica foi considerada, pela

Constituição, uma mercadoria. Assim, é absolutamente legal a utilização dos créditos referentes à aquisição de energia elétrica e de serviços de comunicação, uma vez que ambos foram utilizados no funcionamento dos seus estabelecimentos, e, em especial, relativamente à energia elétrica, pois é utilizada tanto nos processos de industrialização dos produtos que levam a sua marca, quanto na comercialização das mercadorias.

Concluiu requerendo a improcedência da autuação.

Os autuantes, às fls. 43 a 46, informaram que em relação a decadência argüida, o § 4º do art. 150 do CTN estabelece a decadência a contar da data da ocorrência do fato gerador, se a Lei Ordinária não fixar prazo à homologação. Que o Código Tributário do Estado da Bahia (Lei nº 3.956/81), no § 1º, do art. 28, estabelece o prazo para extinção do direito de constituir o crédito tributário. Também o RICMS/97, no seu art. 90 dispõe sobre o prazo de homologação tácita do lançamento. Assim, os argumentos defensivos objetivando descaracterizar o procedimento fiscal não podem prosperar, por estar totalmente respaldado na Legislação Tributária que rege o ICMS, no Estado da Bahia.

Quanto a afirmativa de ser claro o direito de utilização dos créditos fiscais, se faz necessário analisar inicialmente o art. 155, II, § 2º, II, “b”, da CF/88. A alínea “b” do dispositivo citado deixa claro que nas operações com isenção ou não incidência, os créditos das operações anteriores devem ser anulados. A lei Complementar nº 87/96, veio aclarar e interpretar as normas constitucionais a respeito do ICMS, ao dispor nos arts. 19, 20, § 3º, I, II, as situações em que é vedado o crédito fiscal, confirmando o disposto no texto constitucional, dispondo de forma objetiva a vedação ao crédito relativo as entradas quando a saída ou prestação subsequente não for tributada ou estiver isenta do imposto. Assim, a Legislação Estadual não afronta o texto constitucional, conforme se verifica dos art. 29, § 4º e art. 30, I, da Lei nº 7.014/96. O RICMS/96 estabelece a anulação do crédito no seu art. 93, II, § 1º e 9º, II, “a” e o RICMS/97, no seu art. 93, § 1º, II.

Concluem pela manutenção da autuação.

VOTO

Rejeitadas as preliminares de nulidade argüidas, uma vez que não vislumbram nos autos nenhuma das hipóteses previstas no art. 18, dos RPAF/81 e RPAF/99.

Em relação à argüição de que teria ocorrido a decadência tenho a relatar o seguinte:

O sujeito passivo alegou que os períodos abrangentes dos valores autuados teriam sido atingidos pelo instituto da decadência, por entender que o §4º, do art. 150 do CTN estabelece a contagem do prazo a partir da ocorrência do fato gerador. No entanto, ao transcrever tal dispositivo, o fez de forma incompleta, haja vista que o mesmo, dispõe o seguinte:

Art. 150.

§ 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. (grifo meu)

Não observou, também, o que determina o art. 173, I, do CTN, que estabelece o seguinte:

Art. 173. O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados:

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

É neste sentido que restou provado nos autos que o crédito foi constituído antes de ter operado a decadência, haja vista que o lançamento só seria desconstituído se ocorresse a partir do dia 01/01/2003, e não, a partir da ocorrência do fato gerador como entendeu o defendente. (art. 90 do RICMS/97).

Também não vislumbro nos autos que tenha havido afronta ao princípio constitucional da não-cumulatividade. A ação fiscal decorreu do fato de o defendente não ter efetuado a proporcionalidade dos créditos fiscais referente à energia elétrica e aos serviços de comunicação, em razão de utilização na comercialização de mercadorias cuja saídas resultaram de operações isentas e não tributadas.

Os autuantes, ao prestarem informação fiscal, transcreveram os dispositivos da Constituição Federal/88 que tratam da matéria, citando o art. 155, II, § 2º, II, “b”. Tal dispositivo trata da competência dos Estados e do Distrito Federal em instituir impostos, no caso dos Estados, o ICMS que é o objeto da lide. Neste mesmo dispositivo constitucional, precisamente a alínea “b” do inciso II, do § 2º, do art. 155, dispõe que: “*acarretará a anulação do crédito relativo as operações anteriores*”.

A Lei Complementar 87/96, ao interpretar as normas constitucionais estabeleceu no § 3º, II, do art. 20, o seguinte:

§ 3º. É vedado o crédito relativo a mercadoria entrada no estabelecimento ou a prestação de serviço a ele feita:

I – para integralização ou consumo em processo de industrialização ou produção rural, quando a saída do produto resultante não for tributada ou estiver isenta do imposto, exceto se tratar-se de saída para o exterior;

II – para comercialização ou prestação de serviço, quando a saída ou a prestação subsequente não for tributada ou estiver isentas do imposto, exceto as destinadas ao exterior.

Nesta mesma linha de raciocínio, com referência a não-cumulatividade do ICMS, a Lei nº 7.014/96, nos artigos 29, § 4º e art. 30, I, veda a utilização de crédito fiscal do imposto e determina o estorno do crédito fiscal utilizado, quando a saída do produto resultante (integração ou consumo em processo de industrialização), ou quando a saída subsequente (comercialização), não for tributada ou estiver isenta do imposto, a exceção nas operações destinadas ao exterior ou havendo disposição em contrário.

Trata, o presente Auto de Infração, de utilização de crédito fiscal de energia elétrica e de serviços de comunicação, sem que fosse efetuado o estorno do crédito fiscal na proporcionalidade, em relação às operações de saídas isenta e não tributadas, saídas estas, que não se incluem nas exceções previstas em lei, estando, portanto, caracterizada a infração.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **110424.0013/02-0**, lavrado contra **BOMPREÇO BAHIA S/A**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto

no valor total de **R\$2.254,15**, 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.

CLARICE ANÍZIA MAXIMO MOREIRA – PRESIDENTE-RELATORA

JOSÉ BEZERRA LIMA IRMÃO – JULGADOR

MÔNICA MARIA ROTERS - JULGADORA