

A. I. N° - 281228.0048/02-0
AUTUADO - BOMPREGO BAHIA S/A
AUTUANTES - LAIRA AZEVEDO SANTANA LEAL e OUTROS
ORIGEM - INFAZ CALÇADA
INTERNET - 24.09.02

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0332-02/02

EMENTA: ICMS. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. ENERGIA ELÉTRICA E SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO. FALTA DE ESTORNO DO IMPOSTO NA PROPORCIONALIDADE DAS SAÍDAS DE MERCADORIAS ISENTAS. A legislação estabelece que, se algumas operações forem isentas e outras forem tributadas, o crédito fiscal será utilizado proporcionalmente às operações de saídas tributadas pelo imposto, e por isso, há necessidade de estorno ou anulação do crédito, de forma proporcional, relativamente às saídas isentas. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 16/07/2002, refere-se a exigência de R\$4.751,17 de imposto, mais multa, tendo em vista que foi constatado que o contribuinte deixou de efetuar a proporcionalidade de saídas isentas para utilização do crédito fiscal referente a energia elétrica e comunicação, na comercialização de mercadorias com saídas tributadas, no período de janeiro a junho de 1997.

O autuado alega em sua defesa que a exigência fiscal não pode prosperar, considerando que os créditos apurados pelos autuantes encontram-se atingidos pela decadência, e de acordo com o § 4º, do art. 150 do CTN, o prazo é de cinco anos a contar da ocorrência do fato gerador. Disse que por se tratar o ICMS de tributo sujeito ao lançamento por homologação, a autoridade fazendária tem o prazo de cinco anos para homologar o lançamento realizado. Citou decisões de tribunais. O defendente apresentou o entendimento de que ocorreu preclusão do sujeito ativo da relação obrigacional, culminando com a extinção do crédito fiscal, isto é, decaiu o direito da Fazenda Pública Estadual de realizar a homologação do imposto lançado.

O defendente argumentou ainda, que se verifica o direito do autuado de utilização dos créditos fiscais tratados na exigência fiscal, tendo em vista que afronta o princípio constitucional da não cumulatividade. Disse que toda entrada de mercadoria ou serviço tomado, independente de sua destinação, gera em favor do adquirente um crédito fiscal que deverá ser compensado nas operações de saídas posteriores. Ressaltou que a energia elétrica foi considerada pela Constituição Federal uma mercadoria, sendo absolutamente legal a utilização dos créditos referentes à aquisição de energia elétrica e de serviços de comunicação pelo autuado, e que é sabido por todos que são utilizados nos processos de industrialização dos produtos e na comercialização de mercadorias. Pede que o Auto de Infração seja julgado improcedente.

Os autuantes apresentaram informação fiscal, dizendo que deve ser rejeitada a alegação de decadência. Comentou sobre o art. 150 do CTN, art. 28 do COTEB e art. 90 do RICMS/97, além do art. 155 da Constituição Federal. Quanto à não cumulatividade, ressaltaram que é assegurado ao

sujeito passivo o direito de creditar-se do imposto anteriormente cobrado em operações relativas às entradas de mercadorias no estabelecimento, citando vedações regulamentares ao uso do crédito. Disseram que a não cumulatividade do ICMS consignada na legislação estadual não afronta o texto constitucional, destacando que o RICMS-BA prevê a anulação do crédito relativo a entrada de mercadorias ou serviços prestados, cujas saídas estejam beneficiadas por isenção ou não incidência do imposto, e se algumas operações forem tributadas e outras forem isentas ou não tributadas, o crédito será utilizado proporcionalmente às operações de saídas e às prestações tributadas pelo imposto. Por fim pedem que o Auto de Infração seja julgado inteiramente procedente.

VOTO

Analisando a alegação do defendente de que o imposto exigido pelos autuantes encontra-se atingido pela decadência, constatei que na data da autuação fiscal o prazo de cinco anos previsto na legislação ainda não havia expirado, considerando que a contagem inicia no primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ser efetuado, conforme art. 965 do RICMS/96, bem como do RICMS/97, que reproduzem os termos constantes do art. 173 do CTN.

O Auto de Infração trata da falta de proporcionalidade de mercadorias isentas e não tributáveis para utilização de crédito fiscal referente às aquisições de energia elétrica e serviços de comunicação, considerando que o autuado comercializa com mercadorias tributáveis e isentas.

O contribuinte não contestou os cálculos, haja vista que foi alegado nas razões de defesa que houve afronta ao princípio constitucional da não cumulatividade, ressaltando que toda entrada de mercadoria gera em favor do adquirente um crédito fiscal a ser compensado nas operações de saídas posteriores, e por isso entende o defendente que é legítima a utilização dos créditos referentes à aquisição de energia elétrica e serviços de comunicação.

O regime jurídico do ICMS está consignado no art. 155 da Constituição Federal, não existindo dúvida quanto ao fato de que o ICMS é um imposto não cumulativo, e por isso, deve-se abater do que for devido em cada operação o montante cobrado nas operações anteriores, ou seja, deve-se compensar o imposto debitado, relativo a cada operação realizada pelo contribuinte, com o tributo referente às mercadorias entradas ou adquiridas ou serviços tomados. Assim, o débito fiscal se refere aos valores do imposto devido pelo contribuinte em decorrência das operações de saídas por ele realizadas; e o crédito fiscal corresponde ao imposto relativo às entradas, considerado para compensação na apuração do valor a ser recolhido.

De acordo com o inciso II, do § 2º, do mencionado art. 155 da Constituição Federal, não será objeto de crédito fiscal para compensação com o imposto devido nas operações ou prestações seguintes, em caso de isenção ou não incidência. Assim, acarretará anulação do crédito relativo às operações anteriores, se uma operação é isenta, ou se o fato configura uma situação de não incidência do imposto.

Do mesmo modo, no RICMS/96, aprovado pelo Decreto 5.444/96 bem como no RICMS/97, aprovado pelo Decreto nº 6.284/97, está previsto o reconhecimento do direito do contribuinte utilizar crédito para efeito de compensação do débito do imposto, chegando-se à conclusão de que o uso do crédito fiscal depende de serem cumpridas regras estabelecidas na legislação, conforme exemplos a seguir:

- o crédito estar expressamente disposto na legislação;
- o tributo estar destacado em documento fiscal idôneo emitido por contribuinte em situação regular;
- a alíquota aplicada ser adequada com a legislação;
- as operações subseqüentes serem tributadas.

Ao adquirir a mercadoria e creditar-se do imposto destacado no documento fiscal, o contribuinte deve ter certeza quanto à legitimidade do crédito utilizado, e na hipótese de ocorrer qualquer impossibilidade de utilização do crédito, o mesmo deve ser estornado.

Conforme estabelecido no art. 29 da Lei nº 7.014/96, somente a partir de 01/11/96, é que foi permitido aos contribuintes do ICMS o direito ao uso do crédito fiscal, do valor do imposto anteriormente cobrado, relativo às aquisições de energia elétrica consumida e aos serviços de comunicação tomados, desde que as operações e prestações subseqüentes sejam tributadas.

Assim, a legislação estabelece que, se algumas operações forem isentas e outras forem tributadas, o crédito fiscal será utilizado proporcionalmente às operações de saídas e às prestações tributadas pelo imposto. (art. 93, §§ 1º e 9º do RICMS/96 e art. 93, § 1º, inciso II do RICMS/97). Por isso há necessidade de estorno ou anulação do crédito relativo às entradas ou aquisições de mercadorias e serviços tomados, de forma proporcional, conforme previsto no art. 100, § 1º do RICMS/96 e 97.

Entendo que é subsistente a exigência do imposto apurado no período fiscalizado, haja vista que está comprovado nos autos o cometimento da infração apontada, conforme xerocópias do livro RAICMS anexadas pelos autuantes, e não foram apresentados pelo defendente, elementos para elidir a autuação fiscal, que está embasada na legislação em vigor.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **281228.0048/02-0**, lavrado contra **BOMPREGO BAHIA S/A**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$4.751,17**, atualizado monetariamente, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso VII, alínea “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios.

Sala das Sessões do CONSEF, 19 de setembro de 2002.

FERNANDO ANTÔNIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - RELATOR