

A. I. N° -110424.0009/02-3
AUTUADO -BOMPREGO BAHIA S/A
AUTUANTES -LAÍRA AZEVEDO SANTANA LEAL, VALDEMIR NOGUEIRA DE OLIVEIRA, LELITIA VIEIRA TIGRE DA SILVA, REGINALDO CÂNDIDO DE MEDEIROS FILHO, MARIA DAS GRAÇAS FERREIRA BAQUEIRO FILHO e ABELARDO DE ANDRADE CARDOSO
ORIGEM -INFAZ SIMÕES FILHO
INTERNET - 25. 09. 2002

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0338-04/02

EMENTA: ICMS. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. FALTA DE ESTORNO PROPORCIONAL ÀS SAÍDAS DE MERCADORIAS ISENTAS E NÃO TRIBUTADAS. **a)** SERVIÇOS DE ENERGIA E COMUNICAÇÃO. **b)** AQUISIÇÃO DE BENS DO ATIVO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. De acordo com a legislação o contribuinte deveria estornar o crédito fiscal utilizado, proporcionalmente às operações de saídas isentas. Infração comprovada. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 16/07/2002, exige do autuado ICMS no valor de R\$1.237,57, em razão das seguintes irregularidades:

1. deixou de efetuar a proporcionalidade de isentas para utilização do crédito fiscal, referente à energia e comunicação, na comercialização de mercadorias com saídas tributadas, conforme determina o art. 93, parágrafo 1º, do RICMS/96;
2. deixou de estornar o crédito referente aos bens do ativo fixo permanente que foram utilizados na comercialização de mercadorias cujas saídas resulte de operações isentas e não tributadas, conforme parágrafos 1º, 9º e 10º, do art. 100, combinado com o art. 93, V, “a”, todos do RICMS/97.

O autuado ao impugnar o lançamento fiscal em sua peça defensiva de fls. 36 a 40 dos autos inicialmente, transcreveu o teor das infrações imputadas e o seu enquadramento pelos autuantes para, em seguida, contestá-lo com os seguintes argumentos:

1) que a presente autuação não pode prosperar, uma vez que os créditos tidos pelos autuantes como devidos pela empresa à Fazenda Estadual, encontram-se atingidos pelo instituto da decadência, consoante dispõe o parágrafo 4º, do art. 150, do Código Tributário Nacional, cujo teor transcreveu em apoio ao alegado. Diz que o ICMS é um tributo sujeito ao lançamento por homologação, onde a legislação fazendária autoriza o contribuinte a contabilizar em seus livros fiscais o valor devido ao Fisco e recolher, por conta e risco próprio, o valor por ele levantado como sendo devido. Esclarece que, feito isso, tem a autoridade fazendária o prazo de cinco anos, contados da data que se deu o fato gerador, para homologar o lançamento realizado pelo contribuinte, nos termos do dispositivo acima citado, cuja regra é seguida pelos tribunais, oportunidade em que transcreveu decisões do STJ sobre a matéria em apoio ao alegado. Sustenta que a autuação abrangeu o período de 31/01/97 a 30/06/97, enquanto a lavratura do Auto de

Infração ocorreu 16/07/2002, ou seja, decaiu o direito da Fazenda Pública de realizar a homologação do último recolhimento autuado efetuado em 30/06/2001;

2) Que inobstante encontrar-se decaído o direito da Fazenda Estadual de realizar a homologação dos recolhimentos efetuados pela empresa, aduz ser claro o seu direito à utilização dos créditos fiscais concernentes a presente autuação, já que a mesma se encontra em total afronta ao princípio constitucional da não cumulatividade, uma vez que o legislador constituinte determinou que o ICMS, ao ser instituído pelos Estados-membros e pelo Distrito Federal, deve, necessariamente, ser não cumulativo. Frisa que pela regra constitucional da não cumulatividade, o montante de ICMS recolhido em cada operação transforma-se num crédito fiscal, que será deduzido do quantum de imposto a pagar quando da prática de novas operações. Salienta que em toda a entrada, independente de sua destinação, seja de bens de uso e consumo ou matérias primas, ou ainda de bens destinados ao ativo fixo, havendo destaque do ICMS, gera, em favor do adquirente, um crédito fiscal de natureza mista, que deverá ser compensado nas operações de saídas subseqüentes. Sustenta que, em idênticas circunstâncias, estão também inseridas as aquisições tanto de energia elétrica e de serviços de comunicação, uma vez que totalmente necessárias e utilizadas no regular funcionamento dos seus estabelecimentos comerciais.

Ao finalizar, requer que o Auto de Infração seja considerado improcedente.

Os autuantes ao prestarem a sua informação fiscal de fls. 45 a 49 dos autos descreveram, inicialmente, as infrações apuradas, bem como fizeram um resumo das alegações defensivas para, em seguida, contraditá-las com os seguintes argumentos:

Em seguida, assim se manifestaram para refutar a defesa formulada:

1) Que a decadência argüida pela defesa deve ser rejeitada, uma vez que o Código Tributário do Estado da Bahia (Lei nº 3956/81), estabelece em seu parágrafo 1º, do art. 28, que o prazo para extinção do direito de constituir o crédito tributário, ocorre após 5 (cinco) anos, contados a partir de 01 de janeiro do ano seguinte ao da efetivação do lançamento pelo contribuinte, quando considera-se ocorrida a homologação tácita do lançamento, cujo prazo também está previsto no art. 90, do RICMS/97. Por tal motivo, o argumento defensivo de decadência do procedimento fiscal não pode prosperar, pois o mesmo está totalmente respaldado na Legislação Tributária do Estado da Bahia;

2) Com relação à afirmativa do autuado, segundo a qual é claro o direito de utilização dos créditos fiscais objeto da autuação, já que este se encontra em total afronta ao princípio constitucional da não cumulatividade, transcrevem o teor do art. 155, II, parágrafo 2º, II, “b”, da Constituição Federal. Segundo os autuantes a alínea “b” do dispositivo acima citado deixa absolutamente claro que nas operações de saídas com isenção ou não incidência, os créditos das operações anteriores devem ser anulados, e assim, não entendem a não observância desta regra por parte do autuado. Frisam que a Lei Complementar nº 87/96 veio aclarar e interpretar as normas constitucionais a respeito do ICMS, oportunidade em que transcreveram o teor dos seus arts. 19 e do 20, seu parágrafo 3º e seus incisos I e II, em apoio ao alegado;

3) Com referência a não cumulatividade do ICMS, sustentam que a legislação estadual não afronta o texto constitucional. Como corolário para tal afirmativa, citam o art. 29, seu parágrafo 4º e o inciso II e o art. 30 e seu inciso I. Ressaltam que tanto o RICMS/96, em seu art. 93, II, §§ 1º e 9º, inciso II, “a”, como o RICMS/97, no seu art. 93, parágrafo 1º, inciso II, estabelecem a anulação do crédito relativo a entrada de mercadorias no estabelecimento ou serviços a ele prestado, cujas saídas sejam beneficiadas por isenção ou não incidência do imposto, sendo que, se algumas destas operações ou prestações forem tributadas e outras isentas ou não tributadas, o crédito será utilizado proporcionalmente às operações de saídas e às prestações tributadas pelo imposto.

Ao concluírem, esperam que o Auto de Infração seja julgado procedente, por entender que a autuação está de acordo com as normas que regem o ICMS/BA.

VOTO

Inicialmente, sobre o questionamento do autuado quanto à constitucionalidade da utilização dos créditos fiscais apropriados, ressalto que não compete a este órgão julgador apreciar a inconstitucionalidade da legislação, ao teor do que dispõe o art. 167, I, do RPAF/99.

Quanto à alegação do autuado de decadência para constituir o crédito tributário por parte da Fazenda Estadual, esclareço não ter qualquer fundamento. É que consoante o disposto no parágrafo 1º, do art. 28, da Lei nº 3956/81 (Código Tributário do Estado da Bahia), após 5 (cinco) anos, contados a partir de 01 de janeiro do ano seguinte ao da efetivação do lançamento pelo contribuinte, considera-se ocorrida a homologação tácita do lançamento. No caso desta autuação, os fatos geradores reportam-se ao exercício de 1997, cujo prazo final encerraria em 31/12/2002, enquanto que o Auto de Infração foi lavrado em 16/07/2002.

Adentrando no mérito e após a análise das peças que compõem o PAF, observei que o autuado não opôs objeção quanto aos valores cobrados na presente autuação.

Com referência a autuação, o meu posicionamento a respeito das infrações é o seguinte:

Infração 1 - Entendo razão não assistir ao autuado, pois a partir da vigência da Lei nº 7014/96, a utilização dos créditos fiscais objeto da glosa pelos autuantes, estava condicionada à proporcionalidade das saídas tributadas, o que obrigava o contribuinte a fazer o estorno da parcela correspondente às saídas isentas e/ou não tributadas, conforme previsto no art. 100, § 1º, do RICMS/96 e do RICMS/97 vigente à época dos fatos geradores, exigência não cumprida pelo autuado, motivo pelo qual mantenho a autuação.

Infração 2 – A exemplo da infração 1, o autuado também não atendeu ao disposto nos §§ 9º e 10º, do artigo e regulamentos acima citados, devendo, por isso mesmo, prevalecer a acusação fiscal.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **110424.0009/02-3**, lavrado contra **BOMPREÇO BAHIA S/A**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$1.237,57**, 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, 19 de setembro de 2002.

ANTÔNIO AGUIAR DE ARAÚJO – PRESIDENTE/RELATOR

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – JULGADOR