

**A. I. Nº** -149269.0007/02-0  
**AUTUADO** -BOMPREGO BAHIA S/A  
**AUTUANTES** -LAÍRA AZEVEDO SANTANA LEAL, VALDEMIR NOGUEIRA DE OLIVEIRA,  
LELITA 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 Nº 0339-04/02

**EMENTA:** ICMS. CRÉDITO FISCAL. SERVIÇOS DE ENERGIA E COMUNICAÇÃO. FALTA DE ESTORNO PROPORCIONAL ÀS SAÍDAS DE MERCADORIAS ISENTAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. De acordo com a legislação da época, o contribuinte deveria estornar o crédito fiscal utilizado, proporcionalmente às operações de saídas isentas. Infração caracterizada. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

#### RELATÓRIO

O Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 16/07/2002, exige ICMS no valor de R\$8.865,04, em razão do autuado não efetuar a proporcionalidade das saídas 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 e o art. 93, parágrafo 1º, II, do RICMS/97.

O autuado impugnou o lançamento fiscal em sua peça defensiva de fls. 25 a 29 dos autos descrevendo, inicialmente, a infração imputada 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 se encontram também aí inseridas as aquisições tanto de energia elétrica, quanto 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. 34 a 37 dos autos descreveram, inicialmente, a infração imputada, bem como fizeram um resumo das alegações defensivas.

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 prova de tal afirmativa, citam o art. 29, seu parágrafo 4º e o inciso II e 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, em seu 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 quanto aos valores cobrados na presente autuação.

Com referência a autuação, razão não assiste 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 entendo caracterizada a infração.

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 **149269.0007/02-0**, lavrado contra **BOMPREÇO BAHIA S/A**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$8.865,04**, atualizado monetariamente, acrescido da multa de 60%, prevista no inciso VII “a”, do art. 42, da Lei 7014/96, e dos acréscimos moratórios.

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

ANTÔNIO AGUIAR DE ARAÚJO – PRESIDENTE/RELATOR

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – JULGADOR