

A. I. N° - 110424.0014/02-7
AUTUADO - BOMPREGO BAHIA S.A.
AUTUANTES - LAIRA AZEVEDO SANTANA LEAL e ABELARDO DE ANDRADE CARDOSO
ORIGEM - IFMT-DAT/METRO
INTERNET - 09.10.02

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0344-01/02

EMENTA: ICMS. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. **a)** FALTA DE ESTORNO DE CRÉDITO FISCAL DE ENERGIA ELÉTRICA E SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO, PROPORCIONALMENTE, EM RELAÇÃO ÀS OPERAÇÕES DE SAÍDAS ISENTAS E NÃO TRIBUTADAS. Previsão legal do estorno. Mantido o cancelamento do crédito. **b)** FALTA DE ESTORNO DE CRÉDITO RELATIVO A BENS DO ATIVO PERMANENTE EMPREGADOS NA REALIZAÇÃO DE OPERAÇÕES ISENTAS E NÃO TRIBUTÁVEIS. Mantida a exigência fiscal. Rejeitadas as preliminares de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 16/07/02, apura os seguintes fatos:

1. O contribuinte deixou de efetuar a proporcionalidade relativamente às operações isentas para utilização do crédito fiscal referente a energia e comunicação, na comercialização de mercadorias com saídas tributadas, nos meses de janeiro a junho de 1997. Imposto exigido: R\$ 1.671,99. Multa: 60%.
2. Falta de estorno de crédito de ICMS referente a bens do ativo permanente que foram utilizados na comercialização de mercadorias cujas saídas resultaram de operações isentas ou não tributadas, nos meses de janeiro a junho de 1997. Imposto exigido: R\$ 151,69. Multa: 60%.

O autuado apresentou defesa arguindo como preliminar ter ocorrido a decadência do direito de a fazenda estadual efetuar o lançamento do crédito tributário nas situações em exame, nos termos do § 4º, do art. 150 do CTN. Argumenta 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, por conta e risco próprio, tendo a autoridade fazendária o prazo de 5 anos, contado da data em que se deu o fato gerador, para homologar o lançamento realizado pelo contribuinte. Transcreve ementa de acórdão do STJ nesse sentido.

A defesa considera irrefragável o reconhecimento do *dies a quo* do prazo decadencial, no lançamento por homologação, como sendo o da ocorrência do fato gerador, devendo-se a partir daí computar a dilação de 5 anos (ou menos), a fim de que se apropósito a decadência. Na presente situação, a decadência tributária se caracteriza pela preclusão do direito de o sujeito ativo da relação obrigacional vir a praticar o ato administrativo do lançamento, culminando na extinção do crédito tributário, em razão da inatividade no prazo estipulado, já que as datas dos fatos geradores, tanto no 1º como no 2º item, encontram-se inseridas no período de 31/01/1997 a 30/06/1997, sendo que o Auto de Infração foi lavrado em 16/07/2002, tendo decaído o direito da fazenda pública de realizar a homologação do último recolhimento (30/06/97), 5 anos após a ocorrência do fato gerador, com o conseqüente recolhimento do imposto.

Alega que, inobstante haver decaído o direito de a fazenda pública realizar a homologação dos recolhimentos, o direito do requerente de utilizar os créditos fiscais concernentes à presente autuação é claro, já que esta se encontra em total afronta ao princípio constitucional da não-cumulatividade. Todos os bens adquiridos, independente da sua destinação (sejam bens de uso e consumo, sejam matérias-primas, sejam bens destinados ao ativo permanente), havendo destaque do ICMS nos documentos, geram um crédito fiscal de natureza mista, em favor do adquirente, para ser compensado nas operações de saídas posteriores. Isso se aplica também às aquisições de energia e de serviços de comunicação, bem como a bens destinados ao ativo permanente, uma vez que são coisas totalmente necessárias e utilizadas no regular funcionamento dos estabelecimentos comerciais.

O autuado frisa que a energia elétrica foi considerada, pela Constituição, uma mercadoria. Considera absolutamente legal a utilização dos créditos referentes à aquisição de energia elétrica, de serviços de comunicação e de bens destinados ao ativo permanente, por serem utilizados no funcionamento do estabelecimentos. Destaca que a energia elétrica é utilizada tanto nos processos de industrialização dos produtos que levam a sua marca, quanto na comercialização das mercadorias. Caso não possa a empresa utilizar-se dos referidos créditos, ficarão frustradas as isenções concedidas pelos Estados-membros, uma vez que não poderão ser usufruídas na sua integridade.

Concluiu requerendo a improcedência da autuação.

Foi prestada informação por um dos fiscais autuantes, na qual contesta a alegação de decadência, observando que 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, sendo que o Código Tributário do Estado da Bahia (Lei nº 3.956/81), no § 1º do art. 28, estabelece de modo diverso 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. Pondera o informante que os argumentos defensivos objetivando descaracterizar o procedimento fiscal não podem prosperar, por estar este totalmente respaldado na legislação tributária que rege o ICMS no Estado da Bahia.

Quanto à afirmativa da defesa de ser claro o direito de utilização dos créditos fiscais, o informante contrapõe ser necessário analisar o art. 155, II, e § 2º, II, “b”, da CF/88. Nas operações com isenção ou não-incidência, os créditos das operações anteriores devem ser anulados. A lei Complementar nº 87/96 veio aclarar as normas constitucionais a respeito do ICMS, ao estipular as situações em que é vedado o crédito fiscal, confirmando o disposto no texto constitucional, dispondo de forma objetiva a vedação ao crédito relativo a entradas quando as saídas ou prestações subseqüentes não são tributada ou são isentas do imposto. Com relação à não-cumulatividade do imposto, a legislação estadual não afronta o texto constitucional. O RICMS/96 estabelece a anulação do crédito no art. 93, II, e §§ 1º e 9º, II, “a”, e o RICMS/97, no art. 93, § 1º, II.

O informante conclui opinando pela manutenção da autuação.

VOTO

Não acato a preliminar de nulidade suscitada pela defesa, haja vista que, nos termos do art. 173 do CTN, ainda não ocorreu a decadência do direito de ser lançado o crédito tributário relativo ao exercício de 1995. O prazo de decadência começa a ser contado a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado. Os débitos objeto desta autuação poderiam ter sido lançados no exercício de 1997. O primeiro dia do exercício seguinte é 1º de janeiro de 1998. O lançamento poderia ser feito, por conseguinte, até 31 de dezembro de

2002. O procedimento fiscal foi formalizado em 16/7/2002, e o sujeito passivo foi intimado dois dias depois. O Código Tributário do Estado da Bahia (Lei nº 3.956/81), no § 1º do art. 28, estabelece o prazo de decadência do direito de efetuar o lançamento do crédito tributário em consonância com o art. 173 do CTN. O § 4º do art. 150 do CTN, ao qual se apegua a defesa, aplica-se é quando a lei do ente tributante não fixa prazo à homologação.

Também não houve afronta ao princípio da não-cumulatividade. A autuação fiscal decorreu do fato de o defendente não ter observado a proporcionalidade dos créditos fiscais referentes a energia elétrica e serviços de comunicação, e por não ter efetuado o estorno de crédito referente à aquisição de bens do ativo permanente, haja vista que os créditos fiscais foram utilizados na comercialização de mercadorias cuja saídas resultaram de operações isentas e não tributadas.

A legislação baiana, ao determinar o estorno dos créditos quando as operações subsequentes são tributadas, tem respaldo no art. 155, § 2º, II, “b”, da Constituição, e no art. 20, § 3º, da Lei Complementar nº 87/96.

No presente Auto de Infração, discute-se a utilização de crédito fiscal de energia elétrica, de serviços de comunicação e bens do ativo permanente, sem que fosse efetuado o estorno do crédito fiscal de acordo com a proporção das operações isentas e não tributadas em relação às demais. Está, portanto, caracterizada a infração, haja vista que a Lei nº 7.014/96, nos arts. 29, § 4º, e 30, I, veda a utilização de crédito fiscal do imposto e determina o estorno do crédito fiscal, se utilizado, quando a operação subsequente não for tributável ou estiver isenta do imposto, a menos que se trate de operação que destine mercadorias ao exterior ou em caso de haver disposição legal em contrário.

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 **110424.0014/02-7**, lavrado contra **BOMPREÇO BAHIA S.A.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 1.823,68**, atualizado monetariamente, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, VII, “b”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios.

Sala das Sessões do CONSEF, 30 de setembro de 2002.

CLARICE ANÍZIA MAXIMO MOREIRA – PRESIDENTE

JOSÉ BEZERRA LIMA IRMÃO – RELATOR

MÔNICA MARIA ROTERS - JULGADORA