

**A. I. Nº** - 110424.0011/02-8  
**AUTUADO** - BOMPREGO BAHIA S/A.  
**AUTUANTES** - LAIRA AZEVEDO SANTANA LEAL, VALDEMIR NOGUEIRA DE OLIVEIRA,  
LELITA VIEIRA TIGRE DA SILVA, REGINALDO CÂNDIDO DE M. FILHO,  
MARIA DAS GRAÇAS F. BAQUEIRO e ABELARDO DE ANDRADE CARDOSO  
**ORIGEM** - INFAZ SIMÕES FILHO  
**INTERNET** - 30. 09. 2002

#### 4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

#### ACÓRDÃO JJF Nº 0350-04/02

**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 lide, lavrado em 16/07/02, exige ICMS, no valor total de R\$ 5.224,09, em decorrência das seguintes irregularidades:

1. Deixou de efetuar a proporcionalidade de isentas para a utilização do crédito fiscal referente a energia elétrica e comunicação utilizadas na comercialização de mercadorias com saídas tributadas, conforme determina o art. 93, § 1º, do RICMS-BA/96.
2. Falta de estorno de crédito referente a bens do Ativo Permanente utilizados na comercialização de mercadorias cujas saídas resulte de operações isentas e não tributadas, conforme §§ 1º, 9º e 10º, do art. 100, combinados com o art. 93, V, “a”, tudo do RICMS-BA/97.

O autuado apresentou defesa tempestiva (fls. 38 a 42) e, inicialmente, alegou que os créditos tributários exigidos no Auto de Infração encontram-se decaídos. Diz que como o ICMS é lançado por homologação, o prazo para a Fazenda Pública constituir o crédito tributário decai em cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador, conforme art. 150, § 4º, do Código Tributário Nacional – CTN. Cita decisões de Tribunais para embasar sua alegação.

Explica que o dia de início da contagem do prazo decadencial, no lançamento por homologação, é o da data de ocorrência do fato gerador, devendo-se, a partir daí, computar o prazo de cinco anos para que ocorra a homologação tácita, precluindo o direito de a Fazenda Pública efetuar o lançamento de ofício.

Prosseguindo em sua defesa, o autuado afirma que apesar decaído o direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário, ele tem direito à utilização dos créditos fiscais referentes às duas infrações em lide. Diz que a autuação é uma afronta ao princípio da não-cumulatividade. Depois de tecer considerações sobre o crédito fiscal, ressaltou que a utilização dele nas entradas não é somente um direito, mas um dever.

Assevera que tem direito aos créditos fiscais relativos às aquisições de energia elétrica, de serviços de comunicação e de bens destinados ao ativo permanente, pois eles são necessários ao funcionamento regular de seus estabelecimentos comerciais. Explica que a energia elétrica é considerada uma mercadoria e, além de utilizada na comercialização, é também empregada na industrialização de produtos que levam a sua marca. Diz que caso não possa utilizar os créditos em questão, as isenções concedidas pelos Estados-membros serão frustradas uma vez que não poderão ser usufruídas em sua integralidade. Ao final, solicita a improcedência da autuação.

Na informação fiscal, os autuantes ressaltam que o disposto no art. 150, § 4º, do CTN, estabelece que a decadência será contada a partir da data da ocorrência do fato gerador, se a lei não fixar prazo para a homologação. Explicam que o Código Tributário do Estado da Bahia – COTEB (Lei nº 3.965/81) estabelece que o prazo para a extinção do direito de constituir o crédito tributário é contado a partir de 01 de janeiro do ano seguinte ao da ocorrência do fato gerador. Citam dispositivos do COTEB e do RICMS-BA/97 para embasar sua alegação.

Após transcreverem o art. 155, II, § 2º, I II, “a” e “b”, da Constituição Federal, bem como artigos da Lei Complementar nº 87/96 e da Lei nº 7014/96, os autuantes afirmam que, nas operações com isenção ou não incidência, os créditos fiscais das operações anteriores devem ser anulados.

Salientam que o RICMS-BA/96 (art. 93, II, § 1º e § 9º, II, “a”) e o RICMS-BA/97 (art. 93, § 1º, II) estabelecem a anulação do crédito relativo a entrada de mercadorias no estabelecimento ou serviços a ele prestados, cujas saídas estejam beneficiadas por isenção ou não incidência, sendo que, se algumas destas operações de saídas ou prestações forem tributadas e outras forem isenta ou não tributadas, o crédito será utilizado proporcionalmente às operações de saídas e às prestações tributadas.

Ao final, os autuantes solicitam que o Auto de Infração seja julgado procedente.

## VOTO

Deixo de acatar as alegações defensivas pertinentes à inconstitucionalidade da legislação tributária estadual ao limitar o direito à utilização de créditos fiscais, uma vez que, de acordo com o artigo 167, I, do RPAF/99, a declaração de inconstitucionalidade não se inclui entre as competências deste órgão julgador.

Não acato a alegação defensiva de que, quando foi lavrado o Auto de Infração em lide, de acordo com o art. 150, § 4º, do CTN, já estava decaído o direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário em lide.

É pacífico o entendimento de que o ICMS é um tributo sujeito ao lançamento por homologação e, de acordo com o § 4º do art. 150, do CTN, considerar-se-á homologado o lançamento e extinto o crédito, no prazo de cinco anos a contar da ocorrência do fato gerador, “se a lei não fixar prazo à homologação”. Todavia, a legislação tributária estadual (art. 965 do RICMS-BA/97) fixou que *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; [...].*

Uma vez que a presente ação fiscal exige ICMS referente a fatos geradores ocorridos entre janeiro e junho de 1997, com base no disposto no art. 965 do RICMS-BA/97, o Estado tinha até 31/12/02 para constituir o crédito tributário. Dessa forma, entendo que não estava decaído o direito de a Fazenda Pública efetuar o lançamento.

Antes de abordar o mérito da lide, é importante observar que o autuado foi intimado para efetuar o pagamento do débito tributário referente às infrações 1 (período de 1997 a 2000) e 2 (até 20/03/02). Naquela oportunidade, o autuado reconheceu o débito cobrado, com exceção do relativo ao período que vai de janeiro a dezembro de 1997. Em consequência, foi lavrado este Auto de Infração para exigir o imposto pertinente ao período que não foi acatado.

Relativamente à infração 1, saliento que a Lei nº 7.014/96, no seu art. 29, expressamente admite a utilização, como crédito fiscal, do imposto anteriormente cobrado nas aquisições de energia elétrica e de serviço de comunicação tomado, dentre outras hipóteses. Todavia, o § 4º do mesmo artigo veda o crédito relativo a mercadoria entrada no estabelecimento ou a serviços tomados, quando a operação de saída subsequente não for tributada ou estiver isenta do imposto. Por seu turno, o art. 100, § 1º, do RICMS/97 exige do contribuinte a realização de estorno da parcela correspondente às saídas isentas e/ou não tributadas. Tendo em vista que, no caso em tela, o autuado não observou a disposição regulamentar, entendo que a infração ficou caracterizada e que assiste razão aos autuantes.

O fato da energia elétrica e o serviço de comunicação serem também utilizados na industrialização de produtos não invalida a acusação, uma vez que a atividade preponderante do autuado era a comercialização e, nos autos, não restou comprovado que ele também industrializava produtos.

Quanto à infração 2, ressalto que a legislação tributária estadual (art. 100, § 9º, do RICMS-BA/97), prevê que, quando bens do ativo permanente forem utilizados na comercialização de mercadorias cujas saídas sejam isentas ou não tributadas, o contribuinte deverá efetuar o estorno dos créditos anteriormente escriturados. Uma vez que o autuado não atendeu a essa disposição regulamentar, entendo que foi correto o procedimento dos autuantes e que são devidos os valores cobrados.

Por fim, destaco que o autuado não questionou os números e dados constantes nos demonstrativos que acompanham o Auto de Infração, o que entendo como uma aceitação, tácita, da exatidão dos mesmos.

Pelo acima 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 **110424.0011/02-8**, lavrado contra **BOMPREÇO BAHIA S/A**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 5.224,09**, atualizado monetariamente, acrescido de multa de 60%, prevista no inciso VII “a” e “b”, do artigo 42 da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios.

Sala das Sessões do CONSEF, 26 de setembro de 2002.

ANTÔNIO AGUIAR DE ARAÚJO – PRESIDENTE

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – RELATOR

ANSELMO LEITE BRUM – JULGADOR