

A. I. N° - 149269.0009/02-2
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 N° 0351-04/02

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\$ 6.923,51, 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 e art. 93, § 1º, II, do RICMS-BA/97.
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. 28 a 32) e, inicialmente, alegou que os créditos tributários exigidos no Auto de Infração em lide 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, 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 do 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 **149269.0009/02-2**, lavrado contra **BOMPREÇO BAHIA S/A**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 6.923,51**, 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