

A. I. N° - 281.228.0044/02-5
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 - 16. 10. 2002

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0368-04/02

EMENTA: ICMS. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. FALTA DE ESTORNO PROPORCIONAL ÀS SAÍDAS DE MERCADORIAS ISENTAS E NÃO TRIBUTADAS. ENERGIA ELÉTRICA E SERVIÇOS DE COMUNICAÇÃO. De acordo com a legislação vigente à época dos fatos, 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 período de janeiro a junho de 1997, no valor total de R\$4.218,02, em decorrência de ter o contribuinte deixado de efetuar a proporcionalidade das saídas isentas sobre as saídas totais, para calcular corretamente 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.

O autuado apresentou defesa tempestiva (fl. 39) e, inicialmente, alegou que os créditos tributários exigidos no Auto de Infração em lide encontram-se decaídos. Diz que, como o ICMS é um imposto 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 situações em lide, alegando que a autuação é uma afronta ao princípio da não comutatividade. 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 e de serviços de comunicação, 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.

Os autuantes prestam informação fiscal (fl. 50), ressaltando 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 à 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

Inicialmente, não acato as alegações defensivas pertinentes à inconstitucionalidade da legislação tributária estadual relativamente a limitação do 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.

Também não acato a alegação defensiva de que, quando o presente Auto de Infração foi lavrado, 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”. A legislação tributária estadual baiana (art. 965 do RICMS-BA/97) estabelece: “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 e, portanto, não estava decaído o direito de a Fazenda Pública efetuar o lançamento.

Quanto ao mérito da acusação 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.

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.

O meu voto é 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 **281228.0044/02-5**, lavrado contra **BOMPREÇO BAHIA S. A.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$4.218,02**, atualizado monetariamente, acrescido de multa de 60%, prevista no inciso VII “a”, do artigo 42, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios.

Sala das Sessões do CONSEF, 10 de outubro de 2002.

ANTÔNIO AGUIAR DE ARAÚJO – PRESIDENTE

ANSELMO LEITE BRUM – RELATOR

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – JULGADOR