

A. I. Nº - 281228.0054/02-0
AUTUADO - BOMPREÇO BAHIA S/A
AUTUANTE - ABELARDO DE ANDRADE CARDOSO
ORIGEM - INFAS SIMÕES FILHO
INTERNET - 27/11/2002

3^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0405-03/02

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. **a)** UTILIZAÇÃO A MAIS. BENS DO ATIVO IMOBILIZADO ADQUIRIDOS APÓS 1/01/2001. O crédito fiscal relativo a estas entradas deve ser apropriado à razão de “um quarenta avos” por mês, devendo a primeira fração ser apropriada no mês em que ocorrer a entrada no estabelecimento. Tratando-se de operações de saídas ou prestações tributadas e outras isentas ou não tributadas, o crédito será utilizado proporcionalmente às operações e às prestações tributadas pelo imposto. **b)** FALTA DE ESTORNO. BENS DO ATIVO PERMANENTE. OPERAÇÕES DE SAÍDAS ISENTAS OU NÃO TRIBUTADAS. Bens do ativo imobilizado, cujas entradas no estabelecimento tenham ocorrido até 31/12/00, e forem utilizados na prestação de serviço ou na comercialização, produção, industrialização, geração ou extração de mercadorias, cujas prestações ou operações estejam isentas ou não tributadas, deve ser feito o estorno dos créditos anteriormente escriturados na forma do § 1º do art. 339 do RICMS/97. Não compete a este órgão julgador a apreciação de constitucionalidade da legislação tributária. Infrações comprovadas. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração lavrado em 12/09/2002, exige ICMS no valor de R\$ 918,61 em decorrência das seguintes irregularidades:

1. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas para integrar o ativo permanente do estabelecimento. O contribuinte utilizou indevidamente o crédito integral dos bens adquiridos para o ativo imobilizado, não atendendo ao disposto no art. 93, § 17 que determina que a apropriação do crédito deverá ser feita a razão de 1/48 avos por mês, e também sem deduzir a parcela correspondente a proporção das operações de saídas isentas ou não tributadas, sobre os totais das operações de saídas efetuadas no mesmo período, conforme determina o art. 97, XII do RICMS aprovado pelo Dec. 6.284/97;
2. Falta de estorno de crédito referente aos Bens do Ativo Permanente que foram utilizados na comercialização de mercadorias cuja saída resulte de operações isentas e não tributadas conforme parágrafos 1º, 9º e 10º do art. 100, comb. com o art. 93, V, “a” do RICMS/97.

O autuado, tempestivamente, ingressa com defesa, fls. 37 a 41, e impugna o lançamento sob o pressuposto de que as autuações contidas no presente auto de infração representam total afronta ao princípio constitucional da não cumulatividade, previsto no art. 155, II, § 2º, I, II, da Carta Magna vigente, que há de ser sempre observado, fazendo nascer para o contribuinte, toda vez que este adquire uma mercadoria ou um serviço com incidência do imposto, um crédito fiscal. Assim, que toda entrada independente da destinação (seja de bens de uso e consumo, ou matérias primas, ou ainda de bens destinados ao ativo permanente), havendo destaque do ICMS, gera um crédito em favor do adquirente, que deverá ser compensado nas operações de saídas posteriores. Deste modo, que operando sobre uma base constitucional, o legislador infraconstitucional não pode manipular livremente o princípio da não cumulatividade, sendo inconstitucional qualquer restrição legislativa ao pleno direito de crédito do ICMS, como a restrição da apropriação do crédito fiscal dos bens do ativo immobilizado a ser feita na razão de 1/48 avos por mês, imposta pelo art.93, § 17 do RICMS/97.

Transcreve a lição de doutos professores do ramo de direito tributário, a exemplo de Roque Carazza e Paulo de Barros Carvalho e da Profª Mizabel Derzi, ao assentar que qualquer norma que venha de encontro ao princípio da não cumulatividade deve ser considerada inconstitucional e não produzir qualquer efeito no mundo jurídico. Diz que “as normas apontadas pelos autuantes como violadas, restringem o direito constitucional dos contribuintes utilizarem os créditos oriundos da aquisição de bens do ativo permanente, uma vez que considerados como insumos, pois são na sua integralidade, diretamente vinculados à comercialização, industrialização, produção, geração, extração ou prestação, que sejam nele consumidos ou integrem o produto final ou o serviço na condição de elemento indispensável à produção, composição ou prestação, conforme o caso, de mercadorias comercializadas e serviços essenciais ao regular funcionamento da autuada”.

Aduz que tem direito ao crédito fiscal do ICMS, nas aquisições de Bens do Ativo Permanente, inclusive nos casos de saídas isentas ou não tributadas, pois caso não ocorra a utilização do referido crédito, além de tornar inócuas a isenção, fere a incumulatividade porque, economicamente, converte o ICMS, tributo sobre o valor agregado, em tributo sobre valor acumulado, desnaturando-o. Alega que se a cadeia produtiva não for beneficiada como um todo, com a realização do aproveitamento de crédito de ICMS, não haverá de fato, isenção, mas mero diferimento, no pagamento do tributo para a próxima operação, suprimindo-se dessa forma, a incidência do princípio da não cumulatividade. Transcreve acordãos do TRF 4^a Região AC 1999.04.01.129975-3, RS, e Sentença do Juiz Federal da 11^a Vara da Seção Judiciária da Bahia, MS nº 1998.33.00.022693-0), no sentido de não ter cabimento a ordem emitida pelo legislador ordinário de ser estornado o crédito referente ao imposto devido em operações anteriores quando a operação de saída do produto industrializado ou mercadoria não estiver sujeita à tributação, por causa de uma norma impeditiva da incidência, como de isenção ou alíquota zero. A final, pede que seja considerado improcedente o Auto de Infração em lide.

O autuante presta informação fiscal, fls. 47 a 52, e mantém o Auto de Infração, pois amparado em dispositivos, que cita, da Constituição Federal, da LC 87/96, do RICMS/97.

VOTO

Inicialmente, após a análise dos elementos que compõem o PAF, constato que o autuado questionou apenas a constitucionalidade da legislação tributária estadual. No entanto, acorde o artigo 167, inciso I, do RPAF/99, não se inclui na competência deste órgão julgador a declaração de inconstitucionalidade.

No mérito, constata-se em relação à infração 1 que foi exigido o ICMS devido em razão de utilização indevida de crédito fiscal pelo fato de o contribuinte ter apropriado incorretamente o crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas para integrar o ativo permanente do estabelecimento, sem atentar para o disposto nos arts. 93, § 17 e 97, XII, do RICMS/97, abaixo transcritos:

Art. 93 – Constitui crédito fiscal de cada estabelecimento, para compensação com o tributo devido em operações ou prestações subsequentes e para fins de apuração do imposto a recolher, salvo disposição em contrário:

§ 17. O uso do crédito relativo às entradas de bens destinados ao ativo imobilizado e respectivo serviço de transporte, ocorridas a partir de 1º/1/2001 fica sujeito as seguintes disposições (Lei nº 7.710):

I – a apropriação será feita à razão de um quarenta e oito avos por mês, devendo a primeira fração ser apropriada no mês em que ocorrer a entrada no estabelecimento;

II – em cada período de apuração do imposto, não será admitido o creditamento de que trata o inciso I, em relação à proporcionalidade das operações de saídas ou prestações isentas ou não tributadas sobre o total das operações de saídas ou prestações efetuadas no mesmo período;

III – para aplicação do disposto nos incisos I e II, o montante do crédito a ser apropriado será o obtido multiplicando-se o valor total do respectivo crédito pelo fator igual a um quarenta e oito avos da relação entre o valor das operações de saídas e prestações tributadas e o total das operações de saídas e prestações do período, equiparando-se às tributadas, para fins deste inciso as saídas e prestações com destino ao exterior;

Art. 97 – é vedado ao contribuinte, salvo disposição em contrário, credita-se do imposto relativo à aquisição ou à entrada, real ou simbólica, de mercadorias no estabelecimento, bem como aos serviços tomados, qualquer que seja o regime de apuração de pagamento do imposto:

XII – quando se tratar de entradas de bens destinados ao ativo imobilizado, e respectivo serviço de transporte, ocorridas a partir de 1º/01/2001, em relação (Lei nº 7710/00):

- a) à proporção das operações de saídas ou prestações isentas ou não tributadas, sobre o total das operações de saídas ou prestações efetuadas no mesmo período;
- b) à fração que corresponderia ao restante do quadriênio, na hipótese de alienação dos bens do ativo permanente, antes de decorrido o prazo de quatro anos contado da data de sua aquisição.

A infração está perfeitamente caracterizada nos demonstrativos apensos aos autos, de fls. 16 a 18, e é devido o valor exigido nesta autuação, de acordo com a legislação que rege a matéria.

No que concerne à 2^a infração, esta encontra seu fundamento no art. 93, V alínea “a” comb. com o art. 100, parágrafos 1º, 9º e 10º do RICMS/97, que estabelecem que em qualquer período de apuração do imposto, se bens do ativo imobilizado, cujas entradas no estabelecimento tenham ocorrido até 31/12/00, forem utilizados na prestação de serviço ou na comercialização, produção, industrialização, geração ou extração de mercadorias cujas prestações ou operações estejam isentas ou não tributadas, deverá ser feito o estorno dos créditos anteriormente escriturados na forma do § 1º do art. 339. O modo como deve ser feito o estorno está amparada no § 10º do mencionado art. 100, consoante o demonstrativo de fls. 19 a 24.

Como o autuado em sua peça defensiva, se limitou a suscitar a constitucionalidade dos dispositivos legais invocados pelo autuante, não adentrando no mérito da autuação, entendo que está correto o lançamento em ambos os itens do lançamento.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 281228.0054/02-0, lavrado contra **BOMPREÇO BAHIA S/A**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 918,61**, atualizado monetariamente, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, VII, “a” e “b”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios.

Sala das Sessões do CONSEF, 20 de novembro de 2002.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA - PRESIDENTE

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - RELATORA

LUÍS ROBERTO DE SOUSA GOUVÉA - JULGADOR