

A. I. N° - 269139.0012/03-6
AUTUADO - BOMPREGO BAHIA S/A
AUTUANTE - JOSÉ ELMANO TAVARES LINS
ORIGEM - INFAZ FEIRA DE SANTANA
INTERNET - 01.04.04

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0091-02/04

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. a) AQUISIÇÕES DE ENERGIA ELÉTRICA, SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO E MATERIAIS DE EMBALAGEM. FALTA DE ESTORNO PROPORCIONAL ÀS SAÍDAS ISENTAS. Constatado que o contribuinte creditou-se integralmente do imposto. **Infrações comprovadas. b) ESTORNO INDEVIDO DE DÉBITO. TRANSFERÊNCIA DE MERCADORIAS PARA OUTRAS UNIDADES DA FEDERAÇÃO.** Operação tributável. Falta de previsão legal para estorno do débito do imposto. Exigência subsistente. **2. DOCUMENTOS FISCAIS. FALTA DE EXIBIÇÃO AO FISCO. MULTA.** Infração caracterizada. Rejeitadas as preliminares de nulidade argüidas. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 23/12/2003, exige o valor de R\$34.005,40, sob a acusação de que:

1. o contribuinte deixou de estornar o crédito fiscal do ICMS, no valor de R\$30.070,68, proporcional às saídas isentas, referente a energia elétrica, ao serviço de comunicação e materiais de embalagem, inerentes ao exercício de 1998, conforme demonstrativos às fls. 11 a 58 e 61 do PAF, nos termos do art. 100, I, e art. 124 do RICMS, aprovado pelo Decreto 6.284/97;
2. não apresentou, apesar de três vezes intimado neste sentido, parte das notas fiscais de entradas relativas ao exercício de 1998, conforme documentos às fls. 7 a 11 dos autos, sujeitando-se as multas nos valores de R\$90,00; R\$180,00 e R\$370,00, e
3. estornou indevidamente o débito do imposto, no montante de R\$3.294,72, relativo as transferências de mercadorias para outras unidades da Federação no mês de fevereiro de 1998, CFOP 6.22, com imposto debitado nas notas fiscais de saídas e estornado no livro Registro de Apuração do ICMS (RAICMS), conforme documentos às fls. 59 e 60 dos autos.

O autuado apresentou defesa, às fls. 71 a 83, onde como preliminar de nulidade, argüi a homologação tácita, conforme art. 150, §4º do CTN, em razão da decorrência de cinco anos do fato gerador, sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, operando-se a decadência relativa ao período de janeiro a novembro de 1998, para a infração 01, e fevereiro de 1998, para a infração 03. Cita entendimento do STJ. Quanto à segunda infração, defende não existir a obrigação da apresentação de documentos, inerentes ao período de 01/98 a 10/98, por entender que tal período já havia sido homologado.

Argüi a nulidade do Auto de Infração sob a alegação de que a Administração não pode exigir o cumprimento de obrigação sem produzir provas. Cita doutrina, jurisprudência e legislação. Assim, alega a existência de cerceamento de defesa, pois não pode haver dúvidas nem dificuldades sobre a compreensão dos fatos questionados.

No mérito, aduz a improcedência da exigência do ICMS nas transferências entre estabelecimentos da mesma empresa, por entender que neste caso não se trata de operação mercantil e, consequentemente, não ocorreu o fato gerador do imposto para o aludido deslocamento, ou seja operações relativas à circulação da mercadoria. Cita Súmula 166 do STJ.

Em seguida, reporta-se a inaplicabilidade da SELIC de juros de mora superior a 1% (um por cento), além da inconstitucionalidade da aplicação da referida taxa nas relações tributárias.

Por fim, requer que o Auto de Infração seja julgado NULO ou IMPROCEDENTE e protesta pela juntada de provas, inclusive perícia e diligência.

O autuante, em sua informação fiscal, às fls. 108 a 112, aduz que o art. 90 do RICMS, aprovado pelo Dec. n.º 6.284/97, dispõe que “Após 5 anos, contados a partir de 1º de janeiro do ano seguinte ao da efetivação do lançamento pelo contribuinte, considera-se ocorrida a homologação tácita do lançamento.”, assim, conclui que o direito de constituir o crédito, relativo aos fatos ocorridos no período de 01/01/98 a 30/11/98, somente decaiu em 01/01/2004.

Sobre a alegação de que não foram anexadas provas da autuação, cita as fls. 11 a 58; 7 a 11 e 59 e 60 do PAF, do que conclui que não ocorreu o alegado cerceamento de defesa.

Em seguida, reproduz o art. 56, V, e suas alíneas, do RICMS/BA, para comprovar a incidência do ICMS sobre as operações de transferências, como também a Lei n.º 7.753/2000 que trata da aplicação da SELIC no cálculo dois juros de mora.

Por fim, conclui que em nenhum momento o autuado contestou os cálculos efetuados, nem apresentou fatos, nem documentos que pudessem modificar os valores apurados, se limitando apenas a argumentar acerca da suposta decadência e falta de provas. Assim, mantém a ação fiscal.

VOTO

Trata-se de Auto de Infração lavrado para exigir o ICMS relativo a utilização a maior do crédito fiscal de energia elétrica, de serviço de comunicação e de materiais de embalagem, no exercício de 1998, apropriado integralmente, sem considerar a proporcionalidade relativa às operações de saídas tributadas pelo imposto, quando ocorrerem simultaneamente operações isentas ou não tributadas, além das multas pelas reiteradas não apresentação ao Fisco de parte das notas fiscais, apesar de devidamente intimado para tal, como também pelo estorno indevido de débito do ICMS, quando das transferências de mercadorias para outras unidades da Federação, com imposto destacado nos documentos fiscais.

As razões de defesa resume-se a alegar que já havia operado a decadência de parte das exigências fiscais e de falta de prova das acusações, cerceando o direito de defesa do contribuinte, como também a improcedência da exigência do ICMS nas transferências entre estabelecimentos da mesma empresa, por entender que não ocorreu o fato gerador do imposto, ou seja operações relativas à circulação da mercadoria. Por fim, reporta-se à aplicação da taxa SELIC na exigência fiscal.

Preliminarmente, rejeito os pedidos de nulidade argüidos pelo autuado, uma vez que o Auto de Infração preenche todas as formalidades legais previstas, não ensejando em qualquer violação ao devido processo legal e a ampla defesa do contribuinte.

Também rejeito o pedido de perícia ou de diligência, pois os autos encontram-se devidamente instruídos, cujas provas documentais e números apurados, em momento algum, foram contestados pela peça de defesa. Assim, por considerar suficientes para a formação de minha convicção os elementos contidos nos autos, indefiro o referido pedido.

Por fim, deve-se ressaltar que, nos termos do art. 173, inciso I, do CTN, o direito da fazenda pública constituir crédito tributário extingue-se no prazo de cinco anos contado do primeiro dia do *exercício* seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado. Assim, nesta condição, não havia operado a aludida decadência relativa ao exercício de 1998, pois com a lavratura do Auto de Infração, em 23/12/03, consumou-se o lançamento do crédito tributário.

No mérito, da análise das peças processuais, constata-se que o sujeito passivo limita-se apenas a impugnar a exigência relativa ao estorno indevido de débito no RAICMS, inerente às transferências de mercadorias entre estabelecimentos da mesma empresa com destaque do ICMS, por entender que não houve operação mercantil ou troca de titularidade das mesmas. Tal consideração é insustentável por se tratar de operações interestaduais com concessão de crédito aos Estados destinatários em detrimento ao Estado da Bahia. Porém, antes de qualquer análise neste sentido, temos de nos restringir ao rigor da Lei nº 7.014/96, a qual prevê no seu art. 4º, inciso I, que “Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento da saída de mercadoria de estabelecimento de contribuinte, ainda que para outro estabelecimento do mesmo titular”. Assim, subiste a exigência fiscal.

No tocante à primeira infração, apesar do autuado não ter adentrado no mérito, constato que o contribuinte utilizou, além do permitido legalmente, como crédito fiscal, do ICMS destacado nas notas fiscais de aquisição de energia elétrica, serviços de comunicação e materiais de embalagem, deixando de efetuar o estorno proporcional determinado pelo art. 100, inciso I, c/c o art. 93, § 1º, inciso II, todos do RICMS/97, ao promover saídas de mercadorias com isenção ou não incidência do imposto.

Quanto a aludida taxa SELIC no cálculo dos juros de mora deve-se ressaltar que tal incidência tem previsão legal, consoante já abordado na informação fiscal.

Por derradeiro, quanto a multa aplicada pela não apresentação dos documentos fiscais, quando devidamente intimado para tal, são legalmente previstas, conforme enquadramento legal da infração.

Diante do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **269139.0012/03-6**, lavrado contra **BOMPREGO BAHIA S/A**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$33.365,40**, atualizado monetariamente, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a” e VII, “b”, da Lei n.º 7.014/96, e dos acréscimos moratórios, além das multas no montante de **R\$640,00**, prevista no art. 42, XX, “a”, “b” e “c”, da Lei n.º 7.014/96.

Sala das Sessões do CONSEF, 25 de março de 2004.

FERNANDO A. B. DE ARAÚJO – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ CARLOS BACELAR – JULGADOR

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - JULGADOR