

A. I. Nº - 298742.0009/01-2
AUTUADO - PETROGAZ DISTRIBUIDORA S/A
AUTUANTE - ANA CLÁUDIA GOMES BARROS
ORIGEM - INFRAZ SANTO AMARO
INTERNET - 09.05.02

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0152-02/02

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. a) MATERIAL PARA USO E CONSUMO. b) SERVIÇO DE TRANSPORTE NÃO VINCULADO À MERCADORIA COM SAÍDA TRIBUTADA. c) VALOR SUPERIOR AO DESTACADO. d) FALTA DE APRESENTAÇÃO DO COMPETENTE DOCUMENTO COMPROBATÓRIO. e) RETORNO DE CONserto. 2. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. a) AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE BENS DE CONSUMO. b) UTILIZAÇÃO INTERESTADUAL DE SERVIÇO DE TRANSPORTE NÃO VINCULADO À OPERAÇÃO SUBSEQUENTE TRIBUTADA. Após análise das provas documentais ficou comprovado o crédito indevido e a falta de recolhimento da diferença de alíquotas do imposto. Contudo, tais exigências são insubsistentes em razão da empresa apresentar saldo credor do ICMS superior aos valores reclamados. Auto de Infração **IMPROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 28/12/01, exige o ICMS no valor de R\$ 190.034,77, inerente aos exercícios de 1998 e 1999, em razão da utilização indevida de crédito fiscal, decorrente: 1º) da aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento, no valor de R\$148.848,33; 2º) do serviço de transporte interestadual ou intermunicipal não vinculado a operação com mercadoria com saída subsequente tributada, no valor de R\$2.889,96; 3º) do valor superior ao destacado no documento fiscal, no valor de R\$54,72; 4º) da falta de apresentação do competente documento comprobatório do direito ao referido crédito, no valor de R\$25.451,48; 5º) da operação de retorno de mercadoria, sem valor comercial, remetida para conserto, no valor de R\$1.260,06, além da falta de recolhimento do ICMS no valor de R\$11.530,22, decorrente da diferença de alíquotas, nas aquisições interestaduais de mercadorias destinadas para consumo do estabelecimento, como também da utilização de serviço interestadual de transporte não vinculado à operação subsequente tributada. Tudo conforme documentos às fls. 15 a 452 dos autos.

O autuado, através de seu advogado legalmente constituído, apresenta impugnação ao Auto de Infração, às fls. 455 a 478, onde alega ser insubsistente o crédito tributário em razão da existência de saldo credor do ICMS, em todos os meses do período fiscalizado, suficiente à absorção dos alegados débitos, pois entende que tais valores não são automaticamente exigíveis pela Fazenda, os quais deverão ser pagos se persistirem aos confrontos após a compensação com os créditos acumulados existentes em cada período de apuração. Cita doutrina e legislação a respeito. Assim, aduz que a verificação das alegadas infrações deveria ensejar a reconstituição da conta do ICMS, para absorver tais débitos, e a, conseqüente, diminuição do saldo credor, não acarretando imposto a pagar.

Em seguida o recorrente argumenta, quanto à primeira infração, que os créditos fiscais glosados referem-se a materiais utilizados para industrialização, que se destinam a recondicionar e preparar os botijões para nova utilização, e não para uso e consumo do próprio estabelecimento como alegado, a exemplo de lacres, válvulas, etiquetas, anéis de vedação, do que cita o art. 2º, §5º, do RICMS/97, concluindo que tem direito ao crédito fiscal inerente, nos termos do art. 93 do RICMS. Ressalta ainda a existência de notas fiscais de transferência interna de bens do ativo fixo, a exemplo de pára-raio, luminária e nobreak estabilizador, cuja acusação enquadra-os como bens de uso e consumo, negando o aproveitamento dos créditos relativos.

No tocante a glosa dos créditos relativos ao serviço de transporte, relativo à segunda infração, ressalta que referem-se aos fretes pagos quando da movimentação de botijões entre estabelecimentos do contribuinte e seus revendedores. Afirma que a legislação só veda o aproveitamento de créditos relativos a serviços de transporte quando esses serviços não estiverem vinculados a prestações seguintes tributadas pelo imposto. Aduz que as remessas dos botijões reconicionados e cheios com o GLP, aos postos revendedores ou diretamente aos consumidores finais, são regularmente tributadas. Assim, entende que o crédito decorrente deste serviço é admitido.

Referente às infrações nºs 5 e 6, relativo a falta de recolhimento do diferencial de alíquotas, registra que a grande maioria das mercadorias não se destina a uso e consumo, sendo materiais destinados à industrialização (acondicionamento e recondicionamento de botijões) e também destinados a compor o produto final, a exemplo de: válvula, etiqueta, tinta de alumínio, lacre de segurança, material para recuperação e borracha, do que entende ser imprescindíveis e obrigatórios para a comercialização do GLP, cujos custos comporão o preço final do produto, não cabendo a exigência de diferencial de alíquotas. Destaca que os serviços de transporte referem-se aos fretes de tais materiais, destinados a emprego na industrialização e à composição do produto final (insumos), além de botijões novos e usados (ativo fixo), os quais não são devidos pelos mesmos motivos já citados, como também por está vinculado às operações subsequentes do GLP, mesmo porque esse frete irá compor o preço final do produto vendido, sobre o qual incidirá o ICMS.

Inerente à infração nº 7, aduz que o crédito fiscal é em razão da compensação do débito procedido quando da remessa da mercadoria para conserto.

Por fim, apresenta impugnação a multa de 60% aplicada nas infrações 5 e 6, do que entende ser 50%, nos termos do inciso I, “a”, do art. 42 da Lei nº 7.014/96, uma vez que as operações foram escrituradas. Quanto à infração 7, entende caber a multa de 60% e não de 70%. Como prova de suas alegações, o recorrente anexa aos autos cópia de livro e documentos fiscais conforme fls. 489 a 614 do PAF.

A autuante, em sua informação fiscal, às fls. 618 e 622, aduz que reconhece a existência de saldo credor na conta corrente do autuado, mas que lavrou o Auto de Infração como única alternativa de estornar os créditos lançados indevidamente na sua escrita fiscal e de cobrar os valores de ICMS referentes ao diferencial de alíquotas devido e não recolhido, já que o contribuinte não iria fazer a recomposição de sua escrita sem o questionamento dos valores cobrados no Auto de Infração, o qual foi emitido como forma de corrigir as distorções cometidas e não aceitas pelo contribuinte. Assim, entende que, caso sejam julgadas procedentes as infrações, poderá o contribuinte utilizar-se dos seus créditos fiscais acumulados para pagamento do débito, nos termos do art. 108, inciso II, do RICMS.

Em seguida passa a rechaçar todas as alegações de mérito do recorrente, afirmando que tais aquisições referem-se a materiais de uso e consumo do estabelecimento, ressaltando que apenas lacre e válvula poderiam ser considerado insumos, mas mesmo assim o contribuinte não teria direito a utilização dos referidos créditos, pois o estabelecimento não comercializa o botijão, mas sim GLP, que tem imposto substituído na fonte, não sofrendo tributação na saída, nos termos do art. 93, §º, inciso II, o qual condiciona a utilização de crédito fiscal a operações subsequentes tributadas pelo imposto, o que não ocorre na situação descrita. Destaca a mesma posição para a utilização dos créditos fiscais sobre os serviços de transporte, cujos serviços não estão vinculados a prestações seguintes tributadas, contrariando o art. 97 do RICMS.

Quanto ao pagamento da diferença de alíquotas, ressalta que o processo de renovação e recondicionamento dos botijões é executado pela empresa Mangels, assim as mercadorias constantes das notas fiscais às fls. 373 a 417 do PAF são de uso e consumo e deve o contribuinte recolher a diferença de alíquotas sobre elas, assim como a diferença de alíquota sobre o serviço de transporte iniciado em outra unidade da Federação e não vinculado a operação ou prestação subsequente.

Relativo ao crédito fiscal referente a operação de retorno de mercadoria remetida para conserto, aduz que o contribuinte não apresentou a nota fiscal comprovando sua alegação de que o imposto foi debitado no momento da remessa dos botijões para conserto.

Finalmente, considera procedente o pedido do contribuinte quanto a redução da multa para 60% sobre a exigência do crédito fiscal de retorno de conserto.

Submetido o PAF à pauta suplementar para proposta de realização de diligência, no sentido de se realizar a reconstituição do conta-corrente do ICMS, apurando-se o seu real valor, em virtude do contribuinte apresentar saldo credor que absorve os valores exigidos, relativos a utilização indevida de crédito fiscal, foi acordado que os documentos constantes dos autos são suficientes ao deslinde da questão, sendo desnecessária a diligência.

VOTO

Trata-se de Auto de Infração lavrado para exigir o ICMS apurado através da utilização indevida de crédito fiscal, em razão: da aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento; do serviço de transporte interestadual ou intermunicipal não vinculado a operação subsequente tributada; do valor do imposto superior ao destacado no documento fiscal; da não apresentação do documento comprobatório e da operação de retorno de mercadoria remetida para conserto, como também para exigir o ICMS decorrente da diferença de alíquotas nas aquisições interestaduais de materiais de uso ou de consumo do estabelecimento ou de serviço de transporte não vinculado à operação subsequente tributada.

Da análise das peças processuais, quanto às diversas utilizações indevidas de crédito fiscal, constata-se que o contribuinte não elidiu a acusação fiscal, uma vez que todas as aquisições estão vinculadas a operações subsequentes com substituição tributária, cujo produto (GLP) encontra-se com fase de tributação encerrada, conforme art. 9º da Lei nº 7.014/96, sendo vedado o crédito referente às aquisições de mercadorias, matérias-primas, produtos intermediários e material de embalagem, inclusive relativo aos serviços tomados, como prevê o art. 29, § 4º, II da citada Lei, quando a operação de saída subsequente não for tributada.

Portanto como a fase de tributação encontrava-se encerrada, logo a operação de saída subsequente não foi tributada e, conseqüentemente, a utilização dos aludidos créditos fiscais estava vedada.

Com relação a exigência relativa a diferença de alíquotas, inerente as aquisições interestaduais de materiais destinados ao consumo do estabelecimento, entendo como devidas, pois referem-se a materiais para acondicionamento dos botijões ou acondicionamento do GLP nos próprios botijões, a exemplo de: válvula, etiqueta, tinta de alumínio, lacre de segurança, material para recuperação e borracha, cujos vasilhames não são comercializados juntamente com o GLP, mas sim trocados por outros vasilhames vazios, não podendo ser considerados como material de embalagem, pois não compreendem-se no preço final do produto, mas sim, como material de uso ou consumo do estabelecimento, assim entendido as mercadorias que não forem destinadas a comercialização, industrialização, produção, geração, extração ou prestação, por não serem consumidas nem integrarem o produto final ou o serviço na condição de elemento indispensável ou necessário à sua produção, composição ou prestação, conforme preceitua a LC 99/99. Contudo, ficou comprovado nos autos que o contribuinte possuía saldo credor do ICMS, em todos os meses do período fiscalizado, suficiente à absorção dos alegados débitos, os quais só devem ser exigidos após a devida compensação com os créditos acumulados existentes em cada período de apuração, se assim remanescerem, o que não ocorreu, conforme a seguir demonstrado:

COMPOSIÇÃO DO LANÇAMENTO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO

Período	Infração 01	Infração 02	Infração 03	Infração 04	Infração 05	Infração 06	Infração 07	Total A. I.
out/98	-	-	-	6.834,50	-	-	-	6.834,50
nov/98	4,90	-	-	136,00	-	-	-	140,90
dez/98	-	-	-	-	5,95	78,05	-	84,00
jan/99	35,00	-	-	604,68	20,00	100,30	-	759,98
fev/99	22,90	-	-	1.033,79	9,93	-	-	1.066,62
mar/99	96.174,78	-	-	5.435,28	26,50	406,41	-	102.042,97
abr/99	48.891,38	241,84	-	1.258,69	5.045,52	-	-	55.437,43
mai/99	1.033,20	1.487,80	54,72	1.303,96	898,00	330,30	-	5.107,98
jun/99	544,72	774,71	-	290,42	82,49	8,71	-	1.701,05
jul/99	390,00	188,29	-	985,09	628,95	386,47	-	2.578,80
ago/99	33,60	197,32	-	458,05	-	1.221,02	-	1.909,99
set/99	-	-	-	336,83	137,14	60,50	-	534,47
out/99	955,94	-	-	2.789,64	19,78	14,34	-	3.779,70
nov/99	507,60	-	-	2.550,53	1.570,28	38,30	1.260,06	5.926,77
dez/99	254,31	-	-	1.434,02	342,06	99,22	-	2.129,61
Totais	148.848,33	2.889,96	54,72	25.451,48	8.786,60	2.743,62	1.260,06	190.034,77

RECONSTITUIÇÃO DA CONTA CORRENTE DO ICMS

Período	Crédito	Débito	Saldo	Total A. I.	Saldo Reconst.
out/98	11.472,61	-	11.472,61	6.834,50	4.638,11
nov/98	2.922,35	-	7.560,46	140,90	7.419,56
dez/98	47.397,41	-	54.816,97	84,00	54.732,97
jan/99	22.925,29	-	77.658,26	759,98	76.898,28
fev/99	36.766,50	19.073,89	94.590,89	1.066,62	93.524,27
mar/99	210.340,68	11.615,30	292.249,65	102.042,97	190.206,68
abr/99	210.454,18	-	400.660,86	55.437,43	345.223,43
mai/99	17.699,37	17.158,98	345.763,82	5.107,98	340.655,84
jun/99	10.999,27	2.117,86	349.537,25	1.701,05	347.836,20
jul/99	5.513,48	23.443,50	329.906,18	2.578,80	327.327,38
ago/99	26.796,73	22.167,42	331.956,69	1.909,99	330.046,70
set/99	32.442,47	6.246,33	356.242,84	534,47	355.708,37
out/99	44.678,36	4.212,00	396.174,73	3.779,70	392.395,03
nov/99	36.288,68	21.434,19	407.249,52	5.926,77	401.322,75
dez/99	17.501,19	586,13	418.237,81	2.129,61	416.108,20

Assim, recomenda-se à INFAZ Santo Amaro intimar o contribuinte a apresentar seu livro Registro de Utilização de Documentos Fiscais e Termos de Ocorrências para que preposto fiscal consigne, através de Termo de Ocorrência, o saldo credor do ICMS, em 31/12/99, apurado após tais considerações, no valor de R\$ 416.108,20, com o fim de nortear futuras fiscalizações.

Do exposto, voto pela IMPROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **IMPROCEDENTE**, o Auto de Infração nº 298742.0009/01-2, lavrado contra **PETROGAZ DISTRIBUIDORA S/A**.

Esta Junta recorre de ofício da presente Decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/00, com efeitos a partir de 10.10.00.

Sala de Sessões do CONSEF, 02 de maio de 2002.

FERNANDO A. B. DE ARAÚJO – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ CARLOS BACELAR – JULGADOR

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – JULGADOR