

A. I. N° - 232963.0001/02-0
AUTUADO - PETROBRÁS DISTRIBUIDORA S. A.
AUTUANTE - ALBINO DE ALMEIDA AZEVEDO
ORIGEM - INFAZ SIMÕES FILHO
INTERNET - 12. 08. 2002

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0274-04/02

EMENTA: ICMS. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. a) ENERGIA ELÉTRICA. É legítima a utilização de crédito fiscal referente à aquisição de energia elétrica utilizada na comercialização. Efetuada a proporcionalidade das saídas tributadas. b) SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO. É legítima a utilização de créditos fiscais relativos a serviço de comunicação por estabelecimento comercial. Efetuada a proporcionalidade das saídas tributadas. Infrações parcialmente caracterizadas. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide foi lavrado em 15/04/02 para exigir ICMS, no valor de R\$ 233.136,57, referente às seguintes irregularidades:

1. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS, no valor de R\$ 19.947,89, relativo à aquisição de energia elétrica, na comercialização de mercadorias.
2. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS, no valor de R\$ 213.188,68, relativo a serviço de comunicação não vinculado a mercadorias com saída subsequente tributada.

Por meio de patronos legalmente constituídos, o autuado protocolou requerimento (fls. 68 e 69), alegando que a Lei Complementar nº 87/96 prevê o direito ao crédito fiscal referente à entrada de mercadoria destinada ao uso ou consumo do estabelecimento, bem como a apropriação do crédito fiscal relativo ao serviço de comunicação tomado. Aduziu que a energia elétrica é uma mercadoria, já que é produzida e fornecida mediante contraprestação pecuniária.

O autuado disse que o legislador complementar vedou a cumulatividade do ICMS e que os casos de isenção e de imunidade são as únicas exceções ao princípio da não-cumulatividade. Frisou que o RICMS-BA/96 e o RICMS-BA/97, com a redação vigente à época dos fatos geradores, reconhecem a possibilidade de compensação de créditos de energia elétrica e de comunicação, quando utilizados na comercialização de mercadorias. Mencionou que a atual redação do inciso II do art. 93 do RICMS-BA/97 só passou a produzir efeitos a partir de 01 de janeiro de 2001.

Ao final, o autuado asseverou que o Termo de Intimação para Pagamento não foi lavrado com base na legislação vigente à época dos fatos geradores e, em consequência, pediu que o referido Termo fosse declarado improcedente.

Conforme o Termo de Juntada à fl. 65, a repartição fazendária responsável pelo preparo do processo recebeu o documento de fls. 68 e 69 com os efeitos de uma defesa tempestiva.

Às fls. 81 e 82, o autuante prestou a informação fiscal regulamentar. Nessa oportunidade, o auditor fiscal afirmou que a empresa Petrobrás Distribuidora S.A. tem como atividade

econômica o comércio atacadista de álcool carburante, gasolina e demais derivados de petróleo, porém o estabelecimento que foi autuado não comercializa mercadorias e, apenas, desenvolve atividade de serviços administrativos de apoio, tais como: almoxarifado, contabilidade, compras, processamento de dados, faturamento etc. Frisou que esse fato é comprovado pelo livro Registro de Apuração de ICMS anexado às fls. 12 a 64 dos autos, onde os valores consignados sob o CFOP 112, 212, 512 e 612 são irrisórios e se referem a materiais de uso e consumo utilizados por terceiros e a rateio de equipamentos (pool Iguape-PE). Ao final, solicitou a procedência da autuação.

Tendo em vista que foi declarado revel, conforme comprova o documento à fl. 85, o autuado apresentou cópia do documento de fls. 68 e 69, afirmou que a defesa foi apresentada tempestivamente, solicitou o prosseguimento do processo administrativo fiscal e o cancelamento de sua condição de revel.

VOTO

Com base nos princípios do informalismo e da garantia de ampla defesa, entendo que o requerimento de fls. 68 e 69 é uma defesa interposta à presente autuação, não obstante ele se referir ao Auto de Infração como sendo um Termo de Intimação para Pagamento, o qual não consta nos autos. O documento apresentado, além de preencher todos os requisitos de uma defesa previstos no art. 8º do RPAF/99, não incide nos vícios elencados no art. 10 do mesmo Regulamento. Dessa forma, independentemente do nome que tenha o contribuinte utilizado, o documento de fls. 68 e 69 é uma defesa ao presente lançamento e, como tal, deve ser acolhido. Esse meu posicionamento é corroborado pelo Termo de Juntada da repartição fiscal que recebeu o requerimento e o classificou como defesa (fl. 65), pela informação fiscal que o entendeu como uma peça defensiva e pelo pronunciamento do próprio autuado que confirmou que se tratava de uma defesa (fl. 84).

As infrações 1 e 2 foram motivadas pela utilização de créditos fiscais referentes a aquisições de energia elétrica e a serviços de comunicação empregados em atividades para as quais a legislação tributária não contemplava a sua apropriação. Assevera o autuante que o estabelecimento não realizava operações de comercialização de mercadorias e, por essa razão, não fazia jus aos citados créditos.

Observando o livro Registro de Apuração de ICMS (fls. 39 a 64), constato que o autuado, ao contrário do afirmado pelo auditor fiscal, realizava operações tributadas e não tributadas de aquisições e de vendas de mercadorias, pois, no referido livro, constam valores classificados sob o Código Fiscal de Operações e Prestações (CFOP) 1.12, 2.12, 5.12 e 6.12. Portanto, entendo que está provado que o autuado, mesmo concentrando as atividades administrativas da companhia, era efetivamente um estabelecimento comercial, sendo irrelevante o vulto dessas operações de comercialização efetuadas.

Quanto ao amparo legal para a utilização dos créditos fiscais em questão, saliento que o art. 29 da Lei nº 7.014/96, expressamente, dá respaldo à apropriação dos mesmos. Portanto, quando se trata de empresa comercial, o serviço de comunicação tomado e a aquisição de energia elétrica se constituem hipóteses de utilização de crédito fiscal. Em consequência, no caso em lide, o autuado fazia jus aos créditos fiscais em questão, de acordo com a legislação vigente à época dos fatos geradores.

Todavia, de acordo com o art. 93, § 1º, II, do RICMS-BA/97, quando o estabelecimento realizar tanto operações tributadas como isentas, deverá utilizar os créditos fiscais em questão

proporcionalmente às operações de saídas tributadas, já que no presente caso não existe exceção para a manutenção de créditos.

Analisando o livro Registro de Apuração de ICMS, observo que o autuado, nos meses de maio, julho e agosto de 1997, efetuou saídas de mercadorias tributadas e não tributadas, concomitantemente. Dessa forma, naqueles meses, nas infrações 1 e 2, ele só poderia utilizar o crédito proporcionalmente às saídas tributadas, conforme passo a demonstrar:

ENERGIA ELÉTRICA (Infração 1)							
Mês Ano	Operações de Saídas		Total Saídas d = (b+c)	Isentas e Não Tribut e	Estorno (%) f = (e/d)x100	Crédito Utilizado g	Crédito Indevido h = (fxg)
	Internas a	Interestad. b					
Mai/97	10.153,52	14.593,41	24.746,93	3.855,10	15,58%	1.531,02	238,50
Jul/97	690,40	4.731,71	5.422,11	1.700,00	31,35%	1.464,87	459,28
Ago/97	9.621,65	48.057,20	57.678,85	6.448,00	11,18%	1.612,87	180,31

SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO (Infração 2)							
Mês Ano	Operações de Saídas		Total Saídas d = (b+c)	Isentas e Não Tribut e	Estorno (%) f = (e/d)x100	Crédito Utilizado g	Crédito Indevido h = (fxg)
	Internas a	Interestad. b					
Mai/97	10.153,52	14.593,41	24.746,93	3.855,10	15,58%	16.018,30	2.495,35
Jul/97	690,40	4.731,71	5.422,11	1.700,00	31,35%	15.790,90	4.950,94
Ago/97	9.621,65	48.057,20	57.678,85	6.448,00	11,18%	14.189,86	1.586,30

Em face do demonstrado acima, entendo que a infração 1 ficou parcialmente caracterizada, sendo devido o ICMS no valor de R\$ 878,09. Por seu turno, a infração 2 subsiste parcialmente e é devido o imposto no montante de R\$ 9.032,59.

Pelo exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, no valor de R\$ 9.910,68, conforme o Demonstrativo de Débito abaixo:

DEMONSTRATIVO DE DÉBITO						
INFR.	CÓD. DO DÉBITO	DATA DO VENCIMENTO	BASE DE CÁLCULO	ALÍQ. (%)	MULTA UPF %	VALOR DO DÉBITO (REAIS)
1	10	09/06/97	1.402,94	17%	60	238,50
1	10	09/08/97	2.701,65	17%	60	459,28
1	10	09/09/97	1.060,65	17%	60	180,31
2	10	09/06/97	14.678,53	17%	60	2.495,35
2	10	09/08/97	29.123,18	17%	60	4.950,94
2	10	09/09/97	9.331,18	17%	60	1.586,30
VALOR TOTAL DO DÉBITO						9.910,68

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 232963.0001/02-0, lavrado contra **PETROBRÁS DISTRIBUIDORA S. A.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 9.910,68**, atualizado monetariamente, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios.

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 7.851/99, com efeitos a partir de 10.10.00.

Sala das Sessões do CONSEF, 30 de julho de 2002.

ANTONIO AGUIAR DE ARAÚJO – PRESIDENTE

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – RELATOR

ANSELMO LEITE BRUM – JULGADOR