

PROCESSO	- A.I. Nº 080556.0001/03-9
RECORRENTES	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e PETROBRÁS DISTRIBUIDORA S/A.
RECORRIDOS	- PETROBRÁS DISTRIBUIDORA S/A. e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS	- DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 4ª JJF nº 0414-04/03
ORIGEM	- INFAZ SIMÕES FILHO
INTERNET	- 07.01.04

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0187-12/03

EMENTA: ICMS. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. ENERGIA ELÉTRICA E SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO. É legítima a utilização de créditos fiscais referentes às aquisições de energia elétrica e aos serviços de comunicação utilizados na comercialização. Foi efetuada a proporcionalidade dos créditos fiscais em relação as saídas tributadas. Infrações parcialmente caracterizadas. Recursos **NÃO PROVIDOS**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente de Recursos de Ofício e Voluntário, impetrados contra a Decisão exarada pela 4ª Junta de Julgamento Fiscal, que julgou o Auto de Infração Procedente em Parte através do Acórdão nº 0414/04-03.

O Auto de Infração em lide foi lavrado em 31/03/03 para exigir ICMS, no valor total de R\$752.596,38, em decorrência da imputação do cometimento de quatro infrações:

As infrações 1 e 2 (falta de retenção e recolhimento a menos, nas operações com óleo diesel), estão devidamente caracterizadas e foram pacificamente reconhecidas como procedentes pela empresa autuada. Dessa forma, restam em lide apenas as infrações 3 e 4.

Infração 3 - Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS, no valor de R\$76.933,30, relativo à aquisição de energia elétrica, na comercialização de mercadorias.

Infração 4 - Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS, no montante de R\$565.428,03, relativo a serviço de comunicação não vinculado a prestação seguinte da mesma natureza tributada pelo imposto.

Ante as alegações da impugnação, visando a busca da verdade material dos fatos, o D. Julgador de Primeira Instância, converteu o PAF em diligência à ASTEC, tendo o diligenciador constatado que o autuado, ora recorrente, opera como um almoxarifado regional que adquire e distribui entre as suas unidades materiais de uso e consumo, ferramentas e equipamentos.

Ressalta o D. Julgador da 4ª JJF que, na revisão fiscal efetuada, analisando as fotocópias dos livros Registro de Apuração de ICMS anexadas ao processo pelo diligenciador da ASTEC (fls. 88 a 180), constatou que, no período objeto da autuação, o sujeito passivo realizou operações tributadas e não tributadas de aquisições e de vendas de mercadorias, pois, nos referidos livros, constam valores classificados sob os Códigos Fiscais de Operações e Prestações (CFOP) 1.12, 2.12, 5.12 e 6.12. Dessa forma, entendeu que restou provado que o autuado, mesmo operando como um almoxarifado regional da companhia, efetuava atividade de comercialização, sendo irrelevante o vulto dessas operações de comercialização.

Com efeito, diz o D. relator, uma vez que o autuado realizava atividade de comercialização, o art. 29 da Lei nº 7.014/96, com a redação vigente à época dos fatos geradores, lhe dá respaldo à apropriação dos créditos fiscais em questão. 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.

Assim, considerando que, no período objeto da autuação, o autuado efetuou saídas de mercadorias tributadas e não tributadas concomitantemente, ele só poderia utilizar os créditos fiscais proporcionalmente às saídas tributadas. Para efetuar essa correção na exigência fiscal, o auditor da ASTEC elaborou as planilhas de fls. 82 e 83, abatendo mensalmente, dos créditos fiscais glosados na autuação, as parcelas proporcionais às operações tributadas realizadas pelo autuado. Afirma que do exame das planilhas elaboradas pela ASTEC e não constatou necessidade de correção dos valores ali apurados.

Pelas razões expostas, conclui que, as infrações 3 e 4 ficaram parcialmente caracterizadas nos valores de respectivamente R\$68.591,04 e R\$522.999,84, conforme Demonstrativos de Débito às fls. 80 e 81, motivo pelo qual votou pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, no valor de R\$701.825,93.

A. Egrégia 4ª Junta de Julgamento Fiscal, 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.

No Recurso Voluntário, o recorrente diz que a exigência está estabelecida no art. 93, § 1º, II, do RICMS/BA e que não obstante o dispositivo invocado na Decisão, conflita com disposto no art. 29 da Lei nº 7.014/96, violando o princípio da não cumulatividade do ICMS consignado no art. 28 da mesma lei e no inciso I, § 2º do art. 155 da Constituição Federal.

Diz que o Acórdão da 4ª JF nº 0414-04/03 determinou o estorno dos créditos de serviços de comunicação e energia elétrica proporcionalmente às saídas de mercadorias não tributadas pelo ICMS, sob o fundamento de que tal exigência está estabelecida no art. 9º, § 1º, II, do RICMS/BA, que não obstante o dispositivo invocado na Decisão completa com o disposto no art. 29 da Lei nº 7.014/96, violando o princípio da não cumulatividade do ICMS, consignado no art. 28 da mesma lei e no inciso I do § 2º do art. 155 da Constituição Federal.

O Fisco baiano, ao determinar a anulação dos créditos de ICMS referentes as mercadorias, energia elétrica e comunicação, diversos dos produtos que ingressaram no estabelecimento e posteriormente saíram em operação não tributada. Esse entendimento, fulcrado em decreto (RICMS/BA), importa na ampliação do conteúdo de comando normativo de caráter excepcional, pois o estorno exigido não se limita aos créditos de operações de entradas de mercadorias cuja saída posterior não fosse tributada, mas abrange também, créditos de natureza distinta. Dessa forma o art. 93 do RICMS/BA, ao estender restrição legal a hipótese prevista em lei, confronta com a Lei nº 7014/96, o que implica em antinomia, cuja solução é a prevalência da norma superior sobre aquela que lhe é hierarquicamente inferior. Cita doutrina e decisão do STF sobre a não-cumulatividade do ICMS.

A PGE/PROFIS emite Parecer de fl. 221, no qual esclarece que razão não assiste ao recorrente, na medida em que, embora o estabelecimento autuado funcione como um almoxarifado regional adquirindo e distribuindo, entres as suas diversas unidades, materiais de uso e consumo, ferramentas e equipamentos usados como meio de alcançar o objeto social da empresa,

constatou-se que, durante o período objeto da autuação, a recorrente realizou operações tributadas de aquisições e vendas de mercadorias.

Por essa razão, embasado na diligência realizada pela ASTEC, que efetuou a proporcionalidade dos créditos fiscais relativos à operação de saída de mercadorias tributadas, é que decidiu o órgão julgador de primeira instância pela procedência parcial da ação fiscal, conferindo à recorrente, ao contrário do que afirmado, o direito à utilização dos respectivos créditos fiscais. Dessa forma, foi respeitado o princípio da cumulatividade do ICMS. Inexiste a alegada antinomia da norma. Opina pelo não Provimento do Recurso Voluntário.

VOTO

Após análise de todos os elementos que compõem o presente processo, chegamos a seguinte conclusão:

De fato, a fundamentação legal indicada na autuação que dá suporte ao Auto de Infração, resultou apuração dos itens 3 e 4 do Auto de Infração, as quais são objeto dos recursos sob análise.

Uma vez que o autuado realizava atividade de comercialização, o art. 29 da Lei nº 7.014/96, com a redação vigente à época dos fatos geradores, lhe dá respaldo à apropriação dos créditos fiscais em questão. 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.

Assim, considerando que, no período objeto da autuação, o autuado efetuou saídas de mercadorias tributadas e não tributadas concomitantemente, ele só poderia utilizar os créditos fiscais proporcionalmente às saídas tributadas.

Para efetuar essa correção na exigência fiscal, o auditor fiscal da ASTEC elaborou as planilhas de fls. 82 e 83, abatendo mensalmente, dos créditos fiscais glosados na autuação, as parcelas proporcionais às operações tributadas realizadas pelo autuado. De fato, do exame das planilhas elaboradas pela ASTEC não constatou necessidade de correção dos valores ali apurados.

Ao contrário do que afirmou o recorrente foi lhe concedido crédito proporcional, justamente respeitando o princípio da não cumulatividade.

Em atendimento aos princípios da legalidade objetiva e da verdade material que norteiam o processo administrativo fiscal, que, por sua vez, encontram ressonância no Regulamento do Processo Administrativo Fiscal baiano, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, entendemos estar correta e não merecer reparo à Decisão recorrida.

Assim, nosso voto é pelo NÃO PROVIMENTO de ambos os Recursos.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** os Recursos de Ofício e Voluntário apresentados e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **080556.0001/03-9**, lavrado contra **PETROBRÁS DISTRIBUIDORA S.A.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$701.825,93**, sendo R\$664.934,45 atualizado monetariamente, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “f” e VII, “a”, da Lei nº

7.014/96, e dos acréscimos moratórios, mais o valor de R\$36.891,48, acrescido de idêntica multa e demais acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 17 de Dezembro de 2003.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE

JOSÉ RAIMUNDO FERREIRA DOS SANTOS - RELATOR

SYLVIA MARIA AMOÊDO CAVALCANTE – REPR. DA PGE/PROFIS