

PROCESSO - A.I. Nº 207185.0014/02-6
RECORRENTE - UBINAN - DISTRIBUIDORA DERIVADOS DE PETRÓLEO LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4ª JJF nº 0047-04/03
ORIGEM - INFRAZ ITABUNA
INTERNET - 14.05.03

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO CJF Nº 0212-11/03

EMENTA: ICMS. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. **a)** CUSTO DUTOVIÁRIO DE MERCADORIAS SUJEITAS A ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. É vedada a utilização de crédito fiscal não vinculado a operação de comercialização de mercadorias tributadas. Quando as operações ou prestações tiverem sido efetuadas com pagamento de imposto por antecipação ou substituição tributária, não fará jus a crédito fiscal, posto que a saída subsequente se dará sem destaque de imposto. Infração caracterizada. **b)** SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO. **c)** ENERGIA ELÉTRICA. FALTA DE ESTORNO. É legítimo o crédito fiscal referente à aquisição de energia elétrica e relativo aos serviços de comunicação utilizados na comercialização proporcional às saídas tributadas. Tratando-se de saídas de mercadorias (combustíveis) não sujeitas à tributação nas saídas subsequentes, os créditos fiscais não foram estornados na forma regulamentar. Infrações comprovadas. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVÍDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo sujeito passivo, através dos seus representantes legais, em face da Decisão que julgou Procedente o Auto de Infração mediante o Acórdão nº 0047-04/03, com a Decisão unânime dos membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal.

O Recurso abrange as infrações descritas na peça vestibular a saber:

- 1) Utilização indevida de créditos fiscais de ICMS referente a serviço de transporte interestadual ou intermunicipal não vinculado a operação com mercadorias cujas saídas subsequentes são tributadas. Apropriou-se indevidamente de créditos fiscais não estornados na forma regulamentar, relativos a Custo Dutoviário (transporte em oleoduto de combustíveis), cujas mercadorias foram objeto de antecipação tributária pelo remetente, no valor de R\$68.987,56.
- 2) Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a serviço de comunicação não vinculado a mercadorias com saídas subsequentes tributadas, no valor de R\$ 473,57.
- 3) Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS relativo a aquisição de energia elétrica, na comercialização de mercadorias. Créditos registrados na escrita fiscal e não estornados na forma regulamentar. Mercadorias objeto de antecipação tributária (combustíveis), não sujeitas à tributação nas saídas subsequentes, no valor de R\$ 138,31.

No julgamento de 1^a Instância da Decisão recorrida, o relator considerou que houve impugnação na defesa onde se insurgiu por que não foi feita a compensação dos créditos com os valores devidos. Observou que o recorrente teve outro Auto de Infração lavrado contra si e julgado Procedente pela 2^a JJF, através do Acórdão nº 0029-02/02, e o recorrente reconheceu o débito e quitou o mesmo. Observou ainda que é contraditório o comportamento do recorrente que mesmo depois do julgamento continuou escriturando os créditos indevidos, e resultou em um saldo credor sempre crescente. Concluiu que se trata de créditos fiscais indevidos e votou pela Procedência do Auto de Infração.

O sujeito passivo após tomar ciência da Decisão de 1^a Instância interpôs Recurso Voluntário onde aduziu as seguintes razões:

- 1 – que o ICMS no caso em tela é retido quando da aquisição das mercadorias através do regime de substituição tributária pelo remetente (Petrobrás S/A), exceto quanto a operações com álcool hidratado.
- 2 – que impugnou na peça de defesa argüindo serem inverídicas as alegações do autuante porque jamais se utilizaram os créditos indevidos. Esclarece que o Auto de Infração citado pelo autuante sob nº 269.136.001/01-0, não ocorreu nas mesmas circunstâncias do caso *sub examine* por que naquele o crédito foi efetivamente utilizado enquanto neste Auto de Infração houve apenas escrituração mas não utilização do crédito fiscal.
- 3 – alega que a escrituração sem o efetivo aproveitamento, por que não houve compensação dos créditos com os valores devidos.
- 4 – assevera que não lesou os cofres públicos e que as hipóteses descritas no Auto de Infração se referem a erro no cumprimento de obrigação acessória. Diz ainda que a base para a manutenção da autuação é a suposição pelo fisco de que haverá uma futura utilização dos créditos ora escriturados, sub o fundamento de que no futuro haveria lesão ao erário.

Conclui a peça recursal requerendo total Provimento do Recurso Voluntário para julgar Improcedente o Auto de Infração.

A PROFAZ exarou Parecer às fls. 159 e 160 dos autos, onde os argumentos do recorrente de que não houve o aproveitamento dos créditos e que a autuação baseou-se na suposição de que o autuado ao escriturar os créditos tivesse a intenção de fazer uso, no prazo de decadência, considera que seriam totalmente inconsistentes, diante do fato de já ter sido autuado sobre as mesmas hipóteses de incidência, e que ainda assim não procedeu aos estornos dos créditos, vez que as operações anteriores não eram vinculadas a saídas tributadas.

Considera que a apropriação indevida dos créditos produziu resultado que seria transferido para o exercício seguinte. Concluiu serem os argumentos do recorrente inaptos para modificar o Julgamento recorrido e opinou pelo Não Provimento do Recurso Voluntário.

VOTO

Da análise das razões apresentadas na peça recursal quanto ao pedido de reforma da Decisão recorrida, relativo às infrações descritas no Auto de Infração, referente à utilização de crédito de serviço de transporte interestadual e intermunicipal não vinculado à operação com mercadorias cujas saídas subsequentes são tributadas, serviço de comunicação e de energia elétrica, por não proceder os estornos relativo às mercadorias (combustíveis) sujeitas à antecipação tributária com

saída subsequente não mais tributada, passo à apreciação acerca das questões suscitadas pelo recorrente.

As razões recursais expendidas no Recurso Voluntário foram argüidas de forma genérica, não tendo o recorrente se detido especificamente na vedação, pela legislação, do crédito do serviço de transporte das mercadorias (combustíveis) com imposto antecipado, tampouco a falta de estorno do crédito de energia elétrica e da comunicação relativo às mesmas mercadorias, tendo se apropriado do crédito, sem proceder ao aludido estorno como determina o RICMS/BA.

Centra os seus argumentos de que não utilizou crédito sob o fundamento de que apenas escriturou os mesmos, e que a autuação baseia-se na suposição de futura utilização dos créditos.

Ocorre que a legislação veda expressamente a utilização do crédito fiscal referente ao serviço de transporte, não vinculado à operação com mercadorias com saída subsequente tributada.

Trata-se de serviço de transporte de mercadorias (combustíveis), submetidos ao regime de antecipação tributária feita pelo remetente no caso da gasolina e óleo diesel, cuja saída subsequente não teve destaque de imposto, e de créditos fiscais apropriados indevidamente, relativos à energia elétrica e comunicação sem que se procedesse ao estorno dos referidos créditos relativos às saídas posteriores sem o pagamento de imposto. Portanto, nestas hipóteses, conforme preconiza o art. 97, inciso IV, “b” do RICMS/97, é vedado ao contribuinte creditar-se do imposto relativo à entrada ou à aquisição, real ou simbólica, de mercadorias no estabelecimento, bem como os serviços tomados, qualquer que seja o regime de apuração ou do pagamento do imposto quando a operação de aquisição ou a prestação tiver sido efetuada com pagamento do imposto por antecipação ou substituição tributária.

Acerca dos créditos de energia elétrica e de comunicação de acordo com o § 1º do inciso II do art. 93 do RICMS/97, determina que o crédito fiscal seja utilizado proporcionalmente às saídas de mercadorias e às prestações tributadas pelo imposto. E de outro modo o art. 97, inciso II, veda a utilização do crédito de serviço de transporte interestadual ou intermunicipal ou de comunicação quando o serviço não estiver vinculado a operações de comercialização tributadas.

Ademais o § 5º do art. 100, determina a obrigatoriedade do estorno do crédito e estende-se ao imposto incidente sobre as prestações de serviços de transporte e de comunicação relacionados com mercadorias que vierem a ter qualquer das destinações ou ocorrências previstas nas hipóteses de estorno de crédito.

Logo, de toda sorte não pode prevalecer os argumentos do recorrente de que apenas escriturou, mas não utilizaram os mesmos, mantendo-os acumulados, conforme se vê das cópias do livro Registro de Apuração do ICMS, inclusive o recorrente admite que lançou os créditos na suas escrita fiscal.

Entendo que a apropriação dos créditos indevidos por parte do recorrente reflete um propósito de manter os valores para o exercício seguinte, e neste sentido concordo com o opinativo da PROFAZ no Parecer exarado às fls. 159 e 160 dos autos.

Observo que o Auto de Infração lavrado anteriormente contra o recorrente, conforme fl. 77 dos autos, traz no item 1 a mesma infração relativa à glosa dos créditos do serviço de transporte de mercadorias submetidas em anterior antecipação tributária, portanto, a mesma infração descrita também no item 1 da presente lide.

Deste modo, considero os argumentos metajurídicos aduzidos na peça recursal desprovidos de razão e insuficientes para promover a reforma da Decisão guerreada. E assim o julgado de 1ª

Instância deve ser mantido, posto que os créditos em questão não estão amparados pela legislação vigente.

Por tudo aqui exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO deste Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1^a Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NÃO PROVER o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão Recorrida que julgou PROCEDENTE o Auto de Infração nº 207185.0014/02-6, lavrado contra **UBINAN - DISTRIBUIDORA DE DERIVADOS DE PETRÓLEO LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$69.599,44**, sendo R\$53.559,67, atualizado monetariamente, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios, mais o valor de R\$16.039,77, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, VII, “a”, da lei acima citada, e demais acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 06 de maio de 2003.

ANTÔNIO FERREIRA DE FREITAS - PRESIDENTE

IVONE DE OLIVEIRA MARTINS – RELATORA

SYLVIA MARIA AMOÊDO CAVALCANTE - REPR. DA PROFAZ