

**A. I. N °** - 207185.0014/02-6  
**AUTUADO** - UBINAN DISTRIBUIDORA DERIVADOS DE PETRÓLEO LTDA.  
**AUTUANTE** - PAULO ROBERTO MENDES LIMA  
**ORIGEM** - INFAZ ITABUNA  
**INTERNET** - 05. 03. 2002

#### 4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

#### ACORDÃO JJF N° 0047-04/03

**EMENTA:** ICMS. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. a) CUSTO DUTOVIÁRIO DE MERCADORIAS SUJEITAS A ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. b) SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO. c) ENERGIA ELÉTRICA. FALTA DE ESTORNO. É vedada a utilização de crédito fiscal não vinculado a operação de comercialização de mercadorias tributadas. Infrações comprovadas. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

#### RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 11/11/02, exige o ICMS no valor de R\$69.599,44, em decorrência de:

1. Utilização indevida de crédito fiscais de ICMS referente a serviço de transporte interestadual ou intermunicipal não vinculado a operação com mercadorias com saídas subseqüentes 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 subseqüente tributada, 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 registrado na escrita fiscal e não estornados na forma regulamentar. Mercadorias objeto de antecipação tributária (combustíveis), não sujeitas à tributação nas saídas subseqüentes, no valor de R\$ 138,31.

Em 19/11/2002, fl. 81, por equívoco foi lavrado Termo de Revelia e o auto foi encaminhado para inscrição em dívida ativa. Todavia, como a autuada tomou ciência em 18/11/2002, foi solicitado o cancelamento da inscrição na dívida ativa.

O sujeito passivo impugnou o lançamento tributário, tempestivamente, através de advogado legalmente habilitado, às fls. 99 a 104, onde diz que sempre exerceu sua atividade com regularidade, cumprindo suas obrigações tributárias junto ao Estado da Bahia, conforme previsão legal, principalmente, em relação ao ICMS, que é retido quando da aquisição das mercadorias que comercializa através do regime de substituição tributária, pelo Contribuinte Remetente, Petróleo Brasileira S.A. – Petrobrás, com exceção do ICMS incidente sobre as operações com álcool hidratado.

Primeiramente, salienta que o Auto de Infração no. 2691360001/01-0, mencionado pelo agente fiscal, não se deu nas mesmas circunstâncias do presente, pois no caso mencionado, o crédito havia sido efetivamente utilizado, tendo a defesa e recurso se baseado, única e exclusivamente na configuração da existência do direito ao crédito. No presente caso, não houve utilização do crédito, mas, apenas sua escrituração.

Diz que diante da penalidade imposta e, ainda, dos termos da descrição da autuação, mister se faz observar, com detalhes, o sentido léxico do verbo “utilizar”, sendo certo ser este o objeto central de toda a autuação. Cita o dicionário da língua portuguesa, Aurélio Buarque de Holanda, segundo o qual utilizar é “tornar útil, empregar com utilidade, aproveitar...fazer uso...”. Alega que de acordo com o que se pode verificar em toda a escrituração contábil da empresa, não houve aproveitamento dos créditos descritos e, por tanto, não ocorreu sua utilização.

Salienta que não se questiona o lançamento escritural dos valores, pelo que foi verificado por esta Secretária Fazendária. Que a escrituração sem efetivo aproveitamento não configura a hipótese legal e, assim sendo, não é passível de penalidade, citando o José dos Santos Carvalho Filho, in Manual de Direito Administrativo.

Reconhece que há erro no cumprimento de obrigação acessória, mas também não há ausência de recolhimento do imposto devido aos cofres públicos ou, ainda, compensação de créditos tributários, sendo, pois, impossível a configuração da irregularidade apontada.

Ao final, pede que o lançamento seja julgado improcedente.

Na Informação Fiscal, fls. 134 e 135, o autuante esclarece que o processo foi entregue para produção da referida informação, em 20/01/2003, pelas razões já expostas no curso do processo, o qual, teve tramitação conforme descrito às fls. 81 a 97.

Esclarece, ainda, que efetivamente a autuada reconheceu a procedência do Auto de Infração nº 2691360001/01-0, lavrado em 17/04/2001, relativo ao exercício de 1999, haja vista que quitou integralmente o débito apontado. Naquele Auto, o contribuinte já fora penalizado pela prática irregular de apropriação de créditos indevidos, como se pode constatar da infração 1, da mesma origem (custo de transporte dutoviário). O contribuinte manifestou, daí em diante, sua condição de reincidente, tendo em vista que transferiu para o exercício seguinte (2000), o suposto saldo credor, oriundo da apropriação indevida ocorrida em 1999.

Diz que, ao analisar o Livro RAICMS referente ao mês de janeiro/2000, fl. 17 do PAF, constatou que o contribuinte transferiu o suposto saldo credor, no valor de R\$8.785,47, produzindo resultados para o exercício seguinte. Embora regularmente autuado e reconhecendo a procedência do Auto, não procedeu aos estornos devidos conforme art. 42, inc. VII, “a”.

Em relação a “questão semântica”, levantada pela autuada em sua defesa, produz nesse caso, efeito adverso, condena a própria autuada, visto que a autuada: “tornou útil, empregou com utilidade, aproveitou... fez uso (indevido, é claro)”, de supostos créditos, aos quais não fazia jus, por falta de amparo legal.

Afirma que, a autuada procedeu o registro fiscal e contábil dos referidos crédito nos exercícios de 1999, 2000 e 2001, agindo com reincidência, haja vista que já fora autuada e notificada da impossibilidade de fazer tais apropriações.

Por fim solicita a procedência do Auto de Infração.

## **VOTO**

O presente lançamento tributário exige o pagamento do imposto por utilização indevida de créditos fiscais referente ao custo dutoviário do deslocamento de gasolina e óleo diesel; serviço de comunicação e energia elétrica, não vinculados a operação de comercialização tributada, mercadorias com fase de tributação encerrada em decorrência do regime de antecipação tributária, nos exercícios de 2000 e 2001.

Observa-se que o impugnante, fl. 102, salienta que “não questiona o lançamento escritural dos valores, pelo que foi verificado por esta Secretaria Fazendária. Certo é, no entanto, que tal escrituração, sem efetivo aproveitamento- sem que se proceda a compensação dos créditos com os valores devidos aos cofres públicos – não configura a hipótese legal e, assim sendo, não é passível de penalidade.”

Logo, o contribuinte reconhece que os créditos são efetivamente devidos e que foram escriturados nos valores levantados na ação fiscal, assim, o cerne da lide reside na questão da utilização ou não dos créditos devidos apontados nas infrações 1, 2 e 3.

Deve-se ressaltar que o contribuinte foi autuado, anteriormente, AI nº 269136.0001/01-0, por utilizar indevidamente supostos créditos de custo dutoviário no exercício de 1999. A 2ª. JJF, através do Acórdão JJF Nº 0029-02/02, julgou Procedente o referido Auto de Infração, tendo a autuada reconhecido e quitado o débito.

Embora o contribuinte tenha reconhecido, após o julgamento pelo CONSEF, que os créditos são efetivamente devidos, continuou realizando a escrituração mensal dos referidos créditos e declarando-os nas DMAS, resultando em saldo credor sempre crescente.

Ora, se o contribuinte reconhece que não é cabível o uso do crédito por operar com mercadoria enquadrada no regime de substituição tributária, com fase de tributação encerrada não havendo mais destaque do ICMS nas saídas, qual o motivo de continuar escriturando os créditos devidos em seus livros fiscais e contábeis?

Questão que somente o contribuinte ou o tempo poderá responder.

Porém, embora o contribuinte alegue que somente continuou escriturando os créditos devidos, entendendo que o mesmo foi efetivamente utilizado, não para abater do imposto a recolher nos períodos passados, mas para tornar útil, aproveitar, fazer uso na contagem do prazo de decadência previsto para que ocorra a homologação dos valores declarados pelo sujeito passivo.

Decorrido o prazo de cinco anos, o fisco não mais poderá fiscalizar os lançamentos dos créditos fiscais para verificar sua procedência ou improcedência. Portanto, um pedido de liberação de crédito por parte do contribuinte seria aceito, fato que não podemos deixar acontecer, pois trata-se de créditos indevidos, já julgados pelo CONSEF e reconhecido pelo próprio contribuinte.

Do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração, no valor de R\$ 69.599,44.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **207185.0014/02-6**, lavrado contra **UBINAN DISTRIBUIDORA DERIVADOS DE PETRÓLEO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado 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”, do mesmo artigo e lei acima citada, e demais acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 20 de fevereiro de 2003.

ANTÔNIO AGUIAR DE ARAÚJO - PRESIDENTE

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA - RELATOR

ÁLVARO BARRETO VIEIRA - JULGADOR