

A. I. N° - 080556.0001/03-9
AUTUADO - PETROBRÁS DISTRIBUIDORA S. A.
AUTUANTE - VANILDA SOUZA LOPES
ORIGEM - INFRAZ SIMÕES FILHO
INTERNET - 22. 10. 2003

4^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0414-04/03

EMENTA: ICMS. 1. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. a) AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE BENS DESTINADOS AO ATIVO IMOBILIZADO. b) AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE BENS DE CONSUMO. Infrações caracterizadas. 2. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. ENERGIA ELÉTRICA E SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO. É legítima a utilização de créditos fiscais referentes a aquisições de energia elétrica e a serviços de comunicação utilizados na comercialização. Foi 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 31/03/03 para exigir ICMS, no valor total de R\$ 752.596,38, em decorrência das seguintes irregularidades:

1. Deixou de recolher ICMS, no montante de R\$ 62.924,96, em decorrente da diferença entre as alíquotas interna e interestadual, nas aquisições de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação e destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento.
2. Deixou de recolher ICMS, no importe de R\$ 47.310,09, decorrente da diferença entre as alíquotas interna e interestadual, nas aquisições de mercadorias adquiridas em outras unidades da Federação e destinadas ao consumo do estabelecimento.
3. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS, no valor de R\$ 76.933,30, relativo à aquisição de energia elétrica, na comercialização de mercadorias.
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.

O autuado apresentou defesa tempestiva, fls. 53 a 57, reconhecendo como procedentes as infrações 1 e 2 e impugnando as demais conforme relatado a seguir.

Quanto à infração 3, alega 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, incluindo-se aí as aquisições de energia elétrica, a qual se enquadra no conceito de mercadoria. Afirma que o art. 93 do RICMS-BA/97 prevê a possibilidade de compensação de créditos fiscais referentes à aquisição de energia elétrica, quando utilizados na comercialização de mercadorias. Alega que o não reconhecimento do direito ao crédito fiscal é uma violação ao princípio da não-cumulatividade, ao teor do art. 155, § 2º, I, da Constituição Federal. Diz que o CONSEF, por meio de decisão proferida pela 4^a Junta de Julgamento Fiscal, admitiu que a utilização de crédito fiscal decorrente de aquisição de energia elétrica é um direito do impugnante. Transcreve trecho do voto da mencionada decisão e o art. 29 da Lei nº 7014/96.

Relativamente à infração 4, alega que a mesma também não procede pelos motivos já citados na infração 3. Diz que, em relação ao serviço de comunicação, o direito ao crédito está autorizado pela legislação tributária, conforme dispõem os artigos 19 e 20, da Lei Complementar nº 87/96, e artigo 93 do RICMS-BA/97.

Na informação fiscal, fls. 62 a 66, a autuante, após historiar o processo, diz que as infrações 1 e 2 dispensam comentários, uma vez que o autuado já concordou com a autuação.

Quanto às infrações 3 e 4, a auditora fiscal, após transcrever o art. 93 do RICMS-BA/97, afirma que o autuado está inscrito com o Código de Atividade 5151-9/01 (comércio atacadista de álcool carburante, gasolina e demais derivados de petróleo – exceto transportador retalhista), porém essa descrição não corresponde à verdadeira atividade desempenhada pelo estabelecimento. Assevera que o autuado funciona como um almoxarifado central de produtos destinados ao ativo fixo e ao uso e consumo dos estabelecimentos localizados nas regiões Norte e Nordeste, conforme se verifica nos livros Registro de Inventário dos exercícios de 1998 a 2000 (fls. 31/51).

Explica que os produtos são enviados para vários “pools” (bases onde são armazenados combustíveis das principais distribuidoras). Uma das distribuidoras, segundo a autuante, é a responsável pela aquisição dos materiais e serviços, sendo o custo rateado entre as demais distribuidoras. Em seguida, a autuante passa a explicar como são feitos os rateios dos custos com bens destinados ao ativo fixo e ao uso e consumo. Diz que, eventualmente, o autuado vende um produto que deu entrada como uso e consumo para postos de combustíveis do grupo.

Às fls. 67 a 69, a autuante anexa cópia de documentos da Junta Comercial do Estado da Bahia para comprovar suas alegações. À fl. 71, a auditora fiscal anexa ao processo um documento emitido pelo autuado em resposta ao Termo de Intimação para alteração do CNAE, onde o deficiente afirma que: “o estabelecimento intimado, embora exerça atividade de apoio, permanece tendo como objetivo a comercialização de derivados de combustíveis.”

Ao encerrar a sua informação fiscal, a autuante solicita que o Auto de Infração seja julgado totalmente procedente.

O processo foi submetido à pauta suplementar e a 4^a Junta de Julgamento Fiscal decidiu enviá-lo em diligência à ASTEC para que auditor fiscal estranho ao feito, com base nos livros e documentos fiscais, efetuasse a proporcionalidade dos créditos fiscais caso o autuado tivesse realizado operação de saída de mercadoria tributada no período objeto da autuação. Também foi solicitado que a INFRAZ Simões Filho entregasse ao autuado cópias dos documentos de fls. 67 a 72 e do resultado da diligência realizada pela ASTEC.

Por meio do Parecer ASTEC Nº 0190/2003, o diligenciador informou que os itens movimentados pelo autuado são materiais de uso e consumo, ferramentas e equipamentos utilizados como meios para alcançar o seu objetivo social. Explica que o estabelecimento do autuado funciona como um almoxarifado regional adquirindo e distribuindo entre as suas diversas unidades os citados materiais. Diz que constatou a ocorrência de saídas com débito do ICMS, decorrentes de operações de vendas (CFOP 5.12 e 6.12) e transferências de ativo imobilizado ou material de consumo (CFOP 6.92).

Às fls. 82 e 83, o diligenciador elaborou duas planilhas (infrações 3 e 4), onde apurou a proporcionalidade dos créditos fiscais utilizados às saídas tributadas realizadas pelo autuado no período objeto da autuação. Com a aplicação da proporcionalidade dos créditos fiscais, segundo o diligenciador, os valores das infrações 3 (energia elétrica) e 4 (comunicação) passaram para R\$ 68.591,04 e R\$ 522.999,84, respectivamente, conforme Demonstrativos de Débito às fls. 80 e 81.

Dando continuidade à diligência solicitada, a INFRAZ Simões Filho entregou ao autuado cópia do Parecer ASTEC nº 0190/2003, da informação fiscal e dos demonstrativos de apuração de ICMS, conforme fl. 184. Foi concedido ao contribuinte o prazo de lei para manifestação. De acordo com a fl. 184v, a autuante também foi cientificada do resultado da diligência.

Tempestivamente, em 03/10/03, o autuado protocolou a manifestação de fls. 190 a 192, alegando que a informação fiscal (fls. 62 a 66) está equivocada, pois o autuado além de operações administrativas, também comercializa mercadorias em operações tributadas e não tributadas (CFOP 1.13, 2.12, 5.12 e 6.12).

Salienta que a SEFAZ-BA, no Processo nº 40620720039, emitiu parecer final e conclusivo, no sentido da manutenção do CNAE do autuado, acatando a argumentação do requerente, conforme documentos acostados às fls. 195 a 197.

Diz que os créditos fiscais em questão foram utilizados na comercialização de produtos e a apropriação foi absolutamente lícita, tendo previsão expressa no art. 29 da Lei nº 7014/96. Aduz que a Lei Complementar nº 87/96 e o RICMS-BA/97 prevêem expressamente o direito do contribuinte compensar créditos de ICMS referente a aquisições de energia elétrica. Transcreve decisão deste CONSEF sobre a matéria e, ao final, solicita que a presente autuação seja julgada insubstancial.

VOTO

As infrações 1 e 2 estão devidamente caracterizadas e foram pacificamente reconhecidas como procedentes pelo autuando. Dessa forma, restam em lide apenas as infrações 3 e 4.

Tratam as infrações 3 e 4 de utilização indevida de crédito fiscal de ICMS relativo à aquisição de energia elétrica e a serviço de comunicação, uma vez que o estabelecimento não realizava operações de comercialização de mercadorias e, portanto, não fazia jus aos citados créditos.

Visando buscar a verdade material dos fatos, solicitei diligência à ASTEC, tendo o diligenciador constatado que o autuado opera como um almoxarifado regional que adquire e distribui entre as suas unidades materiais de uso e consumo, ferramentas e equipamentos.

Analizando as fotocópias dos livros Registro de Apuração de ICMS anexadas ao processo pelo diligenciador da ASTEC (fls. 88 a 180), constato 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. Portanto, entendo que está provado que o autuado, mesmo operando como um almoxarifado regional da companhia, efetuava atividade de comercialização, sendo irrelevante o vulto dessas operações de comercialização.

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.

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. Examinei as planilhas elaboradas pela ASTEC e não constatei necessidade de correção dos valores ali apurados.

Em face do comentado acima, entendo que a infração 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.

Pelo exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, no valor de R\$ 701.825,93.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 080556.0001/03-9, lavrado contra **PETROBRÁS DISTRIBUIDORA S. A.**, devendo ser intimado o autuado 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.

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, 16 de outubro de 2003.

ANTÔNIO AGUIAR DE ARAÚJO – PRESIDENTE

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – RELATOR

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – JULGADOR