

PROCESSO - A. I. Nº 269277.0002/07-3
RECORRENTE - BAHIANA DISTRIBUIDORA DE GÁS LTDA. (BRASILGÁS)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JJF nº 0384-01/07
ORIGEM - SAT/COPEC
INTERNET - 07/08/2008

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0250-11/08

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. **a)** MATERIAL DE CONSUMO. É vedada a utilização de crédito fiscal relativo a material de consumo. **b)** MATERIAL DE EMBALAGEM E OUTROS INSUMOS APPLICADOS EM PRODUTOS CUJAS SAÍDAS TIVERAM IMPOSTO ANTECIPADO. Ocorrido o pagamento do ICMS por antecipação ou substituição tributária, ficam desoneradas de tributação as operações internas subsequentes com as mesmas mercadorias, sendo vedada, salvo exceções expressas, a utilização do crédito fiscal pelo adquirente. Infração subsistente. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVADO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo sujeito passivo contra Decisão da 1ª Junta de Julgamento Fiscal proferida através do Acórdão nº 0384-01/07, o qual julgou Procedente em Parte o Auto de Infração epigrafado, lavrado para exigir o ICMS em decorrência das seguintes irregularidades:

1. Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, referente à aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento, no valor de R\$3.589,65, com multa de 60%, relativo aos meses de janeiro, março, setembro e dezembro de 2004, janeiro, março, maio, setembro e dezembro de 2005;
2. Deixar de recolher o ICMS, decorrente da diferença entre alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento, no valor de R\$4.237,97, com multa de 60%, relativo aos meses de janeiro, março e dezembro de 2004, janeiro, março, maio, setembro e dezembro de 2005;
3. Utilização indevida como crédito fiscal, referente ao ICMS recolhido a título de antecipação tributária, no valor de R\$27.027,85, com multa de 60%, relativo aos meses de janeiro a julho e setembro a dezembro de 2004, fevereiro, março, abril e junho de 2005, advindo de material de embalagem e outros insumos aplicados a produtos cujas saídas tiveram o imposto pago antecipadamente.

A Decisão recorrida imputa ao contribuinte o cometimento de infração à legislação do ICMS, em decorrência de utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente à compra de material de consumo e aquisição de mercadorias com saídas subsequentes beneficiadas com não-incidência do imposto.

De outra parte, o exame das peças processuais certifica que a JJF deliberou pela improcedência da infração 2, por considerar que as mercadorias objetos da autuação não poderiam ser classificadas como bens para uso e consumo, pois não serão utilizadas pela empresa em suas atividades, bem como não serão por ela consumidas sendo incabível a exigência de diferença

entre alíquotas sobre “brindes”, bem como em relação às mercadorias da “cesta básica”, uma vez que estas mercadorias têm alíquotas internas de 7%.

Assim, decidiu a JJF pela procedência das infrações de nºs 1 e 3. Em relação a primeira imputação, a Junta de Julgamento Fiscal admitiu que o dispositivo 565 do RICMS/BA, com seus incisos, condiciona o direito à utilização do crédito, relativo aos brindes, à emissão, no ato da entrada destes, de uma Nota Fiscal, a qual deverá ser lançada no Livro de Saídas. Como tal procedimento não foi adotado pelo autuado, restou indevida a utilização do crédito.

Quanto à infração 3, o autuado é acusado de ter utilizado, indevidamente, como crédito fiscal o valor referente ao ICMS recolhido a título de antecipação tributária. A JJF julgou subsistente a infração, tendo em vista que, efetivamente, o sujeito passivo utilizou créditos expressamente vedados pela legislação tributária do Estado da Bahia, conforme pode ser constatado através do disposto no “caput” do artigo 356, literalmente:

“Art. 356. Ocorrido o pagamento do ICMS por antecipação ou substituição tributária, ficam desoneradas de tributação as operações internas subsequentes com as mesmas mercadorias, sendo, por conseguinte, vedada, salvo exceções expressas, a utilização do crédito fiscal pelo adquirente, extensiva essa vedação ao crédito relativo ao imposto incidente sobre os serviços de transporte das mercadorias objeto de antecipação ou substituição tributária.” (grifo não original)

Inconformado, o autuado, através de procurador, apresentou o Recurso Voluntário de fls. 88/104, nesse passo, insurgindo-se contra as infrações de nºs 1 e 3.

No que tange à infração 1, afirma que não foi notificado para apresentar documentos (notas fiscais de saída dos brindes, no ato da entrada), e que estará providenciando a juntada ao Recurso Voluntário, posteriormente, aduzindo que, caso não obtenha êxito, efetuará o pagamento da infração.

Em relação à infração 3, o recorrente afirma que o artigo 356 do RICMS não veda o crédito fiscal do ICMS devidamente destacado para contribuintes que tenham operações posteriores abrangidas pelo regime de substituição tributária. Sustenta que não admitir o crédito, constituiria afronta ao princípio da não-cumulatividade do ICMS.

Alega que os materiais ou mercadorias constantes das notas fiscais elencadas no demonstrativo que serviu de base à autuação são produtos intermediários que geram crédito fiscal de ICMS, já que não são considerados na base de cálculo utilizada para o recolhimento do imposto por substituição tributária.

Repete os argumentos apresentados na impugnação, explicando o papel dos lacres e etiquetas no processo e na atividade da empresa, descrevendo, detalhadamente, cada aspecto do processo de comercialização e distribuição do GLP: aquisição, armazenamento, envasilhamento, transporte, comercialização, controle de qualidade e assistência técnica ao consumidor, efetuadas pelo recorrente.

Conclui requerendo a improcedência da infração, na medida em que o crédito fiscal do ICMS referente à aquisição de lacre e etiqueta é devido, já que tais materiais são classificados como produtos intermediários no acondicionamento do GLP e, em relação ao Propano, também é devido o crédito fiscal do ICMS, uma vez que o mesmo é insumo do GLP.

A representante da PGE/PROFIS, na sua manifestação, considera ausentes argumentos jurídicos capazes de provocar revisão do acórdão recorrido no que se refere à infração 1, desde que o autuado não juntou ao Processo o levantamento com as notas fiscais que se referiu na peça recursal,

No tocante à terceira infração, a ilustre Procuradora registra que as razões de defesa e Recurso Voluntário do autuado só confirmam a utilização indevida do crédito, pois o estabelecimento comercializa o GLP e não botijão, nem lacre, nem etiquetas, que servem apenas para acondicionar

o GLP, produto que tem o imposto substituído na fonte (entrada do estabelecimento), não sofrendo mais tributação na saída do seu estabelecimento.

Aduz que o art. 9º, § 4º, da Lei Estadual nº 7.014/96, estabelece expressamente a vedação ao creditamento, quando a operação de saída não for tributada, enquanto o art. 93, §1º, II, do RICMS, condiciona a que as operações ou prestações subsequentes sejam tributadas pelo imposto, para utilização do crédito proveniente de aquisições de mercadorias, produtos intermediários, e material de embalagem.

Assevera, que inexiste violação ao princípio constitucional da não-cumulatividade, “...uma vez que ao contribuinte é, efetivamente, assegurada a compensação do imposto devido nas operações anteriores com o devido nas posteriores, desde que obedecidos os contornos e condições traçadas na legislação atinente à matéria.”

Finaliza, opinando pelo Não Provimento do Recurso Voluntário, mantendo-se os termos da Decisão de fls. 71/77.

VOTO

O Auto de Infração em análise imputa ao contribuinte o cometimento de três infrações à legislação do ICMS, sendo objeto de Recurso Voluntário as infrações rotuladas como de nº 1 (utilização indevida de crédito fiscal referente a aquisição de material para uso e consumo) e de nº 3 (utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente à aquisição de mercadorias com saídas subsequentes beneficiadas com não-incidência do imposto).

Do exame das peças processuais verifico que, no tocante à infração 1, os argumentos apresentados pelo sujeito passivo, não são capazes de promover qualquer alteração na Decisão proferida em primeira instância, vez que o recorrente em sua peça recursal compromete-se a posteriormente apresentar provas, não o fazendo até o presente momento, ou não tendo êxito, providenciar o pagamento da referida infração.

Desta forma, a simples negativa desacompanhada de documentos probatórios não é suficiente para elidir a ação fiscal, mantenho a Decisão recorrida julgando subsistente a infração 1.

No que se reporta à infração 3, entendo que a mercadoria comercializada pelo autuado é o gás liquefeito de petróleo - GLP, adquirido da refinaria de petróleo com o ICMS já retido, de acordo com os valores informados pela distribuidora a refinaria, nos termos do Convênio ICMS 03/99, o que encerra a sua fase de tributação nas saídas subsequentes.

Ocorre que, a imputação de que cuida o Auto de Infração em exame não se reporta ao GLP e a sua saída subsequente, mas sim ao crédito fiscal indevido relativo à aquisição de mercadorias (lacre, etiquetas, tinta alumínio, e válvula de segurança) aplicadas nos botijões.

A meu ver, labora em equívoco o autuado quando sustenta que tem direito ao crédito relativo aos materiais aplicados nos botijões, haja vista que a sua atividade principal é o comércio de GLP, valendo dizer que não comercializa botijões, mas o produto neles engarrafados, produto esse que tem o imposto substituído na fonte (entrada do estabelecimento), não sofrendo mais tributação nas operações de saída do seu estabelecimento.

Ocorre que a legislação do Estado da Bahia não admite o crédito fiscal nestas operações com saídas não tributadas, constatando-se, com facilidade, que o art. 9º, § 4º, incisos I e II, da Lei nº 7.014/96 veda, expressamente, o creditamento quando a operação de saída subsequente não for tributada.

Válido ressaltar, outrossim, o previsionamento contido no art. 93, § 1º, II, do RICMS-BA, condicionando a utilização de créditos fiscais relativos às aquisições de mercadorias, matérias-primas, produtos intermediários e material de embalagem, à hipótese das operações ou prestações que se seguem serem tributadas pelo imposto.

Nesse contexto, pela descrição das mercadorias objetos da autuação e por se tratar de estabelecimento cuja atividade é o engarrafamento e a comercialização de GLP, tais mercadorias se enquadram como material de embalagem e outros insumos aplicados ao GLP, sendo vedada a utilização do crédito fiscal destacado nas notas fiscais de aquisição, na medida em que tal produto teve sua tributação encerrada quando da entrada no estabelecimento, inexistindo tributação de ICMS na operação subsequente, resultando na integral subsistência da autuação.

Do exposto, o meu voto é no sentido do NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário apresentado pelo autuado, devendo ser homologada a Decisão recorrida.

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 PROCEDEENTE EM PARTE o Auto de Infração nº 269277.0002/07-3, lavrado contra **BAHIANA DISTRIBUIDORA DE GÁS LTDA. (BRASILGÁS)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$30.617,50, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 24 de julho de 2008.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA - PRESIDENTE

VALNEI SOUSA FREIRE - RELATOR

JOÃO SAMPAIO REGO NETO - REPR. DA PGE/PROFIS