

A. I. Nº - 269275.0010/12-7
AUTUADO - R D COMERCIAL DE ALIMENTOS E RAÇÕES LTDA.
AUTUANTE - JOSE RICARDO SANTOS CORREIA DA CUNHA
ORIGEM - INFAZ PAULO AFONSO
INTERNET - 11/04/2013

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0028-05/13

EMENTA: ICMS. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. ENERGIA ELÉTRICA. COMBUSTÍVEIS. Energia elétrica consumida em estabelecimento comercial, do ramo de supermercados. Vedação ao direito de crédito fiscal na conta corrente do ICMS, por expressa disposição da legislação de regência do imposto – LC nº 87/96, Lei Estadual nº 7.014/96 e RICMS/97. Possibilidade de apropriação dos créditos somente a partir de 2020, por força da LC nº 138/10. Em relação às operações de aquisição de óleo diesel, o contribuinte não provou que realizava prestação de serviço de transporte interestadual e intermunicipal. Também não provou executar a atividade de entrega de carga própria em veículos da frota da empresa, com a decorrente inclusão dessa despesa, cobrada de seus clientes, na operação de saída de mercadorias tributadas. Mantidos os estornos de crédito fiscal. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Auto de Infração lavrado em 28/09/2012, para exigir ICMS, no valor total de R\$ 341.590,26, contendo as seguintes infrações:

INFRAÇÃO 1 – Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS relativo à aquisição de energia elétrica, na comercialização de mercadorias. Contribuinte que, operando no ramo de comércio varejista de mercadorias em geral (SUPERMERCADO SUPRAVE), creditou-se indevidamente do ICMS relativo à energia elétrica utilizada por seu estabelecimento. Valor da infração: R\$ 174.516,71, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inc. VII, “a”, da Lei nº 7.014/96. Meses de abril a novembro de 2011.

INFRAÇÃO 2 – Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente à mercadoria(s) adquirida(s) com pagamento de imposto por substituição tributária. Contribuinte creditou-se indevidamente do ICMS relativo a aquisições de combustível (enquadrado no regime de substituição tributária), conforme planilha anexa. Valor da infração: R\$ 167.073,55, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inc. VII, “a”, da Lei nº 7.014/96. Meses de janeiro a dezembro de 2011.

A Defesa foi protocolada em 31/10/2012. O contribuinte foi intimado do Auto de Infração via “A.R.”, em 06/10/2012. A peça impugnatória se encontra acostada às fls. 43 a 47 dos autos.

O contribuinte na defesa (fls. 43/47), manifestou sua irressignação quanto às infrações que lhe foram imputadas, juntado provas e citando as disposições contidas nos art. 93, 97, 356 e 359 do RICMS/97. Anexou também uma decisão do Supremo Tribunal Federal a respeito de energia consumida em Supermercado, que tem Câmara Frigorífica, panificadora, etc. A matéria tratada no Auto de Infração versa sobre a glosa de créditos fiscais na aquisição de ENERGIA ELÉTRICA e COMBUSTÍVEIS, como passa a decorrer.

No curso do procedimento fiscal a empresa justificou o direito de uso do crédito de energia e combustíveis com fundamento no Regulamento do ICMS - Decreto nº 6.284/97, nos seus artigos 93, 97, 356 e 359. Juntou também os documentos dos veículos que estariam a serviços do autuado e cópia das notas fiscais de aquisição de combustíveis com destaque do ICMS, todas emitidas pelo posto com carimbo, contendo a seguinte informação: “**ICMS destacado para crédito do destinatário**” (DOC 01, da defesa, pag. 48/58).

Quanto da energia usada no consumo das câmaras frigoríficas e panificação, foi juntado uma decisão do Supremo Tribunal Federal, anulando um Auto de Infração, conforme **DOC 02 (pag 59/70)**.

A defesa afirmou que o uso dos créditos de Combustível foram apropriados para uso nos veículos que transportam mercadorias visando atender ao consumidor, vez que na legislação do ICMS há disposições nos artigos 93, 97, 356 e 359 que dão base legal para atualização dos créditos, conforme DOCs 04, 05, 06, 07 (fls. 74/77 do PAF).

Disse ainda ser constitucional e legal o uso dos créditos de ICMS de energia elétrica e combustível. Foi também juntado aos autos cópias das notas fiscais de faturamento de energia da COELBA - **DOC 03 (fls. 72/73v, do PAF)**. Declarou que a energia é consumida nas câmaras de congelamento e resfriamento do estabelecimento comercial para conservação dos alimentos e nas gôndolas para manutenção e exposição dos alimentos que ficam à disposição do consumidor final.

Na infração 2, relacionada ao créditos fiscais de combustíveis adquiridos. Argumentou que o lançamento tem por fonte as notas fiscais emitidas pelo Posto de Combustível e que o legislador estabeleceu no art. 97, a vedação da utilização do crédito, porém, no inciso IV, letra “b”, há disposição de que este crédito fiscal poderá ser apropriado nas exceções expressas contidas nos arts. 356 e 359 do RICMS/97.

Afirmou que na redação do legislador se encontra claro que o crédito fiscal será aproveitado pelo DESTINATÁRIO.

Destacou também a redação do art. 359, no parágrafo 1º, e fez referência à emissão da nota fiscal gerada dentro do Estado, conforme cópia reprográfica e disposições dos artigos 356 e 359 - **DOCs 06 e 07 (fls. 76/77 do PAF)**.

Disse mais a frente que autuante preferiu desconhecer a legislação gerando imposto indevido e que o levantamento fiscal é “... *imprestável, insubsistente, ineficaz. Não é líquido, certo e exigível*”.

Destacou que os créditos fiscais de combustíveis foram apropriados na frota de veículos do estabelecimento e se encontra embutido no custo do transporte de mercadorias prestado pela empresa, a título de frete.

Formulou pedido ao Conselho de Fazenda Estadual – CONSEF, para que o Auto de Infração seja declarado improcedente considerando as provas juntados nos autos, em especial, as cópias das notas fiscais de energia elétrica e notas fiscais de aquisição de óleo diesel (fls. 57 e 58 e 71 a 73 – amostragens), além das disposições da legislação do ICMS da Bahia, contidas no Regulamento do imposto.

O autuante prestou informação fiscal, apensada às fl. 81 do PAF.

Frisou inicialmente que todo o procedimento fiscal foi realizado de forma estritamente legal, dando completa oportunidade de defesa ao contribuinte. Que antes da lavratura do Auto de Infração o sujeito passivo foi intimado para apresentação de justificativa das irregularidades apontadas. Que as justificativas apresentadas não foram suficientes para desconstituir as imputações, não havendo que se cogitar de nulidade do Auto de Infração.

No mérito, destacou o decreto 6.284/97 (RICMS) em seu art. 93-I-f prescreve claramente que o contribuinte tem direito a se creditar do valor do imposto anteriormente cobrado relativo às aquisições ou recebimentos reais ou simbólicos de combustíveis, lubrificantes, aditivos e fluidos desde que efetivamente utilizados na prestação de serviços de transporte intermunicipal ou interestadual. Todavia, frisou o autuante, o contribuinte opera no ramo de supermercados, e, portanto, não tem direito ao crédito fiscal de tais valores referentes ao ICMS anteriormente cobrado nas aquisições de combustíveis. Além disso, ao contrário do que alegou o contribuinte, não houve sequer a comprovação de destaque do ICMS para aproveitamento do crédito por parte do destinatário, como consta em um parecer do DITRI sobre o assunto, apensado aos autos.

No tocante à energia elétrica argumentou que o Decreto nº 6.284/97 (RICMS), em seu art. 93-II, condiciona o uso do crédito fiscal do ICMS às hipóteses nele previstas que são: i) a saída da própria energia elétrica; ii) utilizada no processo de industrialização ou; iii) serviço prestado e destinado ao exterior. O contribuinte por operar no ramo de supermercados não tem, segundo o autuante, direito ao crédito do ICMS referente às aquisições de energia elétrica.

Pedi ao final que o CONSEF julgue totalmente PROCEDENTE o Auto de Infração.

VOTO

Na análise dos autos constato que a lide versa sobre a glosa de créditos fiscais nas operações de aquisição de energia elétrica e de combustíveis por contribuinte do ICMS, que opera no ramo de supermercado (atividade de varejo).

A infração 1 versa sobre glosa de créditos de energia elétrica. Já a infração 2 trata da exclusão dos créditos de combustíveis apropriados pelo contribuinte em sua escrita fiscal.

Em relação às operações com energia elétrica a Lei Complementar nº 87/96 (art. 33, II), a Lei do ICMS da Bahia (Lei nº 7.014/96 – art. 29, § 1º, III) e o RICMS/97 – art. 93, II (vigentes à época da ocorrência dos fatos geradores), prescrevem os seguintes regramentos:

RICMS/97

Art. 93. *Constitui crédito fiscal de cada estabelecimento, para compensação com o tributo devido em operações ou prestações subseqüentes e para fins de apuração do imposto a recolher, salvo disposição em contrário:*

(...)

II - o valor do imposto anteriormente cobrado, relativo às aquisições de energia elétrica usada ou consumida no estabelecimento (Lei nº 7710/00):

a) a partir de 1º de novembro de 1996:

1 - quando for objeto de operação de saída de energia elétrica;

2 - quando consumida no processo de industrialização;

3 - quando seu consumo resultar em operação de saída ou prestação de serviço destinada ao exterior, na proporção destas sobre as saídas ou prestações totais;

b) nas hipóteses de entrada de energia elétrica nos estabelecimentos não indicados na alínea anterior:

1 - de 1º de novembro de 1996 a 31 de dezembro de 2000;

2 - a partir do prazo previsto na Lei Complementar Federal nº 87, de 13 de setembro de 1996;

LEI nº 7.014/96

Art. 29. *Para a compensação a que se refere o artigo anterior, é assegurado ao sujeito passivo o direito de creditar-se do imposto anteriormente cobrado em operações de que tenha resultado a entrada de mercadoria, real ou simbólica, no estabelecimento, inclusive a destinada ao seu uso ou consumo ou ao ativo permanente, ou o recebimento de serviços de transporte interestadual e intermunicipal ou de comunicação, inclusive quando iniciados ou prestados no exterior.*

§ 1º O uso do crédito fiscal ocorrerá:

(...)

III - tratando-se de entrada de energia elétrica no estabelecimento:

a) a partir de 1º novembro de 1996:

1 - quando for objeto de operação de saída de energia elétrica;

2 - quando consumida no processo de industrialização;

3 - quando seu consumo resultar em operação de saída ou prestação de serviço destinada ao exterior, na proporção destas sobre as saídas ou prestações totais; e

b) a partir de 1º de janeiro de 2020, nas hipóteses de entrada de energia elétrica no estabelecimento não indicadas na alínea anterior;

Lei Complementar 87/96

Art. 33. Na aplicação do art. 20 observar-se-á o seguinte:

(...)

II - somente dará direito a crédito a entrada de energia elétrica no estabelecimento:

a) quando for objeto de operação de saída de energia elétrica;

b) quando consumida no processo de industrialização;

c) quando seu consumo resultar em operação de saída ou prestação para o exterior, na proporção destas sobre as saídas ou prestações totais; e

d) a partir de 1º de janeiro de 2020, nas demais hipóteses (redação da LC nº 138/2010).

Frente ao quanto posto na legislação acima transcrita, os créditos de ICMS, nas operações de aquisição de energia elétrica, para estabelecimentos comerciais, a exemplo de supermercados, somente será passível de apropriação a partir de 1º de janeiro de 2010, por força da alteração promovida na LC nº 87/96 pela LC 128/2010.

A legislação do ICMS vigente permite o lançamento de créditos fiscais de energia elétrica tão somente em relação a: I) *operação de saída de energia elétrica*; II) *quando consumida no processo de industrialização*; III) *quando seu consumo resultar em operação de saída ou prestação para o exterior, na proporção destas sobre as saídas ou prestações totais*;

Portanto, os argumentos defensivos do contribuinte não podem ser acolhidos por expressa vedação contida na legislação de regência do ICMS.

Quanto as operações de aquisição de combustíveis, integrantes da infração nº 2, o Decreto 6.284/97 (RICMS) em seu art. 93-I-f prescreve claramente que o contribuinte tem direito de se creditar do valor do imposto anteriormente cobrado relativo às aquisições ou recebimentos reais ou simbólicos de combustíveis, lubrificantes, aditivos e fluidos desde que efetivamente utilizados na prestação de serviços de transporte intermunicipal ou interestadual. Todavia, frisou o autuante, o contribuinte opera no ramo de supermercados, e, portanto, não tem direito ao crédito fiscal de tais valores referentes ao ICMS anteriormente cobrado nas aquisições de combustíveis. Além disso, ao contrário do que alega o contribuinte, não houve sequer a comprovação de destaque do ICMS para aproveitamento do crédito por parte do destinatário.

Analisando a legislação, percebo que a possibilidade de apropriação de créditos fiscais nas operações com produtos da ST, a exemplo do óleo diesel, existe, desde que a legislação acoberte esta hipótese. Não é o caso dos autos. Partindo das alegações contidas na peça de defesa, percebe-se que o contribuinte não presta serviço de transporte interestadual e intermunicipal. Aliás, sequer demonstrou isso com a juntada dos conhecimentos de transporte de carga. Por outro lado, se o caso envolvesse entrega de carga própria para o consumidor dos produtos vendidos pelo contribuinte, não há, nesta hipótese, prestação de serviço de transporte, mas despesa de venda ou comercialização, que deve integrar a base de cálculo da operação mercantil. Mas, como visto nos autos, a hipótese não é de prestação de serviço de transporte e nem sequer de entrega de carga própria em veículos da frota da empresa, visto que esta circunstância não foi provada nos autos. Não resultou demonstrada documentalmente que a empresa desenvolve a atividade de entrega de carga própria em veículos da sua frota, com a decorrente inclusão dessa

despesa, cobrada de seus clientes, na operação de saída de mercadorias tributadas.

Dessa forma não há como se acolher a tese defensiva por total inexistência de lastro probatório, quanto à efetiva prestação de serviço de transporte intermunicipal ou interestadual.

Isto posto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **269275.0010/12-7**, lavrado contra **R D COMERCIAL DE ALIMENTOS E RAÇÕES LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$341.590,26**, 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, 27 de março de 2013.

ANGELO MARIO DE ARAUJO PITOMBO – PRESIDENTE

TOLSTOI SEARA NOLASCO - RELATOR

ILDEMAR JOSÉ LANDIN - JULGADOR