

A. I. Nº - 269139.0009/01-9
AUTUADO - TEXACO BRASIL S/A PRODUTOS DE PETRÓLEO
AUTUANTE - JOSÉ ELMANO TAVARES LINS
ORIGEM - INFRAZ SANTO AMARO
INTERNET - 25/04/2002

3^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0126-03/02

EMENTA: ICMS. CRÉDITO FISCAL. **a)** UTILIZAÇÃO INDEVIDA. SERVIÇOS DE TRANSPORTE DE MERCADORIAS EM OPERAÇÕES SUBMETIDAS A ANTERIOR ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. É vedado o uso, como crédito fiscal, do imposto destacado em CTRCs referentes a serviços de transporte de mercadorias que foram adquiridas com pagamento do imposto por substituição tributária. Infração caracterizada. **b)** DESTAQUE INDEVIDO DO IMPOSTO EM NOTAS FISCAIS RELATIVAS A OPERAÇÕES NÃO TRIBUTADAS. O autuado comprova nos autos que efetuou os estornos de débitos e que os destinatários não se creditaram do imposto. Infração elidida. Não acatadas as preliminares de nulidade e decadência. Rejeitado o pedido de perícia. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de infração em lide, lavrado, em 29/11/01, exige ICMS no valor de R\$ 863.336,39, em decorrência das seguintes infrações:

1. “Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadoria (s) adquirida (s) com pagamento de imposto por substituição tributária nos meses de jan/96 a dez/96”;
2. “Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadoria (s) adquirida (s) com pagamento de imposto por substituição tributária no período de jan/97 a mai/97”;
3. “Deixou de recolher no prazo regulamentar ICMS correspondente a imposto destacado em Notas Fiscais relativas a operações não tributadas, possibilitando ao adquirente a utilização do crédito”.

O autuado apresenta defesa (fls. 477 a 498), através de seu representante legal, suscitando, preliminarmente, a nulidade do lançamento pelas razões seguintes:

1. a decadência do direito de a Fazenda Estadual constituir o crédito tributário em relação aos fatos geradores ocorridos até o dia 28/11/1996, acorde o artigos 150, §4º e 173 do CTN e de decisões do STJ que transcreve, haja vista que o A.I foi lavrado em 29/11/2001;
2. que em nenhum momento efetuou crédito fiscal de ICMS referente a mercadoria adquirida com pagamento do imposto por substituição tributária, e a redação das infrações 1 e 2 se referem a ICMS sobre mercadorias e não a ICMS sobre transporte (frete).

No mérito, inicialmente esclarece que é uma empresa distribuidora de combustíveis e lubrificantes, e que na condição de distribuidora realiza operações de compra, venda e transferência, que em grande maioria são destinadas ao segmento de revenda. Afirma, em relação às infrações 1 e 2, que se utiliza de prestações de serviços de transportes intermunicipal e interestadual, tanto sob a cláusula FOB, quanto pela cláusula CIF. Aduz que estava revestido da condição de contribuinte normal, durante todo o período fiscalizado, nas operações com álcool, querosene e óleo combustível BPF, e nas operações com diesel e gasolina no período de 01/01/96 a 30/04/96. Discorre, ainda, sobre o princípio constitucional da não cumulatividade, transcrevendo pensamento do jurista Sacha Calmon Navarro Coelho, com o intuito de corroborar seu entendimento a respeito da legalidade do creditamento sobre as prestações de transporte (frete). Acrescenta que tal procedimento, além de estar amparado constitucionalmente pelo princípio acima invocado, também encontra respaldo na legislação baiana no art. 353, §1º, II, do RICMS/96. Anexa, ainda, parte de decisão da 1ª CJF do CONSEF no Acórdão nº 980/01, e protesta pela realização de diligência para apurar, dentre os valores elencados nos demonstrativos elaborados pela fiscalização, os valores dos fretes correspondentes aos serviços envolvendo mercadorias não alcançadas pela substituição tributária.

Quanto à infração 3, diz que mesmo não podendo ser responsabilizado por eventuais créditos indevidos dos destinatários, faz juntada, aos autos, de documentos que comprovam que os valores indevidamente consignados nas suas notas fiscais, foram corrigidos via RAICMS e não foram objeto de crédito pelos respectivos destinatários.

O autuante em informação fiscal, às fls. 602 a 619, refuta as preliminares de nulidade, levantadas pelo autuado, aduzindo que:

1. de acordo com o art. 427, I e II, do RICMS/89 e arts. 91 e 965, I e II, do RICMS/96, o direito de a Fazenda Estadual constituir o crédito tributário, relativo aos fatos ocorridos no período de 01/01/96 a 31/12/96, ainda não havia decaído;
2. que em relação às infrações 1 e 2, a redação da infração não destoou do que efetivamente é exigido, ou seja, o crédito fiscal utilizado indevidamente destacado em CTRCs relativos ao transporte de mercadorias cujo ICMS já fora objeto de substituição tributária (combustíveis).

No mérito, no que diz respeito às infrações 1 e 2, diz que legislação tributária estadual até 30/06/96 vedava, taxativamente, a utilização do crédito fiscal de ICMS destacado em CTRC, quando relativos a mercadorias substituídas, cuja fase de tributação já estava encerrada. Cita diversos dispositivos regulamentares para demonstrar o acerto da autuação. Para os fatos ocorridos a partir de 01/07/96, aduz que mesmo após as modificações sofridas no Regulamento do ICMS, não há previsão legal para se utilizar o crédito em questão.

Quanto à infração 3, acata as razões defensivas, reconhecendo que por ocasião da impugnação, o autuado juntou ao PAF documentos que comprovam que suas filiais não se creditaram do imposto.

VOTO

Inicialmente rejeito as preliminares de nulidade suscitadas, haja vista que o auto de infração está revestido das formalidades legais, não se observando erro ou vício que possa decretar a sua nulidade, de acordo com o que dispõe o art. 18, do RPAF/99. Os elementos constitutivos do PAF,

descrevem de forma satisfatória a situação verificada, inclusive em relação às infrações 1 e 2, sendo possível determinar a natureza da infração, o autuado e o montante do débito tributário, não havendo do que se falar em cerceamento de defesa, haja vista, inclusive, que no prazo legal o autuado manifestou-se, demonstrando ter ciência da exigência fiscal.

Quanto à alegação defensiva, de decadência em relação aos fatos geradores ocorridos no período de 01/01/96 a 28/11/96, não pode ser acatada.

Segundo o artigo 173, inciso I, do CTN e art. 965, I, do RICMS/97, o direito de a Fazenda Estadual constituir o crédito tributário somente se extingue após cinco anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado. Na situação sob análise, o Auto de Infração foi lavrado em 29/11/01 e a extinção do direito da Fazenda Estadual, de constituir o crédito tributário em relação aos fatos geradores ocorridos em 1996, somente se daria em 31/12/01. Dessa forma, não há que se falar em decadência no presente processo.

Finalmente, rejeito o pedido de diligência, formulado pelo autuado, haja vista o que dispõe o art. 147, I, “a” e “b”, do RPAF/99.

No mérito, as infrações 1 e 2 visam à cobrança do ICMS em razão de o autuado ter utilizado, indevidamente, crédito fiscal referente a serviços de transporte de mercadorias em operações cuja fase de tributação já havia sido encerrada, ou seja, em operações com combustíveis derivados de petróleo submetidas a anterior antecipação tributária.

A legislação do ICMS disciplina a matéria nos dispositivos a seguir transcritos:

1. o RICMS/89, no artigo 21 e seu § 10 e no item 2, da alínea “b” dos incisos I e II do § 7º do artigo 94:

Art. 21. Ocorrida a substituição tributária, fica encerrada a fase de tributação sobre as respectivas mercadorias, nas operações internas subsequentes, sendo vedada a utilização de crédito fiscal pelo adquirente das mesmas, salvo exceções expressas.

§ 10 - No tocante ao encerramento da fase de tributação prevista no "caput" deste artigo, fica igualmente vedada a utilização dos créditos fiscais relativos ao imposto incidente sobre os serviços de transporte das mercadorias objeto de antecipação ou substituição tributária.

Art. 94 -

§ 7º - Na utilização, por estabelecimento comercial ou industrial, do crédito fiscal relativo aos serviços de transporte utilizados, observar-se-á o seguinte:

I - nas vendas de mercadorias a preço FOB:

a);

b) tratando-se de mercadorias isentas ou não-tributadas, sendo o transporte efetuado:

1 -;

2 - por transportador autônomo ou por empresa transportadora, observado o disposto nos incisos II e III do art. 206, respectivamente, será vedada a utilização de crédito fiscal;

II - nas vendas de mercadorias a preço CIF:

- a);
- b) tratando-se de mercadorias isentas ou não-tributadas, sendo o transporte efetuado:
 - 1 -
 - 2 - por transportador autônomo ou por empresa transportadora, observado o disposto nos incisos II e III do art. 207, respectivamente, será vedada a utilização de crédito fiscal.

2. o RICMS/96 e o RICMS/97, no inciso II do artigo 94 e no inciso II do artigo 95:

Art. 94. Nas operações efetuadas a preço FOB (art. 645), a utilização do crédito fiscal pelo estabelecimento comercial ou industrial, relativamente ao imposto anteriormente cobrado sobre o serviço de transporte, será feita com observância das seguintes regras:

I -

II - tratando-se de operação isenta ou não-tributada ou com mercadoria enquadrada no regime de substituição tributária por antecipação, não haverá utilização de crédito fiscal, salvo disposição expressa em contrário.

Art. 95. Nas operações efetuadas a preço CIF (art. 646), a utilização do crédito fiscal pelo estabelecimento comercial ou industrial, relativamente ao imposto cobrado sobre o serviço de transporte, será feita com observância das seguintes regras:

I -

II - tratando-se de operação isenta ou não-tributada ou com mercadoria enquadrada no regime de substituição tributária por antecipação, não haverá utilização de crédito fiscal, salvo disposição em contrário, inclusive na hipótese da alínea "b" do inciso anterior.

Da análise da legislação, entendo que é vedada a utilização, como crédito fiscal, do imposto destacado nos documentos fiscais referentes às prestações de serviços de transporte de mercadorias cuja operações de circulação não sejam tributadas, seja em razão da não incidência (operações interestaduais com combustíveis derivados de petróleo), seja em decorrência do encerramento da fase de tributação (operações com mercadorias submetidas a anterior antecipação tributária), estando correta ação fiscal.

O contribuinte alegou, ainda, que dentre os valores elencados nos demonstrativos elaborados pela fiscalização, existem valores dos fretes correspondentes a serviços envolvendo mercadorias não alcançadas pela substituição tributária. No entanto, não acostou aos autos nenhum elemento que pudesse comprovar suas alegações. Pelo que dispõe o art. 142, do RPAF/99, a recusa de qualquer parte em comprovar fato controverso com elemento probatório de que necessariamente disponha importa presunção de veracidade da afirmação da parte contrária.

Em relação à infração 3, o autuado fez juntada, aos autos, de documentos que comprovam que os valores indevidamente consignados nas suas notas fiscais, foram objeto de estornos de débito e

que não foram utilizados como crédito fiscal pelos respectivos destinatários, fato, inclusive, reconhecido pelo autuante posteriormente. Infração elidida.

Do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 269139.0009/01-9, lavrado contra **TEXACO BRASIL S/A PRODUTOS DE PETRÓLEO**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 485.466,26**, atualizado monetariamente, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 61, VIII, “a”, da Lei nº 4.825/89 e no art. 42, VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios.

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, 17 de abril de 2002.

LUÍS ROBERTO DE SOUSA GOUVÉA – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO/RELATOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - JULGADOR

EDUARDO RAMOS DE SANTANA - JULGADOR