

A. I. Nº - 298926.0001/08-2
AUTUADO - LIQUIGÁS DISTRIBUIDORA S/A.
AUTUANTES - OSVALDO AZEVEDO BASTOS FILHO e NELSON OITAVEN SESTELO
ORIGEM - SAT/COPEC
INTERNET - 23. 12. 2008

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0434-01/08

EMENTA: ICMS. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. SERVIÇO DE TRANSPORTE DE GÁS LIQUEFEITO DE PETRÓLEO – GLP, A PREÇO CIF. DESTINATÁRIO DAS MERCADORIAS. É vedada a utilização do crédito fiscal pelo adquirente, relativo ao imposto incidente sobre os serviços de transporte das mercadorias que já foram objeto de antecipação ou substituição tributária. Rejeitada a preliminar de nulidade e indeferido o pedido de perícia fiscal. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 27/05/2008, refere-se à exigência de R\$454.827,78 de ICMS, acrescido da multa de 60% por utilização indevida de crédito fiscal do imposto, na condição de destinatário das mercadorias, relativo a frete a preço CIF, com serviço efetuado por empresa transportadora, no período de janeiro de 2002 a março de 2004.

O autuado, por meio de advogado, apresentou impugnação, às fls. 136 a 154, esclarecendo que é uma empresa distribuidora de Gás Liquefeito de Petróleo – GLP, atualmente subsidiária da Petrobrás Distribuidora S/A, e para a consecução de suas atividades possui Centros Operativos autorizados pelos órgãos competentes nos quais são engarrafados e armazenados GLP em botijões, que são repassados diretamente aos consumidores e/ou Postos Revendedores próprios ou terceirizados, sendo hoje, 25 unidades industriais de engarrafamento, 29 depósitos e uma rede com mais de 12000 revendedores.

Relata que foi lavrado o Auto de Infração nº 269277.0001/07-7, relativa a esta mesma infração, julgado pela 3ª JJF desse CONSEF, que julgou procedente, tendo sido, contudo, declarado nulo pela 2ª JJF.

Considerando que não foi apreciado o mérito, passa, preliminarmente, a argüir a decadência, pois o Auto de Infração abrange o período de janeiro de 2002 a março de 2004, decaindo o direito da Fazenda Pública reclamar os créditos tributários relativos ao período de janeiro a junho de 2002, amparado no que dispõe o art. 150 e parágrafos do CTN, bem como em acórdão proferido pelo STJ que julgou o Recurso Especial 2005/0040810-2- Ministra Eliana Calmon.

Transcreve os artigos do RICMS/BA tidos como infringidos pelo autuante e suscita nulidade do presente Auto de Infração, alegando que ao analisar alguns documentos pertinentes aos valores lançados no levantamento fiscal verificou que algumas das situações relacionadas contemplam transporte realizado a preço FOB, por isso, alega que a planilha que embasou a exigência fiscal não é confiável, uma vez que existem valores relativos ao transporte a preço FOB. O autuado esclarece que dentre as operações por ele efetuadas existem duas situações que devem ser analisadas para o deslinde da questão: a) operações em que o impugnante remete suas mercadorias para postos revendedores mediante transporte a preço CIF; b) operações em que o impugnante transfere suas mercadorias entre suas filiais localizadas nos municípios de São Francisco do Conde – Bahia e Simões Filho – Bahia, e neste caso, na condição de destinatária das mercadorias, assume todas as despesas relacionadas ao transporte, que ocorre a preço FOB. Assim, o defendente alega que apesar

de o autuante ter descrito no Auto de Infração a condição do impugnante como destinatário, e prestação de serviço a preço CIF, os demonstrativos acostados ao PAF relacionam valores que decorrem das duas situações anteriormente descritas.

Salienta que todas as operações realizadas baseiam-se no respeito e preservação do princípio da não-cumulatividade, principal característica do ICMS, de acordo com o § 2º, inciso I, do art. 155 da Constituição Federal. Sobre a não-cumulatividade, comenta sobre ensinamento de Geraldo Ataliba e Cléber Giardino, e assevera que o crédito materializa o direito e abatimento é uma espécie de liquidação, que tem por finalidade diminuir o saldo devedor a ser recolhido ao final de cada período de apuração. Destaca as qualidades intrínsecas do tributo e diz que o ICMS é um imposto que onera o consumidor final das mercadorias e não os produtores e comerciantes. Cita o posicionamento do STF no RE 212.019/SP e no RE 233.944/MG. Assim, o defendente afirma que, diante da previsão constitucional do princípio da não-cumulatividade, bem como, pelo fato de ter cumprido todas as regras estabelecidas nos arts. 94 e 95 do RICMS/BA, não pode o autuante mudar as regras da não-cumulatividade.

Alega que o órgão administrativo têm competência para julgar ilegalidade ou inconstitucionalidade de Lei, apresenta decisão, para tanto, da Oitava Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes Federal, trazendo a doutrina de Hely Lopes Meirelles.

O autuado informa que acostou ao PAF alguns documentos referentes ao período fiscalizado, visando exemplificar a lisura de seus procedimentos; a documentação apresentada é meramente exemplificativa, por haver impossibilidade de levantar antes do prazo de impugnação todos os documentos pertinentes a cada valor lançado, e diante da complexidade do assunto e da quantidade da documentação envolvida, pede a realização de prova pericial, apresentando às fls. 153 e 154 os quesitos, esperando que sejam respondidos.

Requer sejam acolhidas às razões de defesa, que o lançamento seja julgado insubsistente, protestando pela comprovação das alegações apresentadas mediante a juntada de novos documentos eventualmente solicitados, bem como a prova pericial.

Os autuantes, na informação fiscal, às fls. 280 a 284 dos autos, argumentam que em relação à preliminar de decadência apresentada, que responde a esse item com a citação do art. 107-A do COTEB, Art. 965 do RICMS/BA, art. 173 do CTN, bem como decisões do STJ, relativo aos Recursos Especiais, números: 829.028-SP, 44.416-SP e 42.098-9- SP.

Quanto à inconstitucionalidade argüida, alegam não lhes caber competência para apreciação.

Asseguram que a autuada opera única e exclusivamente com GLP, produto sujeito a substituição tributária. O art. 356, do RICMS/BA, veda o uso de crédito fiscal referente a mercadorias sujeitas a este regime, sendo esta proibição extensiva aos serviços de transportes das mesmas. Afirma que o autuado apresentou o LRA do ICMS, fls. 110 a 133, onde estão registrados os créditos objetos da autuação, não havendo presunção e sim a constatação do fato.

Quanto ao pedido de perícia, entendem que se trata de manobra protelatória, sem necessidade, pois os créditos utilizados constam do Livro já mencionado e anexado aos autos pelo próprio autuado, a infração é por utilização indevida de crédito fiscal, em nenhum momento algum questionaram os documentos comprobatórios dos créditos, pois não o direito aos créditos, pois a autuação baseou-se, inclusive, no Livro de Registro de Apuração do ICMS. Afirmam que a análise dos documentos apresentados reforçam a certeza de inexistência do direito aos créditos.

Concluem os autuantes ratificando a autuação, requerendo a procedência do lançamento de ofício.

VOTO

O Auto de Infração, ora em questão, refere-se à exigência de ICMS, por utilização indevida de crédito fiscal do imposto, relativo a frete a preço CIF, com serviço efetuado por empresa

transportadora, relativo a mercadorias transportadas, cujo imposto fora recolhido por antecipação através do regime de substituição tributária.

Consigno que a arguição de decadência não tem amparo, pois, conforme voto do acórdão da 2ª Câmara, Acórdão CJF Nº 0062-12/08, sobre a mesma exigência efetuada através do Auto de Infração anterior, considerado nulo: *“Inicialmente, afasto a hipótese de decadência do direito de a fazenda pública estadual constituir o crédito tributário relativamente aos fatos geradores ocorridos no período de janeiro a junho de 2002, pois, ao contrário do afirmado pelo recorrente, é pacífico neste CONSEF o entendimento de que a contagem do prazo decadencial se faz conforme o art. 173, inc. IV, do CTN.”*

O disposto no art. 107-A, I do COTEB, instituído pela Lei nº 3.956/81, que em sua essência transcreve o art. 173, I do CTN, estabelece como prazo de decadência 5 anos, contado do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado. Por tal razão, a decadência dos fatos relativos aos meses do exercício de 2002, acima alinhados, somente se operaria a partir do dia 31/12/2007. O primeiro Auto de Infração nº 269277.0001/07-7, que tratava dessa mesma exigência, foi lavrado em 12/07/2007 e julgado nulo pela 2ª CJF, Acórdão CJF Nº 0062-12/08, em 26/03/2008. O art. 173, inciso II do CTN determina, clara e cristalinamente, que o direito da Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 anos, contados da data em que se tornar definitiva a decisão que houver anulado, por vício formal, o lançamento anteriormente efetuado. Assim, como o lançamento anterior efetuado foi anulado por vício formal em 26/03/2008 e o novo e presente lançamento foi efetuado em 27/05/2008, apenas dois meses após, não há o que se falar em decadência.

O impugnante exerceu plenamente o seu direito de defesa, trazendo aos autos os documentos fiscais que entendeu necessários fazer prova quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito pleiteado pelo fisco estadual. Assim, não havendo óbice à manifestação da defesa e com fulcro no art. 147, inciso I, “a” e inciso II “a” e “b” do RPAF/99, indefiro a solicitação de diligência e perícia, pois os elementos existentes no processo são suficientes para a formação do convencimento dos julgadores, a prova do fato não depende do conhecimento especial de técnicos, além de não serem necessárias outras provas produzidas de ofício.

Quanto ao mérito, os créditos são relativos às prestações de serviço de transporte de Gás Liquefeito de Petróleo – GLP, mercadoria enquadrada no regime de substituição tributária, e neste caso, uma vez efetuada a retenção e o conseqüente pagamento do imposto pelo substituto tributário, encerra-se a fase de tributação com essas mercadorias, ficando desoneradas do tributo as futuras operações, sendo 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, conforme art. 356 do RICMS/97.

Diferente do alegado pela defesa, este órgão não tem competência para afastar a aplicabilidade da Legislação Tributária Estadual, assim como não lhe cabe competência para decretar a inconstitucionalidade de seus dispositivos, em conformidade com o art. 167 do RPAF/BA.

Analisando os documentos fiscais acostados aos autos pelo defendente, constato que além de não ficar comprovada a alegação defensiva, a legislação não autoriza a utilização de crédito fiscal em relação às mercadorias sujeitas à substituição tributária, nos casos de frete FOB, bem como em se tratando de frete CIF, conforme arts. 94, II e 95, II do RICMS/97, abaixo reproduzidos:

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:*

(...)

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:

(...)

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.

Assiste razão aos autuantes, quando salientam que o autuado não observou o inciso II do art. 95 do RICMS/BA, que veda a utilização de crédito fiscal quando se trata de operações com mercadorias sujeitas à substituição tributária por antecipação, que é o caso do GLP.

Concluo que, em consonância com a primeira decisão, que não há violação ao princípio da não cumulatividade, pois quando se calcula o imposto através do regime de substituição tributária, todos os créditos e débitos já se encontram apropriados para a apuração do imposto, não gerando, a partir daí mais obrigações de débitos ou direitos a créditos, inclusive, é claro, o direito ao crédito do ICMS relativo às prestações de serviço de transporte objeto da autuação, cujo transporte foi efetuado com mercadorias com imposto recolhido através do aludido regime de substituição tributária.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração **nº 298926.0001/08-2**, lavrado contra **LIQUIGÁS DISTRIBUIDORA S/A.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$454.827,78**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso VII, alínea “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões CONSEF, 15 de dezembro de 2008.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

ÂNGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO – RELATOR

VALMIR NOGUEIRA DE OLIVEIRA – JULGADOR