

A. I. N° - 146552.0007/01-3
AUTUADO - PETROBRÁS DISTRIBUIDORA S/A
AUTUANTE - PEDRO GOMES CARNEIRO
ORIGEM - INFAZ ITABUNA
INTERNET - 04.04.02

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF N° 0091-02/02

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. a) MERCADORIA COM FASE DE TRIBUTAÇÃO ENCERRADA. Infração caracterizada. b) SERVIÇO DE TRANSPORTE NÃO VINCULADO A MERCADORIA COM SAÍDA SUBSEQUENTE TRIBUTADA. É vedada a utilização do crédito fiscal sobre serviço de transporte quando não vinculado a operações de comercialização tributadas. 2. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÃO INTERESTADUAL DE MERCADORIA ENQUADRADA NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Infração parcialmente subsistente, após exclusão de operação interna. 3. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RETENÇÃO DO IMPOSTO RELATIVO ÀS OPERAÇÕES INTERNAS SUBSEQUENTES. Infração caracterizada. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 30/11/01, exige o ICMS no valor de R\$ 229.976,50, relativo aos exercícios de 1996 e 1997, em razão: I) da utilização indevida de crédito fiscal, no valor de R\$ 1.574,00, referente a aquisição de aditivo aplicado em combustíveis, cujas saídas tiveram sua tributação substituída; II) da utilização indevida de crédito fiscal, no valor de R\$ 125.765,30, inerente ao serviço de transporte interestadual ou intermunicipal de entregas de combustíveis com substituição tributária; III) pela antecipação a menos do ICMS, na qualidade de sujeito passivo por substituição nas operações internas subsequentes, no valor de R\$ 98.251,20, referente às aquisições interestaduais de álcool anidro e IV) pela falta de retenção do ICMS substituto, no valor de R\$ 4.386,00, nas vendas de gasolina A e óleo diesel realizadas para contribuintes localizados neste Estado. Tudo conforme documentos e demonstrativos às fls. 20 a 113 dos autos.

O autuado, através de seu advogado legalmente constituído, reconhece como devidas as exigências relativas à primeira e à quarta infração, ao tempo que apresenta impugnação total à segunda e parcial à terceira infração.

No tocante à segunda infração, alega o recorrente a inconstitucionalidade dos dispositivos tidos como infringidos (art. 94, § 7º, “b”, do RICMS/89 e art. 95, II, do RICMS/96 e RICMS/97). Ressalta que as operações interestaduais com álcool são tributadas, legitimando, portanto, à luz do entendimento da própria SEFAZ/BA, o direito ao crédito, ao menos nas operações com álcool, do que entende que tais operações devem ser deduzidas do valor apurado no levantamento fiscal do autuante.

Em seguida, cita o art. 155 da Constituição Federal o qual prevê como pressuposto básico do ICMS a não-cumulatividade do imposto, cujas as duas únicas exceções constitucionais ao princípio, para a

anulação do crédito relativo às operações de circulação anteriores, é a isenção ou a não incidência, o que no seu entender não se aplica ao ICMS sobre prestação de serviço de frete, hipótese de incidência diferente da circulação de combustíveis. Assim, aduz que não há vinculação direta e imediata entre a operação de circulação de combustível imune e o serviço de frete para efeitos tributários, cujo imposto é recolhido pelo contribuinte, sendo inquestionável o direito ao creditamento. Descreve doutrina sobre o assunto e protesta pela produção de perícia contábil.

Relativo à terceira infração, reconhece como devidas as exigências inerentes às Notas Fiscais nºs 26 e 31, no montante de R\$ 590,01, impugnando as demais notas fiscais arroladas na planilha de fls. 24 e 25 do PAF. Alega em seu favor que a TEXACO emprestou 50.000 litros de álcool anidro para a BR, produto sujeito a substituição tributária, cujo cedente deveria efetuar a retenção, como se verifica na Nota Fiscal nº 2193 (fl. 49), onde o imposto não foi destacado, isto porque a empresa já deveria ter efetuado a retenção, pois trata-se de uma operação interna. Quanto as demais notas fiscais afirma ter havido erro de cálculo do ICMS que deveria ser retido pela operação, não havendo o que falar em recolhimento a menor do ICMS-ST.

O autuante, em sua impugnação de fls. 151 a 152, ressalta que o impugnante não faz prova alguma capaz de elidir a ação fiscal, limitando-se a comentar a norma jurídica atinente ao princípio da não-cumulatividade, quanto a glosa do crédito fiscal referente ao serviço de transporte não vinculado a operação de mercadoria subsequente tributada, no caso combustível sujeito a substituição tributária, com fase de tributação encerrada, e, portanto, não ensejando ao adquirente qualquer crédito de ICMS, sobretudo o remetente em operação CIF, cujos encargos são conceituados como despesas operacionais de vendas e jamais como impostos a recuperar.

No tocante à infração 03, mais uma vez o autuado não elide o feito fiscal com nenhuma prova material ou planilha de cálculos contraditórios, e ainda reconhece as parcelas de R\$ 282,96 e R\$ 317,05 por serem a de menor monta, o que robustece a assertiva consignada no demonstrativo de fls. 24 e 25 dos autos. Por fim, ratifica integralmente os termos do Auto de Infração.

VOTO

Trata-se de Auto de Infração lavrado para exigir o ICMS no valor de R\$ 229.976,50, relativo aos exercícios de 1996 e 1997, por ter o contribuinte utilizado indevidamente crédito fiscal, referente a aquisição de aditivo aplicado em combustíveis, cujas saídas tiveram sua tributação substituída; como também o crédito fiscal, inerente ao serviço de transporte interestadual ou intermunicipal de entregas de combustíveis, produto com substituição tributária, além da antecipação a menos do ICMS, na qualidade de sujeito passivo por substituição nas operações internas subsequentes, referente às aquisições interestaduais de álcool anidro e da falta de retenção do ICMS substituto, nas vendas de gasolina “A” e óleo diesel realizadas para contribuintes localizados neste Estado, conforme documentos e demonstrativos às fls. 20 a 113 dos autos.

O contribuinte, apresenta impugnação apenas quanto à segunda e à terceira infração, arguindo inconstitucionalidade dos dispositivos regulamentares, invocando o princípio da não-cumulatividade do ICMS, como também a existência de operações interestaduais com álcool tributadas, o que legitimaria o direito ao crédito sobre o frete quanto a este produto. Ressalta não haver vinculação direta e imediata entre a operação de circulação do combustível imune e o serviço de frete para efeitos tributários, cujo imposto foi recolhido pelo contribuinte, sendo inquestionável o direito ao crédito, do que invoca o art. 155, inciso II e seu § 2º, da Constituição Federal.

Relativo à terceira infração, reconhece como devido o montante de R\$ 590,01, impugnando o valor remanescente sob a alegação de que se trata de empréstimo de 50.000 litros de álcool anidro da Texaco para a BR, produto sujeito a substituição tributária, por se tratar de uma operação interna, como também de erro de cálculo do ICMS, não existindo recolhimento a menor do ICMS-ST.

Da análise das peças processuais relativas às segunda e terceira infrações, objeto da lide, constata-se que o impugnante, através de suas alegações, só consegue elidir a exigência relativa a antecipação do ICMS inerente a Nota Fiscal de nº 2.193, à fl. 49 dos autos, (consignada no demonstrativo de fl. 24 como NF. 3.129), uma vez que ficou comprovado tratar-se de *operação interna*, decorrente de empréstimo cedido pela TEXACO de 50.000 litros de álcool anidro, cuja responsabilidade na condição de sujeito passivo por substituição é da empresa cedente. As demais alegações defensivas não tiveram o condão de elidir a acusação fiscal, a qual está respaldada em provas documentais, o que não ocorreu quanto aos argumentos do recorrente, consoante as seguintes considerações:

- Não se inclui na competência dos órgãos julgadores a declaração de inconstitucionalidade, portanto, a alegação de que dispositivos do Regulamento do ICMS são inconstitucionais não devem ser apreciados por esse tribunal administrativo;
- Não se pode invocar o princípio da não-cumulatividade para usar o crédito sobre frete vinculado a operações de mercadorias com fase de tributação já encerrada, sob pena de acarretar a cumulatividade do crédito do imposto. Assim, é vedado a utilização do crédito fiscal de serviço de transporte, quando o serviço não estiver vinculado a operações de comercialização tributadas, conforme prevê o art. 97, V, “b”, c/c o art. 95, II, ambos do RICMS, aprovado pelo Dec. nº 5.444/96 ou o art. 97, II, “b”, c/c o art. 95, II, ambos do RICMS aprovado pelo Dec. 6.284/97;
- A substituição tributária do álcool carburante foi incluída no RICMS/89 através do Decreto nº 2.981 de 31/10/89, sendo prevista no Convênio ICMS 105/92. Assim, não procede a alegação do recorrente da existência de operações interestaduais com álcool tributadas, legitimando o direito ao crédito sobre o frete quanto a este produto;
- Não apresenta qualquer demonstrativo ou planilha como prova de sua alegação de que existe erro de cálculo do ICMS, quanto às demais notas fiscais que embasaram a terceira infração.

Do exposto, voto o Auto de Infração PROCEDENTE EM PARTE, *no valor de R\$ 221.193,97*, após a dedução do valor de R\$ 43.812,41 para R\$ 35.029,88, com data de ocorrência em 31/07/97, inerente à terceira infração, relativo à Nota Fiscal de nº 2.193 de 09/07/97 (fl. 24 dos autos).

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **146552.0007/01-3**, lavrado contra **PETROBRÁS DISTRIBUIDORA S/A.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 221.193,97**, atualizado monetariamente, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 61, VIII, “a” da Lei nº 4.825/89 e no art. 42, II, “d”, “e” e VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios.

Sala das Sessões do CONSEF, 21 de março de 2002.

FERNANDO A. B. DE ARAÚJO - PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ CARLOS BACELAR – JULGADOR

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – JULGADOR