

A. I. N° - 207090.0008/01-8
AUTUADO - COMPANHIA BRASILEIRA DE PETRÓLEO IPIRANGA
AUTUANTES - MARIA CONSUELO PIRES BARROS
ORIGEM - IFEP-DAT/METRO
INTERNET - 04.04.02

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0095-02/02

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. **a)** FRETE A PREÇO CIF. **b)** SERVIÇO DE TRANSPORTE INTERESTADUAL OU INTERMUNICIPAL NÃO VINCULADO A OPERAÇÃO COM SAÍDA SUBSEQUENTE TRIBUTADA. Infrações caracterizadas. 2. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RETENÇÃO E RECOLHIMENTO DO IMPOSTO NAS OPERAÇÕES INTERNAS SUBSEQUENTES, NAS VENDAS DE COMBUSTÍVEIS E LUBRIFICANTES. Fato elidido, em face da existência de Mandado de Segurança com sentença confirmada pelo Tribunal de Justiça da Bahia. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado 28/12/2001, exigência do valor de R\$54.448,08, sob acusação das seguintes infrações:

1. Utilização indevida de crédito fiscal do ICMS no total de R\$ 14.899,94, na condição de destinatário das mercadorias, relativo a frete a preço CIF, com serviço efetuado por empresa transportadora, por transportador autônomo ou pelo próprio remetente, durante o exercício de 1996, conforme demonstrativos às fls. 34 a 38.
2. Utilização indevida de crédito fiscal do ICMS no total de R\$ 27.323,07, referente a serviço de transporte interestadual ou intermunicipal não vinculado a operação com mercadorias com saídas subseqüentes tributadas, durante o exercício de 1996, conforme demonstrativos às fls. 34 a 38.
3. Utilização indevida de crédito fiscal do ICMS no total de R\$ 11.811,68, referente a serviço de transporte interestadual ou intermunicipal não vinculado a operação com mercadorias com saídas subseqüentes tributadas, durante o exercício de 1996, conforme demonstrativos às fls. 34 a 38.
4. Falta de retenção do ICMS, no valor de R\$ 413,09, e o conseqüente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subseqüentes, nas vendas de combustíveis e lubrificantes realizadas para contribuintes localizados neste Estado, no mês de março de 1996, conforme demonstrativo à fl. 561.

Antes de ser lavrado o Auto de Infração objeto deste processo, o contribuinte supra após ser regularmente intimado em 10/12/01 a efetuar o pagamento do débito apurado na ação fiscal, na forma prevista no artigo 32, do RPAF/99, conforme Termo de Intimação para Pagamento, presta esclarecimentos, através de correspondência (sem assinatura), com base em análise de dispositivos regulamentares e em jurisprudência, discordando do resultado apurado, reiterada em outro ofício, cujo autuante, em despacho endereçado ao Supervisor, justifica o seu procedimento, sustentando como devida a autuação das infrações apontadas, tudo conforme documentos às fls. 19 a 33, e 572 a 573.

No prazo regulamentar, o sujeito passivo através de advogado legalmente constituído, interpõe o recurso defensivo constante às fls. 585 a 603, no qual, refuta integralmente a exigência fiscal, fazendo preliminarmente comentários sobre a natureza de sua atividade comercial de distribuição de combustíveis e derivados de petróleo. Diz que para a distribuição de suas mercadorias e operacionalização de suas operações de venda e transferência entre os Estados da Federação são contratados os serviços de transporte rodoviário ou ferroviário de cargas.

Assevera que as operações interestaduais com combustíveis e lubrificantes derivados de petróleo entre os Estados consumidores estão desoneradas do ICMS, através da instituição da hipótese de não incidência prevista no artigo 155, § 2º, inciso X, alínea “b”, da CF/88, argumentando que o objetivo da imunidade das operações interestaduais foi a transferência da tributação de tais operações para o Estado de destino – consumidor.

Admite que não se estende a desoneração do imposto às prestações de serviços de transporte nas operações interestaduais com combustíveis e lubrificantes derivados de petróleo.

Por conta disso, e com fulcro no artigo 29 da Lei nº 7.014/96, o defendente entende que o contratante de serviços de transporte tem direito ao aproveitamento do crédito do ICMS, pois os mesmos oneram o seu custo e o preço de seus produtos.

Ressalta que o direito ao crédito fiscal das prestações de serviços de transporte interestadual de combustíveis e lubrificantes derivados de petróleo independem das referidas mercadorias sofrerem tributação, conforme dispõe o artigo 155, § 2º, inciso II, alínea “b”, da CF/88, bem como de que as mercadorias estejam enquadradas no regime de substituição tributária.

O patrono do autuado discorda da descrição da infração 01, dizendo que ao contrário do que está descrito no Auto de Infração, os fretes sempre foram contratados pela impugnante na qualidade de destinatária, citando como exemplo, a Nota Fiscal Fatura nº 000015 (doc. fl. 608), emitida nos termos do § 7º do Convênio SINIEF 1970.

Diz, ainda, que contratava os serviços de transportes tanto na entrada quanto nas saídas de lubrificantes de seu estabelecimento autuado.

Frisa que a hipótese de incidência do ICMS contempla as operações de circulação de mercadorias e as prestações de serviço de transporte intermunicipal e interestadual, conforme previsto nos incisos I e II do artigo 2º da Lei nº 7.014/96, e que no caso das remessas interestaduais das prestações e operações com lubrificantes tais operações não sofrem tributação em virtude da imunidade prevista no inciso IV, do artigo 2º do Decreto nº 2.460/89 e na letra “b”, do inciso III, do artigo 6º do Decreto nº 5.444/96.

Entende que a figura desonerativa atinge somente as operações interestaduais das mercadorias, não contemplando as prestações de serviços de transporte atrelados a essas operações.

Invoca o princípio da não-cumulatividade para argumentar que se é devido o imposto sobre o serviço de transporte independentemente da operação sofrer ou não tributação, haveria a necessidade de haver o estorno dos créditos das prestações tributadas quando atreladas a operações sem tributação. Com respaldo no artigo 29 da Lei nº 7.014/96, aduz que tem direito a manutenção do crédito do imposto incidente sobre os fretes tomados pelo estabelecimento nas operações de saídas independentemente da haver ou não tributação sobre elas.

Prosseguindo, faz algumas considerações acerca do princípio da não-cumulatividade do ICMS e suas restrições admitidas com base na CF, e na Lei Complementar 87/96, citando a doutrina sobre esta questão e julgamento no âmbito do STF.

Argüi inconstitucionalidade dos dispositivos dados com infringidos na ação fiscal, por entender que os mesmos vão de encontro ao artigo 99, do CTN, e também são conflitantes com a Lei nº 7.014/96, que garante o direito aos créditos fiscais lançados.

No caso do item 03, frisa que as operações não foram desoneradas do imposto, mas sim tiveram o ICMS recolhido antecipadamente em etapa anterior de circulação da mercadoria pelo regime de substituição tributária, e que a vedação do crédito do ICMS nas hipóteses em que o transporte não estiver vinculado a operações de comercialização tributadas, não se aplica às mercadorias submetidas ao regime de substituição tributária.

Sustenta que tem direito ao crédito fiscal dos serviços de transporte que contratou, pois sobre os mesmos suportou o encargo com o ICMS incidente na operação.

Citou o entendimento de tributarista sobre esta questão, e fez referência a Resolução nº 1289/99 do CONSEF.

Sobre a infração 04, o defendente esclarece que das notas fiscais que serviram de base a autuação as de nº 2794, 2795 e 2986 correspondem a operações relativas a venda de lubrificantes ao Posto Mimoso Ltda., nas quais, alega que não foi procedida a retenção e o recolhimento do imposto em virtude de ordem judicial emanada nos autos do Mandado de Segurança nº 192/94, com sentenças confirmadas no Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. Nestes termos, entende que o impetrante do Mandado de Segurança passou da condição de substituto, para responsável pelo recolhimento do imposto incidente sobre suas operações.

Por fim, enfatizando o direito ao aproveitamento dos créditos do ICMS que suportou nas prestações de serviços de transporte tributadas que contratou para suas operações interestaduais (não tributadas) e internas (tributadas antecipadamente por substituição tributária), o autuado requer a improcedência total da ação fiscal.

A autuante presta a sua informação fiscal às fls. 638 a 639, onde, inicialmente salienta que grande parte da defesa baseia-se na inconstitucionalidade de leis e decretos, o que lhe falta competência para discutir esta questão.

No mérito, a autuante rebate os argumentos defensivos relativos às infrações 01, 02 e 03, mantendo o seu procedimento, com o argumento de que de acordo com a legislação citada, e suas informações constantes às fls. 32 e 33, procedem os valores autuados conforme levantamento fiscal às fls. 34 a 38. Com relação à infração 04, o preposto fiscal reconhece que assiste razão ao patrono do autuado, tendo em vista que foi apresentado o Acórdão que manteve a Liminar mencionada nas notas fiscais constantes às fls. 562 a 570, bem assim, que restou comprovado que a empresa Transcope também é transportadora, e adquiriu a mercadoria constante nas notas fiscais para uso em suas atividades.

Ao final, a autuante conclui pela procedência parcial do Auto de Infração.

VOTO

A exigência fiscal de que cuida a lide refere-se a apropriação indevida de créditos fiscais (itens 01, 02 e 03) e falta de retenção e recolhimento do ICMS nas vendas internas de combustíveis e lubrificantes realizadas para contribuintes localizados neste Estado, (infração 04) conforme demonstrativos e respectivos documentos constantes às fls. às fls. 34 a 38, e 561 dos autos.

A infração 01 está fundamentada na apropriação indevida de créditos fiscais do ICMS, na condição de destinatário das mercadorias, através da emissão de nota fiscal de entrada relativa ao imposto sobre fretes a preço CIF, com serviço efetuado por empresa transportadora, por transportador autônomo ou pelo próprio remetente, referente ao período de janeiro a dezembro de 1996.

Inicialmente cumpre registrar que as questões de inconstitucionalidade da legislação tributária argüida pelo sujeito passivo não foram apreciadas em razão das mesmas não estarem incluídas na competência dos órgãos julgadores.

Examinando os documentos que instruem a ação fiscal verifica-se que embora o autuado tenha assinalado nas notas fiscais de entradas que emitiu para apropriação dos créditos fiscais que o frete foi por sua conta, realmente consta nos CTCRs o inverso, ou seja que foram pagos pelo remetente das mercadorias, o que autoriza a conclusão de que realmente tratam-se de operações a preço CIF, conforme documentos às fls. 34 a 200.

Desse modo, analisando a questão à luz da legislação vigente à época dos fatos geradores, observo o acerto da ação fiscal, eis que, é vedada a utilização de crédito fiscal pelo destinatário de imposto sobre frete a preço CIF, conforme previsto nos artigo 94, § 7º, inciso II, alínea “a”, item 3, do RICMS/89 e artigo 95, inciso I, alínea “c” do RICMS/96, sobretudo tratando-se de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária.

Independentemente de quem arcou com a despesa do serviço de transporte, o crédito fiscal sobre o frete é indevido, haja vista, que a mercadoria transportada (óleos lubrificantes) está com a fase de tributação encerrada.

As infrações 02 e 03 referem-se a apropriação indevida de crédito fiscais sobre serviços de transportes a preço CIF contratados pelo próprio contribuinte para a venda interna e para fora do Estado de óleos lubrificantes, cujos fretes não estão vinculados a operação com mercadoria com saída subsequente tributadas, conforme documentos às fls. 34 a 38, 201 a 323.

Da análise dos documentos fiscais que serviram de base à autuação sobressai que tratam-se de operações, a preço CIF, com mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária (óleos lubrificantes), cujo autuado não observou as regras contidas nos artigos 94, § 7º, II, b, 2 do RICMS/89 e no artigo 95, II do RICMS/96, para o creditamento do imposto sobre tais serviços. Portanto, tendo em vista que os serviços de transporte em questão não estão vinculados com operações de comercializações subseqüentes tributadas, considero que o procedimento fiscal está correto, sobretudo porque existe vedação expressa na legislação tributária vigente à época dos fatos geradores (artigos 97, X, “b” e 97, V, “b”, dos RICMS aprovados pelos Decretos nº 2.460/89 e 5.444/96 respectivamente) para o uso do crédito fiscal sobre os serviços de transporte interestadual e intermunicipal quando não houver vinculação com operações de comercialização tributadas.

A última infração (04) está fundamentada na acusação de que o contribuinte havia deixado de proceder a retenção do ICMS e o conseqüente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativa às operações internas, nas vendas de combustíveis e lubrificantes realizadas para contribuintes localizados neste Estado, através das Notas Fiscais nºs 2794, 2795, 2890, 2891, 3893 e 2986, em nome de Posto Mimoso Ltda. e Transcope Transporte e Comércio de Derivados de Petróleo Ltda. (doc. fls. 562 a 568).

O autuado trouxe aos autos elementos de prova que as operações relativas a venda de lubrificantes ao Posto Mimoso Ltda. através das Notas Fiscais nºs 2794, 2795 e 2986 estavam amparadas por ordem judicial emanada nos autos do Mandado de Segurança nº 192/94, com sentenças confirmadas no Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, e quanto as operações através das demais notas fiscais restou provado que a Transcope, na condição de transportadora, adquiriu a mercadoria para uso em suas atividades. Assim fica encerrada a lide referente a esta imputação.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração no valor de R\$ 54.034,69, devendo ser excluída do demonstrativo de débito a importância de R\$ 413,39 correspondente à infração 04 – 07.10.03.

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 **207090.0008/01-8**, lavrado contra **COMPANHIA BRASILEIRA DE PETRÓLEO IPIRANGA**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 54.034,69**, atualizado monetariamente, acrescido da multa de 60%, prevista no artigo 61, inciso VII, “a”, de Lei nº 4.826/89 e artigo 42, inciso VII, alínea “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

JOSÉ CARLOS BACELAR – RELATOR

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - JULGADOR