

A. I. N° - 207090.0001/02-1
AUTUADO - COMPANHIA BRASILEIRA DE PETRÓLEO IPIRANGA
AUTUANTE - MARIA CONSUELO PIRES BARROS
ORIGEM - IFEP-DAT/METRO
INTERNET - 23.07.02

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0240-02/02

EMENTA: ICMS. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. **a)** FRETE A PREÇO CIF. **b)** SERVIÇOS DE TRANSPORTE INTERESTADUAL OU INTERMUNICIPAL NÃO VINCULADOS A OPERAÇÃO COM SAÍDA SUBSEQUENTE TRIBUTADA. Rejeitado o pedido de nulidade da ação fiscal, e não apreciadas as arguições de inconstitucionalidade da legislação tributária estadual, tendo em vista inexistir previsão para tal. Infrações caracterizadas. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide foi lavrado 16/04/2002 para exigência do valor de R\$ 117.581,92, com base nos demonstrativos às fls. 11 a 18, sob acusação das seguintes infrações:

1. Utilização indevida de crédito fiscal do ICMS no total de R\$ 23.191,29, 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 os exercícios de 1997 e 1998.
2. Utilização indevida de crédito fiscal do ICMS no total de R\$ 48.187,05, referente a serviço de transporte interestadual ou intermunicipal não vinculado a operação com mercadorias com saídas subsequentes tributadas, durante os exercícios de 1997 e 1998.
3. Utilização indevida de crédito fiscal do ICMS no total de R\$ 46.203,58, referente a serviço de transporte interestadual ou intermunicipal não vinculado a operação com mercadorias com saídas subsequentes tributadas, durante os exercícios de 1997 e 1998.

Antes de ser lavrado o Auto de Infração objeto deste processo, o contribuinte supra, foi regularmente intimado em 27/03/02 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 (docs. fls. 34 a 39).

No prazo regulamentar, o sujeito passivo através de advogado legalmente constituído, interpõe o recurso defensivo constante às fls. 393 a 409, 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.

Com esses argumentos, o defendente aduz que é legítimo e encontra respaldo na legislação tributária, os créditos de ICMS que aproveitou, nas situações enfocadas nos fatos narrados no Auto de Infração, entendendo que o lançamento tributário está contaminado de vícios, impondo a nulidade da ação fiscal.

No mérito, no tocante à infração 01 referente à utilização indevida de crédito fiscal sobre as prestações de serviço de transporte relativas às operações interestaduais que destinavam lubrificantes a impugnante, o patrono do autuado discorda da acusação de que as operações correlatadas eram realizadas a preço CIF, ou seja, que o tomador dos serviços de transporte seria o remetente.

Sustenta que os serviços de transporte contratados nas coletas de lubrificantes no Estado do Rio de Janeiro foram contratados pelo destinatário, que no caso era o estabelecimento autuado. Cita como exemplo para comprovar essa alegação, o CTRC referente aos serviços de transporte contratados nas operações realizadas no mês de janeiro de 1997 e a correspondente Nota Fiscal nº 000258 de sua emissão (doc. fls. 414 a 427). Frisa que os referidos documentos comprovam que era a tomadora dos serviços, pois consta em todos os conhecimentos de transporte assinalado o campo frete a pagar, e que o documento fiscal era emitido e entregue ao tomador do serviço, no caso o seu estabelecimento.

Diz que o trabalho fiscal ao não acostar ao Auto de Infração documentos necessários à comprovação da acusação, descumpriu o disposto no § 4º do artigo 28 do RPAF/99, o que torna necessária a realização de diligência fiscal para confirmar que foi o contratante dos fretes quando destinatária das mercadorias, tendo formulado quesitos nesse sentido.

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 tanto as operações interestaduais das mercadorias como 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 à 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 garantem o direito aos créditos fiscais lançados.

No caso dos demais itens da autuação, 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.

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. 431 a 434, 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, e quanto às arguições de nulidade, diz que os argumentos defensivos não se enquadram no artigo 18 do RPAF/99 para a decretação da nulidade da ação fiscal.

No mérito, a autuante rebate os argumentos defensivos, mantendo o seu procedimento, com o argumento de que de acordo com a legislação citada, e suas informações constantes às fls. 431 e 434, procedem os valores autuados conforme levantamento fiscal e documentos às fls. 11 a 18, 48 a 75 e 76 a 155.

No caso da infração 01, a autuante esclarece que os documentos fiscais indicam que as operações referem-se a frete CIF, advindos do Rio de Janeiro. Ressalta que, ainda que as aquisições de lubrificantes, de outro Estado tivessem ocorrido sob a Cláusula FOB, existe vedação no artigo 94, II, dos RICMS vigentes à época dos fatos geradores, uma vez que sendo o lubrificante uma mercadoria imune de tributação, é também vedado o crédito sobre o transporte desta mercadoria. Aduz que o

pedido de diligência deve ser indeferido, pois no processo constam todas as provas, e o mesmo tem caráter procrastinatório.

Acerca da infração 02, a autuante diz que os documentos às fls. 219 a 230, 231 a 264 e 265 a 302 são suficientes para comprovar a apropriação indevida dos serviços de transportes contratados relativos a vendas de óleos lubrificantes para fora do Estado, cujas mercadorias por estarem enquadradas no regime de substituição tributária existe vedação expressa para o creditamento do imposto conforme previsto no artigo 97, VII, b e 124 do RICMS/96 e no artigo 97, IV, "a", e 95, II do RICMS/97.

Finalmente o item 03, referente a apropriação de créditos fiscais sobre os serviços de transportes contratados para a venda de óleo lubrificantes para dentro do Estado, a autuante argumenta que os documentos às fls. 303 a 314, 315 a 353 e 354 a 392 demonstram e comprovam o cometimento da infração, tendo em vista que também por se referir a mercadoria que saiu com substituição tributária, existe vedação sobre os serviços de transporte, conforme disposto nos artigos 353, II e IV, 512, II, b, 95, II do RICMS/96, e 353, IV, 512-A, I, b, 2, e 95, II, do RICMS/97.

Ao final, a autuante conclui pela procedência integral de sua ação fiscal.

VOTO

A exigência fiscal de que cuida a lide refere-se a apropriação indevida de créditos fiscais relativo a frete a preço CIF, com serviço efetuado por empresa transportadora, por transportador autônomo ou pelo próprio remetente, na condição de destinatário das mercadorias (infração 01), e referente a serviço de transporte interestadual ou intermunicipal não vinculado a operação com mercadorias com saídas subseqüentes tributadas (infrações 02 e 03), conforme demonstrativos e documentos às fls. 40 a 392.

Inicialmente cumpre registrar que as questões de inconstitucionalidade da legislação tributária argüidas pelo sujeito passivo não foram apreciadas em razão das mesmas não estarem incluídas na competência dos órgãos julgadores no âmbito administrativo (artigo 167, I, do RPAF/99).

Quanto ao pedido de diligência fiscal, observo que não deve ser acatado tal pleito, tendo em vista que os autos contêm todos os demonstrativos e documentos necessários para os esclarecimentos e comprovação das acusações fiscais de que cuida a lide.

Quanto ao mérito, analisando a infração 01, constata-se que ela 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/97 a dezembro/98.

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 CTCs o inverso, ou seja que, ou foram pagos pelo remetente das mercadorias, ou não foi assinalado se o frete foi pago pelo remetente ou a pagar pelo destinatário, o que autoriza a conclusão de que realmente tratam-se de operações a preço CIF, conforme documentos (por amostragem) às fls. 48 a 75.

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 no artigo 95, inciso I, alínea “c” do RICMS/96, e no artigo 95, inciso II, e 97, inciso IV, alínea “a”, do RICMS/97, sobretudo tratando-se de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária.

De qualquer modo, 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 créditos 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. 76 a 153.

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 no artigo 97, inciso VII, alínea “b”, do RICMS/96, e no artigo 97, inciso IV, alínea “a”, 95, inciso II, do RICMS/97, 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 subsequentes tributadas, considero que o procedimento fiscal está correto, sobretudo porque existe vedação expressa na legislação tributária vigente à época dos fatos geradores (artigo 97, V, “b”, e 97, V, “b”, dos RICMS aprovados pelos Decretos nº 5.444/96 e 6.284/97, respectivamente) para o uso do crédito fiscal sobre os serviços de transporte interestadual e intermunicipal quando não houver vinculação com operações de comercialização tributadas.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **207090.0001/02-1**, lavrado contra **COMPANHIA BRASILEIRA DE PETRÓLEO IPIRANGA**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 117.581,92**, atualizado monetariamente, acrescido da multa de 60%, prevista no artigo 42, inciso VII, alínea “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios.

Sala das Sessões do CONSEF, 16 de julho de 2002.

FERNANDO A. B. DE ARAÚJO – PRESIDENTE

JOSÉ CARLOS BACELAR – RELATOR

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - JULGADOR