

PROCESSO - A.I. Nº 292949.0007/02-0
RECORRENTE - PETROBRÁS DISTRIBUIDORA S/A
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4ª JJF nº 0038-04/03
ORIGEM - INFAZ FEIRA DE SANTANA
INTERNET - 07.08.03

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C/JF Nº 0424-11/03

EMENTA: ICMS. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. SERVIÇO DE TRANSPORTE INTERESTADUAL. MERCADORIA ENQUADRADA NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. É vedada a utilização de crédito fiscal decorrente do serviço de transporte tomado, relativo à operação de circulação de mercadoria enquadrada no regime de substituição tributária por antecipação, salvo disposições expressas em contrário. Inexistência de omissão na decisão recorrida. Indeferido o Pedido de Diligência Fiscal. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de um Recurso Voluntário interposto após Decisão que julgou Procedente o Auto de Infração lavrado para reclamar utilização indevida de crédito fiscal relativo a serviços de transportes tomados na modalidade CIF e pertinentes a saídas interestaduais de combustíveis com imunidade tributária.

Após justificar a falta de apreciação da inconstitucionalidade e a negativa da solicitação de diligência, o relator da 4ª JJF apresentou os seguintes fundamentos para justificar a procedência da ação fiscal:

“[.....] No presente lançamento, o autuado é acusado de ter utilizado créditos fiscais de ICMS referentes a serviços de transportes tomados, na modalidade CIF, pertinentes a saídas interestaduais de combustíveis com imunidade tributária.

Os autos, especialmente os Anexos F e G (fls. 10/11 e 12/62), mostram que o autuado, distribuidor de combustíveis e derivados de petróleo, utilizou créditos fiscais de ICMS referentes a serviços de transporte interestadual de combustíveis derivados de petróleo, com cláusula CIF, estando a operação comercial beneficiada por imunidade tributária. Dessa forma, foi infringindo o disposto no art. 95, II, do RICMS-BA/96 e do RICMS-BA/97.

Não acato a alegação defensiva de que, no levantamento fiscal, há operações referentes a álcool, pois, ao examinar o citado levantamento, não constatei nenhuma venda da referida mercadoria e, além disso, o autuado não apresentou nenhuma prova desse fato. Para comprovar sua alegação, o autuado deveria juntar cópia de nota fiscal referente a álcool e que tivesse sido considerada no levantamento efetuado.

É pacífico o entendimento de que as operações que destinem combustíveis derivados de petróleo a outro Estado estão amparadas pela imunidade tributária, todavia, as operações internas ocorridas dentro de cada Estado são tributadas de acordo com a sistemática da substituição tributária.

De acordo com o art. 353, § 1º, II, do RICMS-BA/97, “A sujeição passiva por substituição com retenção do imposto [...] abrange os valores das prestações de serviços de transporte subseqüentes, na hipótese de ter a mercadoria preço máximo ou único de venda a varejo fixado pelo fabricante, pelo importador ou pela autoridade competente, se os referidos valores estiverem incluídos nesse preço”. Dessa forma, vê-se que nas prestações de transporte vinculado a operações de venda de combustíveis para outros Estados, o ICMS devido por substituição tributária é retido e recolhido para o Estado de destino e, na base de cálculo desse imposto, o valor referente às prestações de serviços de transportes já está embutido.

Entendo, portanto, que o procedimento do autuante foi correto e que são devidos os valores exigidos na autuação, pois os créditos fiscais de serviços de transporte pertencem ao adquirente e serão arcados pela unidade da Federação de destino.

Por fim, ressalto que a alegada ilegitimidade passiva do autuado não pode prosperar, pois foi ele quem utilizou os créditos fiscais em questão e, portanto, é ele que deve arcar com o estorno dos citados créditos, além da multa prevista para a infração que lhe foi imputada. Também saliento que a multa indicada no lançamento está correta, é a prevista na Lei nº 7014/96 para a infração apurada.

Pelo acima exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração”.

Inconformado o autuado apresenta Recurso Voluntário onde alega que o Acórdão recorrido foi omissivo ao deixar de examinar a inconstitucionalidade argüida sob o fundamento do art.167, inciso I do RPAF/99.

Que o indeferimento da prova pericial sob a absurda alegação de que o pedido não estava devidamente fundamentado e deixando de examinar os conhecimentos de transporte ferroviários juntados na defesa e praticados pela empresa no período de janeiro a dezembro de 1997, evidencia o cerceamento de defesa do autuado, não podendo o autuado conformar-se com tal Acórdão.

Afirma que a Junta também deixou de examinar as questões levantadas pela defesa, uma vez ela discute a responsabilidade da Distribuidora autuada, relativamente às operações realizadas com os produtos mencionados no inciso I do art. 152, a exemplo do óleo diesel que só tem incidência pelo recolhimento das diferenças do imposto devido quando retido a menos pelo industrial refinador.

Diz que o Auto de Infração em nenhum momento menciona se a Petrobrás Distribuidora está sendo autuada por esta diferença no imposto devido recolhido a menos, o que dificultou a sua defesa.

Assevera que somente a prova pericial irá comprovar que o Fisco considerou as hipóteses de serviço de frete em operações CIF, além da confirmação dos valores apontados em cada período de apuração do ICMS, apurando-se a natureza de cada operação, inclusive quanto ao aspecto da circulação interna, interestadual e intermunicipal.

Que o exame dos conhecimentos de transporte irá comprovar que fazem parte do levantamento operações com álcool, que são tributadas.

Afirma que o autuante confundiu operação de transporte com operação de aquisição do produto e que na saída dos produtos derivados de petróleo de um estabelecimento em um determinado Estado com destino a outra unidade da Federação goza de não incidência do ICMS, não havendo fato gerador e nem direito ao crédito do imposto.

Que tanto a Lei Complementar nº 87/96 quanto o art. 6º, inciso III, “b” e “c” do Decreto Estadual nº 6.284/97, reconhecem que nas operações internas com combustível derivado de Petróleo há tributação normal, gerando assim o direito ao crédito.

Que o fisco confunde operação interestadual de circulação de mercadoria de produtos derivados de petróleo, com a hipótese de incidência do serviço de frete intermunicipal ou interestadual e que não há vinculação direta entre a operação de circulação de combustível imune e o serviço de frete para efeitos tributários.

Assevera que o artigo 95, II, do RICMS-BA/97, é inconstitucional e que a vedação ao crédito fiscal referente ao serviço de transporte e a multa indicada têm caráter de confisco, acrescentando que a administração pública pode e deve deixar de aplicar o disposto no citado Regulamento em razão de sua inconstitucionalidade. Cita a Súmula nº 473 do STF.

Por fim, afirma que não possui legitimidade para figurar no pólo passivo da autuação, pois não é responsável pela substituição ou antecipação do imposto devido nas operações relativas a vendas de óleo diesel e gasolina neste Estado. Ressalta que só pode ser responsabilizado quando o imposto é retido a menos pelo industrial.

A PGE/PROFIS em uma primeira manifestação sugere a realização de diligência, que não foi acatada por esta 1ª Câmara de Julgamento Fiscal quando da sua análise na Pauta Suplementar do dia 29 de maio de 2003.

Em Parecer, a representante da PGE/PROFIS opina, então, pelo Não Provimento do Recurso Voluntário, tendo em vista que o cerne do lançamento reside na utilização indevida de crédito fiscal relativo aos serviços de transportes tomados na modalidade CIF e pertinentes a saídas interestaduais de combustíveis com imunidade tributária.

Que a infração encontra-se perfeitamente comprovada nos autos e fundamentada na legislação vigente, não tendo o sujeito passivo apresentado qualquer prova documental que elidissem a legitimidade da autuação.

VOTO

Neste Recurso Voluntário o recorrente reitera os mesmos argumentos já apresentados na defesa, insiste na realização da diligência, sob pena de cerceamento ao seu direito de defesa e na apreciação da inconstitucionalidade por este órgão.

Inicialmente devo analisar a alegação do recorrente de que teria havido omissão do Acórdão recorrido quando este deixou de analisar a questão da inconstitucionalidade.

Ocorre que, este é um órgão de julgamento administrativo e de acordo com o artigo 167, I, do RPAF/99, a inconstitucionalidade não pode ser por nós apreciada tendo em vista estar fora das competências deste órgão julgador, conforme já afirmado pelo relator de 1ª Instância. Assim, inexistem a omissão alegada.

Relativamente ao pedido de perícia que vem o recorrente insistentemente reiterando desde a defesa, correta foi a avaliação feita pelos julgadores da 4ª JF, haja vista inexistir nos autos a apresentação de qualquer documento que possibilite uma reavaliação. Embora o recorrente insista em que os conhecimentos de transporte sejam avaliados, os mesmos não foram apresentados, nem na defesa nem no Recurso Voluntário. Por este motivo, considero inexistir

qualquer cerceamento ao direito de defesa do autuado e com base nos artigos 145 e 147, II, “b”, do RPAF/99, indefiro o pedido de perícia.

Quanto ao mérito, como já afirmado no Parecer da PGE/PROFIS, o cerne do lançamento reside na utilização indevida de crédito fiscal relativo aos serviços de transportes tomados na modalidade CIF e pertinentes a saídas interestaduais de combustíveis com imunidade tributária.

Os documentos apensados ao PAF pela fiscalização demonstram que o autuado utilizou créditos fiscais de ICMS referentes a serviços de transporte interestadual de combustíveis derivados de petróleo, com cláusula CIF, estando a operação comercial beneficiada por imunidade tributária.

As operações que destinem combustíveis derivados de petróleo a outro Estado estão amparadas pela imunidade tributária, e na presente autuação só foram relacionadas operações interestaduais.

Relativamente à alegação de que estariam incluídas operações com álcool, o autuado não apresentou nenhuma prova desse fato, como, por exemplo, a juntada das cópias das notas fiscais referentes ao álcool que tivessem sido consideradas no levantamento efetuado.

Pelo exposto, concordo com o Parecer exarado pela representante da PGE/PROFIS e NEGOCIO PROVIMENTO ao Recurso Voluntário, devendo ser mantido na íntegra o Acórdão recorrido.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão Recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 292949.0007/02-0, lavrado contra **PETROBRÁS DISTRIBUIDORA S/A**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$174.419,74**, atualizado monetariamente, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios.

Sala das Sessões do CONSEF, 29 de julho de 2003.

ANTONIO FERREIRA DE FREIRAS- PRESIDENTE

VERBENA MATOS DE ARAÚJO – RELATORA

MARIA DULCE HASSELMAN RODRIGUES BALEEIRO COSTA - REPR. DA PGE/PROFIS