

A. I. N° - 292949.0007/02-0

AUTUADO - PETROBRÁS DISTRIBUIDORA S/A.

AUTUANTE - FERNANDO CARNEIRO DE ALMEIDA JÚNIOR

ORIGEM - INFRAZ FEIRA DE SANTANA

INTERNET - 25.02.2003

4^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0038-04/03

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. Auto de Infração **PROCEDENTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 08/10/02, exige ICMS no valor de R\$ 174.419,74, referente à utilização indevida de crédito fiscal relativo a serviços de transportes tomados na modalidade CIF e pertinentes a saídas interestaduais de combustíveis com imunidade tributária.

O autuado apresentou defesa tempestiva, afirmando que a autuação não procede, pois ela trata de crédito de ICMS referente a serviços de transportes tomados e não sobre as operações de circulação de combustíveis. Explica que a saída interestadual de combustíveis derivados de petróleo goza da não incidência do ICMS e, portanto, não faz jus a crédito fiscal nessa operação. Já as operações internas são tributadas normalmente, o que gera o direito ao crédito fiscal correspondente. Diz que a isenção e a não incidência são as duas únicas exceções constitucionais ao princípio da não cumulatividade. Cita a Constituição Federal e a Lei Complementar nº 87/96.

Afirma que, no caso em lide, não há incidência sobre as operações de circulação de mercadorias, porém as prestações de serviço de transporte interestadual e intermunicipal são tributadas, e que, para efeitos tributários, não há vinculação direta entre a operação de circulação de combustível imune e o serviço de frete. Diz que recolhe o ICMS sobre o serviço de transporte, mesmo que tal serviço não esteja descrito na nota fiscal que acompanha a mercadoria, uma vez que nas operações CIF o valor do frete está embutido no preço da mercadoria. Assegura que tem direito ao crédito fiscal em questão, pois, nas operações CIF, é o vendedor quem suporta o ônus do imposto sobre o serviço de transporte, mesmo quando a operação é imune.

Ressalta que “as operações interestaduais que fazem parte do levantamento fiscal, como aquelas com álcool, são tributadas, legitimando, portanto, à luz do entendimento da própria SEFAZ/BA, na forma do mencionado art. 6º, III, “b” e “c”, do Decreto Estadual nº 6.284/97, o direito ao crédito, ao menos nas operações com álcool. Disso decorre que o levantamento fiscal relativo às operações com álcool deve ser descartado, subtraindo-se, por consequência, o valor do pretenso débito fiscal.”

Para embasar suas alegações, após citar o art. 155 da Constituição Federal, o autuado transcreve um artigo de autoria do professor Sacha Calmon Navarro Coelho, publicado na Revista Dialética de Direito Tributário, bem como parecer emitido pelo Escritório Ulhôa Canto, Rezende e Guerra.

Assevera que o artigo 95, II, do RICMS-BA/97, é inconstitucional. Aduz que a vedação ao crédito fiscal referente ao serviço de transporte e a multa indicada têm caráter de confisco. Diz que a administração pública pode e deve deixar de aplicar o disposto no citado Regulamento em razão de sua inconstitucionalidade. Invoca a Súmula 473 do STF e transcreve trecho de parecer da lavra do professor Luiz Roberto Barroso para embasar sua tese.

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.

Solicita a realização de perícia para verificar se o levantamento considerou as operações com frete CIF, confirmar os valores apontados em cada período de apuração, determinar a natureza de cada operação e comprovar a existência de operações com álcool. Indica assistente técnico. Ao final, pede que o Auto de Infração seja considerado inexistente, nulo ou improcedente.

Na informação fiscal, o autuante explica que as saídas arroladas na autuação eram de gasolina A, QAV-1, óleo diesel e querosene, sendo que os adquirentes estavam localizados no Estado de Sergipe (fls. 10 a 62). Assevera que a utilização de créditos fiscais referentes a serviços de transportes tomados, na modalidade CIF, relativamente a saídas interestaduais de combustíveis com imunidade tributária viola a sistemática do ICMS. Alega que a infração está capitulada no art. 95, II, do RICMS-BA/96 e do RICMS-BA/97, e que os créditos fiscais em questão pertencem aos adquirentes das mercadorias. Frisa que o levantamento efetuado não contemplou operação com álcool, conforme demonstrativos às fls. 12 a 62. Transcreve partes de acórdãos deste CONSEF.

Quanto à alegada inconstitucionalidade da legislação tributária estadual, o autuante diz que não cabe à instância administrativa apreciar tal matéria, conforme dispõe o art. 167 do RPAF/99.

De acordo com o auditor, o lançamento não possui o vício da ilegitimidade passiva, haja vista que foi o próprio autuado (a Petrobrás Distribuidora S/A.) quem utilizou indevidamente os créditos fiscais em questão.

Assevera que não há necessidade de diligência, uma vez que o pedido não está devidamente fundamentado e, além disso, as provas e as respostas aos quesitos apresentados estão nos autos. Ao final, solicita que o Auto de Infração seja julgado procedente.

O processo foi incluído em pauta suplementar e a 4^a Junta de Julgamento Fiscal decidiu que o mesmo está em condições de julgamento.

VOTO

Com relação à alegação defensiva pertinente à inconstitucionalidade da legislação tributária do Estado da Bahia, com fulcro no artigo 167, I, do RPAF/99, deixo de apreciar tal questão, pois ela não se inclui entre as competências deste órgão julgador.

Com fulcro nos artigos 145 e 147, II, “b”, do RPAF/99, indefiro o pedido de perícia, pois o mesmo não está devidamente fundamentado e, além disso, as provas existentes nos autos são suficientes para a formação de meu convencimento.

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 subsequentes, 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 7.014/96 para a infração apurada.

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

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 292949.0007/02-0, lavrado contra **PETROBRÁS DISTRIBUIDORA S/A.**, devendo ser intimado o autuado 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, 18 de fevereiro de 2003.

ANTÔNIO AGUIAR DE ARAÚJO – PRESIDENTE

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – RELATOR

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVIERA – JULGADOR