

PROCESSO - A.I. N° 02608001/97
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - PETROBRÁS DISTRIBUIDORA S/A
RECURSO - REPRESENTAÇÃO DA PGE/PROFIS
ORIGEM - INFAS SANTO AMARO
INTERNET - 06.08.04

1^a CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0227-11/04

EMENTA: ICMS. EXCLUSÃO PARCIAL DE DÉBITO. Representação de acordo com o art. 119, II, § 1º, do COTEB, Lei nº 3.956/81, alterada pelas Leis nºs 7.438/99 e 8.534/02, no exercício do controle de legalidade, propondo a exclusão de parte do débito em razão de se afigurar correta a utilização de crédito fiscal decorrente da prestação de serviço de transporte intermunicipal, vez que o valor do frete fora excluído na base de cálculo do imposto recolhido antecipadamente. Representação **ACOLHIDA**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Representação proposta pelo Chefe da PGE/PROFIS, com base no art. 119, II do COTEB (Lei nº 3956/81), e alterações posteriores, para que uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF, face ao Controle da Legalidade, exercido por aquele órgão, aprecie a referida representação, porque a matéria suscitada vem sendo objeto de reiteradas decisões deste Conselho, o qual tem manifestado o entendimento no sentido de que “as distribuidoras de combustíveis têm direito ao crédito do imposto sobre serviços de transportes, quando realizam operações estaduais, pois, ficam responsáveis pela retenção e recolhimento das operações seguintes, tendo o valor do frete sido incluído na base de cálculo dos combustíveis com o imposto antecipado”.

A acusação fiscal do presente Auto de Infração apontou as seguintes irregularidades.

- A. lançamento de crédito do ICMS a maior no mês de janeiro/92 (item 1 do Demonstrativo de Débito);
- B. Diferença de alíquota de ICMS não paga ou a menor nas aquisições interestaduais de bens do Ativo ou consumo (itens 2 a 7 do Demonstrativo de Débito);
- C. Lançamento de crédito fiscal em duplicidade: janeiro/1996;
- D. Lançamento de crédito fiscal de ICMS indevido relativo aos fretes sobre vendas para outros Estados CIF de mercadorias imunes;
- E. Fretes de compras FOB de mercadorias imunes;
- F. Crédito indevido de ICMS sobre mercadorias com imunidade;
- G. fretes de vendas CIF, referente a compras de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária (asfaltos);
- H. Fretes de vendas CIF, referente a compras de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária (diesel, gasolina e querosene);
- I. Lançamento de crédito fiscal indevido de mercadoria de produto destinado a outro estabelecimento;

- J. Lançamento de crédito fiscal indevido de mercadoria de uso/consumo ou para integrar o Ativo Permanente da empresa (itens 147 a 153 do Demonstrativo de Débito);
- K. Lançamento de crédito fiscal de ICMS indevido relativo à entrada de mercadorias com fase de tributação já encerrada;
- L. Falta de débito de ICMS relativo a transferência de contrato de mútuo (itens 155 a 159 do Demonstrativo de Débito);
- M. Falta de lançamento de notas fiscais de entrada no mês de agosto de 1996;
- N. Lançamento de crédito fiscal de ICMS indevido relativo à falta de apresentação de GNR/DAE.

A PGE/PROFIS (fl. 2726), exarou Parecer onde toma por base as informações do autuante (fl. 2722) em que aponta os itens que foram reconhecidos e pagos pelo autuado, (Infrações A, B, I, J e L) como sendo os itens de 1 a 7, 145 e 146 do Demonstrativo de Débito; acatados como Improcedentes pelo autuantes (Infrações C, K, M e N, referente aos itens 8, 153 e 154, 160 a 162 do Demonstrativo de Débito) e mantida na ação fiscal (Infrações D, E, F, G e H que representam os demais itens do Demonstrativo de Débito) e do montante do débito – R\$2.169.764,20, foram pagos – R\$133.497,722571, tidos como improcedentes – R\$146.324,99 e remanescente – R\$1.889.941,48742. Opina pela Procedência Parcial do Auto de Infração.

O relator do PAF à fl. 2728 solicitou que a GEPEC esclarecesse sobre o item F que se refere a crédito indevido de ICMS sobre mercadorias com imunidade. Pede que após relacionar as mercadorias, decline se tais mercadorias são ou não derivadas de petróleo e, estão ou não enquadradas na imunidade constitucional? E a ASTEC solicitou qual valor o que, efetivamente, deve ser abatido no item K referente a lançamento de crédito fiscal relativo a entrada de produto substituído? Isso porque os autuantes reconhecem a improcedência do item, porém indicam valores distintos (R\$219.400,33 e R\$113.560,50 às fls. 2721). E, relativamente aos itens D, E, G e H – fretes CIF ou FOB, o autuado arcou com o ônus do imposto? Se, positiva a resposta, o creditamento é regular? Solicitou que fosse apresentado novo demonstrativo de débito.

A Gerência de Petróleo esclareceu quais os itens são lubrificantes diretamente derivados de petróleo e quais os que não se aplicam o benefício da imunidade.

A ASTEC exarou Parecer Técnico nº 11/99, onde informa que no item 134 do Demonstrativo de Débito, indicando que o valor correto é de R\$16.547,95; No item 135 o valor correto é de R\$8.140,75 e no item 139 o valor correto é de R\$187.790,70. Elabora demonstrativo de débito, fls 2736 a 2738, onde exclui os valores dos itens improcedentes admitidos pelos autuantes (C, K, M e N), indicando o valor total do débito de R\$2.095.148,7425716.

A 4^a Câmara através da Resolução nº 1656/99, julgou o Auto de Infração Procedente em Parte.

Considerando que referente ao item C, os autuantes concordam com a sua improcedência. E que referente aos itens K, M e N os autuantes informam que no decorrer da fiscalização solicitou toda a documentação ao autuado que só apresentou por ocasião da defesa e foram acatadas pelos autuantes. Acolheu os números indicados pela ASTEC e concordou com o opinativo da PGE/PROFIS.

O autuado (fls. 2815 a 2827) requereu ao Procurador Chefe o controle da legalidade, cancelando da inscrição na dívida ativa, ante a nulidade do processo. E ingressou com Pedido de Reconsideração (fls. 2831 e 2832). E às fls. 2865 a 2867 ingressa com Pedido de Representação com base no art. 119, II e art. 136 § 2º da Lei nº 3956/81, alegando que a prestação de serviços de transportes interestaduais não faz parte da imunidade estabelecida no art. 155, § 2º, X, b, que determina que as operações, assim entendidas como a circulação econômica, serão imunes e nunca os serviços a elas correlatos.

Assevera que o serviço de transporte é sempre tributado e a não manutenção dos créditos oriundos do recolhimento da exação do fisco, significa transformar o imposto em cumulativo, contrariando a CF. E conclui que a matéria já se encontra pacificada na doutrina e na jurisprudência e requer que a PGE/PROFIS analise o processo e opine pelo cancelamento da inscrição na dívida ativa, e/ou extinção da Execução Fiscal, se for o caso.

A PGE/PROFIS (fls.2870 e 2871), exarou Parecer onde aduz que o autuado formulou pedido de controle da legalidade referente ao item que aponta utilização indevida de crédito fiscal decorrente de prestações de serviços de transporte interno não vinculados à operação com mercadorias com saída subsequente tributada. Afirma que a matéria vem sendo objeto de reiteradas decisões do CONSEF e cita aos Acórdãos nº 0439/11/02 da 1ª CJF no julgamento em 18/12/02, e o Acórdão nº 0980/01, também da 1ª CJF, no julgamento em 01/08/01.

Conclui que diante de precedentes do CONSEF no sentido de que se afigura correta a utilização de crédito fiscal decorrente da prestação de serviço de transporte intermunicipal, vale dizer interno, uma vez que o valor do frete já foi incluído na base de cálculo do imposto recolhido antecipadamente, e assim acolhe o pedido de controle da legalidade, especialmente pela necessidade de uniformização do entendimento do órgão julgador da Secretaria da Fazenda, conferindo tratamento isonômico a contribuintes que se encontrem em igualdade de condições.

Faz juntada dos Acórdãos acima referidos. E encaminha a representação com base no art. 114, II do RPAF, para declarar a nulidade do item no Auto de Infração nº 22608001/97, relativo à matéria examinada.

A relatora do Processo solicitou à Secretaria do CONSEF para que fosse encaminhado à PROFAZ hoje PGE/PROFIS, em razão da Representação apresentada não quantificar a parcela dos créditos que devem ser excluídos do lançamento.

O Parecer PGE/PROFIS nº 001/03 assinala que dentre as infrações apenas as de letras D, E, G e H dizem respeito à prestação de serviços de transportes, sendo que as infrações D e E estão vinculadas a operações de vendas de mercadorias sujeitas a imunidade, de outros Estados da Federação e às infrações G e H estão vinculadas a operações de vendas de mercadorias sujeitas à substituição tributária/antecipação tributária, dentro do Estado da Bahia.. e que as operações de vendas ou operações de transferências têm o mesmo efeito para fins de tributação do ICMS.

Conclui que tomando por base o Demonstrativo de Débito elaborado pela ASTEC (fls. 2735 a 2738), todas as parcelas relacionadas a prestação de serviço de transporte em operações internas (dentro do Estado da Bahia) relacionadas com as infrações “G” e “H”. Elabora o Demonstrativo de Débito mantendo o mesmo “lay-out” do elaborado pela ASTEC, acrescendo três colunas a saber: Infração, Débito Excluído e Débito Remanescente, e ao final indica que deverá ser excluído o total de R\$1.571.245,76 e que remanesce o montante de R\$523.904,98.

VOTO

A matéria a ser apreciada na Representação proposta refere-se aos itens “G” e “H” do Auto de Infração que glosa os créditos fiscais referentes aos serviços de transportes, relativos às compras enquadradas no regime de substituição tributária/antecipação tributária, e o serviço de fretes foram nas vendas a preço CIF. A empresa autuada requereu o controle da legalidade argüindo que a prestação de serviços de transporte não faz parte da imunidade estabelecida pelo art. 155, § 2º, X, b, que determina que as operações, assim entendidas como a circulação econômica, serão imunes e nunca os serviços a elas correlatos. E que tendo pago o imposto tem o direito ao crédito.

Examinando os fundamentos que embasaram a Representação proposta pela Douta PGE/PROFIS, fls. 2870 e 2871) e diante da juntada dos Acórdãos nº 0980/01 e nº 0439-11/02, onde o crédito fiscal referente aos serviços de transporte nas operações internas, é considerável legítimo tendo em

vista que na base de cálculo do imposto retido por antecipação dos produtos (gasolina, diesel e querosene) e no serviço de transporte da mercadoria enquadrada na substituição tributária (asfaltos), já se levou em consideração a parcela do frete.

Deste modo, o entendimento da PGE/PROFIS é no sentido de que o crédito é devido, e que este tem sido oposicionamento do Conselho de Fazenda Estadual em suas reiteradas decisões. E, por isso considera viável o acolhimento do pedido de controle de legalidade, especialmente pela necessidade de uniformização das decisões do órgão julgador.

Considero que as decisões acostadas ao Pedido de Representação tratam de situação idêntica aos itens em questão, em que esta Câmara - Acórdão nº 0980/01, por unanimidade modificou a Decisão recorrida tendo a relatora Conselheira Sandra Urânia Silva Andrade assim fundamentado o seu voto “*No que se refere à glosa dos créditos referente a serviço de transporte intermunicipal (portanto interno) nas vendas de diesel e gasolina, correto o procedimento do recorrente ao se creditar deste imposto, como já expomos acima, visto que na base de cálculo do imposto retido ou antecipado destes produtos, já se levou em consideração a parcela do frete. Assim, deve ser modificada a Decisão Recorrida para excluir este item, por improceder a exigência fiscal*”.

E, neste mesmo sentido, o Acórdão nº 0439-11/02, também proferido nesta Câmara de Julgamento Fiscal, pelo Conselheiro Max Rodriguez Muniz que prolatou o seu voto provendo o Recurso Voluntário em Parte com os seguintes fundamentos “*Este CONSEF tem prolatado diversos julgados entendendo que, as distribuidoras de combustíveis têm direito ao crédito do imposto sobre serviços de transportes, quando realizam operações estaduais, pois, ficam responsáveis pela retenção e recolhimento das operações seguintes, tendo o valor do frete sido incluído na base de cálculo dos combustíveis com o imposto antecipado.*”

Logo, não há dúvida quanto a pertinência da aplicação dos paradigmas que respaldaram a representação, para aplicação do caso em exame, e devem ser excluídos do débito os valores informados no demonstrativo de débito – fls. 2902 e 2903, que identifica as parcelas das infrações G e H e aponta o valor de R\$1.571.245,76 e o valor remanescente do débito – R\$523.902,98.

Pelo que expus acima, a Representação, deve ser ACOLHIDA nos termos em que foi proposta.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **ACOLHER** a Representação proposta.

Sala das Sessões do CONSEF, 6 de julho de 2004.

ANTÔNIO FERREIRA DE FREITAS - PRESIDENTE

IVONE DE OLIVEIRA MARTINS - RELATORA

MARIA JOSÉ RAMOS COELHO LINS DE ALBUQUERQUE SENTO SÉ - REPR DA PGE/PROFIS