

PROCESSO - A. I. Nº 206844.0122/05-8
RECORRENTE - PETROBRÁS DISTRIBUIDORA S/A. (BR DISTRIBUIDORA)
RECORRIDA - FAZENDA PUBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 2ª JF nº 0180-02/06
ORIGEM - SAT/COPEC
INTERNET - 28/12/2006

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL
ACÓRDÃO CJF Nº 0482-11/06

EMENTA: ICMS. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. SERVIÇO DE TRANSPORTE (CIF) VINCULADO COM OPERAÇÕES INTERESTADUAIS DE LUBRIFICANTES. Trata-se de prestações de transportes vinculadas a operações de vendas interestaduais. Considerando que o imposto incidente sobre o serviço de transporte é recolhido por antecipação ao Estado destinatário das mercadorias, descabe a utilização do crédito pelo estabelecimento do remetente. Rejeitada a preliminar de nulidade argüida. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte contra Decisão que julgou Procedente o Auto de Infração, em razão da utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de mercadorias com saídas subseqüentes beneficiadas com isenção de imposto. Sendo lançado o imposto no valor de R\$ 45.456,38, com multa de 60%;

Os membros do órgão *a quo* verificaram que não há motivação legal para considerar nula a intimação do sujeito passivo, para tomar ciência da informação fiscal, fls. 386/387, como requereu o recorrente em sua defesa, pelo fato de equivocadamente ter sido colacionada à referida informação fiscal cópia de documento estranho ao feito, o qual nem sequer é citado na intimação. Entenderam que, além ter sido devidamente formalizada, o equívoco em nada coibiu o acesso e a compreensão pelo contribuinte do teor e conteúdo da informação fiscal.

Na defesa argumentou-se que é legítima a utilização dos créditos fiscais incidentes sobre as operações de frete. Afirmou que o inciso II do art. 95 do RICMS-BA/97 é claramente inconstitucional e que não se admitir o crédito fiscal referente ao serviço de transporte em razão de operação não sujeita à incidência do ICMS e sob o regime de substituição tributária é algo análogo ao confisco.

Enfatizou também que mesmo sendo a norma do art. 95 do RICMS-BA/97 considerada constitucional é relevante observar que em momento algum houve prejuízo ao Estado da Bahia com a utilização do crédito fiscal em questão.

Os autuantes ao procederem à informação fiscal reafirmam a procedência da autuação tendo em vista que o contribuinte utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS incidente sobre serviços de transportes interestaduais de mercadorias, amparados por imunidade constitucional, iniciados na Bahia, com a condição de frete pago na origem, e destinados a outras unidades da federação, que não gera crédito tributário.

Disseram que este entendimento está de acordo com Decisão proferida pela Câmara Superior do CONSEF através do Acórdão CJF nº 0220-21/02, sobre a mesma matéria.

Diante disso, os membros *a quo* verificaram que as operações objeto do presente Auto de Infração por se tratarem de operações interestaduais com combustíveis e lubrificantes são amparadas pela imunidade tributária, assim, não existe o débito do imposto sobre o valor da mercadoria, mas o ICMS incide sobre o serviço de transporte, que não goza desta não incidência.

Portanto, acordaram que o pagamento do imposto pelo transportador é devido ao Estado de origem, e o estabelecimento remetente não se creditará deste imposto, pois nada há a ser anulado,

e o Estado de destino arcará com o crédito deste imposto, a ser apropriado, logicamente, pelo estabelecimento destinatário da mercadoria e do serviço.

Frisaram que este entendimento é válido para as operações a preço CIF. Ademais, se assim não fosse, o lançamento do crédito do imposto pelo remetente implicaria na anulação do pagamento efetuado pelo transportador ao Estado de origem, implicando na inexistência da arrecadação, que é devida, como já dito.

Entenderam que nas operações interestaduais com combustíveis e lubrificantes – realizadas a preço CIF – o crédito fiscal deve ser apropriado pelo destinatário da mercadoria.

Por tudo isso, consideraram que é indevida a utilização dos créditos fiscais incidentes nas prestações de serviço de transporte, sob a cláusula CIF, quando das vendas interestaduais de lubrificantes derivados de petróleo.

Analisando a questão à luz da legislação vigente à época dos fatos geradores, o órgão de primeiro grau verificou o acerto da ação fiscal, eis que, é vedada a utilização de crédito fiscal sobre frete a preço CIF, sobretudo tratando-se de operações interestaduais com mercadorias imunes, como é o caso de lubrificantes de petróleo.

Quanto à inconstitucionalidade de dispositivo normativo, bem como, os argumentos aduzidos na defesa no que concerne ao eventual não acolhimento do princípio da não-cumulatividade, não foram apreciados pela 2ª JF em face da limitação legal imposta às Juntas de Julgamento Fiscal deste CONSEF, concernente à apreciação de matéria que envolva cunho constitucional, nos termos dos artigos 167, inciso I, e 168, do RPAF/99.

Ante o exposto, concluíram dos exames realizados nas peças dos presentes autos, que restou efetivamente comprovado o cometimento, por parte do recorrente, da infração que lhe fora imputada.

Acordaram pela Procedência do Auto de Infração.

Em seu Recurso Voluntário, o contribuinte alega preliminarmente que a vedação do art. 97, I, “a” do RICMS aplica-se ao caso sob exame tão somente às operações de circulação de mercadoria subsequentes, pois apenas essas são imunes, e não se estende às prestações de serviço de transporte.

Aduz que a tipificação da infração está equivocada, uma vez que o recorrente utilizou o crédito de ICMS referente à prestação de transporte interestadual das mercadorias e não à aquisição das mesmas. Outrossim, alega que a operação de saída das mercadorias é albergada pela imunidade e não pela isenção como consta no Auto de Infração.

Sustenta que efetuou o recolhimento do tributo, incidente sobre as operações de frete, na condição de responsável como tomador do serviço em virtude do quanto disposto no art. 380, II c/c art. 382, I do RICMS. Frisa que as referidas operações foram firmadas com cláusula CIF e, portanto, o custo do serviço de transporte foi arcado pelo remetente, restando embutido no preço da mercadoria o valor do mesmo. Faz referência aos conhecimentos de transporte para comprovar o recolhimento. Portanto, argumenta que diante da comprovação do recolhimento do imposto, o seu direito de creditar-se é inquestionável.

Frisa que o recolhimento do imposto foi realizado pelo recorrente e, por conseguinte, a esse cabe creditar-se. Ademais, como o contribuinte encontra-se estabelecido no Estado da Bahia, será neste Estado que lhe assistirá o direito de usar o referido crédito.

Reconhece que o destaque do ICMS sobre o serviço de transporte está incorreto, mas sustenta que o mesmo não ocasionou nenhum reflexo para os cofres do Tesouro do Estado. Com base nos artigos 95, II c/c 646, IV, “c”, sustenta que o serviço de transporte não é tributado em razão da isenção, e que o crédito tomado apenas anulou o pagamento efetuado.

Por fim, requer a improcedência da autuação, e subsidiariamente, caso mantido o lançamento, requer que a multa seja reduzida a um patamar compatível ao princípio do não-confisco esculpido na Constituição Federal.

Em seu Parecer, o ilustre representante da PGE/PROFIS entendeu que não há irregularidade alguma na tipificação da infração, e que a mesma não implicou em prejuízo ao exercício do contraditório e da ampla defesa. Portanto, rejeitou a preliminar de nulidade.

Dissertou sobre a norma contida no art. 155, §2º, X, “b” da CF/88, sustentando, de acordo com posicionamento do STF, que a mesma trata-se de não-incidência estabelecida em prol do Estado de destino das mercadorias. Diante disso, entende que é devida a cobrança, pelo Estado destinatário, do ICMS por substituição tributária incidente sobre as operações de circulação dessas mercadorias. Citou o Convênio 105/92 que confirma a tese apresentada.

Aduziu também que o imposto incidente sobre a prestação do serviço de transporte integra a base de cálculo do ICMS devido ao Estado Destinatário por Substituição Tributária. Portanto o Estado de origem não está obrigado a suportar crédito de imposto recolhido perante outra unidade da federação. Diante disso, rejeita o argumento de inexistência de prejuízo ao erário estadual, ressalvada a hipótese do Recorrente demonstrar que recolheu, em flagrante erro e em duplicidade, o imposto referente ao serviço de transporte também ao Estado de origem.

No que tange ao pedido alternativo de redução do percentual de multa aplicada, aduz que deverão ser observadas as prescrições contidas no RPAF.

Por tudo isso, opinou pelo Improvimento do Recurso Voluntário.

VOTO

Após a análise dos autos, verifico que o cerne da lide está no creditamento do imposto incidente sobre os serviços de transporte nas operações interestaduais de combustíveis e lubrificantes.

Preliminarmente, rejeito a arguição de nulidade em razão da descrição constante na autuação ser suficiente a sua identificação.

No mérito, entendo que não houve equívoco na autuação quanto à aplicação da imunidade constante no art. 155, §2º, X, “a” da CF/88, a qual refere-se apenas às operações de circulação de mercadorias (petróleo, lubrificantes, combustíveis líquidos e gasosos dele derivados e energia elétrica) destinadas a outros Estados. O agente fiscal não considerou que as prestações de serviço de transporte das mencionadas mercadorias também são albergadas pela imunidade.

O motivo pelo qual ao recorrente foi vedado o creditamento do imposto recolhido é que o mesmo é devido ao Estado destinatário em razão da substituição tributária. Ou seja, não merece guarida o argumento recursal de que o crédito apenas anulou o recolhimento de imposto indevido, pois, o imposto incidente sobre os serviços de transportes é devido ao Estado destinatário.

O art. 95, I do RICMS veda a utilização do crédito nos serviços de transporte nas operações a preço CIF. Também o art. 646, IV do RICMS, determina que o ICMS não será destacado nas notas fiscais destas operações.

Em razão do Convênio 105/92, o imposto incidente sobre o serviço de transporte é recolhido por antecipação tributária ao Estado destinatário das mercadorias, e, portanto, não pode ser utilizado como crédito pelo remetente, devendo tão-somente o destinatário creditar-se da quantia recolhida.

Ante o exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

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 **206844.0122/05-8**, lavrado contra **PETROBRÁS DISTRIBUIDORA S/A. (BR DISTRIBUIDORA)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$45.456,38**, sendo R\$42.627,25, atualizado monetariamente, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios, e R\$2.829,13, acrescido da mesma multa, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 14 de dezembro de 2006.

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS – PRESIDENTE

MARCOS ROGÉRIO LYRIO PIMENTA – RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS