

PROCESSO - A. I. Nº 206844.0004/06-3
RECORRENTE - PETROBRÁS DISTRIBUIDORA S/A. (BR DISTRIBUIDORA)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 4ª JF nº 0392-04/06
ORIGEM - SAT/COPEC
INTERNET - 24/10/2007

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0358-11/07

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. Sendo o imposto incidente sobre o serviço de transporte 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 serviços de transporte interestadual de mercadorias beneficiadas com isenção de imposto, nas saídas. Lançado o imposto no valor de R\$936.769,88, acrescido da multa de 60%.

O autuado, tempestivamente, apresentou impugnação (fls. 30 a 45), argüindo, preliminarmente, a nulidade do Auto de Infração, sob o fundamento da existência de vícios e cerceamento do direito de defesa, enquanto, no mérito, buscou comprovar a legitimidade da utilização dos créditos, à luz do art. 97, I, do RICMS, na medida em que os créditos em questão foram tomados não sobre o valor da operação, mas sobre o ICMS incidente sobre o serviço de frete do combustível, o qual é tributado normalmente.

O autuante, ao efetivar a informação fiscal (fls. 79 a 81), reafirmou a procedência da autuação, asseverando que o contribuinte utilizou indevidamente o 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.

A Decisão da Junta de Julgamento Fiscal, objeto do Recurso Voluntário, de plano, rebateu as alegações de inconstitucionalidade, por não ser da competência do órgão julgador, bem como a preliminar de nulidade suscitada, já que não constatou qualquer erro ou vício, especificado no artigo 18, do RPAF, que viabilize a postulada decretação.

No mérito, a Junta aduziu a consolidação por este Conselho Fazendário do 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*”, transcrevendo decisões de Câmaras do CONSEF, para concluir o julgamento na linha de 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”, entendendo correto o procedimento dos autuantes e votando pela Procedência do Auto de Infração.

Inconformado, o sujeito passivo interpôs Recurso Voluntário (fls. 100 a 109), pugnando, preliminarmente, pela nulidade da ação fiscal, por cerceamento de defesa, alegando a falta de uma descrição perfeita dos fatos ocasionadores do suposto ilícito e desprovemento de demonstrativo que comprove a apuração do crédito tributário. Invoca a presença de vício insanável na autuação fiscal e para fundamentar transcreve parte do art. 18 do RPAF.

Reportando-se ao mérito, argumenta que os créditos de ICMS utilizados são aqueles incidentes sobre o serviço de frete, os quais, de acordo com o art. 97, I, do RICMS, são normalmente tributados. Aduz que, como se depreende do art. 155, § 2º, da Carta Magna, não há direito ao creditamento do ICMS da operação de saída do produto combustível, porém, em relação à prestação de serviço de transporte (frete), a Constituição Federal não previu a vedação do crédito referente ao transporte de mercadorias não tributadas. A única vedação constitucional ao direito a crédito de ICMS se dá na hipótese de operação isenta ou não tributada sucedida de outra operação isenta ou não tributada. Afirma, ainda, que o serviço de transporte interestadual de mercadorias iniciado no Estado da Bahia foi feito sob a condição de frete pago na origem, tendo o autuado efetuado o pagamento referente ao serviço, recolhendo para o próprio Estado da Bahia o valor correspondente ao ICMS. Donde, comprovado o recolhimento do tributo é inquestionável o direito ao creditamento.

Por fim, requer a anulação do Auto de Infração pelas razões preliminares ou, no mérito, improcedência da autuação, face as ilegalidades apontadas.

Em seu Parecer, o ilustre representante da PGE/PROFIS entendeu que não há irregularidade alguma na tipificação da infração, e que inexistiu prejuízo ao exercício do contraditório e da ampla defesa, rejeitando 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 ela trata 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, o qual 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, logo o Estado de origem não está obrigado a suportar crédito de imposto recolhido perante outra unidade da Federação. Salaria que este é, também, o entendimento pacificado no CONSEF, ou seja, nas operações interestaduais com combustíveis e lubrificantes, independente de ser o preço CIF ou FOB, o crédito fiscal deve ser apropriado pelo destinatário da mercadoria.

Concludentemente, opinou pelo Improvimento do Recurso Voluntário.

VOTO

Após a análise atenciosa dos autos, verifico que o cerne da lide está na utilização do crédito fiscal relativo ao imposto incidente sobre os serviços de transporte nas operações interestaduais de combustíveis e lubrificantes.

O sujeito passivo, em sua peça recursal, insiste na preliminar de nulidade, sob a alegação de que a autuação contém vício insanável, não atendendo as formalidades legais. De plano, rejeito a arguição de nulidade, sob a tese de cerceamento do direito de defesa, visto que a descrição

constante na autuação é suficiente à sua identificação, inexistindo qualquer prejuízo ao exercício do contraditório e da ampla defesa, previstos constitucionalmente.

É válido salientar que, conforme observa o ilustre Procurador em seu Parecer, o recorrente, às fl. 104, declara que *“As notas fiscais e os respectivos registros contábeis onde estão escrituradas, trazidas à presença dos Eminentes Conselheiros, demonstram claramente o quão infundada é a pretensão do fisco na que tange a infração, ora impugnada.”* Fácil é perceber, nesse passo, não ter havido qualquer prejuízo para a defesa, pois é o próprio contribuinte que diz ter identificado e utilizado as notas fiscais e seus respectivos registros que originaram a imputação.

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 se refere apenas às operações de circulação de mercadorias (petróleo, lubrificantes, combustíveis líquidos e gasosos dele derivados e energia elétrica) destinadas a outros Estados. Assim, o autuante, corretamente, não considerou que as prestações de serviço de transporte das mencionadas mercadorias também são albergadas pela imunidade.

O motivo de ter sido vedado ao recorrente o creditamento do imposto recolhido é que ele é devido ao Estado destinatário em razão da substituição tributária. Dessa maneira, desmerece guarida o argumento recursal de que o crédito apenas anulou o recolhimento de imposto indevido, já que, repita-se, o imposto incidente sobre os serviços de transportes é devido ao Estado destinatário.

É pacífico o entendimento deste Colegiado de que *“Nas operações interestaduais com combustíveis e lubrificantes – independente se a preço CIF ou a preço FOB – o crédito fiscal deve ser apropriado pelo destinatário da mercadoria.”*

Nesse contexto, posiciono-me na linha de que, com amparo no Convênio ICMS 105/92, o imposto incidente sobre o serviço de transporte é recolhido por antecipação tributária ao Estado destinatário das mercadorias, e, por conseguinte, não pode ser utilizado como crédito pelo remetente, devendo, tão-somente, o destinatário se creditar da quantia recolhida.

Ante o exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, considerando incensurável a Decisão da JJF e mantenho, na íntegra, o Auto de Infração.

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 **206844.0004/06-3**, lavrado contra **PETROBRÁS DISTRIBUIDORA S/A. (BR DISTRIBUIDORA)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$936.769,88**, 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, 09 de outubro de 2007.

FÁBIO DE ANDRADE MOURA – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

VALNEI SOUSA FREIRE - RELATOR

MARIA DULCE HASSELMAN RODRIGUES BALEEIRO COSTA – REPRES. PGE/PROFIS