

A. I. Nº - 206949.0000/10-8
AUTUADO - COMPANHIA BRASILEIRA DE PETRÓLEO IPIRANGA
AUTUANTES - MARCO ANTONIO DE SOUZA FORTES e JOSÉ AUGUSTO MARTINS VICENTE
ORIGEM - SAT/COPEC
INTERNET - 11. 04. 2013

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF Nº 0063-01/13

EMENTA: ICMS. 1. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. GASOLINA e ÓLEO DIESEL. a) OPERAÇÕES DE SAÍDAS SEM DOCUMENTOS FISCAIS. Tendo sido apurado omissão de saídas de mercadorias [combustíveis] com imposto pago por antecipação, não é cabível a exigência de imposto relativo à constatação de omissão de saídas. Verificada a insubsistência de infração quanto à obrigação principal e comprovado o cometimento de infração à obrigação acessória vinculada à imputação, é cabível a aplicação de penalidade pela não emissão de documento fiscal nas infrações 1, 2, 6 e 7. **b) ENTRADAS DE MERCADORIAS SEM O DEVIDO REGISTRO FISCAL. ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. OMISSÃO POR PRESUNÇÃO LEGAL.** A diferença apontada pela fiscalização teve origem nas notas fiscais de entrada e saída não consideradas no demonstrativo fiscal. Infração 04 insubsistente. **c) ÁLCOOL HIDRATADO. OPERAÇÕES DE SAÍDAS SEM A EMISSÃO DE DOCUMENTOS FISCAIS.** A exclusão das notas fiscais por faturamento antecipado e o registro em duplicidade de notas fiscais das entradas de álcool hidratado descaracteriza a exigência na infração 03. O autuado não comprova a saída regular do AEHC, na infração 08. Infração mantida. **d) ÁLCOOL HIDRATADO. OPERAÇÕES DE ENTRADA. OMISSÃO POR PRESUNÇÃO LEGAL.** Os autuantes acatam a regularidade da autuação e excluem a exigência. Infração 05 insubsistente. **2. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. SERVIÇO DE TRANSPORTE INTERESTADUAL OU INTERMUNICIPAL NÃO VINCULADO A OPERAÇÃO COM SAÍDA SUBSEQUENTE TRIBUTADA.** Na formação da base de cálculo de ICMS relativo a operações com combustíveis e lubrificantes já se encontram embutidas as parcelas correspondentes aos fretes, portanto está correta a utilização do crédito sobre a prestação de serviço de transporte vinculada às aquisições interestaduais de tais produtos. Infração descaracterizada. Rejeitadas preliminares de nulidades. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 15/07/11, exige o crédito tributário no valor de R\$ 2.813.888,71, em decorrência da constatação de nove irregularidades, a saber:

INFRAÇÃO 1 – Falta de recolhimento do ICMS, no valor de R\$ 305.317,76, relativo às operações de saídas de gasolina “C”, efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e, consequentemente, sem o respectivo lançamento em sua escrita, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias nos exercícios de 2006 e 2007;

INFRAÇÃO 2 – Falta de recolhimento do ICMS, no valor de R\$ 1.262.551,62, relativo às operações de saídas de óleo diesel, efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e, consequentemente, sem o respectivo lançamento em sua escrita, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias nos exercícios de 2006 e 2007;

INFRAÇÃO 3 – Falta de recolhimento do ICMS, no valor de R\$ 45.760,90, relativo às operações de saídas de álcool hidratado, efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e, consequentemente, sem o respectivo lançamento em sua escrita, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias nos exercícios de 2006 e 2007;

INFRAÇÃO 4 – Falta de recolhimento do ICMS, no valor de R\$ 330.566,05, relativo às operações de saídas não declaradas de gasolina “C”, com base na presunção legal de que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou o pagamento dessas entradas com recursos provenientes de operações de saídas de mercadorias realizadas anteriormente e também não contabilizadas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias no período de 01/01/2008 a 30/04/2008;

INFRAÇÃO 5 – Falta de recolhimento do ICMS, no valor de R\$ 12.497,99, relativo às operações de saídas não declaradas de álcool hidratado, com base na presunção legal de que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou o pagamento dessas entradas com recursos provenientes de operações de saídas de mercadorias realizadas anteriormente e também não contabilizadas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias no período de 01/01/2008 a 30/04/2008;

INFRAÇÃO 6 – Falta de recolhimento do ICMS, no valor de R\$ 159.077,38, relativo às operações de saídas de gasolina “C”, efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e, consequentemente, sem o respectivo lançamento em sua escrita, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias no período de 01/05/2008 a 31/12/2008;

INFRAÇÃO 7 – Falta de recolhimento do ICMS, no valor de R\$ 311.651,00, relativo às operações de saídas de óleo diesel, efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e, consequentemente, sem o respectivo lançamento em sua escrita, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias no período de 01/05/2008 a 31/12/2008;

INFRAÇÃO 8 – Falta de recolhimento do ICMS, no valor de R\$ 10.220,71, relativo às operações de saídas de álcool hidratado, efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e, consequentemente, sem o respectivo lançamento em sua escrita, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias no período de 01/05/2008 a 31/12/2008;

INFRAÇÃO 9 – Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS, no valor de R\$ 376.245,30, lançados nos livros REM e RAICMS – CFOP 2.353 (aquisição de serviços de transporte de estabelecimento comercial), referente a serviço de transporte interestadual ou intermunicipal não vinculado a operação com mercadorias com saídas subsequentes tributadas, já que opera com mercadorias cujo imposto é antecipado através do regime da substituição tributária e, em relação ao aproveitamento dos respectivos créditos fiscais demonstrados, existe vedação prevista no art. 356 do RICMS/BA.

O autuado, na defesa apresentada às fls. 2.950 a 3.002 dos autos (vol. IX), inicialmente, destaca a sucessão da Companhia Brasileira de Petróleo Ipiranga (CBPI) pela PETROBRÁS Distribuidora S/A (BR) que, por conseguinte, responde pelos tributos relativos ao fundo ou estabelecimentos adquiridos, até à data do correspondente ato, nos termos do art. 133, I, do CTN, entendendo ser

imperiosa a regularização do pólo passivo da correspondente ação fiscal mediante a substituição da CBPI pela BR e a conseqüente exclusão da CBPI da referida ação e do respectivo procedimento administrativo da mesma derivada.

Diz que em relação às infrações 1 a 8, as diferenças apuradas não são oriundas de aquisição ou venda de mercadorias sem documento fiscal, e sim, basicamente, da expansão ou contração que os combustíveis sofrem em virtude da alteração de temperatura, devendo ressaltar que, após ajustes contábeis pela impugnante, tais diferenças são em volumes consideravelmente ínfimos frente ao volume dos combustíveis movimentados pelo estabelecimento e, portanto, dentro de padrões aceitos pelos órgãos que regulamentam a atividade desenvolvida pela autuada. Diz ainda que a fiscalização indevidamente considerou operações que não resultam em movimentação dos estoques; de modo contrário, desconsiderou outras que implicariam efetiva movimentação.

Ressalta que, por imposição da legislação federal, as refinarias de petróleo e usinas de álcool são obrigadas a praticar as vendas considerando o volume à temperatura de 20° C, ao passo que as distribuidoras comercializam os seus produtos à temperatura ambiente. Assim, em função da constatação de todas possíveis variações, os órgãos competentes para a regularização das atividades do setor de combustíveis admitem como razoáveis os percentuais de variação nos estoques de 0,4% a 0,72% sobre o total da movimentação, conforme o tipo de combustível.

Sublinha que a substituição tributária é definitiva, não comportando ressarcimento, nem a complementação do imposto, conforme reconhecido pelo STF no julgamento da ADI nº 1.851-4/AL.

Diz que ao contrário do que apontam as planilhas anexas ao Auto de Infração, a impugnante não recebeu, nem deu saída de combustíveis sem o respectivo documento fiscal, ou deixou de ter a devida retenção do imposto pelo substituto tributário. No que tange, particularmente, às operações com álcool etílico hidratado carburante, único produto em que lhe é atribuída responsabilidade tributária por substituição, realizou o recolhimento do ICMS incidente nas respectivas operações, não tendo promovido entradas, nem saídas, sem a emissão do respectivo documento fiscal.

Arguiu ainda a nulidade do Auto de Infração, em relação às infrações 1 a 8, por falta de fundamentação legal e erro na tipificação, considerando que ao ficar nítida que a suposta falta de recolhimento do ICMS/ST (ainda que de fato, houvesse) não é oriunda de omissões, nem de entrada, nem de saídas, a autuação fica desamparada de fundamentação legal, devendo ser julgada nula, nos termos do art. 18 e 39 do RPAF. Defende que os artigos citados não guardam qualquer consonância com o caso concreto e não há base legal que sustente a autuação.

No tocante à infração 1, especificamente, em relação ao produto gasolina “C” no exercício de 2006, diz que a fiscalização apurou um saldo teórico nos estoques de 239.811 litros contra 50.423 litros registrados no seu inventário físico, incorrendo tal constatação em diferença total de 239.388 litros do produto. Porém, tal diferença, conforme ajustes demonstrado à fl. 3.015 dos autos, foi reduzida para apenas 54 litros, ou seja, praticamente 0% em relação à correspondente movimentação. Já em relação ao exercício de 2007, a fiscalização apurou um saldo teórico nos estoques de 202.256 litros contra 116.508 litros registrados no seu inventário físico, incorrendo tal constatação em diferença total de 85.748 litros do produto. Porém, tal diferença, conforme ajustes demonstrados às fls. 3.017/3.018, foi reduzida para apenas 1.420 litros, ou seja, 0,007% em relação à correspondente movimentação. Assim, afirma que não houve qualquer omissão de saída.

Em relação à infração 2, produto óleo diesel, no exercício de 2006, diz que a fiscalização apurou um saldo teórico nos estoques de 179.389 litros contra 194.063 litros registrados no seu inventário físico, incorrendo tal constatação numa diferença total de 14.674 litros do produto. Porém, conforme ajuste demonstrado às fls. 3.019/3.020 dos autos, tal diferença foi reduzida para apenas 1.668 litros, ou seja, -0,004% da correspondente movimentação. Já em relação ao exercício de 2007, a fiscalização apurou um saldo teórico nos estoques de 451.236 litros contra 345.515 litros registrados no seu inventário físico, incorrendo tal constatação em diferença total de 105.721 litros

do produto. Porém, tal diferença, conforme ajustes demonstrados às fls. 3.020/3.021, foi reduzida para apenas 301 litros, ou seja, -0,001% em relação à correspondente movimentação. Afirma que não houve qualquer omissão de saída.

Na infração 3, que se refere ao produto álcool hidratado, no exercício de 2006, diz que a fiscalização apurou um saldo teórico nos estoques de 72.719 litros contra 23.259 litros registrados no seu inventário físico, incorrendo tal constatação em diferença total de 49.640 litros do produto. Conforme ajuste demonstrado às fls. 3.022/3.023 dos autos, a diferença foi reduzida para apenas 216 litros, ou seja, -0,015% da correspondente movimentação. Já em relação ao exercício de 2007, a fiscalização apurou um saldo teórico nos estoques de 69.939 litros contra 48.273 litros registrados no seu inventário físico, incorrendo tal constatação em diferença total de 21.666 litros do produto. Porém, tal diferença, conforme ajustes demonstrados às fls. 3.024/3.025, foi reduzida para apenas 284 litros, ou seja, 0,016% em relação à correspondente movimentação, confirmando a ausência de qualquer omissão de saída.

Quanto à infração 4, produto gasolina “C” no período de 01/01/2008 a 30/04/2008, diz que a fiscalização apurou um saldo teórico nos estoques de 276.967 litros contra 251.462 litros registrados no seu inventário físico, incorrendo tal constatação em diferença total de 25.505 litros do produto. Essa diferença, conforme ajuste demonstrado às fls. 3.025/3.027, também foi reduzida para apenas 3.005 litros, ou seja, praticamente 0,065% da correspondente movimentação. Conclui que não houve omissão de saída.

Na infração 5, relativa ao produto álcool hidratado no período de 01/01/2008 a 30/04/2008, diz que a fiscalização apurou um saldo teórico nos estoques de 8.629 litros contra 38.728 litros registrados no seu inventário físico, incorrendo tal constatação em diferença total de 47.357 litros do produto. Porém, tal diferença, conforme ajuste demonstrado às fls. 3.027/3.029 dos autos, foi reduzida para apenas 600 litros, ou seja, 0,127% da correspondente movimentação. Não houve omissão de saída.

Em relação às infrações 6, 7 e 8, salienta que igualmente não existe a suposta omissão de entrada ou de saída, pois a Companhia Brasileira de Petróleo Ipiranga foi cindida em 30/04/2008 e todo seu acervo líquido, localizado nas regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste, incluindo todos os seus estabelecimentos e respectivos estoques, a partir de 01/05/2008, foi transferido para a Alvo Distribuidora de Combustíveis Ltda., que passou a sucedê-la em relação às suas atividades, não cabendo imputar infração alguma à autuada.

Assevera que, da leitura do art. 512-A do RICMS/BA, se conclui que os produtos arrolados têm recolhimento do ICMS devido para toda a cadeia de comercialização, desde as refinarias até os revendedores varejistas, realizado por substituição tributária, por ocasião dos respectivos faturamentos pela refinaria. Ressalta que o Álcool Etílico Anidro Combustível (AEAC), utilizado para ser adicionado à Gasolina “A” para produção de Gasolina “C” (gasolina comercializada pelas distribuidoras), tem a incidência do ICMS diferida, conforme previsto no art. 511 do RICMS/BA, na venda para as distribuidoras de petróleo, tais como a impugnante. No caso, as refinarias ao venderem gasolina “A” para as distribuidoras, retêm também parcela do imposto referente à quantidade de AEAC que será misturada à gasolina “A” para efeito de formar a gasolina “C”. Por outro lado, as normas do Convênio ICMS 03/99 não autorizam a cobrança do imposto no caso de haver eventuais ganhos em função da variação de temperatura verificada nas diversas etapas da cadeia de circulação de combustíveis (assim como não preveem a possibilidade de ressarcimento de eventuais perdas, resultantes da contração dos volumes dos combustíveis, como daquelas ocorridas no próprio manuseio e transporte das referidas mercadorias). Desta forma, assentou-se o entendimento de que na aplicação do instituto da substituição tributária não caberia restituição ou complementação do imposto pago pelo contribuinte substituto. Portanto, em se admitindo a substituição tributária como definitiva, não haveria como se tributar eventuais ganhos de volume dos aludidos combustíveis.

Por fim, no tocante à infração 9, relativa à utilização indevida de crédito fiscal do ICMS de prestações de serviço de transporte relativas a operações interestaduais e intermunicipais com combustíveis com saída posterior não tributada, aduz o defendente que a pretensão fiscal não pode prosperar, tendo em vista as razões que descreve:

- a) A maior parte dos créditos cujo estorno é exigido é referente ao ICMS incidente sobre prestações de serviço de transporte contratadas em operações interestaduais que destinaram combustíveis ao Estado da Bahia, hipótese na qual o CONSEF reconhece, de forma pacífica, o direito ao crédito do ICMS pelo estabelecimento destinatário, consoante Acórdãos CS nº. 0220-21/12 e CJP nº. 0218-11/02. Portanto, segundo o apelante, ante o entendimento do CONSEF, resta inescusável a legitimidade do aproveitamento dos créditos de ICMS desatado nas notas fiscais, vez que se referem à prestações de serviços de transporte correlatos à operações interestaduais que destinaram combustíveis e lubrificantes ao estabelecimento da impugnante, localizado no Estado da Bahia. Ressalta, ainda, o Princípio da Não-cumulatividade do ICMS.
- b) Com relação aos demais créditos do ICMS, vinculados às operações interestaduais com combustíveis derivados de petróleo, sujeitos à substituição tributária do ICMS em etapa anterior (saída da refinaria de petróleo), diz que a exigência fiscal é improcedente, visto que os artigos 28 e 29 da Lei nº 7.014/96 garantem a manutenção dos créditos do ICMS incidentes sobre os fretes contratados pelo impugnante, nas operações interestaduais que pratica sem carga tributária imediata, vedando apenas o crédito tão somente “quando a prestação subsequente não for tributada ou estiver isenta do imposto”, o que não é o caso, pois, é cediço que as prestações de serviço de transporte são sempre tributadas, razão pela qual não há de se falar em vedação à utilização dos créditos do ICMS relativos aos fretes utilizados em operações interestaduais. Cita artigos 20, § 3º, II, e 21, I, da LC 87/96.
- c) Salaria que os dispositivos do RICMS/BA tidos como infringidos não têm o condão de modificar o entendimento que restou estabelecido nas digressões citadas em sua defesa, fundamentadas na Lei nº 7.014/96, na Constituição Federal, na doutrina e jurisprudência, devendo estar em conformidade ao comando estrito das normas de hierarquia superior (leis) das quais emanam. Ressalta que a vedação aos créditos, prevista pelo art. 356 do RICMS/BA contraria frontalmente o Princípio da Não-cumulatividade, concernente ao ICMS, previsto pelo art. 155, § 2º, II, da Constituição Federal, seguido pelos legisladores, em âmbito federal e estadual, conforme art. 19 da LC nº 87/96 e art. 28 da Lei nº 7.014/96.

Pugna, então, pela improcedência da exigência fiscal e, subsidiariamente, caso os julgadores entendam necessária, pela realização de diligência.

Os autuantes, na informação fiscal prestada às fls. 3.156 a 3.173 dos autos (Vol. X), quanto à alegação defensiva de que as diferenças apuradas nas infrações 1 a 8 são oriundas da expansão ou contração que sofrem os combustíveis em virtude da alteração de temperatura, explicam que o levantamento quantitativo está devidamente demonstrado às fls. 89 a 376 dos autos e que todo o trabalho foi baseado nas informações fornecidas pelo contribuinte: ESTOQUES INICIAIS E FINAIS (LIVRO DE INVENTÁRIOS); ENTRADAS (NOTAS FISCAIS DE COMPRAS); VENDAS (NOTAS FISCAIS DE SAÍDAS) E A VARIAÇÃO VOLUMÉTRICA ANP DE 0,6% ACEITA PELO ESTADO. Portanto, não há o que se questionar sobre expansão, contração, variação volumétrica, etc, pois, o fenômeno foi considerado na fiscalização, conforme pode ser constatado às fls. 89/90; 226/228; 350/352; 374/376, razão para o não acolhimento do pedido de nulidade por falta de fundamentação ou tipificação.

Registram que há mais de 40 anos existem as normas que regulam a solução legal da questão de perdas e variações volumétricas (Resolução CNP nº 7, de 17.06.1969), tendo a ação fiscal levado em consideração a variação volumétrica de 0,6%.

No mérito, em relação ao exercício de 2006 da infração 01, os autuantes acatam os ajustes procedidos pelo defendente, concluindo que inexistente diferença a ser cobrada em 31/12/2006. Já

em relação ao exercício de 2007, concordam com a entrada de álcool anidro de 2.280.427 litros, acusada pelo defendente, repercutindo numa diminuição no levantamento (fl. 226 do PAF) de uma diferença de 301.646 litros e ICMS a recolher de R\$ 191.639,02 para 257.507 litros e ICMS a recolher de R\$ 163.596,71, discriminado em novos demonstrativos (fls. 3196 e 3197 do PAF).

Quanto à infração 2, no exercício de 2006, os autuantes afirmam que procedem apenas a alegação de defesa de que não foi considerada no levantamento fiscal a entrada de 223.000 litros de óleo diesel (fl. 3.020), o que repercutiu no aumento da diferença de 2.637.829 litros para 2.860.820 litros e ICMS a recolher de R\$ 1.239.248,04 para R\$ 1.344.013,44, demonstrado à fl. 3.212 dos autos. Assim, mantém integralmente a segunda infração.

No tocante à infração 3, no exercício de 2006, os autuantes acatam a alegação da defesa de que é indevida a entrada de 41.017 litros de álcool hidratado, relativa a faturamento antecipado, resultando na redução da entrada de 798.831 litros para 757.814 litros, como também acatam as saídas não consideradas de 15.000 litros (fl. 3.023), ensejando na saída de 725.000 litros, do que se apurou uma diminuição da diferença de 108.653 litros para 52.636 litros e do ICMS a recolher de R\$ 32.204,75 para R\$ 15.601,31, demonstrado às fls. 3.200/3.201 dos autos. Já em relação ao exercício de 2007, acatam as entradas indevidas consideradas no levantamento fiscal de 30.000 litros de álcool hidratado (fl. 3.024), referente a faturamento antecipado, resultando na redução de entrada para 903.268 litros, repercutindo numa diminuição da diferença de 50.854 litros para 21.254 litros e ICMS a recolher de R\$ 13.556,15 para R\$ 5.665,68, demonstrado às fls. 3.202/3.203.

Com relação à infração 4, relativo à gasolina “C”, no período de 01/01/2008 a 30/04/2008, aduzem que, apesar de intimado, o contribuinte não apresentou documentos que comprovassem suas alegações de que entraram: 2.355.500 litros de gasolina “A”; 737.928 litros de álcool anidro e que saíram 2.937.000 litros de gasolina. Assim, mantém integralmente a infração.

Referente à infração 5, após análise dos documentos apresentados pelo autuado, acatam a alegação de diferenças nas entradas e nas saídas de álcool hidratado, no período de 01/01/08 a 30/04/08, respectivamente de 118.782 litros e 75.000 litros, apurando a inexistência do imposto.

Quanto às infrações 6, 7 e 8, dizem que durante a ação fiscal, através das diversas intimações, solicitaram que a empresa apresentasse documentos de prova da transferência do estoque final existente em 30/04/2008 (fls. 416 a 419; 431 a 435; 436 a 440; 464 e 465; 466 a 474), sendo apresentado apenas “Instrumento Particular de Constituição de Sociedade Ltda, datado de 21/11/2007 (fls. 475 a 478) e Laudo de Avaliação do Valor Contábil de Acervo Líquido a ser Cindido, data-base de 31/03/2008 (fls. 485/501), datas estas anteriores a 30/04/2008 (Inventário à fl. 484). Atestam que não houve qualquer comprovação das saídas, justificando as omissões apuradas.

Por fim, no que diz respeito à infração 9, os autuantes afirmam que todos os créditos indevidos, lançados nos livros: REM (61 a 82 do PAF) e RAICMS (fls 83 a 88 do PAF) código CFOP 2.353 (Aquisição de serviços de transporte por estabelecimento comercial em outra unidade da federação), são referentes ao ICMS sobre prestação de serviços de transportes contratadas em operação interestadual que destina combustível ao Estado da Bahia; dizem que o crédito é indevido, de forma clara e incontestável, consoante previsto no art. 356 do RICMS, não cabendo ao CONSEF julgar possíveis inconstitucionalidade do RICMS. Cita Acórdão JJF nº 0357-02/10. Assim, mantém integralmente a nona infração.

Pelas razões expostas, os autuantes mantêm integralmente as infrações 4, 6, 7, 8 e 9 e acatam as argumentações referentes às infrações 1, 2, 3 e 5.

Diante dos óbices apresentados para o seu julgamento, o PAF é convertido em diligência para que se comprovem as diferenças nas transferências de combustíveis observadas nas infrações 06 a 08 e verificar a natureza das operações de serviços de transportes, na infração 09, fl. 3177/78 (vol. X).

O parecer ASTEC 0036/2012 narra que em relação às infrações 06, 07 e 08, o contribuinte foi intimado para apresentar as notas fiscais de transferências de mercadorias para a empresa Alvo

Distribuidora de Combustíveis Ltda., além do livro de Registro de Inventário, 2007 e 2008; em resposta, protocolou esclarecimentos (059875/2012-0), fls. 3233/3261 (!), quanto à incorporação de parcela cindida da empresa ao patrimônio da Alva Distribuidora de Combustíveis, sublinhando que não houve emissão de notas fiscais nem registro de transferência dos estoques de uma empresa para a outra.

Explica que no período de 01/05/08 a 31/12/2008 a sucessora estava habilitada a funcionar no local ocupado anteriormente pela empresa autuada, realizou operações com tais produtos, conforme informação extraída do INC, fl. 3262 (vol. X).

Na infração 09, diz que verificou que todas as operações estão relacionadas às saídas de álcool, gasolina e óleo diesel para destinatários nos estados de Pernambuco, Piauí e outros, conforme comprovam os conhecimento de transportes, fls. 3263/3266. Diz que os valores de fretes estão relacionados no CD, enviados ao autuado, fl. 3222 (volume X).

Na manifestação protocolada pela sucessora da Companhia Brasileira de Petróleo Ipiranga, Alvo Distribuidora de Combustíveis Ltda. (CNPJ 09.302.703/0020-01 e CICMS 76.938.128), sob nº. 059875/2012-0, fls. 3187/3188, o estabelecimento explica, em relação ao item 01 da diligência, que em 19.03.07, os ativos de distribuição (combustíveis e derivados de petróleo) então pertencentes ao Grupo Ipiranga, localizados nas regiões Norte, Nordeste e Centro Oeste e integrantes do patrimônio da Companhia Brasileira de Petróleo Ipiranga, foram adquiridos pela empresa Petróleo Brasileiro S/A – PETROBRAS. Diz que houve cisão da Ipiranga e imediata incorporação da parcela cindida ao patrimônio da Alvo Distribuidora Combustíveis Ltda., constituída exclusivamente para esse fim. Compreende tal parcela os ativos de distribuição da Ipiranga adquiridos pela Petrobras, inclusive estoques existentes nos estabelecimentos das regiões antes citadas, conforme documentos acostados aos autos, fls. 3190/3210. Diz que os Conhecimentos de Transporte Rodoviário de Cargas (CTRC, s) encontram-se disponíveis à Fiscalização.

A Petrobrás Distribuidora S/A (BR), sucessora da Alvo Distribuidora de Combustíveis Ltda. (ALVO) e da Companhia Brasileira de Petróleo Ipiranga (CBPI), fl. 3224, para um melhor pronunciamento sobre as alegações fiscais e sobre o Parecer ASTEC 0036/12, considerando o volume das comprovações necessárias, pede prorrogação do prazo de 10 dias.

Apresenta efetiva manifestação, fls. 3232/3249 (vol. X), insistindo na nulidade das infrações 01 a 08, sob a alegação que exigem omissões de saídas, sem destacar ou especificar as operações, apontando apenas as diferenças entre as entradas e saídas, num vasto período sem identificar quando as supostas omissões ocorreram e a sua destinação.

Assevera que não há omissões, pois, inadmissível pensar que a Petrobrás promova saída de mercadorias desacompanhadas de nota fiscal ou sem registro fiscal. Diz que não há provas materiais, apenas presunções com base nos levantamentos que confrontam a totalidade de entradas com as respectivas saídas, apurando-se diferenças decorrentes apenas de equívocos e por conta de fenômeno físico que se opera sobre os estoques, que geram diferenças na ordem de 0,6% da respectiva movimentação. Sustenta que tais diferenças, saneados os equívocos, importam em volumes dentro de parâmetros admitidos pela ANP.

Aduz que entre os equívocos fiscais estão operações que não representam movimentação de combustíveis e as remessas para armazenagem e empréstimo de combustíveis sem considerar os respectivos retornos.

Detalha a movimentação de cada infração. Com relação à primeira, diz que a fiscalização apontou a inexistência da diferença de gasolina/álcool anidro, em 2006 e a redução de 301.646 para 257.507 litros. Diz que as notas fiscais de armazenagem foram consideradas no montante das entradas, mas não as respectivas saídas por devoluções, que somadas correspondem a 275.000 litros. Elabora demonstrativo (fls. 3234/35).

Diz que a infração 02 foi indevidamente referida pela fiscalização como infração 03. Ressalta que o produto denominado óleo diesel B adquirido junto a Petrobrás e objeto de aditivção pela autuada e vendido sob várias nomenclaturas, tais como: óleo diesel B, óleo diesel B aditivado e óleo diesel B marcado; o óleo diesel interior também era revendido como óleo diesel interior aditivado e óleo diesel interior original. Acusa a fiscalização de não ter feita a correlação entre os produtos adquiridos e revendidos e não considerou a entrada de 154.000 litros no estoque de 2005. Elabora demonstrativo, reconhecendo uma diferença de 85.038 litros que, comparando-se à movimentação de 14.707.748 litros, importa em 0,58%, dentro do padrão aceito pela ANP, relação da variação de temperatura comum no Estado da Bahia, acima de 20°C. Diz que a fiscalização não considerou a entrada de 154.000 litros no estoque de 2005, que discrimina (fl. 3236).

Na infração 03, argumenta que na diferença, na saída do produto álcool hidratado, em 2006, na ordem de 52.636 litros, a fiscalização considerou em duplicidade as entradas relativas às notas fiscais 231.442 e 231.795, em código de produtos diferentes. 15.000 litros de álcool hidratado (cod. 2207.1000) não consta no arquivo TXT enviado à autuada, o que reduz a diferença para 3.993 litros, dentro dos padrões ANP. Elabora demonstrativo, fl. 3238.

No exercício de 2007, reconhece a diferença de 21.254 litros; em duplicidade a nota fiscal 233.399 (29.588 litros), restando uma diferença ajustada de 2.952 litros. Elabora demonstrativo, fl. 3239.

Na infração 04, o argumento é que a diferença em relação ao produto gasolina/álcool anidro, em 2008, se deve às notas fiscais de entrada e saída no mês de fevereiro, não consideradas pela fiscalização. Elabora demonstrativos, fls. 3240/3243.

Diz que na infração 05, a fiscalização admitiu a procedência de suas alegações.

Com relação às infrações 06, 07 e 08, justifica que a partir de 01.05.2008 passou a ser operada pela Alvo Distribuidora de Combustíveis Ltda., sucessora da Companhia Brasileira de Petróleo Ipiranga, na compra de ativos de distribuição do Grupo Ipiranga.

Diz que não houve emissão de notas fiscais na transferência dos estoques, que até 30.04.08 pertenciam a empresa autuada, para a Alvo Distribuidora, porque a Ipiranga foi cindida e a correspondente parcela incorporada a Alvo. Explica que em 19.03.2007, os ativos de distribuição da Ipiranga foram adquiridos pela Petrobrás. Em 30.04.08 operou-se a cisão e imediata incorporação da parcela cindida para a Alvo constituída especificamente para esse fim, conforme a documentação anexa aos autos. Diz ainda que, posteriormente, em 31.10.09, a Alvo foi incorporada pela Petrobrás Distribuidora, que assumiu o correspondente patrimônio, razão dessa manifestação. Reitera a ausência de omissão na emissão de documentos fiscais e requer o julgamento da improcedência do auto de infração.

Com relação à infração 09, diz que tem direito aos créditos em função do princípio da não cumulatividade, uma vez que no preço das prestações suporta o ICMS devido pelo prestador, aplicáveis às operações de frete das operações interestaduais.

Contesta a existência de vedação de apropriação dos créditos, na legislação estadual, conforme artigos 28 e 29 da Lei 7.014/96. Transcreve, nesse sentido, Acórdãos CS nº. 0220-21/12 e CJF nº. 0218-11/02. Pede Julgamento Improcedente do Auto de Infração.

Os Auditores Fiscais manifestam-se arguindo que a contestação defensiva não alcançará suas pretensões, mantendo integralmente as infrações 4, 6, 7, 8 e 9, além das reduções já propostas para as demais infrações, com exclusão da infração 05.

VOTO

Trata-se de Auto de Infração lavrado para exigir o ICMS consubstanciado na apuração das 09 (nove) infrações descritas e relatadas na inicial dos autos. A infração 05, que indicava falta de recolhimento, no valor de R\$ 12.497,99, em operações de saídas não declaradas de álcool hidratado, foi excluída pelos próprios autuantes, após a comprovação da regularidade pelo sujeito

passivo. Resta descaracterizada e fora da lide. As demais infrações serão objeto de apreciação nas linhas procedentes.

Cumpre, antes, analisar as questões preliminares suscitadas pelo sujeito passivo que, em relação às infrações 01 a 08, argüiu a nulidade do Auto de Infração, por falta de fundamentação legal, erro na sua tipificação, considerando que os artigos citados não guardam consonância com o caso concreto. Pede ainda a realização de diligência fiscal, caso não sejam acatadas as suas razões.

Verifico que as mencionadas infrações acusam omissão de saída de mercadorias apurada mediante levantamento quantitativo de estoques. O levantamento fiscal está suportado pela farta documentação acostadas aos autos e em planilhas eletrônicas, cujas cópias foram entregues ao estabelecimento autuado, os dispositivos regulamentares indicados no enquadramento reportam-se à apuração de movimento real tributável (quantitativo), emissão de documentos fiscais, escrituração, alíquotas, base de cálculo aplicada à omissão de saída (art. 60, II, “a” do RICMS/BA).

Portanto, a capitulação da irregularidade fiscal apurada foi feita de forma adequada, tendo em vista que pela descrição dos fatos é possível identificar a natureza da infração, o montante do débito conforme disposto nos artigos 38 a 41 do RPAF/BA e o sujeito passivo apresentou impugnação a todos os fatos narrados nestas infrações, demonstrando plena compreensão da imputação submetida, contraditou livremente com os elementos de prova de que dispunha, não havendo nenhum cerceamento de seu direito de defesa ou prejuízo ao devido processo legal. Por isso não acato a nulidade suscitada. Quando à validade das acusações, trata-se do mérito da discussão tributária e será apreciado no momento adequado.

Quanto ao pedido de diligência, em face à possibilidade de melhores esclarecimentos por parte do contribuinte autuado, o PAF foi convertido pelo órgão julgador para que restassem esclarecidas as diferenças nas transferências de combustíveis, observadas nas infrações 06 a 08, além da verificação da natureza jurídica das operações de serviços de transportes, na infração 09.

Cabível ressaltar com relação às alterações societárias ocorridas no período da autuação, que o lançamento trata de operações mercantis praticadas pela Companhia Brasileira de Petróleo Ipiranga – CBPI, até a data da cisão e incorporação pela empresa Alvo Distribuidora de Combustíveis Ltda., em 30.04.08. Ressalvo que em 19.03.2007, os ativos de distribuição da Ipiranga foram adquiridos pela Petrobrás e, posteriormente, em 31.10.09, a Alvo foi incorporada pela Petrobrás Distribuidora S/A, que assumiu o correspondente patrimônio e hoje responde pelos tributos relativos ao fundo ou estabelecimentos adquiridos.

Salvo melhor juízo, entendo acertado o lançamento de ofício, em nome da razão social da Companhia Brasileira de Petróleo Ipiranga (CBPI), não implicando necessariamente a substituição da CBPI pela BR (Petrobrás), posto que a responsabilidade tributária por sucessão decorrente de cisão de empresas encontra justificativa, antes, no art. 132 do Código Tributário Nacional - CTN, que faz a sucessora responder pelos tributos devidos pela sucedida até a data do ato que acarretou a transmissão das obrigações. Independente dos acordos firmados entre as partes, com base no artigo 123, CTN, para efeito de responsabilidade tributária, o sujeito passivo será sempre indicado pelo legislador. Sendo o caso, a Petrobrás como incorporadora do patrimônio será incluída no pólo passivo, nas hipóteses cabíveis do artigo 133, CTN.

No mérito o Auto de Infração exige ICMS relativo à omissão de saídas de mercadorias tributadas apurado em levantamento quantitativo de estoques (infrações 01 a 08), além da utilização indevida de crédito fiscal, na aquisição de serviço de transporte de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária (infração 09).

O autuado apresentou nas razões, em linhas gerais, as seguintes alegações: a inadmissibilidade de a Petrobrás Distribuidora S/A promover saída de mercadorias desacompanhada da correspondente nota fiscal; que os levantamentos fiscais não têm provas materiais; as diferenças encontradas são frutos de presunções, de equívocos da fiscalização e por conta das alterações volumétricas, uma vez que adquire combustíveis à temperatura de 20° C. Explica que os órgãos

competentes admitem percentuais de variação (0,4% a 0,72%) em relação à temperatura comum no Estado da Bahia, acima de 20°C, sobre o total da movimentação.

São ainda argumentos da defesa:

- a) divergências nos estoques das infrações 1, 2, 3 e 4; as operações de entradas relativas à faturamento antecipado foram consideradas indevidamente;
- b) nas infrações 2, 4, 6 e 8 não foi considerado que os produtos Gasolina, Álcool Anidro e Diesel tiveram o imposto pago por antecipação e não cabe a exigência nas saídas;
- c) nas infrações 6, 7 e 8, todo o estoque foi transferido para a ALVO DISTRIBUIDORA em 01/05/08 e não há como imputar infração à CBPI.

Vejamos então: com relação ao questionamento acerca de variação volumétrica considerada aceitável pela Portaria da Agência Nacional de Petróleo nº 07/69, não procede a alegação defensiva, posto que conforme esclarecimentos dos Auditores Fiscais, observo que foi considerado o percentual de 0,6%, em todas as movimentações de combustíveis.

Referente aos equívocos cometidos nos levantamentos fiscais, na informação fiscal, os autuantes acataram os ajustes promovidos pelo autuado, afastando diferença exigida para determinadas infrações, não acatou os ajustes para outras infrações com a manutenção do resultado original da Auditoria de Estoque. Visando esclarecer os equívocos, foi designada diligência fiscal.

Observo que formalmente o levantamento quantitativo de estoques dos combustíveis, apurado na presente auditoria, foi realizado de forma minuciosa, tomando-se por base a documentação fiscal, societária, eletrônica e contábil do próprio contribuinte autuado e em observação às alegações defensivas e documentos de prova apresentados. A final, com a exclusão dos valores pertinentes e redução da exigência inicial, remanescente as seguintes exigências: infração 01 (R\$ 305.317,76 para R\$ 163.596,71); infração 03 (R\$ 45.760,90 para R\$ 21.266,99); mantidas a infração 02 (R\$ 1.262.551,62), infração 04 (R\$ 330.566,05), além da exclusão da infração 05. O parecer ASTEC 0036/12 confirma as exigências contidas nas infrações 06, 07 e 08.

Ocorre que a infração 01, trata da omissão da saída de gasolina C (2006/07); a infração 02 acusa omissão de saída de óleo diesel (2006/07); na infração 03, álcool hidratado (2006/07); na infração 04, omissão de entrada de gasolina C (jan/abr-08); infração 06, omissão de saída de gasolina C (mai/dez-08); infração 07, omissão de saída de óleo diesel (mai/dez-08) e infração 08, omissão de saída de álcool hidratado (mai/dez-08).

Assim, as infrações 01, 02, 03 e 04; 06, 07 e 08, tratam da apuração da omissão de saídas (ou de entrada) dos combustíveis gasolina C, óleo diesel ou álcool hidratado, nos exercícios 2006/2007, e mesmo no período 01.05.2008 a 31.12.2008, que segue a cisão da CBPI e a transferência do acervo patrimonial transferido para a ALVO.

O autuado salienta que não houve omissão, argüindo que o recolhimento do ICMS dos produtos envolvendo a cadeia de comercialização, desde as refinarias até os revendedores varejistas, foi realizado por substituição tributária, por ocasião dos respectivos faturamentos pela refinaria. Reitera que, no caso, se opera a definitividade da substituição tributária, em relação ao valor pago antecipadamente, questão pacificada pelo STF, ao julgar a ADI nº 1851/AL, não sendo possível uma nova tributação.

A Fiscalização alegou que o sujeito passivo não atendeu intimações para apresentar documentos das saídas ou transferências posteriores do estoque final registrado no livro de inventário datado de 30/04/2008. Sem comprovação das saídas ou transferência entenderam os Auditores Fiscais que restaram caracterizadas as omissões de saídas apuradas.

Dentre as várias questões argüidas no presente no PAF, relacionados às diferenças de estoques dos combustíveis, independente das questões societárias, das variações volumétricas e dos documentos fiscais não apresentados, fundamental para o deslinde da lide é a argumentação

defensiva de que os combustíveis Gasolina C, Álcool Etílico Anidro Combustível - AEAC e Óleo Diesel tiveram ICMS pago por Substituição Tributária e incabível a exigência do imposto nas operações de saída.

Verifico que conforme disposto no art. 512-A do RICMS/BA (vigente à data da infração, 31.12.08):

São responsáveis pelo lançamento e recolhimento do ICMS relativo às operações internas subsequentes com as mercadorias abaixo especificadas, na condição de sujeito passivo por substituição os contribuintes indicados (Lei 7.014/96 e Convênio ICMS 110/07):

I – nas operações internas:

a) o formulador e o industrial refinador de combustíveis e gases derivados de petróleo ou de gás natural, em relação a:

1 – gasolinas – NCM 2710.11.5;

2 – óleo combustíveis – NCM 2710.19.2;

Por sua vez, a Cláusula Primeira do Convênio ICMS 03/99, como citado pelo autuado e, vigente na data da autuação, a Cláusula Primeira do Convênio ICMS 110/07, prevê que os remetentes são responsáveis pela retenção e recolhimento do ICMS, na condição de sujeitos passivos por substituição, nas operações de remessa de combustíveis destinados a contribuintes localizados em outras unidades da Federação.

Pelo exposto, quer a distribuidora tenha adquirido os combustíveis em refinaria localizada no Estado da Bahia ou tenha recebido o produto de empresa localizada em outra unidade da Federação, o imposto foi pago na operação de aquisição, mediante retenção por parte do vendedor. Tendo sido apurado omissão de saída de combustíveis (Gasolina C e Diesel) nas infrações 6, 7 e 8, não é cabível a exigência ICMS nas operações de saída interna, visto que já tinha encerrado a fase de tributação destas mercadorias na cadeia de comercialização.

Com relação ao Álcool Etílico Anidro Combustível - AEAC, utilizado na adição à Gasolina “A” para produção de Gasolina “C” (comercializada pelas distribuidoras), tem a incidência do ICMS diferida (art. 511, RICMS/BA), na venda para as distribuidoras de petróleo. As refinarias ao venderem gasolina “A” para as distribuidoras retêm a parcela do imposto referente à quantidade de AEAC misturada à gasolina “A” para efeito de formar a gasolina “C”. Convém ressaltar que se tivesse ocorrido saídas subsequentes em operações interestaduais, as mesmas estariam contempladas com a não incidência (alínea “b” do inciso X do § 2º do artigo 155 da CF/88) e o imposto devido por substituição seria de direito do estado de destino (Convênio ICMS 03/99, ICMS 110/07).

Vige na regra de tributação do ICMS dos combustíveis um deslocamento para àqueles que realizem, no Estado onde ocorrer o consumo, as operações de circulação das mercadorias ali enumeradas. Cumpre salientar, por oportuno, que tal deslocamento da tributação ao Estado onde ocorre o consumo verifica-se ainda que a cobrança do imposto seja imputada ao remetente (localizado no Estado onde ocorre a saída interestadual) de combustíveis e lubrificantes, na condição de sujeito passivo por substituição.

Portanto, no caso concreto, resta comprovada a insubsistência das infrações 01, 02, 06 e 07 quanto à obrigação principal; comprovado, entretanto o cometimento de infração à obrigação acessória da falta de emissão de notas fiscais relativas às operações de saídas de mercadorias não sujeitas a tributação, compete a conversão da exigência em multa por descumprimento de obrigação acessória, no valor de R\$50,00, prevista no art. 42, XXII da Lei nº 7.014/96 (art. 5º, III da Port. 445/98).

Precedente do CONSEF colhido a partir do Acórdão CJF 0059-13/12.

A arguição da defesa, na infração 03, além da exclusão da entrada indevida por faturamento antecipado (notas fiscais 251.353 e 251.913) e das saídas não consideradas de 15.000 litros (notas fiscais 37.395 e 238.283), fls. 2974, operada anteriormente pelos autuantes, que reduziu a exigência

de R\$ 45.760,90 para R\$ 21.266,99, repousa na tese que a fiscalização considerou em duplicidade as entradas de álcool hidratado das notas fiscais 231.442 e 231.795, no exercício 2006.

Verifico, de fato, que as notas fiscais 231.442 e 231.795, total de 59.193 litros de álcool hidratado, foram consideradas em duplicidade, conforme se verifica dos registros nos demonstrativos de fl. 100 e também fl. 105. De forma semelhante, no exercício de 2007, a duplicidade da nota fiscal 233.399, no demonstrativo de entradas, fl. 234, provocou a omissão de saídas considerada no demonstrativo fiscal revisado de fl. 3166. Infração 03 integralmente descaracterizada.

Com relação à infração 08, que também exige omissão de saída para o álcool etílico hidratado combustível – AEHC, Os Auditores Fiscais afirmam que não houve comprovação da saída ou transferência posterior do estoque registrado em 30.04.2008. O autuado alega apenas que passou a ser operado pela Distribuidora ALVO e que não houve omissão de saídas. O demonstrativo de fls. 374 evidencia a diferença de 38.728 litros e o ICMS de R\$ 10.220,71. Exigência caracterizada.

Atinente à infração 04, que trata das operações com gasolina C, no período de janeiro até 30 de abril de 2008, a arguição da defesa é que a diferença apontada pela fiscalização se deve às notas fiscais de entrada e saída do mês de fevereiro, não consideradas.

Pela análise dos elementos contidos no processo, constato que o impugnante fez demonstrativo comparativo entre os levantamentos fiscal e o da empresa autuada, fls. 2976/2978, confrontando-os, a partir das entradas de gasolina chamada A, (525.000 litros), da entrada de álcool anidro (192.969 litros) e da saída de gasolina C (722.000 litros), não consideradas pela fiscalização, no mês de fevereiro 2008. As reclamações do sujeito passivo encontram amparo, no mundo dos fatos, uma vez que, efetivamente, os registros das notas fiscais de saída e de entradas, discriminadas em suas razões, às fls. 3240/3243, não foram consignados no demonstrativo fiscal. Infração 04 que também resta descaracterizada.

Por derradeiro, quanto à infração 09, na defesa apresentada o autuado alegou que os créditos fiscais de ICMS considerados como indevidos se referem a operações de prestação de serviços de transportes contratadas em operação interestadual que destina combustível ao Estado da Bahia, o que foi confirmado pelos autuantes na informação fiscal.

Pela análise dos elementos contidos no processo, verifico que conforme demonstrativo à fl. 19 foram relacionados os valores de créditos fiscais escriturados no livro RE com o CFOP 2.353. Logo, em se tratando de operações interestaduais com combustíveis, não há incidência do ICMS conforme disposto no art. 155, § 2º, X, “b”, da CF/88. Porém a contratação do serviço de transporte vinculado às aquisições desses produtos pelas distribuidoras com cláusula FOB, na situação presente, não está amparada pela imunidade.

Entretanto, por força da Cláusula Primeira dos Convênios ICMS 03/99 e 110/07 é atribuída ao remetente de combustíveis, situado em outras unidades da Federação, a condição de sujeito passivo por substituição, “relativamente ao ICMS incidente sobre as operações com esses produtos, a partir da operação que os remetentes estiverem realizando, até a última, assegurando o seu recolhimento à unidade federada onde estiver localizado o destinatário”.

Pelo exposto, infere-se que a operação interestadual com combustível é imune à tributação do ICMS e tributada à operação com o frete a ela vinculado. Como o imposto retido relativo ao combustível, por força do Convênio ICMS 03/99 é remetido para o Estado destinatário (no caso presente o Estado da Bahia) encerrando as fases subseqüentes de tributação, a operação interna subseqüente é tributada, pois o imposto foi pago por antecipação. Já com relação ao frete, na formação da base de cálculo da operação com os combustíveis já se encontram embutidas as parcelas correspondentes aos fretes pagos pelo destinatário, cujo valor do imposto que foi destinado ao Estado de destino. Conseqüentemente, sendo a operação interna subseqüente tributada (com o combustível) o crédito fiscal relativo ao frete contratado relativo à operação de aquisição deve ser apropriado pelo destinatário da mercadoria. Logo, correta a utilização do crédito fiscal relativo ao frete sobre a prestação de serviço de transporte vinculada a tal produto.

Esta questão não é novidade no âmbito deste Conselho, pelo que cito precedentes nos os Acórdãos CJF 0059-13/12; CJF 0439-11/02; CJF 0218-11/02; CJF 008-12/03. A Câmara Superior pacificou o entendimento (CS nº 0220-21/02) de que nas “operações internas com combustíveis e lubrificantes derivados de petróleo, por serem tributadas, constitui direito ao crédito fiscal o ICMS incidente sobre o serviço de transporte nas entradas a preço FOB e nas saídas a preço CIF, enquanto nas operações interestaduais, tanto a preço CIF como a preço FOB, o crédito fiscal relativo à prestação de serviço de transporte será lançado pelo estabelecimento adquirente das mercadorias e não pelo remetente, cabendo ao Estado de destino arcar com o ônus do mesmo.”

O Acórdão JJF 0357-02/10 que os Auditores Fiscais trouxeram na Informação Fiscal para fundamentar a sua tese de créditos indevidos, não se aplica, ao caso em concreto, uma vez que a situação não trata de operações interestaduais com combustíveis, além de se reportar a “prestações de transportes intermunicipais no período de 2004” cujo pagamento do ICMS foi dispensado a partir de 01/01/03 (art. 1º, § 7º do RICMS/BA). Assim sendo, não há pertinência entre os fatos abordados naquela decisão em relação às peculiaridades das operações com combustíveis e crédito fiscal do frete tratado no presente caso.

Pelo exposto, deve ser afastada integralmente a exigência da infração 9, que resta improcedente.

Posto isso, o presente Auto de Infração é **PROCEDENTE EM PARTE**, no valor do ICMS de R\$ 10.220,71, além da multa por descumprimento de obrigação acessória, no valor de R\$ 50,00, após a apreciação das imputações acometidas ao sujeito passivo.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **206949.0000/10-8**, lavrado contra **COMPANHIA BRASILEIRA DE PETRÓLEO IPIRANGA**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$ 10.220,71**, acrescido da multa de 70%, prevista no art. 42, III da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$50,00**, prevista no art. 42, XXII da citada Lei e dos acréscimos moratórios de acordo com o previsto pela Lei 9.837/05.

Esta Junta recorre de ofício da decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a”, do RPAF/99, aprovado Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537/11, com efeitos a partir de 20/12/2011.

Sala das Sessões do CONSEF, 21 de março de 2013.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO – RELATOR

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO - JULGADOR