

**PROCESSO** - A. I. Nº 326297.3004/16-8  
**RECORRENTE** - PETRÓLEO BRASILEIRO S.A - PETROBRÁS  
**RECORRIDA** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECURSO** - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JF nº 0104-01/17  
**ORIGEM** - SAT/COPEC  
**PUBLICAÇÃO** - INTERNET 13/04/2018

## **1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL**

### **ACÓRDÃO CJF Nº 0036-11/18**

**EMENTA:** ICMS. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO A MAIOR QUE A DEVIDA. SERVIÇO DE TRANSPORTE. Nas operações de contratação de serviço de transporte utilizados em operação interestadual de circulação de mercadoria realizada a preço CIF, o crédito fiscal admissível fica limitado a aplicação da alíquota prevista para operação interestadual, no caso 12%, que foi empregada na comercialização da mercadoria, de forma que o crédito utilizado pelo tomador do serviço do transporte se equipare ao débito gerado relativo ao custo do frete incluído no preço da mercadoria. Indeferido o pedido de realização de diligência e perícia. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão não unânime.

## **RELATÓRIO**

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte, com base no art. 169, I, “b”, do RPAF/BA, contra a decisão da 1ª JF que julgou Procedente o Auto de Infração, lavrado em 23/11/2016, exigindo ICMS no valor de R\$3.664.779,64, por recolher a menos o imposto em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas prestações de serviço de transportes, regularmente escrituradas, ocorrido de março de 2014 a dezembro de 2015 e em fevereiro de 2016, acrescido de multa de 60%, prevista na alínea "a" do inciso II do art. 42 da Lei nº 7.014/96.

*Consta na descrição dos fatos que o autuado se apropria de créditos fiscais de ICMS relativo ao frete em dutovias na comercialização de gás natural com destino à empresa COPERGÁS, no Estado de Pernambuco no percentual de 17% do valor da prestação, quando seria permitido apenas sobre 12%. Complementa que apenas uma operação de venda teve como destino o Estado de Alagoas.*

*Informa que existe um litígio do autuado com o Estado de Pernambuco em que a referida unidade da Federação pretende caracterizar o ponto de entrega do gás naquele Estado (city gate) como um estabelecimento do autuado, onde supostamente se realizaria industrialização de gás natural, para fins de alterar a base de cálculo do recolhimento do ICMS normal, descaracterizando operação interestadual para operação interna.*

*Esclarece que no transporte por dutovias o gás precisa passar pelo city gate que é um conjunto de flanges e válvulas, onde o gás é filtrado, aquecido e medido, além de sofrer uma redução de pressão. Destaca, entretanto, que o gás sai da Bahia pronto para o consumo, não mais se submetendo a qualquer processo que altere a sua constituição.*

*Estado de Pernambuco entende, portanto, que o autuado, na venda de gás, teria desconsiderado a etapa de transferência do produto para o suposto estabelecimento conhecido como city gate.*

*O autuante ressalta que a ANP firmou entendimento de que não há qualquer processo industrial do gás no city gate (fls. 43 a 51). Explica que o city gate integra o gasoduto de transporte pertence à transportadora. É, em síntese, uma estação de medição e controle de pressão.*

Na Decisão proferida (fls. 113 a 117) a 4ª JF inicialmente ressaltou que foram observados todos os requisitos previstos no art. 39 do RPAF/BA na lavratura do Auto de Infração que trata da exigência de crédito tributário em razão do autuado ter utilizado como crédito fiscal o imposto destacado com uma alíquota de 17% nas prestações de serviços de transporte iniciadas e finalizadas em Pernambuco ao invés de ter aproveitado 12%, fundamentando que:

*Inicialmente, vale ressaltar que a discussão judicial levantada pelo Estado de Pernambuco acerca da consideração do city gate como um estabelecimento do autuado em nada altera o deslinde da presente lide.*

*Entendo desnecessária requerer a expedição de ofício pela Agência Nacional de Petróleo – ANP, a fim de esclarecer se é permitido misturar o Resíduo Atmosférico (RAT) e o petróleo para transporte, considerando-os individualmente na mistura, para fins de movimentação de hidrocarbonetos, como solicitado pelo autuado. Esta informação não se mostra importante para a solução da presente lide.*

*O autuado comercializa gás natural que é transportado por dutovia desde a origem até o destino. Quatro transportadoras possuem a propriedade de trechos do percurso do gás natural entre a Bahia e Pernambuco e os contratos de prestação de serviço de transporte são firmados separadamente.*

*O autuado informa em documento anexado à fl. 27 que as vendas são realizadas sob a modalidade CIF, porém nos conhecimentos de transporte referidos no demonstrativo das fls. 07 a 19, bem como nos anexados pelo autuado das fls. 87 a 97, não existem referências de que o serviço de transporte foi prestado na modalidade CIF.*

*Convém destacar que não foi apresentada a nota fiscal referente à mercadoria comercializada para que pudesse ser verificada a consignação da informação de que o frete foi incluído no preço da mercadoria ou que a venda ocorreu a preço CIF. Também não foi requerida diligência para busca desta informação porque entendo desnecessária diante do limite dado neste Auto de Infração que reclama a falta de recolhimento de imposto em decorrência de utilização indevida de crédito fiscal relativo ao serviço de transporte no valor destacado que suplanta o percentual de 12%.*

*Da análise dos autos observo que o serviço de transporte não ocorreu nem na modalidade de subcontratação nem na modalidade de redespacho. O autuado possui contrato com cada uma das transportadoras e estabelece diretamente a execução das prestações.*

*Considerando que as empresas prestadoras de serviços de transporte que não possuem inscrição no cadastro de contribuintes do Estado da Bahia devem se submeter ao tratamento dado aos prestadores autônomos, a contratação do serviço de transporte jamais poderia ocorrer na modalidade CIF. Neste caso, o autuado assumiria a condição de sujeito passivo por substituição tributária e o documento fiscal que acobertasse a circulação da mercadoria serviria, também, para acobertar o transporte, mas a base de cálculo do imposto referente ao frete, a alíquota aplicada e o destaque do ICMS retido relativo ao frete seriam informados em separado em relação à tributação sobre a mercadoria, conforme inciso II do art. 439 do RICMS/12.*

*Este procedimento pressupõe a prestação desde a origem até o destino, o que não aconteceu no presente caso. Porém, inadmissível compreender que a impossibilidade de tratamento no todo possa resultar em interpretação diferente quando a prestação se dá apenas em parte do percurso e com início em outra unidade da Federação. Como o início da prestação de serviço de transporte se deu em outra unidade da Federação, também não é admissível que o autuado figure como substituto tributário, pois não há acordo entre os estados sobre esse assunto.*

*Ressalto, ainda, que o fato do autuado figurar como tomador do serviço não implica que a prestação deva ocorrer na modalidade CIF. Os impedimentos já assinalados levam à conclusão que o autuado não poderia incluir no preço da mercadoria o valor do frete prestado por vários prestadores em diversos trechos, principalmente quando iniciados em outra unidade da federação. Neste caso, a venda da mercadoria, declarada na nota fiscal, necessariamente deve ocorrer na modalidade FOB e os créditos fiscais vinculados às prestações de serviços de transporte devem ser aproveitados pelos destinatários, inclusive aqueles cuja prestação teve início na Bahia.*

*A impossibilidade de considerar que a venda do gás natural no caso presente possa ocorrer na modalidade CIF afasta, inclusive, a chance do autuado utilizar de um aproveitamento de crédito fiscal superior ao próprio débito fiscal a que estaria sujeito.*

*Se admitida que a contratação de prestadores localizados em outras unidades da Federação, para iniciarem e finalizarem serviço de transporte em seus respectivos estados sob uma alíquota superior à interestadual, possa ser inserida num conjunto de operações com mercadorias sob a modalidade CIF, teríamos uma redução do imposto recolhido ao Estado de localização do remetente, podendo até repercutir em diminuição do próprio imposto incidente sobre a mercadoria, já que não há tributação de ICMS nas prestações internas de serviço de transporte de cargas (art. 12 da Lei nº 8.534/02).*

*A realidade tributária advinda da peculiar forma de transporte do gás natural, que utiliza quatro transportadoras em quatro trechos diferentes, implicou em um aumento da carga tributária, pois a tributação deixou de ocorrer sob a alíquota única de 12% para ficar sujeita a alíquota de 17% em trechos localizados dentro de um mesmo Estado.*

*O princípio da não cumulatividade não será afetado se o autuado der o tratamento correto à venda do gás natural no presente caso, não tentando estabelecer uma modalidade CIF numa situação não admitida na legislação, visando reduzir a carga tributária da prestação de serviço de transporte causada em função da peculiar divisão de propriedade dos dutos por onde devem passar seus produtos, em flagrante prejuízo para o*

*Estado remetente.*

*Por todo o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração, sugerindo a realização de nova ação fiscal visando a cobrança do crédito fiscal remanescente que foi destacado pelas empresas transportadoras, inclusive pelas localizadas no Estado da Bahia, e indevidamente aproveitado pelo autuado.*

*Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.*

No Recurso Voluntário interposto (fls. 128 a 138) o recorrente inicialmente comenta a autuação, os argumentos defensivos apresentados, o julgamento, inclusive sobre a modalidade do transporte (CIF ou FOB) cuja diligência fiscal requerida foi indeferida.

Discorre sobre a aplicação subsidiária do Código de Processo Civil (CPCC) previsto no art. 180 do RPAF/BA, e art. 10 do CPC, alegando que a JJF não poderia ter decidido sem ter realizado diligência fiscal nos termos do art. 147, I e 150 do citado Regulamento.

Afirma que deve ser avaliado a oportunidade de se defender, que não foi proporcionado pela 1ª JJF e requer que seja realizado diligência fiscal para produção de provas a respeito da modalidade de transporte (CIF) e destaque do ICMS para fins de creditamento.

No mérito, afirma que caso ultrapassado a nulidade suscitada, os documentos juntados ao processo comprovam que o transporte foi realizado na modalidade CIF e se fosse FOB, não teria pago aos fornecedores, nem teria direito de se creditar, mas na situação presente o autuante reconheceu o direito de se creditar, mas com alíquota de 12% e não de 17%.

Afirma que não se sustenta a conclusão de que a venda foi feita pela cláusula FOB, tendo em vista que foi reconhecido o direito do crédito pela alíquota de 12%, logo a preço CIF.

Argumenta que a Decisão de início aventa que o art. 439, II do RICMS/2012 elege a Petrobrás como sujeito passivo por substituição tributária, servindo o documento fiscal de circulação da mercadoria também para acobertar o transporte, separando a base de cálculo e alíquota e o destaque do ICMS referente ao frete da mercadoria, mas que estas disposições só se aplicam a transporte sujeito à tributação pelo Estado da Bahia, que não é o caso, pois a operação iniciou e terminou no Estado de Pernambuco.

Aduz que a fiscalização ignorou que não há uma única operação de transporte para a entrega do produto ao destinatário, visto que pela logística contrata diferentes transportadores, nas operações de venda de gás natural, a partir do Estado da Bahia para a COPERGÁS localizada no Estado de Pernambuco.

Diz que os dutos pelos quais a mercadoria (gás) trafega não são operados por uma única transportadora, precisando contratar operação em cada trecho com base nos seguintes contratos:

- Contrato GASENE Norte/TAG (São Sebastião do Passé/BA até Pojuca/BA);
- Contrato Malhas Nordeste/TAG, NTN, NTS e TRANSPETRO (Pojuca/BA até Pilar/AL);
- Contrato Pilar-Ipojuca/TAG (Pilar/AL até Ipojuca/PE) e;
- Contrato Malha Nordeste/TAG, NTN, NTS e TRANSPETRO (Ipojuca/PE até Cabo de Santo Agostinho/PE).

Cita que isso é confirmado pela utilização de Conhecimentos de Transporte (CTes) nºs 2250, 2301, 2327 e 3066 emitidos pela filial da NTS, CNPJ/MF nº 04.992.714/0008-50 (Pojuca/BA); ii) o CTe nº 861 emitido pela filial da TAG, CNPJ/MF nº 06.248.349/0024-10 (Pilar/AL), e; iii) os demais CTe's foram expedidos pela filiais da TRANSPETRO, CNPJ/MF nº 02.709.449/0049-01, da NTN, CNPJ/MF nº 04.991.833/0002-01, da NTS, CNPJ/MF nº 04.992.714/0015-80 e da TAG, CNPJ/MF nº 06.248.349/0010-14 (Ipojuca/PE).

Afirma que há serviços interestaduais de transporte entre Pojuca/BA e Pilar/AL (CTe's nºs 2250, 2301 e 2327), emitidos pela filial da NTS, CNPJ/MF nº 04.992.714/0008-50, localizada em Pojuca/BA.

E que, todas as demais operações foram internas, ressaltando que o transporte pelo CTe nº 3066 foi efetuado entre Pojuca/BA e Camaçari/BA, enquanto o serviço do CTe nº 861 foi prestado entre Pilar/AL e Rio Lago/AL, pela filial da TAG no município de origem, CNPJ/MF nº 06.248.349/0024-10.

Diz que todos os demais documentos fiscais se referem a serviços utilizados exclusivamente no Estado de Pernambuco (CTe nº 3189; CTe nº 3195; CTe nº 2133; CTe nº 648 e CTe nº 2133.) e entende que sujeitam-se às operações internas cuja alíquota interna foi aplicado corretamente.

Conclui que, com exceção dos CTe's nºs 2250, 2301, 2327, 3066, emitidos pela TRANSPETRO foi legítima a apropriação do crédito destacado a uma alíquota de 17%, referente ao transporte intermunicipal realizada no Estado de Pernambuco, local onde teve início e encerra a prestação do serviço e que caracteriza o local da operação.

Destaca que não se sustenta o argumento de “*redução do imposto recolhido ao Estado de localização do remetente*”, tendo em vista que a apropriação de crédito obedece à regra constitucional da não cumulatividade (art. 155, §2º, I da CF; art. 29 da Lei 7014/1996).

Destaca que a empresa não “*tentou estabelecer uma modalidade CIF numa situação não admitida na legislação*” e a lei tributária não pode vedar a realização de negócios jurídicos lícitos, devendo a legislação se curvar à realidade e não ao contrário.

Conclui que o creditamento pela alíquota de 17% decorre do percentual de tributação aplicado ao Estado de Pernambuco nas prestações de serviços de transporte intermunicipal ali realizados e o Estado da Bahia não pode vedar o aproveitamento do crédito fiscal, aumentando o valor do tributo devido, sem previsão legal.

Requer reforma da Decisão, declarando a improcedência do Auto de Infração.

## VOTO

Inicialmente cabe apreciar o pedido de nulidade da Decisão sob o argumento de ter sido cerceado o seu direito de defesa pelo fato da 1ª Junta de Julgamento Fiscal não ter deferido o pedido de realização de diligência fiscal para verificar qual a modalidade do transporte (CIF ou FOB).

Observo que de acordo com o art. 150, I do RPAF/BA, entende-se por diligência a realização de ato por ordem da autoridade competente para que se cumpra uma exigência processual ou para que se investigue a respeito do mérito da questão, e consiste na pesquisa, sindicância, exame, vistoria, levantamento, informação, cálculo ou qualquer outra providência que vise à elucidação da matéria suscitada, que não requeiram conhecimento técnico especializado.

Na situação presente, conforme fundamentado na Decisão ora recorrida, o documento à fl. 27, em atendimento a intimação fiscal o estabelecimento autuado informou que “*Como as vendas são realizadas sob a modalidade CIF, o custo do transporte é suportado pelo vendedor e este o repassa ao comprador no preço do gás*”. Portanto, não se mostrou necessária à realização da diligência como foi formulada, nos termos do art. 147, I, “a” e “b” do RPAF/BA, quer seja em vista de que o pedido objetiva verificar fatos vinculados à escrituração comercial e fiscal ou a documentos que são de posse do requerente e cuja prova poderia ter sido por ele juntada ao processo, quer seja por ser uma faculdade do Relator indeferir a diligência em função do seu convencimento sobre a presente lide, como o fez. Por isso fica indeferido o pedido de nulidade da Decisão.

No mérito, o recorrente alega que utilizou o crédito fiscal destacado no conhecimento de transporte relativo à operação que iniciou e terminou no Estado de Pernambuco pela alíquota de 17% (transporte intermunicipal) e o Estado da Bahia não pode vedar o aproveitamento do crédito fiscal.

Para facilitar o entendimento faz-se necessário abordar: i) natureza da operação; ii) da alíquota aplicável e iii) do direito do crédito fiscal.

Conforme ressaltado pelo recorrente a operação de comercialização da mercadoria a qual está vinculado o crédito fiscal refere-se a operações de venda de gás natural, a partir do Estado da Bahia para a COPERGÁS localizada no Estado de Pernambuco cujo transporte é feito por dutovia.

Neste caso, a saída da mercadoria não é feito mediante remessa de uma quantidade específica

(transportada por caminhão, navio, etc.). O gás natural tem saída contínua do estabelecimento autuado trafegando por dutos de diversas transportadoras contratadas, cujos trechos são:

- (A) GASENE Norte/TAG (São Sebastião do Passé/BA até Pojuca/BA);
- (B) Malhas Nordeste/TAG, NTN, NTS e TRANSPETRO (Pojuca/BA até Pilar/AL);
- (C) Pilar-Ipojuca/TAG (Pilar/AL até Ipojuca/PE) e;
- (D) Malha NE/TAG, NTN, NTS e TRANSPETRO (Ipojuca/PE até Cabo de Santo Agostinho/PE).

A situação em questão pertence a operação de transporte intermunicipal prestada pela Malha NE/TAG, NTN, NTS e TRANSPETRO (Ipojuca/PE até Cabo de Santo Agostinho/PE) que na condução do transporte do gás natural foi tributado com a alíquota de 17% e a fiscalização entende que se trata de operação de transporte interestadual que deveria ter tributada com alíquota de 12% e efetuou a glosa do crédito com porcentual de 5%.

Com relação à operação de comercialização da mercadoria, trata-se de uma **operação interestadual**, visto que a transação comercial com o gás natural foi feita por contribuinte localizado no Estado da Bahia pela Terminal de Regasificação da Bahia (TRBA) com contribuinte localizado no Estado de Pernambuco a COPERGÁS.

Quanto à alíquota aplicável, o art. 15 da Lei nº 7.014/96 estabelece que:

*Art. 15. As alíquotas do ICMS são as seguintes:*

*II - 12% (doze por cento), nas operações e prestações interestaduais que destinem mercadorias, bens ou serviços a contribuintes ou não do imposto.*

*§ 3º Ainda que se trate de operação ou prestação em situação fiscal irregular, a aplicação da alíquota dependerá do tipo de mercadoria ou prestação realizada e se a operação ou prestação for interna ou interestadual.*

O recorrente argumenta que para efeito de pagamento do ICMS relativo à prestação de serviço do transporte deve ser considerado como local da operação e responsável, onde tenha iniciado a operação nos termos do art. 11, II, “a” da LC 87/96 que estabelece que “*para os efeitos da cobrança do imposto e definição do estabelecimento responsável*” em se tratando de prestação de serviço de transporte: onde tenha iniciado à prestação.

Ocorre que conforme explicitado pelo recorrente, na operação interestadual de comercialização da mercadoria, foi utilizado serviços de quatro transportadores, com modalidade de contratação de transporte com cláusula CIF, ou seja, frete pago pelo remetente das mercadorias.

Nesta situação, o valor do frete está incluso no preço da mercadoria, ou seja, no preço do gás natural comercializado estão inclusos os valores dos serviços de transportes tomados, no caso das operadoras das quatro dutovias.

Sendo assim, tomando por exemplo o CTe de nº 2133 relacionado no demonstrativo elaborado pela fiscalização (fl. 21), o valor do transporte de R\$403.648,91 que foi creditado pela alíquota de 17% totalizando valor de R\$68.648,91 e foi exigido a diferença de 5% com valor de R\$20.190,36.

Como a operação foi realizada com cláusula de transporte CIF, o valor do frete está incluso no preço do gás natural comercializado. No demonstrativo foi indicado a chave da NFe mas não foi indicado o valor.

Pela lógica do crédito relativo ao serviço de transporte a preço CIF, tem-se que:

- 1) Como o valor do frete integra o preço da mercadoria, sendo que o estado onde tem início a operação recebe o valor do ICMS incidente sobre o frete, que inclui a base de cálculo de tributação da comercialização da mercadoria;
- 2) Recebe, também o valor do ICMS incidente sobre o frete do transportador;
- 3) Para evitar arrecadação do imposto em duplicidade, a legislação possibilita que o vendedor da mercadoria se credite do ICMS incidente sobre o frete contratado, neutralizando o débito contido na base de cálculo relativo ao frete.

Tomando por exemplo o valor acima, e não tendo identificado o valor da comercialização da mercadoria, indicamos de forma hipotética um valor de R\$1.000.000,00 que se tratando de

operação interestadual foi tributada em 12% resultado em débito de R\$120.000,00.

Neste caso o vendedor recebe do comprador da mercadoria o valor de R\$1.000.000,00 e retira desta receita o valor pago para o transportador de R\$403.648,91. Se o frete foi tributado pela alíquota de 12% o valor de R\$48.437,86 será compensado do débito da mercadoria (R\$120.000,00). Ou seja, o mesmo valor do imposto recolhido pelo transportador (R\$48.437,86), constitui crédito pelo vendedor da mercadoria, o que neutraliza o valor do ICMS do frete contido no valor da mercadoria.

Na situação presente o valor do frete de R\$403.648,91 que foi tributado pela alíquota de 17% resultou em valor de R\$68.648,91 que foi recolhido para o Estado de Pernambuco.

Ocorre que na operação interestadual da venda da mercadoria, na base de cálculo está contida o valor do frete de R\$403.648,91 que foi tributado com a alíquota de 12%, resultando em valor a compensar, no caso o Estado da Bahia de R\$48.437,86 gerando um crédito suportado em desfavor do Estado da Bahia de R\$20.190,86 que foi o valor exigido na autuação.

Quanto à utilização do crédito fiscal, transcrevo abaixo o disposto no art. 309, V, §§7º e 8º do RICMS/2012, com base nas disposições da LC 87/96 e Lei 7.014/96.

*Art. 309. Constitui crédito fiscal de cada estabelecimento, para compensação com o tributo devido em operações ou prestações subsequentes e para fins de apuração do imposto a recolher, salvo disposição em contrário:*

...

*V - o valor do imposto cobrado, relativo aos serviços de transporte tomados;*

...

*§ 7º Se o imposto for destacado a mais do que o devido, somente será admitido o crédito fiscal do valor do imposto corretamente calculado, inclusive quando, em operação interestadual, a legislação da unidade federada de origem fixar base de cálculo superior à estabelecida em lei complementar ou em convênio ou protocolo, ou o imposto houver sido cobrado com base em pauta fiscal superior ao valor da operação.*

*§ 8º Na entrada de mercadorias e na utilização de serviços oriundos de outras unidades da Federação, o crédito fiscal só será admitido se calculado pelas seguintes alíquotas:*

*I - mercadorias ou serviços oriundos dos Estados do Paraná, Santa Catarina, Rio Grande do Sul, Minas Gerais, Rio de Janeiro e São Paulo: 7%;*

*II - mercadorias ou serviços provenientes dos demais estados e do Distrito Federal: 12%;*

Pelo exposto, fazendo uma interpretação contextual da legislação, em se tratando de contratação de serviço de transporte contratado pela cláusula CIF, vinculado à operação interestadual de comercialização de gás natural, o crédito fiscal a ser admitido pelo estabelecimento vendedor relativo ao frete, deve limitar-se ao mesmo percentual da alíquota aplicável a operação de comercialização da mercadoria, no caso de 12%.

Tendo o recorrente contratado frete vinculado à operação interestadual de venda de mercadoria submetido à alíquota de 12%, ao teor do art. 309 do RICMS/2012, constitui crédito para compensação do imposto devido o valor do imposto relativo aos serviços de transporte tomados, admitido se o crédito fiscal do valor do imposto corretamente calculado, no caso serviços provenientes de outros estados, no caso em questão o Estado de Pernambuco, com alíquota de 12%.

Ressalte-se ainda que conforme apreciado na Decisão ora recorrida, é questionável a utilização do crédito fiscal relativo à contratação de serviço de na modalidade CIF, de transportador localizado em outro Estado, sem inscrição no Estado da Bahia, que submetem-se ao tratamento dado aos prestadores autônomos e o tomador assume a responsabilidade pela retenção e recolhimento do ICMS na qualidade de contribuinte substituto, nos termos do art. 439, II do RICMS/12, devendo fazer constar no documento fiscal.

Como a autuação se refere à limitação do crédito pela alíquota de 12% relativo à prestação de serviço de transporte interestadual tomado com cláusula CIF, não configura questão a ser discutida neste processo.

Por tudo que foi exposto, ao contrário do que foi argumentado pelo recorrente, com base no princípio da não cumulatividade do ICMS, a legislação tributária limita a utilização do crédito fiscal contratado sob cláusula CIF pela alíquota de 12%, conforme previsto para operações interestaduais de circulação de mercadorias e prestação de serviços de transportes.

Voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

#### VOTO DIVERGENTE

Com a devida vênia, em que pese o bem fundamentado o voto do i. Relator, divirjo do posicionamento adotado quanto ao crédito relativo ao frete nas operações ocorridas em Pernambuco, com uma alíquota de 12% ao invés de 17%, que pelas razões que passo a expor.

A situação em questão diz respeito à operação de transporte intermunicipal prestada pela Malha NE/TAG, NTN, NTS e TRANSPETRO (Ipojuca/PE até Cabo de Santo Agostinho/PE) que na condução do transporte do gás natural foi tributado com a alíquota de 17% e a fiscalização entende que se trata de operação de transporte interestadual que deveria ter tributado com alíquota de 12% e efetuou a glosa do crédito com porcentual de 5%.

Ao contrário do entendimento da autuação, o qual foi confirmado pelo i. Relator, entendo ser legítima a apropriação do crédito destacado a uma alíquota de 17%, referente ao transporte intermunicipal realizado no Estado de Pernambuco, local da operação em questionamento.

É lícito que o contribuinte se credite daquilo que efetivamente pagou. Nas operações internas realizadas em Pernambuco, o contribuinte tem o dever de aplicar a alíquota de 17% por ser uma determinação legal. Ora, como pode o Fisco da Bahia entender que a alíquota aplicável seria 12%, se os 17% dizem respeito a alíquota interna realizada em outro Estado? Agir de forma diferente seria ir de encontro com o próprio Princípio da Não Cumulatividade.

Definitivamente estamos diante de um descompasso entre as normas estaduais, não devendo o contribuinte suportar tais efeitos, uma vez que este não tinha outra maneira de proceder se não aquela determinada pela legislação à qual estava adstrito.

Assim, voto pelo PROVIMENTO do Recurso Voluntário, acatando as razões recursais em sua totalidade.

#### RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão não unânime, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **326297.3004/16-8**, lavrado contra **PETRÓLEO BRASILEIRO S.A. – PETROBRÁS**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$3.664.779,64**, acrescido das multas de 60%, prevista no art. 42, II, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologado o valor recolhido.

VOTO VENCEDOR – Conselheiros: Eduardo Ramos de Santana, José Rosivaldo Evangelista Rios, Paulo Danilo Reis Lopes e Rubens Bezerra Soares.

VOTO DIVERGENTE – Conselheiro(as): Laís de Carvalho Silva e Carlos Antonio Borges Cohim Silva.

Sala das Sessões do CONSEF, 26 de fevereiro de 2018.

RUBENS BEZERRA SOARES - PRESIDENTE

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – RELATOR

LAÍS DE CARVALHO SILVA – VOTO DIVERGENTE

ROSANA MACIEL BITTENCOURT PASSOS – REPR. DA PGE/PROFIS