

A. I. Nº - 206923.0048/20-8
AUTUADO - ALESAT COMBUSTÍVEIS S.A.
AUTUANTE - ANDRES MIGUEL ESTEVEZ MOREIRA
ORIGEM - SAT / COPEC
PUBLICAÇÃO - INTERNET 05/01/2022

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0238-02/21-VD

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. SERVIÇOS DE TRANSPORTE. FRETE DE MERCADORIA COM SAÍDAS/VENDAS INTERESTADUAIS AMPARADAS PELA IMUNIDADE CONSTITUCIONAL. Considera-se indevido o crédito fiscal de ICMS referente a serviço de transporte interestadual ou intermunicipal não vinculado a operação com mercadorias com saídas subsequentes tributadas. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração ora apreciado foi lavrado em 09 de dezembro de 2020 e refere-se à cobrança de ICMS no valor de R\$209.750,25, além de multa de 60% pela constatação da seguinte infração:

Infração 01. **01.02.30.** Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a serviço de transporte interestadual ou intermunicipal não vinculado a operação com mercadorias com saídas subsequentes tributadas, nos meses de janeiro a dezembro de 2016, janeiro a dezembro de 2017 e janeiro a dezembro de 2018. Informa o autuante ser a autuação decorrente do fato de *“a autuada vendeu combustível (gasolina e diesel) para clientes localizados em outros estados da Federação, aproveitando-se dos respectivos Créditos Fiscais dos conhecimentos dos Fretes, sendo essa operação de venda imune, conforme demonstrativos anexos ao presente PAF”*.

Diz, ainda: *“Créditos indevidos de ICMS lançados no LRE e RICMS – CFOP 2553 (aquisição de serviço de transporte de estabelecimento comercial)”*.

Tempestivamente, a empresa autuada apresentou impugnação ao lançamento constante às fls. 41 a 46, onde após resumir os fatos, inicialmente aduz que na forma do artigo 309, inciso V do RICMS/BA, é permitida a tomada do crédito fiscal referente aos serviços de transportes tomados pelo estabelecimento, que é tributado normalmente pelo ICMS (Conjunto Documental 03).

Frisa que o fato de a operação vinculada ao serviço de transporte não sofrer a incidência do ICMS no estado da Bahia em nada inibe o direito ao crédito do serviço de transporte, que é autônomo em relação a operação de venda da mercadoria.

Destaca que os créditos de ICMS cujo estorno é requerido correspondem aos valores vinculados aos fretes contratados pela empresa nas operações de venda de gasolina e óleo diesel que estão sujeitos à substituição tributária, concentrando-se o recolhimento do imposto na refinaria.

Salienta que o crédito ora em discussão é assegurado expressamente pelo RICMS/BA, artigo 309, inciso V, transcrito, sendo que o frete que gerou o crédito em tela é exatamente aquele pago pela empresa no transporte de gasolina e óleo diesel, e estando na condição de contratante desse frete, indiscutível seu direito à apropriação e aproveitamento do crédito.

Indaga a fundamentação utilizada para a glosa deste crédito de ICMS-Frete apropriado.

Registra ter o autuante feito uma interpretação errada, o que detalhará adiante, apontando, inicialmente, que o frete cujo correspondente crédito foi glosado é o destacado no conhecimento de transporte pelo transportador contratado pela distribuidora, consoante se infere do livro de entrada anexado à presente peça (Conjunto Documental 03).

Da leitura preliminar do artigo 29, § 4º da Lei 7.014/96, apontado pelo autuante como infringido, e fundamento normativo da glosa, não vê vedação no mesmo à apuração de créditos de frete vinculados ao transporte de mercadorias tributadas pelo regime de substituição tributária.

Observa que a partir de uma leitura preliminar do referido dispositivo poderia levar a uma precipitada interpretação de vedação ao crédito de ICMS relativo ao serviço de frete vinculado a operações de mercadorias gravadas com substituição tributária.

Atribui o equívoco desta interpretação a se tentar vincular o termo “objeto” a “mercadorias”, de modo a se entender que não dará direito ao crédito o “ICMS-Frete” quando a “mercadoria” transportada não for objeto de tributação na operação subsequente.

Diz ser a interpretação correta a ser dada ao aludido dispositivo é a de que não daria direito ao crédito quando a prestação de serviço de transporte não for objeto de tributação, uma vez que o antecedente a que se refere o termo “objeto”, não é “mercadoria”, mas sim, “prestação de serviço de transporte”.

Emenda que a explicação correta acima mencionada está no fato de existirem dois fatos geradores nesta operação: um seria a operação de circulação de mercadoria, e o outro a prestação de serviço de transporte dessa mesma mercadoria, sendo que o ICMS incide em ambos os casos.

Da mesma forma vê possibilidade de se estabelecer a substituição tributária tanto para o recolhimento do ICMS incidente sobre a operação de circulação da mercadoria, como também, para o recolhimento do ICMS incidente sobre o frete, ou seja, sobre a prestação de serviço de transporte, sendo que a substituição tributária pode ocorrer para ambas as incidências, como apenas para uma delas.

No que toca ao crédito decorrente de cada uma dessas incidências, destaca que ele surgirá também de forma autônoma, ou seja: haverá crédito decorrente de ICMS pago pelo vendedor em função da ocorrência do fato gerador “operação” de circulação da mercadoria e outro crédito decorrente do ICMS pago pelo comprador ou pelo vendedor em função da ocorrência do fato gerador “prestação de serviço de transporte”.

Assegura que no primeiro caso, o crédito é apropriado sempre pelo adquirente da mercadoria, ao passo que no segundo caso será apropriado por quem suportar o encargo do frete (vendedor ou adquirente da mercadoria).

Indica resultar tal autonomia do fato gerador relativo à circulação da mercadoria, embora seja gravado pela sistemática de substituição tributária, desde que o frete não esteja incluído na base de cálculo, remanesce a possibilidade do adquirente se creditar do valor do ICMS relativo ao fato gerador do “serviço de transporte (frete)”, inclusive porque cobrado do prestador destacadamente.

Tem como inequívoca a exegese segundo a qual o que o artigo 20 § 1º da Lei Complementar 87/96 busca afastar é exatamente o crédito do ICMS-Frete recolhido pelo adquirente quando integrante da base de cálculo do ICMS incidente sobre a circulação da mercadoria.

Presume que se o ICMS incidente sobre a prestação de serviço de transporte integrou a base de cálculo do ICMS recolhido pelo vendedor, tem por este suportado, o que já afasta a intenção do adquirente de se creditar deste imposto, que figuraria nesse caso como substituído tributário do ICMS-Frete.

Aponta ser diferente a situação quando o ICMS-Frete é recolhido separadamente, ou seja, não entra na apuração da base de cálculo do ICMS incidente sobre a circulação da mercadoria, e nesse caso, o valor do crédito do ICMS-Frete estará individualizado e não terá qualquer relação com o ICMS a ser recolhido em função da circulação da mercadoria, fazendo jus a este crédito individualizado do ICMS-Frete, portanto, aquele que o recolher, seja o adquirente na operação sob cláusula FOB, seja o vendedor nas operações com cláusula CIF.

Diz que se não fosse possível desvincular o ICMS decorrente da circulação da mercadoria do ICMS decorrente do serviço de transporte, somente teria direito ao crédito do ICMS-Frete o vendedor da mercadoria.

No sentido de dirimir dúvidas que ainda pudessem persistir traz decisão desta própria SEFAZ reconhecendo o direito à apropriação de créditos de ICMS relativos ao frete contratado pelo adquirente para transporte de óleo diesel, ainda que se trate de mercadoria sujeita ao ICMS/ST, vez que o frete é efetivamente tributado de forma destacada pelo prestador dos serviços, além do que compreende atecnia insuperável considerar a operação substituída como não tributável. Copia o aludido documento em sua ementa.

Menciona o fato de a Secretaria da Fazenda do Estado de São Paulo vir reconhecendo o direito ao crédito nas subsequentes operações de transporte com mercadorias submetidas à antecipação ou substituição tributária, conforme consignado na Decisão Normativa CAT 07/2015, devidamente transcrita, da qual destaca o item 4.

Indica que vedar o direito ao crédito do ICMS-Frete por si suportado em relação ao transporte de gasolina, óleo diesel, biodiesel e álcool anidro, portanto, é medida que afronta o princípio da não cumulatividade assegurado no artigo 155, § 2º, inciso I da Constituição Federal, e na Lei Complementar 87/96 e leis estaduais, trazendo em amparo a tal tese, decisão da 1ª Turma do STJ, no AgRg no REsp 883.821/DF, relatado pelo Ministro Luiz Fux, julgado em 04/12/2008, publicado no DJ de 15/12/2008, copiando a sua ementa.

Chama a atenção para a existência de dois fatos jurídicos distintos sujeitos à incidência do ICMS, quais sejam:

- a. Operações de transferência/circulação jurídica da mercadoria;
- b. Prestações de serviços de transporte.

Entende que somente a primeira (operação de transferência/circulação jurídica da mercadoria) está submetida à tributação antecipada pelo regime de substituição tributária progressiva pela Refinaria e relação a todas as etapas seguintes da cadeia de comercialização, enquanto a segunda (prestação do serviço de transporte) está sujeita ao regime normal de tributação, relativa a uma única operação tributável.

Ressalta, por fim, que a regra constitucional que determina a anulação/estorno dos créditos é a constante do artigo 155, § 2º, inciso II da Constituição Federal, transcrito.

Frisa que a alínea “a” dispõe acerca da não geração de crédito, fazendo referência tanto ao termo “operações”, como ao termo “prestações”, correspondentes, respectivamente, às mercadorias e aos serviços, e a alínea “b”, por sua vez, dispõe acerca do estorno/anulação do crédito e faz referência exclusivamente ao termo “operações”.

Fala não haver dúvida de que o crédito referente às operações anteriores de aquisição de mercadorias deve ser anulado/estornado.

Aponta ser diferente a situação dos créditos relacionados às prestações anteriores, ou seja, aos serviços tomados, devido ao fato de não haver “revenda” de serviços, e assim, se a regra constitucional determinasse o estorno/cancelamento dos créditos também quando não houvesse prestações de serviços posteriores, todos os créditos de fretes, por exemplo, deveriam ser estornados.

Resume que se a prestação do serviço é tributada, é gerado crédito para o tomador do serviço, ao passo que se a prestação do serviço não é tributada, não há que se falar em crédito a ser apropriado pelo tomador, pois, nesse caso, não houve imposto pago na aquisição, razão pela qual, inclusive a alínea “a” do dispositivo constitucional acima referido veda o crédito tanto para as operações seguintes, quanto para as prestações seguintes.

Pontua que a ausência de referência ao termo “prestações” na alínea “b”, pois, revela o que se chama “silêncio eloquente” do legislador constitucional e que não pode ser relevado pelo autuante, tampouco pelo julgador.

Aponta que com fulcro nos fundamentos jurídicos acima expostos e que demonstram a autonomia da incidência do ICMS e do respectivo crédito do frete em relação à incidência do

ICMS e do respectivo crédito da mercadoria transportada, reforçado e embasado no silêncio eloquente do artigo 155, § 2º, inciso II, alínea “b”, tem como indiscutível se afigurar o direito ao crédito glosado.

Finaliza, requerendo o conhecimento e julgamento da presente, sendo a mesma julgada procedente para reconhecer e declarar a nulidade/improcedência absoluta do presente Auto de Infração, bem como a produção de todos os meios de prova em direito admitidas, em especial, a juntada de novos documentos para comprovação do alegado.

Informação fiscal prestada pelo autuante às fls. 64 a 66, após transcrever a acusação e os argumentos defensivos apresentados, indica serem inócuas as argumentações trazidas pelo autuado, diante da falta de sustentação fática em suas alegações e que restará provado.

Reafirma ter a empresa utilizado de forma indevida crédito fiscal de ICMS incidente sobre o serviço de transporte interestadual de mercadorias amparadas por imunidade constitucional (gasolina e óleo diesel), iniciados no estado da Bahia com a condição de frete pago na origem e destinados a outros clientes em outras unidades da Federação, o que não geraria o “crédito tributário”.

Lembra ter o CONSEF tido oportunidade de julgar matéria idêntica através dos Acórdãos CJF 0424-11/03 e CJF 1126/01, cujas ementas transcreve.

Registra que na escrituração fiscal da autuada estão lançados os conhecimentos de transporte emitidos pelas transportadoras, e nos demonstrativos anexos tem todos os conhecimentos de transporte levantados mensalmente com o produto transportado, sendo levado em consideração o mês referente ao crédito de cada operação.

Invoca o Acórdão 0220-21/02 da Câmara Superior do CONSEF, o qual decidiu que nas prestações de transporte s à operações de venda de combustíveis e lubrificantes para outros Estados, onde o remetente retém e recolhe para o Estado de destino o ICMS devido pelo adquirente, em cuja base de cálculo está embutido o valor referente às prestações de transportes, tanto daquela que está sendo realizada, como as subsequentes, o crédito será do estabelecimento adquirente e o Estado de destino é quem arcará com o mesmo, conforme decisão referida.

Conclui, ratificando a ação fiscal, indicando ter sido o lançamento elaborado na forma regulamentar, alicerçado nos princípios da legalidade, esperando o julgamento pela total procedência do Auto de Infração.

Foram os autos remetidos para instrução pelo órgão preparador em 07/06/2021 (fl. 66), recebidos no CONSEF em 09/06/2021 (fl. 68) e encaminhados a este relator em 17/11/2021 (fl. 68-v).

Presente na sessão, a advogada da empresa, Dra. Maria Tereza da Silveira Barros, OAB/PE 55.607, a qual em sede de sustentação oral após resumir os fatos e seus fundamentos, destaca a existência de dois fatos geradores distintos e autônomos, um em relação a mercadoria e outro em relação a prestação de serviço de transporte, tendo sido o ICMS destacado e recolhido em favor do estado da Bahia, havendo de se observar o artigo 309, V do RICMS/BA, sendo que o artigo 29 da Lei 7.014/96 não veda o aproveitamento do crédito fiscal, sendo lícito o seu aproveitamento. Relata que estados como São Paulo e Santa Catarina adotam entendimento no mesmo sentido daquele defendido pela empresa.

Reforça a existência de dois fatos geradores, razão pela qual requer o acolhimento da defesa apresentada e a improcedência do Auto de Infração.

VOTO

O lançamento constitui-se em uma infração arrolada pela fiscalização, objeto de impugnação por parte do autuado.

Verifico que o sujeito passivo foi intimado acerca do início da ação fiscal através da lavratura de Termo de Início de Fiscalização em 06/10/2020 (fl. 06).

A memória de cálculo da autuação se encontra às fls. 07 a 37, impressa.

Já a ciência do lançamento ocorreu em 14/12/2020, através do Domicílio Tributário Eletrônico (fl. 38).

O autuante, quando do lançamento, descreveu com precisão a infração cometida, apontando a conduta praticada pelo contribuinte, e tida como contrária à norma legal, os artigos infringidos, a previsão da multa sugerida, os prazos para interposição de defesa, ou usufruto do benefício de redução dos percentuais de multa, além de indicar o sujeito passivo, tudo em conformidade com a disposição contida nos artigos 142 do CTN e 39 do RPAF/99, preenchendo, pois, todos os requisitos de validade sob o aspecto formal.

Por outro lado, o contribuinte compareceu ao processo, exercendo de forma irrestrita o seu direito de ampla defesa, prova disso é que abordou aspectos da infração que entendia lhe amparar, trazendo fatos e argumentos que ao seu entender elidiriam a mesma, e exercendo sem qualquer restrição o contraditório, ainda que sob a forma de objetiva peça de impugnação.

Não existem questões preliminares a serem apreciadas, motivo pelo qual adentro na análise do mérito.

O contribuinte autuado se encontra inscrito no Cadastro de Contribuintes do Estado da Bahia, na condição de “Comércio atacadista de álcool carburante, biodiesel, gasolina e demais derivados de petróleo, exceto lubrificantes, não realizado por transportador retalhista (T.R.R.)”, CNAE 6.81-8-01, estabelecido no município de Luís Eduardo Magalhães, Bahia.

No mérito, a infração acusa o contribuinte de utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a serviço de transporte interestadual não vinculado a operação com mercadorias com saídas subsequentes tributadas, ou seja, créditos indevidos de ICMS, relativos a fretes nas operações de vendas interestaduais de gasolina e óleo diesel, mercadorias amparadas por imunidade constitucional, iniciado no Estado da Bahia e destinado a outra Unidade da Federação.

A matéria não é novel neste órgão julgador, tendo sido apreciada em diversas outras oportunidades, estando pacificado o entendimento de ser a utilização de crédito de ICMS incidente sobre prestações de serviços de transporte que não estejam vinculadas a operações subsequentes de comercialização tributadas procedimento irregular e em desacordo com a legislação vigente.

A arguição do contribuinte de que a glosa do crédito fiscal lançado violaria o princípio da não cumulatividade, não pode ser acolhida, uma vez ter sido o imposto recolhido pelo adquirente dos combustíveis em favor do Estado de destino dos produtos, a quem caberia, pois, suportar o crédito do valor pago, bem como inexiste óbice a que o remetente se ressarça contabilmente do valor pago a título de frete, em composição com o adquirente do produto, se assim já o não o fez, o que não se tem notícia nos autos.

Isso diante do fato de que, em atenção ao regramento legal e atendendo ao princípio da não cumulatividade do imposto, a legislação vigente, albergada no artigo 29, § 4º, inciso II, da Lei 7.014/96, indicado como violado pelo autuante na peça exordial do lançamento tributário ora apreciado, não permite o crédito relativo a mercadoria ou a prestação de serviço de transporte a ela feita, quando a operação de saída subsequente não for tributada ou estiver isenta do imposto: conforme a seguir transcrito:

“Art. 29. Para a compensação a que se refere o artigo anterior, é assegurado ao sujeito passivo o direito de creditar-se do imposto anteriormente cobrado em operações de que tenha resultado a entrada de mercadoria, real ou simbólica, no estabelecimento, inclusive a destinada ao seu uso ou consumo ou ao ativo permanente, ou o recebimento de serviços de transporte interestadual e intermunicipal ou de comunicação, inclusive quando iniciados ou prestados no exterior. ...

(...)

§ 4º É vedado o crédito relativo a mercadoria entrada no estabelecimento ou a prestação de serviços a ele feita: ...

(...)

II - para comercialização, quando a operação de saída subsequente não for tributada ou estiver isenta do imposto, exceto a destinada ao exterior”.

Logo, a decisão trazida pela defesa como parâmetro não pode ser aproveitada, pois se refere a prestação de serviços de transportes correspondentes a operações tributadas.

De igual modo, a legislação do estado de São Paulo não tem qualquer aplicação aos fatos geradores ocorridos no estado da Bahia, diante da autonomia de cada unidade da Federação de estabelecer o seu regramento para o ICMS dentro de seu território.

Como firmado ao longo da discussão estabelecida, as operações interestaduais com combustíveis derivados de petróleo estão amparadas por imunidade constitucional.

Parte respeitável da doutrina entende ser a imunidade uma hipótese de não-incidência prescrita na Constituição (não-incidência qualificada), relativamente a tributos diversos, dentre os quais o ICMS, sendo também entendido pela jurisprudência dos Tribunais Superiores que a não incidência constitucionalmente qualificada se configura hipótese de imunidade tributária, garantia constitucional do contribuinte, além de ser cláusula pétrea.

No caso das operações autuadas, a sua previsão se encontra no artigo 155, §2º, inciso X, alínea “b” da Carta Magna:

“Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:

(...)

§ 2º O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte:

(...)

X - não incidirá:

b) sobre operações que destinem a outros Estados petróleo, inclusive lubrificantes, combustíveis líquidos e gasosos dele derivados, e energia elétrica”.

Imunidade deriva do latim “*immunitas*”, significando isenção de múnus ou encargo, ser ou estar livre de, dispensado de, resguardado de ou contra, isento, incólume, liberado, e em direito tributário o instituto pelo qual se desobriga determinadas pessoas ou situações do pagamento de tributos obrigados pelo estado.

Vem a ser categoria jurídica de natureza constitucional, diversa da isenção e da não incidência, diante do fato de ambas serem categorias jurídicas de natureza legal, atuando a imunidade no campo de definição de competência tributária, ao passo que a isenção e não incidência agem no campo de aplicação da legislação tributária.

Em complemento à regra constitucional, a Lei Complementar 87/96 prevê em seu artigo 20, § 1º:

“Art. 20. Para a compensação a que se refere o artigo anterior, é assegurado ao sujeito passivo o direito de creditar-se do imposto anteriormente cobrado em operações de que tenha resultado a entrada de mercadoria, real ou simbólica, no estabelecimento, inclusive a destinada ao seu uso ou consumo ou ao ativo permanente, ou o recebimento de serviços de transporte interestadual e intermunicipal ou de comunicação.

(...)

§ 1º Não dão direito a crédito as entradas de mercadorias ou utilização de serviços resultantes de operações ou prestações isentas ou não tributadas, ou que se refiram a mercadorias ou serviços alheios à atividade do estabelecimento”.

Ou seja: se a operação não é tributada quer pela isenção, quer pela não incidência, não gera direito de apropriação de qualquer crédito fiscal por parte do adquirente, inclusive de serviço prestado em tal operação também, por lógica e analogia, não gerará crédito fiscal a operação ou prestação em relação ao vendedor, como entendeu a fiscalização no presente caso, ainda que na modalidade CIF.

No caso presente, como visto, a autuada é o estabelecimento vendedor do combustível, o qual, em operação interestadual é imune, ou seja, sem qualquer destaque ou incidência do ICMS, sendo que o destinatário é quem arcará com o ônus tributário relativo ao tributo devido nas operações internas que realizar, inclusive, se for o caso, a substituição tributária, o mesmo ocorrendo com o

Estado de destino que açambarcará toda a parcela do imposto a ser recolhido pelo adquirente da mercadoria.

Por oportuno, esclareço, a exemplo do autuante quando de sua informação fiscal, que o entendimento de reiteradas decisões deste Conselho é de que, nas operações interestaduais com combustíveis e lubrificantes, as quais são imunes, não é cabível, no caso, o crédito sobre o serviço de transporte pelo remetente (localizado na Bahia), independente a do tipo, se com cláusula CIF ou FOB, sob pena de anular o único débito do ICMS sobre o frete, destacado no CTCR, deixando a Fazenda Pública de receber o imposto sobre a prestação de serviço, iniciado no Estado da Bahia, o que vale dizer, tornando, de modo indevido, o ICMS sobre o transporte uma operação isenta.

Desta maneira, como as operações subsequentes de lubrificantes e combustíveis, internas no Estado adquirente, são tidas como tributadas, cujo percentual de margem de valor agregado da substituição tributária prevê as despesas de frete até o consumidor final, caberá ao Estado do estabelecimento adquirente suportar o ônus do crédito relativo ao ICMS sobre o frete, em respeito ao princípio da não-cumulatividade do ICMS.

No caso em análise, a acusação fiscal por meio dos demonstrativos que a suportam, às fls. 07 a 37, são de que o contribuinte autuado efetuou vendas de gasolina e óleo diesel (derivados de petróleo, consoante determina a regra constitucional), em operações interestaduais de combustíveis, destinadas aos estados de Goiás, Tocantins e Piauí, sendo, pois, efetivamente indevidos os créditos fiscais por ele apropriados decorrentes das correspondentes prestações de serviços de transporte, originadas no Estado da Bahia, cujo crédito fiscal deverá ser lançado pelo estabelecimento destinatário das mercadorias gasolina e óleo diesel.

Assim, o crédito do imposto relativo ao transporte dos combustíveis amparados pela imunidade constitucional nas saídas do estado da Bahia, deverá ser suportado pelo adquirente de tais produtos, vez que situado na Unidade da Federação que se beneficiará de toda a arrecadação do imposto, por força da imunidade e da substituição tributária.

Sendo assim, nesta condição de remetente não tem o direito de se creditar do ICMS sobre o frete nas operações interestaduais, conforme já entendimento consolidado através do Acórdão da Câmara Superior CS 0220-21/02, igualmente mencionado pelo autuante em sua informação fiscal, o qual assim entende:

“Ressalve-se, no entanto, que nas prestações de transporte vinculado à operações de venda de combustíveis para outros Estados - onde, portanto, deverá ser feita a substituição tributária (pelo remetente) do imposto devido pelo destinatário nas operações subsequentes com tais produtos - o crédito será do estabelecimento adquirente e o Estado de destino é quem arcará com o mesmo. E assim o é porque, de fato, na operação interestadual, o recorrente retém e recolhe para o Estado de destino o ICMS devido pelo adquirente, em cuja base de cálculo, como já vimos, está embutido o valor referente às prestações de transporte, tanto daquela que está sendo realizada, como as subsequentes.

Averbe-se, que a alegação do sujeito passivo em seu contra-arrazoado de que a não permissão do crédito na forma do item 2 feriria o princípio da não cumulatividade, não encontra amparo, a uma porque o imposto foi recolhido para o Estado de destino dos produtos, e cabe a este, portanto, suportar o crédito do valor pago, e, a duas, que nada impede que o remetente se ressarça contabilmente do valor pago a título de frete, em composição com o adquirente do produto”.

Dos dispositivos acima transcritos depreende-se com clareza solar o acerto da fiscalização ao glosar os créditos das operações realizadas pela autuada, e devidamente indicadas no demonstrativo elaborado, não podendo ser acolhidos os argumentos defensivos em sentido contrário ao da autuação.

Quanto a decisão deste órgão julgador, trazida na defesa, ainda que sem identificação a qual processo se referia, sequer o número do Acórdão, inclusive se de Junta ou Câmara de Julgamento, esclareço que a matéria é distinta da ora discutida, não podendo socorrer neste caso o contribuinte autuado.

A posição ora adotada por este relator, é corroborada pelo entendimento firmado pelo Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, pela sua 5ª Câmara Cível, no julgamento do processo de número 0044705-90.2008.8.05.0001, tendo como Relator o Desembargador José Edivaldo Rocha Rotondano, publicado Diário da Justiça de 14/08/2014, cuja Ementa reza:

“DIREITO TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL EM APELAÇÃO CÍVEL. IMPROVIMENTO MONOCRÁTICO DO RECURSO PRINCIPAL. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. AUTUAÇÃO. CREDITAMENTO DE ICMS. SERVIÇO TRANSPORTE DE COMBUSTÍVEIS. ART. 155, § 2º, X DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. NÃO-INCIDÊNCIA NA ORIGEM. PRECEDENTES DO STF. ART. 557, CAPUT DO CPC. DECISÃO MANTIDA. RECURSO IMPROVIDO. 1. Consoante consignado na decisão vergastada ‘Segundo definido pela Corte Superior o recolhimento do ICMS, na hipótese de transporte de combustíveis, ocorre no Estado destinatário, louvando-se o consumidor do creditamento junto a este, dado que, no Estado de origem, no caso concreto, Estado da Bahia, configura-se circunstância de não-incidência tributária’. 2. Assim, tanto as mercadorias efetivamente transportadas (combustíveis), quanto o serviço de seu transporte em si, até porque o seu valor integra a base de cálculo do ICMS sobre aquelas mercadorias, terão incidência do tributo no Estado destinatário, que arcará com o superveniente creditamento e compensação”.

Pelas expostas razões, mantenho a autuação em todos os seus termos, fazendo com que o Auto de Infração seja julgado procedente, de modo que não posso acolher os argumentos defensivos.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **206923.0048/20-8**, lavrado contra **ALESAT COMBUSTÍVEIS S.A.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$209.750,25**, acrescido da multa de 60%, prevista no artigo 42, inciso II, alínea “f” da Lei 7.014/96, bem como os acréscimos legais.

Sala virtual das Sessões do CONSEF, 09 de dezembro de 2021.

JORGE INÁCIO DE AQUINO - PRESIDENTE

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR – RELATOR