

**PROCESSO** - A.I. Nº 269136.0001/01-0  
**RECORRENTE** - UBINAN DISTRIBUIDORA DERIVADOS DE PETRÓLEO LTDA.  
**RECORRIDA** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECURSO** - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 2ª JJF nº 0029-02/02  
**ORIGEM** - INFAZ ITABUNA  
**INTERNET** - 13.06.02

## 2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO CJF Nº 0204-12/02

**EMENTA:** ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. CUSTO DUTOVIÁRIO DE MERCADORIAS SUJEITAS A ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. Não é cabível o uso do crédito fiscal relativo ao serviço de transporte de mercadorias com fase de tributação encerrada. Exigência subsistente. 2. IMPOSTO LANÇADO E RECOLHIDO A MENOS. DIVERGÊNCIA ENTRE OS DOCUMENTOS E OS LIVROS FISCAIS. Infração caracterizada. 3. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RETENÇÃO E RECOLHIMENTO SOBRE DIFERENÇAS ENTRE O PREÇO PRATICADO PELA REFINARIA E O PREÇO MÁXIMO DE VAREJO EM CADA MUNICÍPIO. Infração comprovada. Recurso. **NÃO PROVIDO.** Decisão unânime.

## RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo autuado contra Decisão da 2ª Junta de Julgamento Fiscal que julgou Procedente o Auto de Infração de n.º 269136.0001/01-0, que exige ICMS no valor de R\$11.404,34, decorrente das seguintes infrações:

1. utilização indevida de crédito fiscal, referente a serviço de deslocamento de mercadorias submetidas a anterior antecipação tributária (gasolina e óleo diesel) ocorrido através de dutoviário;
2. recolhimento a menor do imposto apurado através de cotejo das Notas Fiscais nºs 1287 a 1289, o livro Registro de Saídas e o ICMS recolhido no mês de outubro/99;
3. falta de retenção e recolhimento da complementação da substituição tributária do imposto devida sobre a diferença entre o preço praticado pelo industrial refinador e o preço máximo de varejo em cada município, nas vendas de combustíveis e lubrificantes realizadas para contribuintes localizados neste Estado.

O Julgador rejeitou preliminar de nulidade suscitada sobre a infração 3, uma vez que o art. 512, parágrafo 6º, do RICMS/97, tido como infringido, foi mantido pelo art. 512-B, parágrafo 4º, do RICMS/97, a despeito da alegação defensiva de que aquele foi revogado.

No mérito, afirmou que a defesa se resumiu a impugnar a infração 1, alegando que os argumentos que vedam a utilização do crédito referente ao custo dutoviário ferem o princípio da não-cumulatividade, sendo a restrição legal somente para o ICMS substituído, podendo compensá-lo com o ICMS próprio, não merece acolhida, porque se trata de mercadoria sujeita ao regime de substituição tributária, com fase de tributação encerrada, ficando desonerada de tributação as

operações internas subsequentes com as mesmas mercadorias, e, por conseguinte, ficando vedada a utilização do crédito fiscal pelo adquirente, tanto do ICMS substituído, do normal, quanto do incidente sobre o serviços de transportes (duto), conforme arts. 94, II; 356 e 357, parágrafo único, todos do RICMS/97.

O contribuinte interpôs Recurso Voluntário, ainda sobre a infração 1, alegando que a legislação apontada como infringida foi revogada pelo Decreto n.º 7.593/99, o qual estabelece que o custo dutoviário não é parte da base de cálculo do ICMS, mesmo que cobrado por substituição tributária, portanto, se cobrado ao substituto, dá-lhe direito ao crédito. Acrescentou que não há que se falar em impossibilidade de compensação para o caso, pois o regime de substituição existe para facilitar a fiscalização e não tem o condão de eliminar direito do contribuinte ou suprimir princípio constitucional da não-cumulatividade. Fere-se também o princípio da isonomia. Citou jurisprudência do STF apontando ser direito do contribuinte o creditamento de valores recolhidos indevidamente. Disse que, apesar dos arts. 94, II, 93 e 97, do RICMS/97, o Decreto supramencionado revogou expressamente todas as disposições em contrário e é norma específica e posterior.

Em relação às infrações 2 e 3, alegou que à época da autuação, o art. 512, parágrafo 6º, do RICMS/97, tido como infringido, foi revogado pelo Decreto nº 7.691/99, publicado anteriormente a ocorrência autuada. Levantou o fato do autuante somente mencionar o dispositivo infringido, sem especificar os incisos pertinentes. Citou jurisprudência sobre o tema. Pediu o provimento do Recurso.

A PROFAZ, em Parecer, opinou pelo Improvimento do Recurso apresentado. Sobre as alegações de nulidade da infração 1, disse que não há conflito de normas entre o Decreto n.º 7.593/99 e os arts. 93, 94 e 97, do RICMS/97, pois aquele diz respeito a tratamento tributário aplicável às operações com óleo diesel e gasolina transportados por dutovias e este diz respeito a uso indevido de crédito sobre mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, cuja fase de tributação encontra-se encerrada, e a infração se refere a esta norma. Para a infração 3, também suscitada sua nulidade, verificou que, embora tenha sido revogado o art. 512, parágrafo 6º, do Decreto n.º 7.691/99, o erro na capitulação não gera nulidade, desde que, pela descrição dos fatos, se evidencie o enquadramento legal, restando evidenciado, portanto, a violação do art. 512-B, parágrafo 4º, do RICMS.

## **VOTO**

O recorrente apresentou Recurso Voluntário alegando, preliminarmente, a nulidade das infrações com base no argumento de que, com relação a infração 1, os arts. 93, 94 e 97, do RICMS/97, foram revogados pelo Decreto n.º 7593/99 e, sobre as infrações 2 e 3, que o art. 512, parágrafo 6º, do Decreto n.º 7.691/99, tido como infringido, também foi revogado.

É de se verificar que não há conflito de normas entre o Decreto n.º 7593/99 e os arts. 93, 94 e 97, do RICMS/97, pois aquele diz respeito a tratamento tributário aplicável às operações com óleo diesel e gasolina transportados por dutovias e este diz respeito a uso indevido de crédito sobre mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, cuja fase de tributação encontra-se encerrada, dispositivo do Regulamento que não foi revogado pelo Decreto supra.

A infração descrita é a seguinte: utilização indevida de crédito fiscal, referente a serviço de deslocamento de mercadorias submetidas a anterior antecipação tributária (gasolina e óleo diesel) ocorrido através de dutoviário.

Ora, o dispositivo vigente, o art. 94, no seu Inciso II, estabelece que não haverá utilização de crédito fiscal, relativamente ao imposto anteriormente cobrado sobre o serviço de transporte, tratando-se de operações com mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária.

Portanto não há nulidade e está correta a exigência relativa a esse item.

Em relação as infrações 2 e 3, entendo que também razão não assiste ao contribuinte, pois embora tenha sido revogado o art. 512, parágrafo 6º, do Decreto n.º 7.691/99, tido como infringido, o erro na capitulação não gera nulidade, desde que pela descrição dos fatos se evidencie o enquadramento legal, restando desse modo evidenciado a violação do art. 512-B, parágrafo 4º, do RICMS.

Assim, acolho o opinativo da PROFAZ e voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso apresentado.

### **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão Recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração **nº 269136.0001/01-0**, lavrado contra **UBINAN DISTRIBUIDORA DERIVADOS DE PETRÓLEO LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$11.404,34**, atualizado monetariamente, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a”, “e” e VII, “a”, da Lei n.º 7.014/96, e dos acréscimos moratórios.

Sala das Sessões do CONSEF, 29 de Maio de 2002.

HELCONIO DE SOUZA ALMEIDA - PRESIDENTE

JOSÉ CARLOS BARROS RODEIRO - RELATOR

MARIA DULCE HASSELMAN RODRIGUES BALEEIRO COSTA - REPR. DA PROFAZ