

A. I. N° - 269136.0001/01-0
AUTUADO - UBINAN DISTRIBUIDORA DERIVADOS DE PETRÓLEO LTDA.
AUTUANTE - TEODORO DIAS JÚNIOR
ORIGEM - INFAZ ITABUNA
INTERNET - 20.02.02

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF N° 0029-02/02

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 A DIFERENÇA ENTRE O PREÇO PRATICADO PELA REFINARIA E O PREÇO MÁXIMO DE VAREJO EM CADA MUNICÍPIO. Infração comprovada. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 17/04/01, exige o ICMS no valor de R\$ 11.404,34, em razão:

1. da utilização indevida de crédito fiscal, no valor de R\$ 10.673,25, relativo ao serviço de deslocamento de mercadorias submetidas a anterior antecipação tributária (gasolina e óleo diesel), ocorrido através de dutoviário, nos meses de julho, agosto, novembro e dezembro de 1999, conforme documentos às fls. 10 a 28 dos autos;
2. do recolhimento a menos do imposto, no valor de R\$ 71,32, apurado através do cotejo das notas fiscais 1287 a 1289, o livro Registro de Saídas e o ICMS recolhido no mês de outubro/99, conforme documentos às fls. 29 a 34 dos autos;
3. da falta de retenção e recolhimento da complementação da substituição tributária do imposto, no valor de R\$ 659,77, 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, conforme documentos às fls 35/40 do PAF.

O autuado, em sua impugnação de fls. 44 a 48, quanto à utilização indevida de crédito fiscal referente ao custo dutoviário, alega que a legislação apontada como infringida foi revogada pelo Decreto n.º 7593 de 05/06/99, o qual estabelece que o custo dutoviário não é parte da base de cálculo do ICMS, mesmo que cobrado por substituição tributária, motivo pelo qual entende que uma vez cobrado pelo contribuinte substituto, dá direito ao crédito para compensação com o ICMS próprio, o qual foi aproveitado, sob pena de afrontar ao princípio constitucional da não-cumulatividade. Ressalta que trata-se de norma específica e posterior, a qual revogou expressamente todas as disposições em contrário, deixando sem qualquer validade jurídica o disposto no artigo 94, inciso II, artigo 93 e 97 do RICMS aprovado pelo Decreto 6284/97. Assim entende que há previsão legal para o comportamento adotado pelo contribuinte.

No tocante a exigência relativa a diferença entre o preço praticado pelo industrial refinador e o preço máximo de varejo no município, no que diz respeito as operações com óleo diesel, preliminarmente alega que o capitulado como infração, à época da autuação, não mais estava em vigor, tendo em vista que o artigo 512, § 6º, do RICMS/97, citado na descrição da infração, foi revogado pelo Decreto 7691 de 03/11/99, não podendo assim ser aplicada a referida legislação pelo autuante, o qual imputou como infringido apenas o artigo 512 do RICMS. Assim pede a improcedência da primeira infração e a nulidade da terceira infração.

O autuante, em sua informação fiscal, às fls. 96 a 97, quanto a primeira infração, aduz que não está sendo questionado o fato do custo dutoviário fazer parte ou não da base de cálculo do ICMS referente à substituição tributária, como tenta fazer crer o contribuinte, do que entende não existir relação alguma entre o Decreto 7593/99, mencionado pelo contribuinte, e a infração exigida. Destaca que o custo dutoviário é uma despesa relativa ao transporte de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária por antecipação (combustíveis e derivados de petróleo), de modo que o imposto cobrado sobre esse serviço não pode ser utilizado como crédito fiscal pelo adquirente dos produtos, de acordo com o disposto no inciso II do art. 94 do RICMS aprovado pelo Dec. nº 6.284/97. Inerente a terceira infração, uma vez que não foi impugnada a segunda exigência, ressalta ter havido apenas uma mudança no número do artigo infringido, o qual passou a ser art. 512-B, § 4º, inciso I, ao invés do art. 512, § 6º, não havendo motivo para nulidade da autuação, nos termos do art. 19 do RPAF/99, vez que os fatos indicados estão descritos de forma bem clara, evidenciando o enquadramento legal da infração. Por fim solicita a procedência do Auto de Infração.

VOTO

Inicialmente, rejeito a preliminar de nulidade do Auto de Infração, argüida pelo autuado, apenas quanto a “Infração 03”, em razão do artigo 512, § 6º, do RICMS/97, tido como infringido, ter sido *revogado pelo Decreto 7691 de 03/11/99, não podendo assim ser aplicada a referida legislação pelo autuante, o qual imputou como infringido apenas o artigo 512 do RICMS*, uma vez que tal dispositivo mantém-se vigente no art. 512-B, § 4º, inciso I, do mesmo RICMS, aprovado pelo Decreto nº 6.284/97, não implicando em nulidade o erro da indicação, nos termos do art. 19 do RPAF aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, já que, pela descrição dos fatos, ficou evidente o enquadramento legal.

Deve-se ressaltar que apesar do enquadramento legal não determinar o inciso e o parágrafo do artigo 512 do RICMS, conforme alega o recorrente, o autuante consignou na descrição da ocorrência que “Houve infração do Art. 512, parag. 6º do RICMS, aprovado pelo Dec. 6284, de 14/03/97”.

No mérito, observa-se que a única infração impugnada foi a relativa a utilização do crédito fiscal decorrente do “Custo Dutoviário”. Assim, a análise da lide deve-se restringir apenas à primeira infração.

Entende o recorrente que o Decreto nº 7593/99 ao excluir o valor relativo ao custo dutoviário da base de cálculo do imposto devido por substituição tributária, como também de não compensar o imposto vinculado àquela parcela com o ICMS substituído, fere ao princípio constitucional da não – cumulatividade, caso não haja o direito ao crédito fiscal sobre o referido custo dutoviário. Assim, conclui que a restrição refere-se apenas ao ICMS substituído, podendo compensá-lo com o ICMS próprio.

Tal entendimento não tem pertinência, visto que trata-se de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, com fase de tributação encerrada, as quais ficam desoneradas de tributação as operações internas subsequentes com as mesmas mercadorias, sendo, por conseguinte, vedada a utilização do crédito fiscal pelo adquirente, tanto do ICMS normal e substituído, quanto do ICMS incidente sobre os serviços de transporte (duto) das referidas mercadorias, conforme previsto nos artigos: 94, inciso II; 356 e 357, parágrafo único, todos do RICMS/97. Por fim, não vislumbro como tal vedação fere o princípio constitucional da não – cumulatividade, haja vista não haver tributação nas operações subsequentes.

Do exposto, voto o Auto de Infração PROCEDENTE, no valor de R\$ 11.404,34.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **269136.0001/01-0**, lavrado contra **UBINAN DISTRIBUIDORA DERIVADOS DE PETRÓLEO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado 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 nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios.

Sala das Sessões do CONSEF, 05 de fevereiro de 2002.

FERNANDO A. B. DE ARAÚJO - PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ CARLOS BACELAR - JULGADOR

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - JULGADOR