

A. I. Nº - 298937.0017/01-3  
**AUTUADO** - COMPANHIA BRASILEIRA DE PETRÓLEO IPIRANGA  
**AUTUANTE** - JOSÉ ANTÔNIO SOARES SEIXAS  
**ORIGEM** - INFRAZ SANTO AMARO  
**INTERNET** - 26. 03. 2002

**4<sup>a</sup> JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO JJF N° 0102-04/02**

**EMENTA:** ICMS. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. SERVIÇO DE TRANSPORTE. MERCADORIA ENQUADRADA NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. É vedada a utilização de crédito fiscal decorrente do serviço de transporte tomado, relativo à operação de circulação de mercadoria enquadrada no regime de substituição tributária por antecipação, salvo disposições expressas em contrário. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

O Auto de Infração em lide, lavrado em 27/12/01, exige ICMS no valor de R\$ 1.996.737,48, referente à utilização indevida de créditos fiscais relativos a prestações de serviços de transporte interestadual ou intermunicipal de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária por antecipação.

O autuado apresentou defesa tempestiva e, inicialmente, explicou que atua no ramo de distribuição de combustíveis e derivados de petróleo. Disse que contratou prestações de serviço de transporte rodoviário e ferroviário para viabilizar as suas operações referentes à distribuição de gasolina, óleo diesel e querosene, mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária. Frisou que as operações com combustíveis e lubrificantes derivados de petróleo, bem como as prestações de serviço de transporte interestadual e intermunicipal foram tributadas pelo ICMS. Aduziu que, tanto nas entradas como nas saídas de combustíveis e derivados de petróleo, ele foi onerado pelo ICMS incidente sobre os serviços de transportes que tomou.

Ressalta o autuado que, de acordo com a Constituição Federal, só a isenção e a não incidência vedam a utilização de crédito fiscal de ICMS. Assegura que a Lei nº 7014/96 deve estar de acordo com o disposto na Constituição Federal e, por seu turno, o Regulamento do ICMS deve observar o previsto na citada lei.

De acordo com o defensor, as operações com combustíveis e derivados de petróleo não são desoneradas do ICMS, elas, apenas, tiveram o imposto recolhido antecipadamente pelo mecanismo da substituição tributária. Aduz que a vedação do direito ao crédito fiscal em razão do transporte não estar vinculado a operações de comercialização tributada não é aplicável a operações enquadradas no regime de substituição tributária, pois, nesse caso, o imposto já foi pago antecipadamente, contemplando todas as etapas da circulação da mercadoria. Salienta que, no caso em tela, o Estado recebeu o ICMS referente ao serviço de transporte tomado, portanto qualquer exigência de estorno dos referidos créditos viola o princípio da não cumulatividade, onera o comerciante e majora o preço dos combustíveis. Transcreve doutrina e ementa de decisão deste CONSEF para embasar suas alegações.

Após tecer comentários sobre o princípio da não cumulatividade, o autuado diz que o mesmo, apenas, admite as exceções previstas no inciso II, do § 2º, do artigo 155 da Constituição Federal, cujo teor transcreve. Alega que qualquer restrição ao crédito fiscal além das previstas na Constituição Federal, onde não consta a substituição tributária, não podem ser aceitas pelos órgãos julgadores, especialmente quando a limitação é imposta por legislação de hierarquia inferior à Carta Magna. Assevera que, em respeito ao princípio da não cumulatividade, tem o direito aos créditos fiscais referentes aos serviços de transporte contratados para as suas operações com combustíveis e lubrificantes derivados de petróleo, cujo imposto foi recolhido antecipadamente pelo regime de substituição tributária. Transcreve doutrina e dispositivos legais.

Prosseguindo em sua defesa, o autuado alega que o art. 29 da Lei nº 7014/96, cujo teor transcreve, lhe assegura o direito aos créditos fiscais em questão. Explica que o RICMS-BA/97 não lhe pode vedar o direito aos créditos fiscais em apreço, pois esse direito está baseado na Lei nº 7014/96 e na Constituição Federal. Insiste que há conflito entre a citada Lei e o RICMS-BA/97. Cita doutrina para embasar seus argumentos defensivos.

Ao final, solicita que o Auto de Infração seja julgado improcedente.

Na informação fiscal, o autuante explica que o autuado, por ser uma distribuidora, já recebe as mercadorias com o ICMS pago por antecipação, uma vez que o refinador já efetuou a retenção do imposto. Em consequência, o defendant vende as mercadorias sem nenhum recolhimento de ICMS. Frisa que, nesse caso, não há que se falar em não cumulatividade, pois as distribuidoras não arcaram com o ônus do imposto.

O autuante diz que os artigos 94 e 95 do RICMS-BA/97, de forma clara e direta, vedam a utilização dos créditos fiscais em questão. Frisa que o autuado não nega que as mercadorias objeto da autuação foram submetidas à substituição tributária. Em seguida, solicita que o Auto de Infração seja julgado procedente.

## VOTO

Com relação às alegações defensivas pertinentes à constitucionalidade da legislação tributária do Estado da Bahia, com fulcro no artigo 167, I, do RPAF/99, deixo de apreciar tal questão, pois a declaração de constitucionalidade não se inclui entre as competências deste órgão julgador.

No que tange à questionada ilegalidade do RICMS-BA/97, saliento que, uma vez ocorrida a substituição ou antecipação tributária, estará encerrada a fase de tributação das mercadorias enquadradas no referido regime, conforme prevê o art. 9º da Lei nº 7014/96. Não obstante o parecer citado à fl. 256 dos autos, entendo que as operações sucessivas que ocorrerem após o pagamento do imposto por substituição ou antecipação tributária serão classificadas como não tributadas, tanto isso é verdade que o autuado dá saída às mercadorias com fase de tributação encerrada sem débito do imposto.

Em face do acima comentado, considero que quando o RICMS-BA/97 (arts. 94 e 95) veda o direito ao crédito fiscal referente ao serviço de transporte decorrente de operação com mercadoria enquadrada no regime de substituição tributária por antecipação, ele não inova e nem extrapola a disposição legal, pois o art. 29 da citada Lei veda o crédito fiscal quando a operação subsequente não for tributada. Dessa forma, não acato a alegação defensiva de que o RICMS-BA/97 incide em ilegalidade, haja vista que a vedação contida no Regulamento está em perfeita consonância com o disposto na Lei nº 7014/96.

Apesar da argumentação defensiva pertinente ao princípio da não cumulatividade, considero que ao autuante cabia aplicar o disposto na legislação tributária estadual, a qual está fundamentada na Lei nº 7014/96, não lhe cabendo questionar a constitucionalidade da lei.

Quanto à decisão deste CONSEF citada pelo autuado, considero que a mesma trata de matéria diversa da que se encontra em lide e, portanto, não serve como paradigma para o presente caso.

Da análise das peças e comprovações que integram o processo, constato que o autuado, distribuidor de combustíveis e derivados de petróleo, utilizou créditos fiscais de ICMS referentes a serviços de transporte de gasolina, óleo diesel e querosene, mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, infringindo o disposto nos arts. 94, 95 e 356 do RICMS-BA/97. Assim, foi correto o procedimento do autuante e são devidos os valores cobrados na autuação.

Pelo acima exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4<sup>a</sup> Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **298937.0017/01-3**, lavrado contra **COMPANHIA BRASILEIRA DE PETRÓLEO IPIRANGA**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 1.996.737,48**, atualizado monetariamente, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 61, VIII, “a”, da Lei nº 4825/89, e art. 42, VII, “a”, da Lei nº 7014/96, e dos acréscimos moratórios.

Sala das Sessões do CONSEF, 21 de março de 2002.

ANTÔNIO AGUIAR DE ARAÚJO – PRESIDENTE

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – RELATOR

ANSELMO LEITE BRUM - JULGADOR