

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

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 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 defendente, 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 defendente vende as mercadorias sem nenhum recolhimento de ICMS. Frisa que, nesse caso, não há que se falar em não cumulatividade, pois as distribuidoras não arcam 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 inconstitucionalidade 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 inconstitucionalidade 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 inconstitucionalidade 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 4ª 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