

A. I. N° - 269277.0024/08-5
AUTUADO - ESSO BRASILEIRA DE PETRÓLEO LIMITADA
AUTUANTE - OSVALDO AZEVÊDO BASTOS FILHO e NELSON OITAVEN SESTOLO
ORIGEM - SAT/COPEC
INTERNET - 27.04.2009

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0077-02/09

EMENTA: ICMS. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. É vedado o crédito do imposto relativo a mercadorias cuja fase de tributação se encontre encerrada. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 25/09/2008, exige ICMS no valor de R\$737,39, acrescido de multa de 60%, relativo a utilização indevidamente de crédito fiscal referente a aquisição de mercadorias com saídas subseqüentes beneficiadas com não incidência do imposto,

O autuado, por seu advogado, apresenta defesa, fls. 20 a 28, alegando que a operação subseqüente está sujeita a tributação do ICMS.

Aduz que atua no segmento de comercialização e distribuição de combustíveis, derivados ou não do petróleo, dentre os quais gasolina e óleo diesel e que para fins de comercialização dos referidos produtos mistura aos mesmos aditivos e corantes, insumos estes adquiridos com incidência do ICMS, com o imposto destacado na nota fiscal correspondente.

Destaca que o autuante glosou estes créditos sob alegação de que o produto final gasolina e óleo diesel estão sujeitos ao regime de substituição tributária. Diz que o procedimento do autuante fere a Lei Complementar nº. 87/96 bem como do artigo 155, § 2º, Inciso II da Constituição Federal.

Pontua que, por imposição legal, nas operações com gasolina e óleo diesel, é a Petrobrás o contribuinte responsável pela retenção e recolhimento do ICMS devido pela distribuidora e pelo posto revendedor, portanto recolhe imposto de toda a cadeia até o consumo.

Argumenta que na formação da MVA todos os custos estão computados, inclusive dos seus insumos adquiridos, e que o imposto é retido e recolhido sobre estes insumos.

Defende que o fato da operação está sujeita ao regime de substituição tributária, não lhe subtrai o direito de se creditar do ICMS pago na aquisição dos corantes e aditivos, pelo simples fato destes insumos, comporem o custo final da mercadoria vendida.

Sustenta que a exigência fiscal viola o princípio da não – cumulatividade e reproduz o art.155, § 2º, I, da CF, que trata desse tema.

Transcreve entendimentos do professor Hamilton Dias de Souza, sobre substituição tributária, bem como diversos escritos que no seu entender, tratam sobre essa questão, por analogia.

Conclui pedindo que o Auto de Infração seja julgado improcedente e que seja ordenado o seu arquivamento.

Um dos autuantes presta informação fiscal, às fls. 40 e 41, dizendo que não há na defesa apresentada sustentação fática em suas alegações, por entender que tal argumentação não procede.

Argui que, à luz do art. 356 do RICMS/97, ocorrido o pagamento do ICMS por antecipação ou substituição tributária, ficam desoneradas de tributação as operações internas subseqüentes com

as mesmas mercadorias, sendo, por conseguinte, vedada, salvo exceções expressas, a utilização do crédito fiscal pelo adquirente.

Diz que em nenhum momento foi questionado o ramo de atuação da autuada, bem como foi constatado que o autuado utiliza os corantes e aditivos para comercializar gasolina e óleo diesel.

Conclui pedindo que o Auto de Infração seja julgado procedente.

VOTO

O Auto de Infração trata da exigência de ICMS decorrente da utilização indevidamente de crédito fiscal referente a aquisição de mercadorias cujas saídas subseqüentes se encontram com a fase de tributação encerrada, por ter ocorrido o pagamento do imposto por substituição tributária.

Examinando as peças processuais que embasaram a autuação, verifico-se que o crédito tributário lançado no presente Auto de Infração refere-se à utilização de créditos fiscais relativos a corantes e aditivos, segundo o contribuinte, adquiridos com incidência do imposto, cujos produtos são misturados à gasolina e ao óleo diesel, mercadorias essas comercializadas em seu estabelecimento.

O sujeito passivo não contestou os valores apurados e lançados, limitando-se, apenas, a invocar o princípio da não cumulatividade, disse que tem direito ao mencionado crédito fiscal por entender que na formação da MVA ou base de cálculo presumida, todos os custos estão computados, inclusive os dos seus insumos adquiridos.

Entendo que não assiste direito ao autuado ao uso do crédito fiscal destacado nas notas fiscais atinentes às aquisições de aditivos e corantes misturados à óleo diesel e gasolina, em virtude destas mercadorias se encontrarem enquadradas no regime de substituição tributária, sendo que nesses casos, ocorrido o pagamento do ICMS por antecipação ou substituição tributária, ficam desoneradas de tributação as operações internas com as mesmas mercadorias, sendo, por conseguinte, vedada a utilização do crédito fiscal pelo adquirente dos aditivos e corantes, visto que, o óleo diesel e a gasolina já se encontram com a sua fase de tributação encerrada. (art.356 do RICMS/97).

Portanto, está correta a exigência do ICMS, referente à utilização de crédito fiscal, de produtos adquiridos misturados à mercadorias cuja fase de tributação se encontra encerrada. Nesta ótica, não se configura ofensa ao princípio da não cumulatividade do imposto, bem como a matriz constitucional invocada pelo autuado.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 269277.0024/08-5, lavrado contra **ESSO BRASILEIRA DE PETRÓLEO LIMITADA**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$737,39**, acrescido da multa de 60%, prevista no artigo 42, inciso VII, “a” da Lei 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 16 de abril de 2009.

JOSÉ CARLOS BACELAR - PRESIDENTE

FRANCISCO ATANASIO DE SANTANA - RELATOR

ÂNGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO – JULGADOR