

PROCESSO - A.I. Nº 206941.0105/02-1
RECORRENTE - BAHIANA DISTRIBUIDORA DE GÁS LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 4ª JJF nº 0169-04/03
ORIGEM - INFAZ FEIRA DE SANTANA
INTERNET - 01.09.03

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0438-11/03

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. MATERIAL DE CONSUMO DO ESTABELECIMENTO. É vedada a utilização de crédito fiscal relativo a material de consumo. Infração caracterizada. 2. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS. **a)** PARA CONSUMO PRÓPRIO PELO ESTABELECIMENTO. Corrigidos os cálculos do imposto. Infração parcialmente caracterizada. **b)** PARA ATIVO FIXO. Infração comprovada. Rejeitadas as preliminares de decadência e de nulidade. As razões aduzidas na peça recursal não modificam a Decisão Recorrida. Mantido o julgamento de 1ª Instância. Rejeitadas as preliminares de decadência e nulidade argüidas. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Irresignado com a Decisão proferida no Acórdão nº 0169-04/03, na Primeira Instância, que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração acima epigrafado, e respaldado na legislação processual vigente (art. 169, I, “ b” do RPAF/99), o autuado, através do seu representante legal, constante do instrumento de Mandato acostado à peça recursal, ingressou com o Recurso Voluntário, para que o mesmo seja apreciado por uma das Câmaras deste CONSEF.

A autuação fiscal descrita na peça acusatória aponta o cometimento das seguintes infrações:

1. Utilização indevida crédito fiscal relativo à aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento no período de janeiro a dezembro /97 no valor de R\$ 3.159,54;
2. Falta de recolhimento da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de bens destinados ao consumo no estabelecimento, provenientes de outras unidades da Federação no período de abril/97 a dezembro /97, junho a dezembro de 1998, janeiro a dezembro /99, janeiro a dezembro /2000 e janeiro a dezembro de 2001- no valor de R\$ 32.286,75.
3. Falta de recolhimento da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, relativo às aquisições destinadas ao ativo fixo do estabelecimento no período de janeiro a novembro de 2001, no valor de R\$ 46.436,72;

O julgamento proferido na 1ª Instância afastou a argüição da preliminar de decadência suscitada pelo autuado, referente ao exercício de 1997, sob o argumento de que o prazo decadencial para a exigência do imposto conforme dispõe o art. 173, I do CTN, dar-se-ia em 31/12/02, e o Auto de Infração foi lavrado em 30/12/02.

Também rechaçou a nulidade suscitada sob o argumento de que a autuação fiscal deveria se pautar na precisão e clareza, tendo a Junta de Julgamento Fiscal considerado que as eventuais incorreções foram saneadas na informação fiscal, onde o autuante elaborou novo demonstrativo corrigindo o valor do débito, e o autuado foi cientificado e consignou que recebeu cópia, e inclusive apresentou argumentos às fls. 111 a 118 dos autos.

Na análise do mérito referente ao item 1, negou razão ao autuado, porque o mesmo conforme cópia do livro RAICMS, se creditou do imposto que é vedado conforme dispõe os artigos 97, VII, “a” do RICMS/97, e manteve a exigência fiscal.

Referente aos itens 2 e 3 que tratam de falta de recolhimento da diferença de alíquota, relativo às aquisições de materiais de uso e consumo (item 2) e da aquisição de ativo fixo (item 3), para o estabelecimento, asseverou que o art. 5º, inciso I, do RICMS 96 e RICMS/97, prevê para as duas hipóteses da destinação das mercadorias, que o fato gerador do ICMS, para fins de pagamento da diferença de alíquotas, ocorre quando da aquisição em outros Estados. Concluiu que os levantamentos elaborados pela fiscalização que foram corrigidos relativos à infração 2, respaldavam a exigência fiscal, e portanto, considerava parcialmente correta a autuação, votando pela Procedência Parcial do Auto de Infração.

Ao tomar ciência mediante AR a fl. 138 da Decisão de 1ª Instância, o autuado interpôs Recurso Voluntário, tempestivamente, às fls. 139 a 145, aduzindo as seguintes razões:

- 1) que a autuação deve ser julgada insubsistente, e a Decisão não deve prevalecer, por que a preliminar de decadência suscitada na peça defensiva deve ser acolhida pelo órgão julgador;
- 2) alega que o ICMS é um imposto que se submete ao lançamento por homologação, e tem previsão no art. 150 do CTN, e o prazo para homologação é contado da data da ocorrência do fato gerador, enquanto que a Junta de Julgamento teria entendido que o prazo seria previsto no art. 173 inciso I, em que aplica aos lançamentos por declaração e de ofício, além dos casos de dolo, fraude e simulação;
- 3) Cita doutrina (Hugo de Brito Machado) transcrevendo matéria sobre decadência, e diz que referente à infração 1, o Fisco tinha até o dia 30.11.2002 para revisar os lançamentos, e só procedeu em 30.12.02, e que o mesmo ocorria em relação à infração 2, quanto ao período de 31.01.97 até 30.11.97. Alega que os mesmos não poderiam “ser revistos” por que teria ocorrido a homologação tácita pelo Fisco Estadual;
- 4) Diz que o prazo decadencial é matéria de Lei Complementar, e por isso os tópicos abrangidos pela decadência devem ser excluídos do Auto de Infração;
- 5) Argúi que a Decisão deve ser reformada, por que o princípio da não cumulatividade tem correlação com o item 2, que investiu contra a utilização do crédito sobre o material de uso e consumo, e que o direito de compensar crédito não pode sofrer nenhuma restrição quanto ao percentual;
- 6) diz que adquiriu o produto “tolueno” para pintura dos vasilhames que integram seu ativo fixo, e que o referido produto por fazer parte na cadeia produtiva, deve ter crédito de ICMS;
- 7) alega imprecisão no levantamento e por essa razão assevera que seria insubsistente a autuação. Alega que se a mesma subsistir estará pagando duas vezes o mesmo tributo, com base no mesmo fato gerador. Conclui requerendo a insubsistência da autuação e a procedência do Recurso Voluntário.

A PGE/PROFIS, à fl.152 dos autos, após análise dos elementos constantes do processo considera que o Recurso Voluntário não deve ser provido, observando que a arguição de decadência não prospera, uma vez que o fato gerador ocorrido em 1997 inicia o prazo decadencial em 01.01.98,

e em outubro de 2002 a Fazenda Estadual iniciou a fiscalização, conforme se verifica à fl. 13, logo dentro do prazo decadencial. Também não acolhe a preliminar argüida, em que o recorrente alega imprecisão do lançamento, e considera que as incorreções existentes foram corrigidas pois os cálculos foram refeitos, e foi concedida a oportunidade de nova manifestação ao autuado.

Quanto ao mérito, observa que o recorrente não apresenta nenhum documento que demonstre quanto aos valores exigidos pela autuação, relativo às diferenças de alíquotas, e tendo em vista que os pagamentos efetuados pelo contribuinte foram considerados pelo autuante.

Conclui pelo Não Provimento do Recurso Voluntário.

VOTO

Inicialmente, passo ao exame das preliminares argüidas pelo recorrente, como sendo a primeira preliminar de decadência da autuação referente ao exercício de 1997, e a segunda preliminar de nulidade, sob o argumento de imprecisão no levantamento fiscal.

Relativamente à preliminar de decadência não assiste razão os argumentos aduzidos pelo recorrente, uma vez que o Auto de Infração foi lavrado dentro do quinquênio, com base no disposto no art. 173, I do CTN, que foi recepcionado pela legislação baiana no art. 965, I do RICMS/97, que o prazo para a constituição do crédito tributário extingue-se no prazo de cinco anos, contado do primeiro dia exercício seguinte àquele em que lançamento poderia ter sido efetuado.

Assim, quanto ao exercício de 1997, o prazo começa a contar em 1º/01/98 e o termo final em 31/12/2002, e tendo em vista que a fiscalização iniciou o procedimento fiscal em outubro/2002 e concluído em 30/12/02, não há o que se falar em decadência.

Para robustecer a nossa argumentação, cito Acórdãos CJF nºs 0015-11/03, 0337-11/03 e 0404-11/03, da 1ª Câmara de julgamento Fiscal. que refletem o entendimento reiterado deste CONSEF acerca da questão ora em exame. E transcrevo parte do voto que proferi no Acórdão nº 0404-11/03, em recente sessão (22/07/03) nesta CJF.

“O Estado no prazo quinquenal traçado pela legislação para verificar a regularidade dos lançamentos pelo contribuinte, quanto ao imposto estadual decorrente de suas operações mercantis, procedeu através do seu preposto fiscal, a fiscalização relativa ao exercício de 1997, e para tanto lavrou Termo de Início para Apresentação de Livros e Documentos Fiscais em 10.10.02, conforme fl. 7 dos autos, concluindo com a lavratura do Auto de Infração em 17/12/02”.

“O recorrente se insurge contra a exigência fiscal atacando tão somente a preliminar de decadência, por entender que o exercício de 1997 já estaria alcançado pelo decurso do prazo para o sujeito passivo promover o lançamento com a constituição do crédito”.

“Entendo que o contribuinte tenha certa razão em afirmar que sem a notificação do sujeito passivo, de que trata o Parágrafo único do art. 173 do CTN, o lançamento não desencadeará qualquer efeito jurídico, ao citar na peça defensiva, comentários em torno da eficácia do lançamento, ao citar doutrina de escol, uma vez que sem dar conhecimento ao contribuinte do ato de lançamento, mediante a notificação, a exigibilidade do crédito não será efetivada. Contudo, a constituição do crédito tributário, antecede a fase da exigência ou exigibilidade. Portanto não há o que se falar em decadência, no caso sub examine se o crédito fiscal foi constituído na forma prevista no art. 965 I do RICMS/97, que repete fielmente o contido no art. 173 inciso I do CTN”.

"Entendo, que a possibilidade da cobrança quer administrativamente quer judicialmente só se dará com a notificação, por que ninguém poderá ser convocado ao pagamento de

uma dívida, sem a prévia notificação. Daí, por que o lançamento no dizer de Alberto Xavier no seu livro clássico “DO LANÇAMENTO TEORIA GERAL DO ATO DO PROCEDIMENTO E DO PROCESSO TRIBUTÁRIO, 2ª edição rio de janeiro, 1998, págs. 193 a 195, coloca com muita propriedade que a notificação é realizada pela autoridade que praticou o ato de lançamento, e ainda, que a notificação desempenha a função de dar conhecimento ao contribuinte quanto ao lançamento que lhe afeta. Sustenta a tese de que a mesma se constitui em ato receptício, destinado a comunicar ao sujeito passivo o fundamento da exigência, o prazo para o recolhimento da obrigação tributária e para a sua eventual impugnação. Atribui a Paulo da Barros Carvalho, a autoria da distinção entre lançamento e a notificação do lançamento. E para configurar essa distinção comparou com a sentença judicial, da intimação da sentença. E acrescentou que o lançamento pode ser válido, porém ineficaz, em virtude da notificação inexistente, nula ou anulada. Conclui que uma coisa é atacarmos os vícios do lançamento, outra é cogitar os defeitos da notificação”.

“Neste diapasão, entendo que não pode o contribuinte buscar abrigo na argüição de decadência, uma vez que o sujeito ativo, titular do crédito promoveu o lançamento, na dicção do artigo 142 do CTN, antes de expirado o prazo que seria em 31/12/2002”.

“A jurisprudência também tem caminhado nesse sentido. O Supremo Tribunal Federal já decidiu que a decadência somente é possível em período anterior ao lançamento ou a lavratura do Auto de Infração, porque já consumado o lançamento (REx. n.ºs 91019, 91.812 e 90.926 rel. Ministro Moreira Alves. Rev. Trimestral de Jurisprudência, n.º 94). Obra-Comentários ao Código Tributário Nacional – Carlos Valder Nascimento e outros- 3ª Edição. Editora Forense. RJ.1998. pg.384”.

Deste modo, e em consonância com os fundamentos do Parecer da PGE/PROFIS às fls. 152 e 153, afasto a preliminar acima referida.

Quanto à argüição de nulidade em preliminar, sob alegação de imprecisão do levantamento fiscal, fica também rechaçada uma vez que a exigência fiscal foi demonstrada nos levantamentos acostados às fls. 16 a 21 referente ao exercício de 1997 da infração 2; fls. 22 da infração 1 e a cópia do livro RAICMS fls. 23 a 37 dos autos; fls. 39 a 44 referente ao exercício de 1998 - item 2; e fls. 45 a 64 referente ao exercício de 1999, também referente ao item 2. E relativo à infração 3, o demonstrativo do diferencial de alíquota acostado às fls. 65 e 66 dos autos. Ressalte-se que o autuado recebeu cópia dos demonstrativos conforme se vê da declaração de recebimento nas fls. 16, 39, 46, 55, 62 e 65 dos autos.

Ademais, diante da correção efetuada pelo autuante na informação fiscal, o contribuinte foi intimado conforme fl. 108 dos autos, e inclusive aditou a defesa, fazendo nova manifestação onde argüi a decadência, a não cumulatividade do ICMS e reitera os termos da defesa. Portanto, diante dos fatos aqui descritos, não procede a alegação do recorrente de imprecisão nos levantamentos que respaldam a autuação, não merecendo acolhida a sua argüição de nulidade, uma vez que foram sanadas as irregularidades conforme preceitua o §1º do art. 18 do RPAF/99.

E, acrescente-se, ainda, que não importou em prejuízo para o autuado que se defendeu amplamente das infrações que lhes foram imputadas.

Passo ao exame das razões de mérito aduzidas pelo recorrente. Verifico que os argumentos do recorrente relativamente à infração 1 restringem-se à alegação de que faz jus ao crédito em razão do princípio da não cumulatividade encartado no § 2º, inciso I do art. 155 da CF/88, e que na legislação estadual também consta tal princípio no art. 114, e que o artigo 93 prevê a compensação do imposto, entendendo que tem direito ao crédito, mesmo relativo aos bens de uso e consumo de bens do ativo fixo.

Ocorre que não prosperam as alegações do recorrente, e a Decisão está correta ao manter a glosa do crédito, tendo em vista que a vedação ao crédito está prevista no art. 97, II do RICMS/97 e o art. 93, inciso V, alínea “b” dispõe que o crédito fiscal decorrente das aquisições de bens para uso e consumo, será compensado com o tributo nas operações subsequentes, e para fins de apuração do imposto a recolher a partir de 01/01/2003, e foi prorrogado para 2007, com a Lei Complementar nº 114/02.

Referente às infrações 2 e 3 que exigem a diferença entre a alíquota interna e a interestadual nas aquisições interestaduais de bens de consumo e bens do Ativo Fixo, a legislação dispõe que ocorre fato gerador para fins de pagamento da diferença da alíquota, a entrada no estabelecimento de bens provenientes de outros Estados, quando destinados a uso consumo ou ativo permanente do próprio estabelecimento (art. 5º inciso I do RICMS/97).

Quanto ao argumento do recorrente de que a divergência entre os valores recolhidos e que constam do RAICMS nos períodos autuados e considerados pelo autuante no demonstrativo de apuração do diferencial de alíquota, verifico que os valores relativos aos pagamentos constam dos demonstrativos, e os valores que o autuado ora recorrente alega que foram recolhidos, e indica no demonstrativo que elabora na peça recursal que inclusive foi utilizado na impugnação, porém não apresenta a prova de recolhimento das parcelas que indica, e se as mesmas se referem à diferença de alíquota. Deste modo, o argumento é vazio e não se presta a elidir a acusação fiscal, uma vez que os levantamentos refletem a apuração da base de cálculo para fins de pagamento da diferença de alíquota como dispõe o art. 69 e 72 do RICMS/97, e assim ficou demonstrado que a exigência fiscal decorrente da diferença de alíquota nas operações interestaduais de bens de uso e consumo e ativo fixo, é devida, portanto, o lançamento de ofício para constituir o crédito tributário subsiste parcialmente como entendeu a 1ª Instância, uma vez que o recorrente não comprova ter recolhido os valores como dispõe o art. 111, inciso III e art. 124, I do RICMS/97.

Por todo o exposto mantenho a Decisão recorrida e, acolhendo os fundamentos da manifestação da PGE no Parecer exarado aos autos, NEGOU PROVIMENTO ao Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª 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 EM PARTE** o Auto de Infração nº 206941.0105/02-1, lavrado contra **BAHIANA DISTRIBUIDORA DE GÁS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$76.319,44**, sendo R\$19.199,22, atualizado monetariamente, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “f” e VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios, mais o valor de R\$57.120,22, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “f”, da citada lei, e demais acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 06 de agosto de 2003.

ANTÔNIO FERREIRA DE FREITAS – PRESIDENTE

IVONE DE OLIVEIRA MARTINS – RELATORA

SYLVIA MARIA AMOÊDO CAVALCANTE – REPR. DA PGE/PROFIS