

PROCESSO	- A. I. Nº 210365.0017/02-3
RECORRENTES	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e MINASGÁS DISTRIBUIDORA DE GÁS COMBUSTÍVEL LTDA.
RECORRIDOS	- MINASGÁS DISTRIBUIDORA DE GÁS COMBUSTÍVEL LTDA e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS	- RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO- Acórdão 4ª JJF nº 0191-04/04
ORIGEM	- INFAS JEQUIÉ
INTERNET	- 26/10/2004

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL
ACÓRDÃO CJF Nº 0343-11/04

EMENTA: ICMS. 1. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. OPERAÇÕES DE SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM DOCUMENTOS FISCAIS. A diferença das quantidades de saídas de mercadorias, apurada mediante levantamento quantitativo de estoques, constitui comprovação suficiente da realização de operações sem emissão da documentação fiscal exigível. 2. CRÉDITO FISCAL. a) FALTA DE ESTORNO. a-1) MERCADORIAS ADQUIRIDAS PARA FINS ALHEIOS A ATIVIDADE DO ESTABELECIMENTO. Apesar dos bens adquiridos terem sido objeto de comodato, os mesmos são utilizados para o acondicionamento do produto comercializado pela empresa. Nessa condição, é legítima a apropriação do crédito fiscal na operação de aquisição. Infração não caracterizada. a-2) MERCADORIAS EMPREGADAS NA CONSTRUÇÃO DE IMÓVEIS POR ACESSÃO FÍSICA. De acordo com a legislação do ICMS, é vedada a utilização como crédito fiscal, o imposto relativo às aquisições de mercadorias para serem aplicadas na construção de imóveis. Infração comprovada. b) UTILIZAÇÃO INDEVIDA. b-1) MATERIAL DE USO E CONSUMO. É vedada a utilização de crédito fiscal referente à aquisição de material de uso e consumo do estabelecimento. Infração caracterizada. b-2) MERCADORIA ADQUIRIDA E SERVIÇOS DE TRANSPORTES EMPREGADAS NA COMERCIALIZAÇÃO DE PRODUTO COM FASE DE TRIBUTAÇÃO ENCERRADA PELO ICMS. Procedimento em desacordo com a legislação. Rejeitada a preliminar de decadência do crédito tributário. Não se inclui na competência do órgão julgador a declaração de constitucionalidade da legislação tributária estadual. Recurso de Ofício **NÃO PROVIDO**. Recurso Voluntário **PARCIALMENTE PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte e de Recurso de Ofício declarado na própria Decisão que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração em tela, em razão das seguintes irregularidades:

1. Falta de recolhimento do imposto, relativo às operações de saídas de mercadorias tributadas efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e, consequentemente, sem o

respectivo lançamento em sua escrita, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadoria em exercício fechado;

2. Deixou de efetuar o estorno de crédito fiscal, relativo às entradas de mercadorias utilizadas em fins alheios à atividade do estabelecimento, ou seja, adquiriu botijões para o seu ativo permanente e posteriormente realizou empréstimos por comodato, não estornando os créditos fiscais pertinentes, bem como o imposto pago a título de diferença de alíquotas;
3. Como nos termos do item anterior no valor de R\$52.970,69, referente a mercadorias adquiridas e que foram empregadas na construção de imóveis por acessão física;
4. Deixou de recolher imposto, decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento;
5. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS, referente à aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento;
6. Utilizou indevidamente crédito fiscal na importância, referente a mercadorias adquiridas com pagamento do imposto por substituição tributária.

Sustenta a Decisão da 4^a JJF, ora recorrida:

- deixa de acatar a alegação de cerceamento de defesa, uma vez que por determinação foi reaberto o prazo em dezenas dias, tendo o contribuinte apresentado às fls. 1192 a 1194 novos argumentos, oportunidade em que foram juntadas aos autos cópias de inúmeros documentos, para comprovar as suas alegações.
- não merece acolhida a decadência alegada pelo recorrente, tendo em vista que, de acordo com o disposto no art. 107-A, em seu inciso I, do Código Tributário do Estado da Bahia (Lei nº 3.956/81), o direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 anos, contado a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.
- no caso em tela, por se reportar a fatos geradores do exercício de 1997, o prazo para a contagem iniciaria em 01/01/98, cujo prazo final se daria em 31/12/2002, como o lançamento ocorreu em 28/12/2002, portanto, obedeceu ao prazo decadencial.
- além disso, o fato do contribuinte somente ter tomado ciência da autuação em 08/01/2003, também não é argumento válido para a alegação de decadência do crédito tributário, já que é ato distinto do lançamento;
- com relação ao pedido de diligências formuladas pelo recorrente só é necessário em relação à infração 1, cuja diligência encontra-se acostada aos autos às fls. 1445 a 1448.
- não se manifesta a respeito das alegações de constitucionalidade da legislação tributária estadual, visto que o teor do disposto no art. 167, I, do RPAF/99, “a”, não se inclui na sua competência.
- no mérito, posiciona-se no seguinte sentido:

“Infração 1 - a diligência da ASTEC concluiu que o autuante realizou a auditoria de estoque na empresa de forma correta, cuja diligência não foi objeto de qualquer questionamento pelo recorrente, quando foi cientificado pela INFRAZ-Jequié, conforme intimação à fl. 1590, para sobre ela se manifestar. Desse modo, considerou correta a exigência fiscal, já que a diferença de saídas apurada através de levantamento quantitativo de estoque, se constitui em comprovação suficiente da realização de operações de saídas efetuadas sem a emissão das notas fiscais correspondentes, fato que implicou na falta de recolhimento do imposto sobre as citadas operações.”

Infração 2 – em relação à autuação, entende que o lançamento não prospera, haja vista que os botijões adquiridos e que foram cedidos em comodato, ao contrário do entendimento do autuante, tem como finalidade acondicionar o gás liquefeito de petróleo comercializado pelo recorrente, para que o mesmo seja adquirido pelo comprador, por intermédio de seus distribuidores. Ademais, a empresa foi também autuada por idêntica infração em procedimento fiscal anteriormente lavrado, cuja exigência foi julgada improcedente pela 1ª JJF mediante o Acórdão nº 0358/01-03 e mantida pela 2ª CJF por meio do Acórdão nº 0168-12/03. Desta forma, excluiu da autuação o imposto exigido, já que a apropriação do crédito fiscal na aquisição de mercadorias para o ativo permanente está prevista no RICMS/97.

Infração 3 – não assiste razão ao recorrente em sua defesa, já que consoante o disposto nos incisos IV, “c”, § 2º, I, do art. 97, do RICMS/97, é expressamente vedada à utilização como crédito fiscal relativo aos bens, materiais, mercadorias ou serviços não destinados à comercialização, industrialização, produção, extração ou na prestação de serviços de transporte interestadual ou intermunicipal ou de comunicação, pelo que mantém a autuação.

Infração 4 – como o recorrente não comprovou o pagamento do imposto exigido neste item, considerou caracterizada esta infração, com respaldo no inciso I, do art. 5º, do RICMS/97, visto que, ao se defender da autuação, o recorrente alegou que não localizou em seus arquivos as guias de recolhimento do imposto por diferencial de alíquota, oportunidade em que pediu a juntada posterior das referidas guias.

Infração 5 – entendeu caracterizada, mantendo a exigência fiscal, pois o recorrente em sua defesa alegou tratar-se de lubrificantes empregados no seu processo industrial. Esclarece que há vedação expressa no art. 97, I, do RICMS/97, para utilização como crédito fiscal, por se tratar de insumo empregado, para o engarrafamento do GLP, o qual está enquadrado no regime de substituição tributária, sendo o imposto antecipado pela PETROBRÁS na operação de aquisição pelo recorrente, cujas operações subsequentes com o referido produto não são tributadas pelo ICMS.

Infração 6 – considerou caracterizada, uma vez que há vedação expressa no art. 97, I, do RICMS/97, para apropriação como crédito do valor do imposto destacado no documento fiscal de aquisição, por se tratar de mercadorias (selo plástico, cartela de segurança, tinta para botijão e outros), bem como de prestações de serviços de transportes relacionados à comercialização de GLP, o qual, na operação de venda não há tributação pelo ICMS, em virtude do mesmo ser enquadrado no regime de substituição tributária, cujo imposto correspondente foi antecipado pelo substituto tributário, no caso a PETROBRÁS.”

- ressaltou que os créditos fiscais existentes na conta-corrente fiscal do recorrente em valores superiores ao exigido no presente lançamento foram transferidos para outras empresas através de Certificados de Créditos emitidos pela Secretaria da Fazenda a pedido do recorrente, portanto, não podem ser compensados com os cobrados nessa ação fiscal.

Concluiu pela Procedência Parcial do Auto de Infração.

Em atendimento ao disposto no art. 169, I, “a”, item 1, do RPAF aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/00 a 4ª JJF do CONSEF recorreu de Ofício a esta CJF.

Insatisfeito com a referida Decisão o recorrente interpôs Recurso Voluntário, no qual alega as seguintes razões:

- inicialmente, como preliminar de mérito, suscitou a decadência do crédito tributário instituído pelo Fisco, argumentando que a autuação não pode prosperar, eis que relativo ao exercício de 1997, bem como pelo fato do Auto de Infração somente ter sido dado ciência à empresa em 08/01/2003.

- sustenta que o autuante ao lavrar o Auto de Infração, somente cientificou a empresa em 08/01/2003, não observando a extinção dos supostos créditos tributários, todos relativos ao exercício de 1997, em decorrência do decurso do prazo decadencial. Desta forma, em casos como este, o CONSEF vem entendendo ser aplicável o prazo decadencial previsto no art. 173, I, do Código Tributário Nacional, segundo o qual o direito da Fazenda Pública constituir o crédito tributário contra determinado contribuinte decai após 5 (cinco) anos, contados do primeiro dia útil do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado. Com base no referido dispositivo, o Fisco teria, no máximo, até o dia 02/01/2003 para constituir o crédito tributário em seu favor, mediante a lavratura e cientificação da empresa, o que somente foi feito em 08/01/2003, seis dias após o prazo decadencial. Entende ser aplicável a regra do art. 150, § 4º, do CTN, a decadência, no presente caso, se operaria mensalmente, de acordo com os respectivos fatos geradores, ou seja, para o fato gerador relativo ao mês de abril/97, a decadência operaria em abril/2002, e assim sucessivamente. Aduz que, em face do atual posicionamento do CONSEF sobre a matéria (tendente a aplicar o art. 173, I), os créditos tributários discutidos no presente caso, estão definitivamente extintos pelo advento da decadência.
- no mérito, para refutar a autuação, apresentou os seguintes argumentos:
 - Item 1 - não promoveu qualquer saída de botijões de gás liquefeito de petróleo - GLP sem documento fiscal;
 - para sustentar a presunção levada a efeito contra a empresa, entendeu que os Srs. Fiscais elaboraram planilha contendo um precário demonstrativo do movimento do estoque de botijões (Demonstrativo 1, anexo ao Auto de Infração). A simplista lógica fiscal contida na citada planilha de movimento de estoque consiste em identificar os estoques inicial e final do ano de 1997, o total de entradas e o total de saídas com nota fiscal e que, em tese, a soma do estoque inicial e das entradas, subtraídas do estoque final, deveria ser equivalente ao total de saídas com notas fiscais. Assim, a fiscalização com base na referida planilha encontrou uma diferença de 11.478 botijões, os quais, em tese, deveriam constar do estoque da empresa, tendo concluído, de forma precipitada e sem qualquer questionamento ao contribuinte, que tal diferença seria decorrente de vendas efetuadas sem documento fiscal. Aduz, no entanto, que na elaboração da planilha, não foi considerada a linha “GLP em botijão P13”, constante no livro de inventário.
 - além do erro acima, a fiscalização considerou que a totalidade de botijões constantes do estoque estava registrada na linha “Botijões P13”.
 - apesar da ilustre autoridade julgadora ter considerado correto o procedimento adotado pela fiscalização, esta deveria ter identificado a origem dos botijões constantes, levando-se em consideração que os botijões que eventualmente são revendidos, são revendidos cheios e, o seu registro no Livro de Registro de Inventário passa da linha “Botijões P13” para a linha “GLP em botijões P 13”, valores estes que não foram computados no cálculo da fiscalização.
 - pela planilha adotada pelo Fisco são consideradas todas as entradas de botijões (tanto aqueles comprados para revenda quanto aqueles adquiridos para o Ativo Imobilizado). Contudo, só foram considerados pelo Fisco na entrada, mas não foram considerados na saída. Desta forma, o cálculo procedido pela Fiscalização não pode prosperar.
 - argumentou pela nulidade da Decisão da 4ª Junta de Julgamento Fiscal, tendo em vista que esta se limitou a concordar com o levantamento fiscal, sem ao menos se manifestar acerca dos argumentos da defesa.

Item 3 - não está obrigada, pela legislação pertinente, a proceder a qualquer estorno de créditos de ICMS, relativamente a mercadorias adquiridas para o seu ativo fixo e vinculadas à atividade do seu estabelecimento;

- informou a destinação das mercadorias consignadas nas planilhas elaboradas pelo autuante e disse que as mesmas, ao contrário do que tentam fazer crer os prepostos fiscais, foram destinadas ao ativo fixo e está direta/indiretamente ligada à sua atividade-fim, qual seja, acondicionamento/engarramento e comercialização de GLP.
- sustenta ser inadmissível o entendimento do autuante, ao classificar os materiais destinados ao sistema de segurança contra incêndio, como não vinculados à atividade da empresa. Indaga como uma empresa que engarrafa e distribui GLP (altamente explosivo) pode operar sem um eficiente sistema de segurança contra incêndio e como considerar tais equipamentos, constantes do seu ativo fixo, como alheios à atividade do estabelecimento.
- esclareceu que somente a aquisição de bens que teriam uso alheio ao estabelecimento adquirente (uso pessoal de funcionários, diretores etc.) não ensejariam crédito de ICMS. Os demais (utilizados no estabelecimento) a *contrario sensu*, seriam suscetíveis de crédito.
- sustenta que os equipamentos destinados ao sistema de segurança contra incêndio, coberturas metálicas, materiais destinados ao sistema de iluminação etc, adquiridos para os setores de produção/comercial, ou sejam, para setores que não sejam exclusivamente da área administrativa, tem seu crédito assegurado, como corroborado, inclusive pelo próprio Fisco, fato não observado pelo autuante.
- em relação aos imóveis por acesso física, relacionada neste item, diz não prosperar a glosa dos créditos.

Item 5 - não há qualquer vedação à apropriação de créditos de ICMS destacados em conhecimentos de transportes rodoviário de cargas emitidos pelas transportadoras contratadas pela empresa para a distribuição do GLP comercializado, bem como quanto à apropriação de créditos de ICMS relativos aos produtos empregados no processo industrial de acondicionamento/engarrafamento do referido produto, pelo fato do mesmo estar sujeito ao regime de substituição tributária.

- aduz que o autuante entendeu de forma totalmente equivocada, que os lubrificantes empregados pela empresa, no processamento de engarrafamento do gás liquefeito de petróleo comercializado, não ensejariam a apropriação de créditos de ICMS, por serem destinados ao uso/consumo do seu estabelecimento. Segundo o recorrente, tal fato pode ser comprovado por perícia ou mesmo diligência fiscal, já que possui em seu estabelecimento um verdadeiro processo industrial, necessário ao engarrafamento do GLP, onde são acondicionados os produtos em vasilhames com pesos diferenciados.
- o CONSEF deve declarar nula a Decisão neste ponto, uma vez que, pelo Auto de Infração lavrado pela fiscalização foi enquadrada como suposta infração do art. 93, inciso V, alínea “b”, e art. 124, do RICMS/97, contudo, a Decisão da 4^a Junta de Julgamento Fiscal trouxe um novo enquadramento legal para a suposta infração, fundamentando com a vedação prevista no art. 97, I do RICMS/97.
- acrescenta que, somente se o GLP fosse produto isento de ICMS ou não tributado pelo imposto é que se poderia pensar na vedação aos créditos relativos às mercadorias integradas e/ou consumidas no processo industrial necessário ao seu acondicionamento, como ocorre com os lubrificantes. Consagra-se, desta forma, o princípio constitucional da não-cumulatividade.
- ao contrário do que entende a Decisão da 4^a Junta de Julgamento Fiscal, a antecipação do tributo pela PETROBRÁS não significa que as operações posteriores não são tributadas. Pelo contrário, são tributadas. Apenas por conta do regime de substituição tributária, o imposto devido na operação subsequente já foi pago antecipadamente.

Item 6 - a empresa detém, em todos os períodos autuados saldo credor capaz de absorver eventuais créditos indevidos, os quais deveriam ser estornados de sua escrita pela fiscalização, no sentido de identificar eventual saldo de ICMS a pagar.

- não há qualquer vedação à apropriação de créditos de ICMS destacados em Conhecimentos de Transporte Rodoviário de Cargas – CTRC's emitidos por transportadoras contratadas, tampouco quanto à apropriação de créditos de ICMS relativos a produtos empregados em processo industrial, pelo simples fato de estar a mercadoria correlacionada a tais serviços/produtos, sujeita ao regime de substituição tributária.
- considerou que da análise de dispositivos da legislação estadual, verifica-se que há vedação somente para o aproveitamento de créditos de ICMS relativos a mercadorias entradas ou a serviços prestados para comercialização ou prestação de serviço, quando as saídas ou a prestações subsequentes não forem tributadas ou estiverem isentas do imposto, ou quando forem tributadas com redução na base de cálculo (art. 97, I, RICMS/97). Salienta que foi com base neste dispositivo que a 4ª Junta de Julgamento Fiscal fundamentou sua Decisão. Contudo este dispositivo não trata da substituição tributária.
- salienta que somente há vedação em relação à substituição tributária no que se refere à aquisição de produto sujeito ao regime (art. 97, IV, "b", RICMS/97).
- acrescenta que quando se trata de substituição tributária não se pode dizer que a operação posterior não é tributada pelo imposto, por óbvio haverá tributação. O que ocorre é que o tributo incidente nessa operação terá sido retido e recolhido por terceiro legalmente obrigado, mas a operação é tributada e a manutenção dos créditos apropriados é direito inequívoco.
- a vedação a tal direito seria o mesmo que alterar o valor do gravame de um imposto não-cumulativo por essência mediante simples deslocamento de obrigação tributária. Isto demonstra um verdadeiro absurdo visto que o contribuinte não terá o direito a abater os créditos de outras operações.

Ao finalizar, requer a extinção dos créditos tributários relativos aos fatos geradores ocorridos no ano de 1997, pelo advento da decadência, e, no mérito, seja desconstituída parcialmente a referida Decisão de primeira instância, mantendo-se a parte relativa ao item 2 do Auto de Infração, com o consequente cancelamento do Auto de Lançamento questionado.

A representante da PGE/PROFIS, na sua manifestação, entendeu, quanto à decadência suscitada pelo recorrente, que a regra do § 4º do art. 150 do CTN indica interpretação diversa, ou seja, que o CTN estabelece que ocorre a homologação tácita se dentro do prazo decadencial a Fazenda Pública permanecer inerte, sem ação, sem fiscalizar os lançamentos efetuados pelo contribuinte, o que não ocorreu no caso.

Ademais, a lei estadual utilizando-se do permissivo legal prorrogou o início do prazo decadencial para os tributos estaduais por homologação, como o ICMS, para o primeiro dia do exercício seguinte. Desta forma, considerou correta a autuação procedida.

No mérito, quanto ao item 1 verificou que a diligência da ASTEC apurou o acerto da autuação.

Em relação ao item 3, argumenta que os créditos referem-se a aquisições de material utilizado na construção de imóveis por ação física, o que não é permitido pela legislação vigente (art.97, I, § 2º, c, IV, RICMS).

Quanto ao item 5, não é possível a utilização de crédito fiscal, pois a mercadoria está sujeita a substituição tributária, já tendo o imposto sido recolhido pela Distribuidora.

Por fim, no item 6 aduz que as mercadorias são sujeitas à substituição tributária, bem como o frete de GLP que é substituído, não sendo possível a utilização do crédito fiscal relativo.

Conclui pelo Não Provimento do Recurso Voluntário.

VOTO

Inicialmente, rejeito a preliminar de decadência suscitada pelo recorrente, tendo em vista que para o presente o caso a regra aplicável é a prevista no art. 173, I, do Código Tributário Nacional. Isto porque, ficou comprovado no PAF que o recorrente não realizou o pagamento do tributo, razão pela qual o Fisco deve realizar o lançamento de ofício nos termos do dispositivo supra.

Nesse sentido, Luciano Amaro¹ ensina:

“Em suma: a) se, nesse exemplo, tiver havido antecipação de pagamento (e não se constatando dolo, fraude ou simulação), o prazo decadencial (dentro do qual cabe ao Fisco homologar expressamente o pagamento, ou, se discordar do valor recolhido, lançar de ofício) conta-se da data do fato gerador (10-06-1995), nos termos do art. 150, § 4º; b) se não ocorreu o pagamento, não se aplica nem o caput nem os parágrafos do art. 150, mas sim o art. 173, iniciando-se o prazo decadencial para o lançamento de ofício, a partir de 1º de janeiro de 1996 não se discriminando situações de dolo, fraude ou simulação, pelo simples motivo de que o art. 173 não contempla essas discriminações.

(...)

O próprio Superior Tribunal de Justiça parece ter revisto o equivocado posicionamento ao proclamar que, se não houve pagamento (sujeito ao lançamento por homologação), é aplicável o prazo do art. 173 do Código Tributário Nacional. E caso haja pagamento, aplique-se o prazo de 5 anos, contados do fato gerador, a forma do art. 150, § 4º, do mesmo diploma.” (grifamos)

Tem-se, pois, inequívoco que a aplicação da regra do art. 150, § 4º do CTN pressupõe, necessariamente, a antecipação do pagamento do ICMS. Como no presente caso o recorrente não efetuou o pagamento do imposto, repita-se, deve-se aplicar o prazo do art. 173, I, do CTN.

Portanto, entendo que no presente caso não há que se falar em decadência, uma vez que o Fisco constituiu o crédito tributário, dentro do prazo legal.

No mérito, entendo que:

Infração 1 – não assiste razão ao recorrente, tendo em vista que o Parecer ASTEC nº 0014/2004 concluiu que a auditoria de estoque realizada na empresa estava correta. Outrossim, uma vez intimado para se manifestar (fl. 1590) sobre a referida diligência o recorrente permaneceu silente. Desta forma, partilho do posicionamento da 4ª JJF no sentido de que a diferença de saídas apurada mediante levantamento quantitativo de estoque, se constitui em comprovação suficiente da realização de operações de saídas efetuadas sem a emissão das notas fiscais correspondentes.

Infração 3 – Tratando-se de materiais destinados a fins alheios à atividade da empresa recorrente (material destinado a segurança, colocação de cobertura metálica, construção de cerca e de imóvel) estes não geram direito a crédito, conforme disposto na alínea “c” IV e III, § 2º, do art. 97 do RICMS/BA.

Ademais, foge à competência deste Egrégio Conselho de Fazenda à apreciação de constitucionalidade, ou não, da legislação vigente, conforme disposto no art. 167, do RPAF.

Infração 5 – inicialmente, não acolho a nulidade suscitada pelo recorrente relativa à utilização de dispositivo constante na fundamentação da referida Decisão, diverso daquele enquadrado pelo autuante, tendo em vista o disposto no art. 18, § 1º do RPAF.

No mérito, entendo que não assiste razão ao recorrente para se creditar de valores pagos a título da ICMS decorrentes da aquisição de lubrificantes, haja vista tratar-se de operação sujeita ao

¹ “Direito Tributário Brasileiro”, 8ª Edição, Saraiva, São Paulo, 2002, p. 397/398.

regime de substituição tributária, sendo, portanto, o imposto antecipado pela PETROBRÁS no momento da aquisição pelo recorrente, consoante dispõe o art. 97, IV, "b", do RICMS.

Infração 6 – de acordo com o art. 512, § 4º, I, "a", 2, do RICMS/97 o GLP tem o preço fixado por pauta fiscal com base no valor ponderado médio. Assim, neste preço estão inclusos todos os custos do produto até sua entrega ao consumidor final, razão pela qual o frete e demais materiais inerentes ao produto (lacres, tintas, etc.) conferem ao recorrente o direito ao respectivo crédito.

Ante o exposto, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário para excluir da autuação o item 6.

Quanto ao Recurso de Ofício acolho o entendimento da 4ª JJF e voto pelo NÃO PROVIMENTO.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NÃO PROVER o Recurso de Ofício interposto e PROVER PARCIALMENTE o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar PROCEDENTE EM PARTE o Auto de Infração nº 210365.0017/02-3, lavrado contra MINASGÁS DISTRIBUIDORA DE GÁS COMBUSTÍVEL LTDA., devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de R\$86.888,49, atualizado monetariamente, acrescido das multas de 60% sobre o valor de R\$57.619,59 e 70% sobre o valor de R\$29.268,90, previstas, respectivamente, no art. 42, II, "f", VII, "a" e "b" e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios correspondentes.

Sala das Sessões do CONSEF, 30 de setembro de 2004.

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS – PRESIDENTE

MARCOS ROGÉRIO LYRIO PIMENTA – RELATOR

MARIA JOSÉ RAMOS COELHO LINS DE ALBUQUERQUE SENTO SÉ – REPR. DA PGE/PROFIS