

A. I. Nº - 269094.0140/05-0
AUTUADO - SHV GÁS BRASIL LTDA.
AUTUANTE - EMÍLIO ALVES DE SOUZA FILHO
ORIGEM - INFRAZ JEQUIÉ
INTERNET - 25/05/06

5^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0161-05/06

EMENTA: ICMS. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. **a)** MERCADORIAS VINCULADAS À COMERCIALIZAÇÃO DE PRODUTO SUJEITO À SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA (GLP). Item desconstituído por se constatar mudança no fulcro da acusação item nulo. **b)** MATERIAL DE CONSUMO. É vedada a utilização de crédito fiscal relativo a material de consumo. Infração não elidida. DOCUMENTOS DE INFORMAÇÃO ECONÔMICO-FISCAIS DMA. DECLARAÇÃO INCORRETA DE DADOS. MULTAS POR DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. Infração não contestada Rejeitada a perícia solicitada e a preliminar de decadência argüida. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 28/12/2005, exige ICMS, no valor de R\$24.629,77, acrescido da multa de 60% e multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$120,00 pelo cometimento das seguintes infrações:

I – Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente às mercadorias adquiridas com pagamento do imposto por substituição nos meses de janeiro de 2000 a agosto de 2001, exigindo-se imposto no valor de R\$10.648,55. Observou o autuante que a infração consta dos Demonstrativos 1 e 3 e seus respectivos Anexos 1 e 3, e que a infração era crédito indevido na aquisição de mercadorias correlacionadas à comercialização de GLP – tinta alumínio, tolueno solvante, anel O’Ring, etc.

II – Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente à aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento, nos meses de janeiro de 2000 e de março daquele ano a fevereiro de 2001, e de abril a agosto de 2001, apurando-se imposto no valor de R\$13.981,22. Informou o autuante que a infração consta dos Demonstrativos 2 e 4 e seus respectivos Anexos 2 e 4.

III – Declarou incorretamente dados nas informações econômico-fiscais apresentadas através de DMA (Declaração e Apuração Mensal do ICMS), nos meses de dezembro de 2000 e de janeiro a maio de 2001, cobrando-se multa no valor de R\$120,00.

O autuado apresentou defesa, fls. 26/51, onde, inicialmente, descreveu as duas primeiras infrações a ele atribuídas. Argüiu preliminar de decadência quanto às infrações constituídas relativas ao exercício de 2000, argumentando para tanto que só em 09/01/2006 foi cientificado da autuação. Observou que não aproveitou crédito relativo à aquisição de qualquer mercadoria sujeita à substituição tributária; não estava obrigado a proceder a qualquer estorno de créditos de ICMS em relação a mercadorias integralmente consumidas no processo industrial de engarrafamento ou acondicionamento do GLP comercializado e por fim, que detinha saldo credor do imposto capaz de absorver eventuais créditos impositivos, os quais deveriam ter sido estornados de sua escrita pelo preposto fiscal.

Prelecionou sobre o instituto da decadência, colacionando aos autos farta doutrina e jurisprudência, aduzindo que o prazo para a constituição dos créditos tributários, relativos ao exercício de 2000, havia se esgotado em 2/1/2006, e que apenas no dia 9 desse mês foi cientificado da lavratura do auto de infração em exame. Ressaltou que a decadência só se interrompe com a notificação do sujeito passivo, e que como essa não foi feita dentro do prazo legal, entendeu que se operou a decadência para o exercício de 2000. Ressaltou que apesar da decadência restar operada com a aplicação da regra prevista pelo art. 173, I, do CTN, conforme a exegese desse CONSEF, entende que o ICMS por ser lançamento sujeito a homologação tem a sua decadência operada cinco anos contados da ocorrência do fato gerador.

Quanto ao mérito da 1^a infração, observou que as mercadorias ali arroladas não estão sujeitas à substituição tributária, mas sim ao regime normal de tributação do ICMS. Afirmou que as mencionadas mercadorias foram adquiridas sem o pagamento do imposto por antecipação ou substituição, anexando notas fiscais dessas com o fim de provar o alegado. Esclareceu que os referidos produtos integram o processo industrial de engarrafamento e acondicionamento do Gás Liquefeito de Petróleo (GLP), sendo, portanto legítimos os seus créditos fiscais.

No tocante a 2^a infração, ressaltou a importância de perícia com o fim de se comprovar a utilização dos produtos autuados no processo industrial. Acrescentou que tem sua atividade comercial normatizada e fiscalizada por diversos órgãos governamentais e que por exigência do Poder Público é obrigada a garantir a operacionalidade de todos os botijões de sua marca, daí o emprego das mercadorias autuadas. Discorreu sobre o processo de engarrafamento do GLP, reiterando ser este um processo industrial-meio, imprescindível e indissociável do processo como um todo, circunstância essa não observada pelo autuante. Transcreveu trecho da decisão do STJ, em que figurou como parte, acrescentando ter aquela corte se posicionado favoravelmente ao aproveitamento dos créditos de ICMS nas aquisições de produtos inerentes ao seu processo industrial, no que diz respeito aos fatos geradores posteriores à edição da Lei Complementar nº 87/96, como é a situação em análise. Sustentou que esse entendimento encontra-se albergado na legislação baiana, através do art.29, §4º da Lei nº 7014/96, o qual veda o aproveitamento do crédito para produtos isentos ou não tributados, insistindo que os produtos autuados foram utilizados no processo industrial necessário à comercialização do GLP.

Salientou possuir saldo credor significativamente superior aos créditos constituídos neste lançamento de ofício, razão pela qual julga necessária uma recomposição de tais saldos credores, estornando-se os julgados indevidos. Frisou que a compensação pleiteada não acarretaria prejuízo algum aos cofres públicos, uma vez que ainda continuaria a apresentar saldo credor, mesmo ao final da autuação. Colacionou jurisprudência do Tribunal de Impostos e Taxas de São Paulo – TIT, do Conselho de Contribuintes do Estado do Rio de Janeiro e do Ministério da Fazenda, nesse sentido. Citou Acórdão da 4^a JJF no qual só não se permitiu a compensação por ter o autuado transferido seus créditos fiscais a outras empresas. Concluiu pela decadência dos créditos tributários relativos ao exercício de 2000 e pela procedência das razões defensivas quanto ao mérito. Protestou pela realização de diligência e pela produção de todos os meios de prova admitidos pela legislação.

O autuante em informação fiscal prestada (fls 279/87) disse que o crédito tributário foi constituído dentro do determinado pelo art. 173 do CTN. Sustentou que o referido prazo se extingue com a lavratura do auto de infração e não com a tomada de ciência do autuado. Informou que por contingência do sistema informatizado de emissão de auto de infração, classificou como infringido na 1^a infração o art. 97, IV, “b”, do RICMS, quando o apropriado seria o inciso I, do mesmo artigo, ressaltou, porém ter descrito especificamente a infração incorrida. Entendeu ser irrelevante para a caracterização dessa infração os produtos autuados estarem ou não na substituição tributária, uma vez que a definição dessa vem da indubitável vedação ao crédito.

Afirmou que a empresa retificou sua postura, não mais se apropriando desses créditos, conforme se pode perceber do exame dos exercícios fiscais mais recentes.

Em relação à 2^a infração reiterou tratar-se de produtos de uso do estabelecimento, portanto sem direito ao crédito fiscal. Viu como estéril essa discussão, uma vez que o produto final comercializado, o GLP, não é mais tributado, e, por conseguinte, não gera direito ao crédito do ICMS.

Quanto à solicitação de compensação entre os saldos credores e os constituídos neste lançamento de ofício, opinou pela não aceitação dessa, uma vez que do exame dos livros e documentos fiscais não vislumbrou hipóteses de acumulação de crédito fiscal nas operações usuais do contribuinte.

Pugnou pela procedência da autuação.

Este processo foi apreciado em Pauta Suplementar de Julgamento desta JJF e tido como apto a julgamento.

VOTO

Da análise das peças que compõem o presente PAF, verifico que o autuante imputou ao sujeito passivo tributário a utilização indevida de crédito fiscal por estarem as mercadorias autuadas vinculadas a ulteriores saídas de produtos com a tributação encerrada ou por serem de uso do estabelecimento, bem como aplicou multa pela declaração incorreta de DMA. Observo que o presente lançamento de ofício encontra-se instruído, se fazendo acompanhar de demonstrativos e anexos, com o fim de assim fundamentar as acusações feitas.

O autuado opôs a ocorrência de decadência quanto aos fatos geradores ocorridos no exercício de 2000, argumentando que apenas tomou ciência deste lançamento de ofício após o decurso do prazo fixado pelo art 173, I do CTN. Entendo, em que pese doura opinião em contrário, que o lançamento de ofício se torna formalmente perfeito e acabado com a anuência da autoridade fazendária, ou seja, com o registro do auto de infração na repartição fiscal competente. É desse modo, um procedimento de iniciativa da autoridade administrativa competente, independentemente da colaboração do contribuinte, conforme art. 142 do CTN. Em sendo assim, tem-se que o lançamento de ofício possui efeito declaratório positivo, anunciando a existência de uma obrigação do contribuinte para com o fisco. A exigibilidade desse ficará, porém condicionada ao conhecimento por parte do autuado. Afasto ante as razões exposta a preliminar de decadência arguida.

Não acolho também a alegação de ser esse imposto lançado por homologação, e dessa maneira, iniciada a decadência com o fato gerador, conforme disposto no art. 150, §4º do CTN.

Vislumbro que neste PAF está a se tratar de lançamento de ofício. Esclareço que este CONSEF, através de inúmeros acórdãos, cumprindo ao disposto no art. 107-A, I do COTEB, instituído pela Lei nº 3.956/81, que em sua essência transcreve o art. 173, I do CTN, estabelece como prazo de decadência, 5 anos, contado do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado. Dessa forma, a decadência dos fatos do exercício de 2000, somente se operou a partir do dia 31/12/2005. Como o auto de infração em exame foi lavrado antes disto, não há que se falar em decadência.

Ressalto que o GLP é adquirido da refinaria de petróleo com o ICMS já retido, de acordo com os valores informados pela distribuidora a refinaria, nos termos do Convênio ICMS nº 03/99. Ao adquirir o GLP, o mesmo encontrava-se com o seu ciclo de tributação encerrado. Ocorre que a 1^a infração não se reporta ao GLP, nem a saída subsequente desse, mas sim ao crédito indevido de produtos aplicados nos botijões. Esclareço que não se estar a tratar de botijões, mas de produtos aplicados nesses, como tinta alumínio, tolueno solvente, anel O'Ring, etc. Essa é a infração, a

qual só pude perceber com a análise detalhada das peças processuais e discussão do PAF em Pauta Suplementar de Julgamento. Para essa, o sistema informatizado de emissão de auto de infração possui infração específica, não se justificando a razão exposta pelo autuante para enquadrar a infração como utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, referente às mercadorias adquiridas com pagamento do imposto por substituição. Como dito pelo autuado, as mercadorias não estavam substituída. E nem era esse o “fulcro da acusação”. Assim, entendo que houve cerceamento ao direito de defesa do contribuinte, motivo pelo qual julgo nulo o presente item, devendo ser renovado o procedimento fiscal.

Quanto à 2ª infração, percebo como válidos os argumentos aduzidos pelo autuante, pois as mercadorias ali listadas tratam-se de produtos de uso do estabelecimento, aplicados nos botijões com o fim de aumentar a confiabilidade desses, bem como atender ao disposto na legislação que rege a comercialização do GLP, não se integrando, nem se confundindo com o produto final, portanto sem direito ao crédito fiscal. Ante o exposto, opino pela procedência da mesma, ao tempo em que tenho por rejeitada a diligência solicitada, uma vez que se encontram presentes os elementos necessários à decisão da mesma, como assim o foi.

O contribuinte não se opôs a 3ª infração, razão pela qual entendo como confessada, mantendo a mesma no valor originalmente exigido.

Quanto ao pedido de compensação do crédito então dito como existente com os débitos constituídos por meio do auto de infração em análise, esclareço que esta JJF não é o órgão competente para apreciar tal solicitação. O contribuinte deverá reiterá-la junto a Inspetoria Fiscal de sua circunscrição, que através de procedimento específico poderá validar o solicitado, nos termos do art. 108, II, “c” do RICMS.

Isto Posto, voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do auto de infração em comento para exigir imposto no valor de R\$13.981,22, acrescido da multa de 60% e multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$120,00.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 269094.0140/05-0, lavrado contra **SHV GÁS BRASIL LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$13.981,22**, sendo R\$10.360,29 atualizado monetariamente, acrescido da multa de 60% prevista no art. 42 VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios, e R\$3.620,93 acrescido da mesma multa e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no importe de **R\$120,00**, no inciso XIII, “c”, do mencionado artigo e lei, com os acréscimos moratórios estabelecidos a partir da edição da Lei nº 9.837/95.

Sala das Sessões do CONSEF, 10 de maio de 2006.

MÔNICA MARIA ROTERS - PRESIDENTE

CLÁUDIO MEIRELLES MATTOS - RELATOR

LUÍS ROBERTO DE SOUSA GOUVÊA - JULGADOR