

PROCESSO - A. I. Nº 269094.1666/06-3
RECORRENTE - SHV GÁS BRASIL LTDA. (MINASGÁS)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JF nº 0228-01/07
ORIGEM - INFAZ JEQUIÉ
INTERNET - 19/02/2008

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0028-11/08

EMENTA: ICMS. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. MERCADORIAS VINCULADAS À COMERCIALIZAÇÃO DE PRODUTO SUJEITO À SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA (GLP). MATERIAL ADQUIRIDO PARA USO E CONSUMO. É vedada a utilização de crédito fiscal nas aquisições de material para uso e consumo. Infração caracterizada. Rejeitada a preliminar de decadência e indeferido o pedido de realização de perícia ou diligência. Mantida a Decisão recorrida Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário apresentado contra a Decisão da 1ª JF que julgou Procedente o Auto de Infração em lide que foi lavrado em 29/12/2006, para exigir ICMS no valor de R\$10.648,55, acrescido da multa de 60%, em decorrência de utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente à aquisição de mercadorias com saídas subseqüentes beneficiadas com não incidência do imposto, nos meses de fevereiro a dezembro de 2000, janeiro a agosto de 2001.

A Decisão recorrida que julgou Procedente o Auto de Infração, imputa ao contribuinte o cometimento de infração à legislação do ICMS, em decorrência de utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente à aquisição de mercadorias com saídas subseqüentes beneficiadas com não incidência do imposto.

Do exame das peças processuais verifico que, em preliminar, o autuado argüiu a ocorrência de decadência quanto aos fatos geradores ocorridos no exercício de 2000, tanto do Auto de Infração nº 269094.0140/05-0 - que teve decretada a nulidade referente a este item da autuação pela 5ª Junta de Julgamento Fiscal, nos termos do Acórdão JF nº.161-05/06 – quanto ao Auto de Infração em exame – lavrado para renovação do procedimento fiscal, a salvo de falhas - sob o argumento que apenas tomou ciência dos lançamentos de ofício, em 09/01/2006 e 05/01/2007, respectivamente, no seu entender, após o decurso do prazo fixado pelo artigo 173, I do CTN.

A pretensão do contribuinte não pode prosperar, haja vista que as disposições do artigo 173, I, do CTN, que são as mesmas previstas no art. 107-A, I, do Código Tributário do Estado da Bahia (Lei 3.956/81) e no art. 965, inciso I, do RICMS/97, prevêem que o direito da Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após cinco anos, contados a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado. Observo que a incidência da regra prevista no artigo 150, § 4º, do CTN diz respeito às situações em que o contribuinte lançou o valor do imposto e antecipou o seu pagamento antes da homologação pela autoridade administrativa. No caso em exame, o contribuinte deixou de oferecer parcelas do tributo e o Fisco agiu no sentido de recuperá-las mediante o lançamento de ofício, isto é, por meio de Auto de Infração, e, neste caso, o prazo para a contagem da decadência deve ser aquele expresso no artigo 173, inciso I, do CTN, conforme explicitado acima. Assim sendo, o prazo para a contagem iniciou-se em 01/01/2001, com prazo final em 31/12/2005. O lançamento ocorreu em 29/12/2005. Portanto, não há que se falar em decadência.

O autuado, por meio de seu advogado, apresentou Recurso Voluntário contra a Decisão que julgou Procedente o Auto de Infração por se tratar de crédito indevido na aquisição de mercadorias correlacionadas à comercialização posterior de GLP, conforme Demonstrativos 1 e 2 e seus respectivos anexos 1 e 2. O contribuinte se creditou na aquisição de mercadorias (tinta alumínio, anel o ring, cartela de segurança, lacre plástico, tolueno solvente) empregadas no processo de envasamento e comercialização de GLP, cuja saída não é tributada, tendo em vista a substituição tributária realizada pelo industrial refinador (Petrobras S/A) em etapa de circulação anterior, sendo uma hipótese de vedação de crédito prevista pelo artigo 97, inciso I, do RICMS/BA. Consta ainda na “Descrição dos Fatos” que se trata de renovação de procedimento fiscal, em conformidade com os termos do artigo 21 do RPAF/99, a salvo de falhas, que determinaram a nulidade da infração 1 do Auto de Infração nº 269094.0140/05-0, decretada nos termos do Acórdão JF nº -161-05/06, pela 5ª Junta de Julgamento Fiscal.

Arguiu que a interrupção da fluência do prazo decadencial somente se consuma com a notificação do sujeito passivo.

Manifestou o entendimento de que apesar da decadência restar operada com a aplicação da regra prevista pelo art. 173, I, do CTN, conforme a exegese do CONSEF, o Fisco só pode efetuar o lançamento no prazo de 5 (cinco) anos contados da ocorrência do fato gerador, caso contrário haverá a homologação do lançamento do imposto, nos termos do artigo 150, §4º, do CTN.

Quanto ao mérito da infração tece diversas considerações sobre o produto Gás Liquefeito de Petróleo – GLP e a sua comercialização, afirmando que possui um verdadeiro processo industrial no engarrafamento/acondicionamento do gás sobre o qual discorre. Assevera que os materiais empregados no engarrafamento/acondicionamento são necessários e se desgastam ou são agregados ao produto que é comercializado. Observou que as mercadorias arroladas não estão sujeitas à substituição tributária e não têm saídas não tributadas, sendo, portanto legítimos os seus créditos fiscais.

Acrescentou não restarem dúvidas quanto ao fato de que os materiais aplicados durante o engarrafamento/acondicionamento do produto e durante os processos de manutenção e requalificação são indispensáveis ao seu ciclo produtivo. Disse ainda que, como esses materiais se desgastam ou são agregados ao bem em processo, que servirá à comercialização do GLP, produto este sujeito à incidência do ICMS, poderão gerar créditos do imposto. Sustenta que a única limitação prevista na Constituição Federal diz respeito às hipóteses de isenção ou não-incidência, de acordo com o art. 155, § 2º, II, “a” e “b” e o artigo 20, §3º I, da Lei Complementar nº. 87/96, não aplicável ao presente caso, por se tratar de produto tributado pelo ICMS na sistemática de substituição tributária, não sendo cabível falar-se em operação não tributada. Reporta-se ainda ao artigo 97, I, “a”, do RICMS/BA, para dizer que este não destoa do texto constitucional, não podendo assim prevalecer o entendimento do autuante de que as saídas não são tributadas, haja vista que foram tributadas por antecipação.

Finalizou requerendo o acolhimento da preliminar de decadência referente ao exercício de 2000, e no mérito, que seja cancelado o Auto de Infração. Protesta ainda por todos os meios de prova admitidos, mormente pela produção de prova documental e pericial, bem como de realização de diligência, para que seja apurada a veracidade dos fatos.

A representante da PGE/PROFIS, na sua manifestação, ressalta que o lançamento em apreço se encontra revestido das formalidades legais, estando perfeitamente determinados o autuado, o montante do débito tributário e a natureza da infração apurada, não tendo sido constatados quaisquer vícios formais aptos a comprometer a atuação fiscal em testilha.

Os fatos geradores objeto do lançamento em exame já foram matéria do Auto de Infração nº 2690940140/05-0, lavrado em dezembro de 2005, contudo, anulado no Acórdão nº 0161-05/06, proferido pela 5ª JF.

E, nos termos do art. 173, II, do CTN, no caso em que anulado um lançamento por vício formal, o prazo decadencial de cinco anos para uma nova constituição dos créditos fiscais relativos àqueles fatos geradores inicia-se da data em que se torne definitiva essa Decisão. Assim, uma vez que esse evento operou-se, no caso em exame, em maio de 2006, o prazo para uma nova constituição destes créditos apenas findaria em maio de 2011, não havendo que se falar, então, em decadência, já que este novo lançamento, qual seja, o Auto de Infração em epígrafe, foi realizado em dezembro de 2006.

No mérito, a seu ver, o conjunto probatório acostado aos autos é suficiente para comprovar as infrações imputadas no presente lançamento de ofício, não tendo o recorrente se desincumbido de fazer prova contrária às conclusões oriundas da atuação fiscal.

Constata-se, então, o caráter eminentemente procrastinatório do Recurso em tela, circunstância esta que torna imperiosa a manutenção do julgado ora atacado, razão pela qual pede pelo conhecimento e Improvimento do Recurso Voluntário.

VOTO

O Auto de Infração em lide imputa ao contribuinte o cometimento de infração à legislação do ICMS, em decorrência de utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente à aquisição de mercadorias com saídas subseqüentes beneficiadas com não-incidência do imposto.

Do exame das peças processuais verifico que, em preliminar, o autuado arguiu a ocorrência de decadência quanto aos fatos geradores ocorridos no exercício de 2000, referentemente ao Auto de Infração nº 269094.0140/05-0 – por ter assinado o mesmo em 09/01/2006, que teve decretada a nulidade referente a este item da autuação pela 5ª Junta de Julgamento Fiscal, nos termos do Acórdão JJF nº 161-05/06. Não concordamos com a arguição do autuado, porque o mesmo tomou conhecimento da fiscalização em sua empresa no exercício de 2005, portanto no prazo legal fixado pelo artigo 173, I do CTN.

Quanto ao Auto de Infração em exame – lavrado para renovação do procedimento fiscal, a salvo de falhas - sob o argumento de que apenas tomou ciência dos lançamentos de ofício, em 05/01/2007, no seu entender, após o decurso do prazo fixado pelo artigo 173, I do CTN. Discordo novamente do autuado, baseado no mesmo art. 173, II do CTN, que define:

Art. 173. O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados:

II - da data em que se tornar definitiva a Decisão que houver anulado, por vício formal, o lançamento anteriormente efetuado.

Entendo que a pretensão do contribuinte não pode prosperar, haja vista que as disposições do artigo 173, I, do CTN, que são as mesmas previstas no art. 107-A, I, do Código Tributário do Estado da Bahia (Lei 3.956/81) e no art. 965, inciso I, do RICMS/97, prevêm que ***o direito da Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após cinco anos, contados a partir do primeiro dia do exercício seguinte contado da data em que tenha sido iniciada a constituição do crédito tributário pela notificação, ao sujeito passivo de qualquer medida preparatória indispensável ao lançamento.*** Observo que a incidência da regra prevista no artigo 150, § 4º, do CTN diz respeito às situações em que o contribuinte lançou o valor do imposto e antecipou o seu pagamento antes da homologação pela autoridade administrativa. No caso em exame, o contribuinte deixou de oferecer parcelas do tributo e o Fisco agiu no sentido de recuperá-las mediante o lançamento de ofício, isto é, por meio de Auto de Infração, e, neste caso, o prazo para a contagem da decadência deve ser aquele expresso no artigo 173, inciso I, do CTN, conforme explicitado acima. Assim sendo, o prazo para a contagem iniciou-se em 01/01/2001, com prazo final em 31/12/2005. O lançamento ocorreu em 29/12/2005. Portanto, não há que se falar em decadência.

No mérito, entendo que a mercadoria comercializada pelo autuado é o gás liquefeito de petróleo - GLP, 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 03/99, o que encerra a sua fase de tributação nas saídas subseqüentes.

Ocorre que, a infração de que cuida o Auto de Infração em exame não se reporta ao GLP e a sua saída subseqüente, mas sim ao crédito fiscal indevido relativo à aquisição de mercadorias (tinta alumínio, tolueno solvente, anel O'Ring) aplicadas nos botijões.

A meu ver, labora em equívoco o autuado quando sustenta que tem direito ao crédito relativo aos materiais aplicados nos botijões, haja vista que a sua atividade principal é o comércio atacadista de GLP, valendo dizer que não comercializa botijões, mas o produto neles engarrafados. Vejo na comercialização do GLP através de botijões, situação assemelhada à comercialização de outras mercadorias que necessitam de acondicionamento e condições próprias.

Efetivamente não vislumbro nenhuma relação dos botijões com o que o autuado denomina de processo de industrialização, salvo a sua condição de recipiente do GLP. Observa-se claramente que os botijões saem e retornam, havendo troca e destroca. Os materiais utilizados nos botijões decorrem da necessidade de mantê-los sempre em condição de uso com a indispensável segurança exigida pela legislação específica.

No caso do autuado, a mercadoria comercializada é o GLP e não os botijões, sendo estes utilizados como recipientes para entrega do combustível, portanto, destinados às atividades da empresa. Nessa condição, a escrituração contábil deve ser feita no Ativo Imobilizado da empresa, conforme determina a Lei nº. 6.404/76, não cabendo se falar em ofensa ao princípio da não-cumulatividade.

Assim, pela descrição das mercadorias objeto da autuação, em se tratando de estabelecimento cuja atividade é o engarrafamento e a comercialização de GLP, tais mercadorias se caracterizam como material de uso/consumo, sendo vedada a utilização do crédito fiscal destacado nas notas fiscais de aquisição.

Diante do exposto, considerando que os materiais utilizados pelo autuado e arrolados na autuação têm a característica de acessórios ou componentes de reposição de bens do ativo imobilizado, sendo indevida a utilização dos créditos fiscais relativos a estes materiais, a autuação é integralmente subsistente.

Do exposto, meu voto é pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário apresentado pelo autuado, para homologar a Decisão recorrida.

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** o Auto de Infração nº **269094.1666/06-3** lavrado contra **SHV GÁS BRASIL LTDA. (MINASGÁS)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$10.648,55**, sendo R\$5.211,12, 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\$5.437,43, acrescido de idêntica multa, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 22 de janeiro de 2008.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA - PRESIDENTE

JOSÉ HILTON DE SOUZA CRUZ – RELATOR

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