

PROCESSO - A. I. Nº 269094.1666/06-3
RECORRENTE - SHV GÁS BRASIL LTDA. (MINASGÁS)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JJF nº 0228-01/07
ORIGEM - INFAC 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 JJF 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 subsequentes 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 subsequentes 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 JJF 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 extinguindo-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 RICMSBA. 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 JJF nº -161-05/06, pela 5ª Junta de Julgamento Fiscal.

Argüiu 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 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 JJF.

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 subsequentes 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, 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 argüição 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, 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 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 subsequentes.

Ocorre que, a infração de que cuida o Auto de Infração em exame não se reporta ao GLP e a sua saída subsequente, 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