

A. I. N.º - 269277.0005/07-2
AUTUADO - NACIONAL GÁS BUTANO DISTRIBUIDORA LTDA.
AUTUANTE - OSVALDO AZEVEDO BASTOS FILHO
ORIGEM - SAT/COPEC
INTERNET - 07/04/2008

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N.º 0071-03/08

EMENTA: ICMS. CRÉDITO FISCAL. BENS DESTINADOS AO ATIVO FIXO DO ESTABELECIMENTO. UTILIZAÇÃO EM VALOR SUPERIOR AO ADMITIDO PELA LEGISLAÇÃO ESTORNO DO CRÉDITO FISCAL. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. É obrigatório o estorno proporcional do crédito fiscal nas aquisições destinadas ao ativo permanente do estabelecimento, quando a saída subsequente estiver amparada com redução da base de cálculo. Infração caracterizada. Preliminar de nulidade rejeitada. Pedido de diligência indeferido. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 26/07/2007, refere-se à exigência de ICMS no valor de R\$1.227,01, em face de o contribuinte ter utilizado indevidamente crédito fiscal relativo à entrada de bem do ativo imobilizado, apropriando-se de valor superior ao permitido pela legislação. Consta na descrição dos fatos que o sujeito passivo não considerou a redução da base de cálculo nas suas operações de saída.

Inconformado, o autuado apresenta impugnação tempestiva, às folhas 39/50, discorrendo inicialmente sobre a infração imputada. Diz que as parcelas relacionadas no questionado Auto de Infração, apontadas na infração supostamente devida à Fazenda Estadual, não merecem acolhimento em face da ilegalidade que ostenta. Acrescenta que o procedimento administrativo de lançamento tributário deve fincar-se numa série de ações administrativas sucessivas onde resulte configurada a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária, determinada a matéria tributável, calculado o montante do tributo devido e identificado o sujeito passivo, propondo-se a aplicação da penalidade. Aduz que a cada ato que se segue pressupõe-se a existência de anteriores e prepara-se o seguinte e a relação procedimental tributária denominada lançamento impõe duas indeclináveis condições, isto é, a que consiste no dever da autoridade administrativa conhecer concretamente a hipótese de incidência, objetivando determinar o "quantum debeatum", e a que decorre do dever de proceder ao lançamento, sempre com base em dados concretamente detectados. Entende que no momento da elaboração do lançamento o autuante fica jungido aos estritos limites da lei, por se tratar de imposição fiscal a constituir ato administrativo vinculado, conforme se infere do artigo 142, parágrafo único, do CTN. Sustenta que o ato administrativo de imposição fiscal mediante Auto de Infração repudia imprecisão, sob pena de incidência na vedação constitucional de cerceamento do direito de defesa, já que vinculado ao princípio da reserva legal, e que o lançamento de ofício deve originar-se de fato concreto que configure hipótese de incidência do imposto. Salienta que desempenha atividade de comércio distribuidor de Gás (GLP) e teve contra si a lavratura de Auto de Infração motivado em supostas apropriações de valores superiores ao permitido, apuradas nos exercícios de 2002 a 2005, e o inconformismo provém da falta de amparo legal para a ação levada a efeito, eis que inexistente apropriação de crédito do bem do ativo imobilizado em valor superior ao permitido pela legislação. Aduz que os créditos lançados no Controle do ICMS do Ativo Permanente (CIAP), obedeceram estritamente às

regras do Regulamento do ICMS, constantes do artigo 339, §2º, que reproduz. Ressalta que embora tenham sido elaboradas as Planilhas CIAP, o valor mensal de direitos (1/48) levantados, foi lançado no livro de Apuração Especial, e nenhum valor foi utilizado ou apropriado até hoje, permanecendo acumulado todo o montante proveniente do CIAP, tendo em vista que a empresa só opera com mercadorias enquadradas no regime de Substituição Tributária e não tendo como utilizá-lo. Afirmar que se legítimo fosse a imposição fiscal, por não haver sido utilizado o crédito fiscal, nem mesmo apropriado, não seria causa de lançamento de ofício, é o que resta patente. Transcreve o artigo 42, VII, alínea "a" da Lei 7.014/96, dizendo que se aplica quando houver uso indevido de crédito fiscal, o que não foi o caso. Assevera que o presente Auto de Infração não traz no seu bojo, descrição clara do fato impositivo como prevê a legislação, e nas planilhas do levantamento fiscal acostadas ao Auto de Infração, depreende-se tratar de uma pretensa redução do valor do crédito lançado na Planilha CIAP e no Auto de Infração enquadra a suposta irregularidade no artigo 93, § 17, do RICMS, aprovado pelo Decreto nº 6.284/97, que reproduz. Aduz que lendo detidamente a referida norma regulamentar não encontrou nenhum inciso do § 17, que trata de redução do valor do crédito a ser lançado no livro CIAP, e no inciso II, do § 17, do mencionado artigo, faz referência em relação a proporções das operações isentas ou não tributáveis, sendo que a empresa não opera com mercadorias isentas ou não tributáveis. Portanto, o entendimento do autuante não encontra amparo nas normas supra citadas, tidas como infringidas. Salienta que nos artigos 79 a 97 do RICMS/97, que tratam de redução da base de cálculo, nada contém sobre crédito do CIAP. Continua suas alegações defensivas citando o brocardo latino *nula actio sine lege*, afirmando que se não há lei explicitando tal infração, o entendimento ou conclusão sem apoio legal, não pode prosperar. Conclui, requerendo a improcedência da autuação e a produção de todos os meios de prova em direito admitidos e a realização de diligência.

O autuante presta informação fiscal às folhas 119/120, discorrendo inicialmente sobre a infração imputada e alegações defensivas. Diz que não assiste razão ao argumento do autuado, eis que o fato de ter o contribuinte lançado o crédito fiscal no Livro Especial não o isenta da penalidade aplicada, pois o Livro Especial é também um documento de escrituração de crédito, sendo os efeitos desta escrituração equiparados ao lançamento no Livro de Apuração do ICMS. Acrescenta que o referido lançamento no livro especial dá ao contribuinte o direito de utilizar o crédito a qualquer tempo, ainda que somente opere com mercadorias enquadradas no regime de Substituição Tributária. Entende que o sujeito passivo tem como utilizar os mencionados créditos, transferindo para outras empresas ou para pagamento de Auto de Infração, procedimento adotado em 2002 pela filial Pirajá, conforme processos 09001720029 e 18012320020 acostados à presente informação fiscal. Requer que ao Egrégio Conselho de Fazenda que analise o Artigo 97 e incisos, que transcreveu, afirmando que a interpretação serve de base para ratificar a autuação em questão. Conclui, mantendo integralmente a imposição fiscal.

VOTO

Inicialmente rejeito a preliminar de nulidade suscitada pelo autuado, tendo em vista que o Auto de Infração foi lavrado em atendimento às formalidades legais e encontra-se revestido de todos os pressupostos de validação do processo. Foram observadas as exigências regulamentares, notadamente o Regulamento do Processo Administrativo Fiscal - RPAF, em seu artigo 18. Não houve imprecisão do lançamento de ofício lavrado pelo autuante, que caracterizasse cerceamento do direito de defesa argüido pelo autuado.

Indefiro, também, o pedido de diligência suscitado pelo autuado, uma vez que considero suficientes para a formação de minha convicção os elementos contidos nos autos, consoante disposto no art. 147 I “a” do RPAF.

No mérito, o Auto de Infração em lide, foi lavrado para exigência do ICMS em face de o contribuinte ter utilizado indevidamente crédito fiscal relativo à entrada de bem do ativo imobilizado, apropriando-se de valor superior ao permitido pela legislação.

Da análise das peças processuais, verifico que a interpretação da legislação é o motivo determinante da divergência de entendimento entre o autuante e o sujeito passivo, pois não há controvérsias sobre a matéria fática descritas no Auto de Infração. Trata-se exclusivamente de questão de direito.

Da exegese do artigo 97, inciso I, “b”, do artigo 97 do RICMS-BA, concluo que a vedação proporcional ao direito de creditar-se do imposto relativo à aquisição ou à entrada, real ou simbólica no estabelecimento adquirente, ocorre quando a operação subsequente ocorrer com redução de base de cálculo.

Com efeito, o artigo 93, V do RICMS-BA, assegura ao adquirente o crédito fiscal relativo ao valor do imposto anteriormente cobrado em operações de que tenha resultado a entrada, real ou simbólica, no estabelecimento, de bens ou materiais, e os parágrafos 11, 12 e 17 do mencionado artigo determinam a forma de escrituração dos créditos fiscais. Entretanto o artigo 100, II, do mencionado diploma legal preleciona que o contribuinte estornará ou anulará o crédito fiscal relativo às entradas ou aquisições de mercadorias, inclusive o crédito relativo aos serviços a elas correspondentes, ressalvadas as disposições expressas de manutenção do crédito, quando as mercadorias ou os serviços, forem objeto de operação ou prestação subsequente com redução da base de cálculo, hipótese em que o valor do estorno será proporcional à redução.

No caso em exame, o autuado é beneficiário de redução de base de cálculo nas operações de comercialização com GLP, nos termos do artigo 81, I, do RICMS-BA, que transcrevo a seguir:

Art. 81. É reduzida a base de cálculo das operações com os combustíveis a seguir especificados, de forma que a incidência do imposto resulte numa carga tributária efetiva de 12%, calculando-se a redução em 29,4117%:

I - nas saídas de gás liquefeito de petróleo, a partir de 01/01/91 (Convs. ICMS 112/89, 92/90, 80/91, 148/92 e 124/93);

Nessa esteira, entendo que restou comprovada a exigência fiscal, ora discutida, uma vez que a pretensão fiscal está amparada por normas legais, e o crédito fiscal relativo às entradas destinadas ao ativo fixo do autuado deve ser estornado proporcionalmente, nos termos do artigo 100, II, do RICMS-BA. Portanto, considero subsistente a presente autuação. Ademais, a Corte Suprema já se manifestou a respeito da questão no Recurso Extraordinário nº 174.578, o qual transcrevo:

ICMS: não ofende o princípio da não-cumulatividade a exigência de estorno proporcional de crédito do ICMS relativo à entrada de mercadorias que, posteriormente, têm a saída tributada com base de cálculo ou alíquota inferior: precedente (RE 174.478, Pl. 17.03.05, red. p/acórdão Cezar Peluso, DJ 30.9.05)" (AI-AgR 439784, Min. Sepúlveda Pertence, j. 5.9.2006).

Ainda que o pronunciamento do Supremo Tribunal Federal tenha sido incidental, não se pode negar o efeito que atinge as legislações inferiores, porque as decisões da Suprema Corte possuem caráter normativo, sem vinculação, é certo, mas normativo. Desse modo, as legislações inferiores que tratam da matéria e que devem obedecer às normas gerais editadas em Lei Complementar, nos termos do preconizado no art. 146 da Constituição Federal, sofrem de imediato os reflexos do julgamento que declarou constitucional o estorno proporcional do crédito tributário relativo ao ICMS em casos de base de cálculo ou alíquotas diferenciadas nas operações de entrada e saída de mercadorias. Portanto, considero subsistente a presente autuação.

Em face do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **269277.0005/07-2**, lavrado contra **NACIONAL GÁS BUTANO DISTRIBUIDORA LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor **R\$1.227,01**, acrescido da multa de 60%, prevista no artigo 42, inciso VII, alínea “a”, da Lei 7.014/96 e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 24 de março de 2008.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE

OLAVO JOSÉ GOUVEIA OLIVA – RELATOR

OSMIRA FREIRE DE CARVALHO RIBEIRO DA SILVA - JULGADORA