

PROCESSO - A. I. Nº 163540.0001/10-8
RECORRENTE - DIGAS DISTRIBUIDORA DE GÁS LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JJF nº 0306-03/10
ORIGEM - IFMT NORTE
INTERNET - 27/12/2011

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0422-12/11

EMENTA: ICMS. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. MERCADORIAS DESACOMPANHADAS DE DOCUMENTAÇÃO FISCAL. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. Modificada a Decisão recorrida. Restou comprovado que o Auto de Infração foi lavrado com base em Termo de Apreensão de Mercadorias com prazo de validade expirado. Acatada a preliminar de nulidade. Auto de Infração **NULO**. Recurso **PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário contra a Decisão da 3ª Junta de Julgamento Fiscal que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração em epígrafe, lavrado para cobrar ICMS e multa no valor de R\$9.200,40, em decorrência de do “*Transporte de mercadorias sem documentação fiscal*”.

Houve apresentação de Defesa e documentos (fls 17 a 45) e informação fiscal (fls. 53 a 57).

Em termos a 3ª JJF julgou Procedente em Parte o Auto de Infração em epígrafe, da seguinte forma, *in verbis*:

VOTO

(...)

De plano, rejeito a nulidade argüida pelo autuado, pois considero que não fora ultrapassado o prazo de validade previsto no § 2º do inciso IV do art. 28 do RPAF para o Termo de Apreensão. Restou claro nos autos que o trigésimo dia transcorrido entre a data da lavratura do Termo de Apreensão dia 25/03/2010, fl. 06, e o último dia que deveria ser lavrado o Auto de Infração, 24/04/2010, ocorreria em dia sem expediente na inspetoria fazendária [sábado], portanto, consoante prescrição do art. 22 do RPAF, o prazo final passa para o dia 26/04/2010, segunda feira, próximo dia útil. Assim, como a lavratura do Auto de Infração ocorreria em 26/04/2010, não há que se falar em invalidade do Termo de Apreensão.

Ultrapassada a questão preliminar suscitada, no tocante ao mérito do presente Auto de Infração restou evidenciado nos autos, sem dúvida alguma, a ocorrência de circulação sem documentação fiscal de 220 botijões cheios de GLP, fato reconhecido expressamente pelo próprio autuado.

Entretanto, a questão central que remanesce para se aquilatar o efetivo alcance da autuação reside na natureza da mercadoria apreendida - gás liquefeito de petróleo - e dos recipientes que lhe contém – botijões.

O GLP, sabidamente produzido e distribuído por um único fabricante a Petrobrás, integra o rol dos produtos cujas operações estão sujeitas à Substituição Tributária sendo o imposto relativo às operações subsequentes retido pela Petrobras ao vender para as distribuidoras. Portanto, pela natureza específica de produção monopolista da mercadoria e de impossível produção paralela, desvio, falsificação, adulteração e acondicionamento, por se tratar de produto inflamável e submetido a pressão, não tenho dúvida de que, apesar de encontrar-se desacompanhado da documentação fiscal pertinente o GLP apreendido já se encontrava com sua fase de tributação encerrada. Por isso, considero indevida a exigência do imposto objeto do Auto de Infração atinente ao gás liquefeito de petróleo.

No que diz respeito aos recipientes botijões, constatados em circulação sem a devida documentação fiscal, mesmo diante da comprovação pelo autuado que carreteou aos autos cópias do Contrato de Depósito denotando a existência de contrato de comodato com sua fornecedora de GLP a MINASGÁS Distribuidora de Gás e Combustível Ltda., fls. 16 e 17, entendo, em se tratando de vasilhame, de livre comércio no mercado, deve ser cobrado o imposto, vez que quando se trata de operações antecedidas por destrocas de vasilhames vazios por cheios é imprescindível, concomitantemente, que estejam acobertadas pela Autorização para Movimentação de Vasilhames (AMV) como determina o art. 514 do RICMS/97, trecho a seguir reproduzido.

Art. 514

[...]

§ 7º A Autorização para Movimentação de Vasilhames (AMV) será emitida, no mínimo, em 4 vias, que terão a seguinte destinação:

I - a 1ª via acompanhará os botijões destrocados e será entregue pelo transportador à Distribuidora ou ao seu revendedor credenciado;

*Assim, consoante levantamento do preço unitário R\$100,00 do botijão, obtido pelo autuante junto à distribuidora, fl. 07, o imposto devido relativo aos 220 botijões é de **R\$3.740,00** [220 quantidade de botijões x **R\$100,00** – preço unitário x 17% - alíquota].*

No que diz respeito à multa aplicada, verifico que é descabida a alegação defensiva de que não cometera ato fraudulento, tendo em vista que a tipificação adotada encontra-se devidamente ampara pelo exposto teor da alínea “a” do inciso IV do art. 42 da Lei 7.014/96. Nesse sentido, não há reparos a fazer.

Ante o exposto, concluo dos exames realizados nas peças dos presentes autos, que restou efetivamente comprovada a caracterização parcial, por parte do autuado, da infração que lhe fora imputada, ou seja, o transporte de mercadorias sem documentação fiscal.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

Inconformado com a Decisão proferida pela Primeira Instância, o contribuinte apresenta Recurso Voluntário (fls. 73 e 80), alegando que a Decisão recorrida merece ser reformada.

Preliminarmente afirma que o Auto de Infração não respeitou o mandamento do art. 28, §2º do RPAF quanto ao prazo de validade de 30 dias do Termo de Apreensão de mercadorias. Aponta que o termo foi lavrado em 25.03.2010 e o Auto de Infração foi lavrado em 26.04.2010. Entende que não é cabível a aplicação do art. 22 do RPAF por ser conduta do Trânsito de Mercadorias. Ressalta que a interpretação de sanção fiscal deve ser feita de ora literal e estrita, sem ampliação.

No mérito, inicia sua argumentação dizendo que “*não obstante tenha sido cobrado o conteúdo dos botijões, foram também tributados os seus vasilhames*”. Em seguida, fala que a empresa não comercializa botijões vazios, mas apenas GLP e que aqueles são entregues em regime de comodato, entre a Distribuidora e o recorrente. Por esse motivo, entende que os vasilhames não podem ser tributados, pois, não há fato gerador.

Faz uma digressão sobre o instituto da isenção. Propala que há isenção quando a dispensa do crédito tributário em razão de previsão legal. Com base nesta tese, afirma que “*a legislação em vigor isenta tal produto do pagamento do ICMS, entendendo que não há a tradição, mas apenas uma destroca de botijões, ou seja, ao vender o GLP a empresa faz a entrega de um botijão com GLP, recebendo do seu cliente um vasilhame vazio*” (grifo nosso).

Concluí que o Auto de Infração é improcedente por ser nula tal tipificação sobre os 220 botijões devido à isenção prevista no art. 19 do RICMS.

Em outro aspecto, passa a discorrer sobre o fato gerador do Auto de Infração. Após definir obrigação acessória e trazer os artigos 201 do RICMS e 42, IV, ‘a’ da Lei nº 7.014/96, para embasar a tese de que a finalidade do art. 42 é punir quem agiu ou omitiu de forma fraudulenta perante o fisco, afirma que não se pautou dessa forma na situação narrada no Auto de Infração, não prejudicou, financeiramente o erário estadual, mas tão somente descumpriu uma obrigação acessória.

Diante disso, diz que a multa pertinente para o fato narrado no Auto de Infração é multa do art. 915, XIV-A, ‘a’, o qual transcreve.

Por fim, pede o acolhimento da preliminar e, sucessivamente, a improcedência do auto ou a anulação ou redução da cobrança de multa correspondente.

Ao exarar o Parecer de fls. 88 a 90, a ilustre representante da PGE/PROFIS, a procuradora Maria José Ramos Coelho, opinou pelo Não Provedimento do Recurso Voluntário, por não encontrar argumentos jurídicos capazes de provocar a revisão do acórdão recorrido. Rechaça a preliminar quanto ao prazo do Termo de Apreensão por entender que o prazo foi rigorosamente obedecido pelo autuante, em consonância com os termos do art. 22 do RPAF.

Quanto ao mérito, entende que a JJF acertou na exclusão da exigência do imposto relativa ao GLP, em decorrência do encerramento da fase de tributação. Quanto à questão da circulação de recipientes de botijões que estariam desacompanhados da respectiva documentação fiscal, opina que a JJF mais uma vez acertou ao entender que o contrato de comodato colacionado aos autos não tem o condão de afastar a exigência fiscal. Diz que apesar de não haver comercialização, o recorrente deve observar os ditames do art. 514, §7º do RICMS.

VOTO

O presente Recurso Voluntário visa reformar a Decisão de primeira instância que, por unanimidade, julgou Procedente em Parte o Auto de Infração em epígrafe que imputou ao Recorrente o transporte de mercadorias sem documentação fiscal.

Em sede de preliminar, foi argüida a falta do cumprimento do disposto nos artigos 28, §2º do RPAF e 945, parágrafo único, do RICMS, a seguir transcritos, *in verbis*:

“Art. 28. (...)

§2º *Tratando-se de apreensão de mercadorias, uma vez lavrado o Termo de Apreensão, este perderá a validade se no prazo de 30 (trinta) dias não for lavrado o Auto de Infração correspondente, considerando-se encerrada a ação fiscal e podendo o sujeito passivo recolher o débito espontaneamente.*”

“Art. 945.

Parágrafo único. Tratando-se de mercadorias, uma vez lavrado o Termo de Apreensão, este perderá a validade se no prazo de 30 dias não for lavrado o Auto de Infração correspondente, considerando-se encerrada a ação fiscal e podendo o sujeito passivo recolher o débito espontaneamente.”

Entendo que merece guarida a alegação recursal da empresa. Pelo teor dos citados artigos, entendendo que o Termo de Apreensão do Auto de Infração perde a validade se no prazo de 30 dias não for lavrado o Auto de Infração correspondente. O prazo da norma susomencionada se refere ao termo e, a meu ver, trata-se de prazo que não se prorroga e não se suspende, pois compreende a possibilidade do sujeito passivo recolher o débito espontaneamente.

Assim sendo, fica afastada a aplicação do quanto disposto no art. 22, §1º do RPAF, que abaixo transcrevo:

“Art. 22. **Os prazos processuais** serão contínuos, excluindo-se na sua contagem o dia de início e incluindo-se o dia do vencimento.

§ 1º **Os prazos só se iniciam ou vencem em dia de expediente normal na repartição em que corra o processo ou onde deva ser praticado o ato.**” (Grifo nosso)

Além disso, note-se que a apreensão foi feita em posto fiscal que tem expediente 24 horas do dia, ou seja, não cabe aqui dizer que o prazo se findou em dia sem expediente normal ou comercial, no caso, um sábado, pois a repartição pública que deveria emanar o ato não fecha em nenhum dia do ano.

Portanto, compreendo que não foi diligente o autuante no cumprimento do quanto disposto nos artigos 28, §2º do RPAF e 945, Parágrafo único, do RICMS.

A partir do momento que expirou o prazo do Termo de Apreensão, e não havendo mais nenhuma mercadoria em trânsito, a ação fiscal deveria ter sido efetuada obedecendo às orientações estabelecidas para a fiscalização de estabelecimentos, mediante informação da ocorrência pelo posto fiscal.

Pelo exposto, voto pelo PROVIMENTO do Recurso Voluntário, para acolher a preliminar argüida e declarar NULO o Auto de Infração em epígrafe.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **NULO** o Auto de Infração nº 163540.0001/10-8, lavrado contra **DIGAS DISTRIBUIDORA DE GÁS LTDA.**

Sala das Sessões do CONSEF, 07 de dezembro de 2011.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

RODRIGO LAUANDE PIMENTEL – RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS