

A. I. N° - 298574.0510/05-0
AUTUADO - PETRÓLEO BRASILEIRO S/A - PETROBRÁS
AUTUANTES - JORGE LUIZ VIRGENS GONZAGA, MARCO ANTONIO CARVALHO DE MATOS e
- JOWAN DE OLIVEIRA ARAÚJO
ORIGEM - IFEP METRO
INTERNET - 10. 08. 2005

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0284-04/05

EMENTA: ICMS. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. **a)** MERCADORIAS ISENTAS (IMPORTAÇÃO DE URÉIA FERTILIZANTE ORIGINÁRIA DA RÚSSIA). **b)** DESTAQUE A MAIOR DO IMPOSTO EM DOCUMENTO FISCAL. Infrações não elididas. Auto de Infração **PROCEDENTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 28/4/2005, exige ICMS no valor de R\$5.390.213,01, acrescido da multa de 60%, pelas seguintes irregularidades:

1. Utilização indevida de crédito fiscal, referente à aquisição de mercadorias beneficiadas com a isenção do imposto. O Contribuinte adquiriu, através de operações de importação, uréia fertilizante originária da Rússia, sob o instituto da isenção (art. 20, XI, “c”, combinado com o art. 12, do RICMS/97), destacando o ICMS de forma indevida nos respectivos documentos fiscais e se creditando de valores não pagos. Às folhas 15 e 19 do Registro de Entradas de Mercadorias, encontram-se os valores consignados, a título de ICMS, das notas fiscais de n° 143, 144 e 145, respectivamente, no montante de R\$3.325.094,85, R\$ 1.262.107,85 e R\$783.507,78 (novembro de 2004) - R\$ 5.370.710,48;
2. Utilização indevida de crédito fiscal no valor de R\$19.502,53, em decorrência de destaque do imposto a maior no documento fiscal. A empresa utilizou crédito fiscal em valor superior ao recolhido, decorrente do pagamento do ICMS devido em operação de importação - utilizados R\$1.490.740,53 e recolhido R\$1.471.238,00, gerando a diferença exigida - Nota Fiscal n° 135, de 19/11/04.

O autuado (fls. 81/92) não discordou de que, efetivamente, havia utilizado, de maneira equivocada, créditos fiscais do ICMS sobre mercadorias albergadas pelo manto da isenção (uréia fertilizante), bem como, pelo destaque a maior do imposto recolhido em operação de importação. Entretanto, entendeu que a sanção aplicada não era legal, pois excessiva e não prevista em lei, com características de confisco e promotora de enriquecimento sem causa.

Citando Hans Kelsen, afirmou que a toda norma jurídica violada deve corresponder a uma sanção estatal. Assim, constatada a infração em comendo, a aplicável é exclusivamente aquela prevista no art. 42, VII, “a”, da Lei n° 7.014/96, conforme reproduzida pelos autuantes, ou seja, a imposição da multa de 60% do valor do crédito fiscal indevidamente utilizado (infração 1) com o seu estorno escriturado nos livros fiscais, como, e inclusive, já havia realizado. E para que não houvesse dúvidas, também havia recolhido a multa concernente à infração 2.

Após tais colocações, ressaltou que os prepostos fiscais haviam extrapolado os limites legais (violaram o princípio da legalidade), infringindo normas constitucionais e infraconstitucionais ao exigir o recolhimento do valor do próprio tributo que não é devido por conta da isenção, conforme estabelecido no art. 20, XI, “c”, combinado com o art. 12, do RICMS/97. Nesta linha de raciocínio, discorreu sobre as isenções tributárias, sobre o princípio da legalidade que norteia os atos administrativos e afirmou que o Auto de Infração se encontrava maculado por incontáveis ilegalidades e inconstitucionalidades na parte objeto da presente impugnação.

Voltou a atacar o que entendeu de injustiça e rigor na sanção aplicada, ainda mais em se considerando que nenhum prejuízo ou consequência financeira havia causado aos cofres públicos.

Falou sobre o princípio da razoabilidade, da equidade e da proporcionalidade e reafirmou que os autuantes haviam extrapolado os limites de sua legítima competência, o que caracterizava o excesso de exação e o abuso de autoridade, citando o art. 150, IV da Constituição Federal e trecho da obra de Marco Antonio Piazza Pfitscher (Princípio do Não-Confisco – Revista de Estudos Tributários nº 15, set/out/2000, pág. 5).

Por derradeiro, requereu que o Auto de Infração fosse julgado com base nas suas alegações defensivas e que fossem admitidos todos os meios de provas existentes, bem como perícia ou diligência a ser realizada por fiscal estranho ao feito.

Os autuantes prestaram informação (fls. 105/110), ressaltando, inicialmente, que o sujeito passivo havia reconhecido parcialmente a infração 1 e, totalmente, a infração 2.

Em seguida, atacaram, transcrevendo o art. 97, 20, XI, “b”, 12 e 124, do RICMS/97, os argumentos de defesa de que o princípio da legalidade não havia sido aplicado visto que não poderia ser realizada a cobrança do estorno pelo lançamento de ofício suplementar, dada a operação ser isenta de tributação do ICMS e que haveria a possibilidade de formalização do crédito tributário, tendo em vista o não prejuízo ao Erário, além de ter havido a extrapolação dos limites legais da competência da autoridade administrativa.

Ressaltaram, ainda, que em obediência ao princípio da verdade material, a autuação estava relacionada com o uso indevido de crédito fiscal e exigido o ICMS por lançamento de ofício suplementar previsto inclusive pelo Código Tributário Nacional no seu art. 149. Afirmaram não ser possível a espontaneidade da formalização do crédito tributário após o início da ação fiscal e que a apropriação indevida deve ser estornada, até porque ele foi escriturado em novembro de 2004 e se não fosse a autuação poderia constar como crédito fiscal até o prazo decadencial da administração tributária realizar o lançamento.

Argumentaram não ser cabível análise, no âmbito administrativo, da constitucionalidade de normas vigentes. Também não poderiam aceitar o argumento de que a operação correspondente à infração 1 não havia causado prejuízo ao sujeito ativo, pois o contribuinte apresentou às fls. 97/100 demonstrativo que, apesar de ser do período de 1 a 31/5/2005, indica saldo devedor de R\$6.134.664,02, o que comprovava o possível impacto na sua conta corrente do ICMS.

Ratificaram o procedimento fiscal.

VOTO

O presente Auto de Infração exige o ICMS pela utilização indevida de crédito fiscal, referente à aquisição de mercadorias beneficiadas com a isenção do imposto (uréia fertilizante, originária da Rússia) e em decorrência de destaque do imposto a maior no documento fiscal, também decorrente de operação de importação. Todos os fatos ocorreram no mês de novembro de 2004.

O autuado não discordou que havia utilizado, de maneira equivocada, créditos fiscais do ICMS. No entanto, entendeu que a sanção aplicada era excessiva e não prevista em lei, com características de confisco, e excesso de exação. Neste sentido, falou sobre o princípio da legalidade, da razoabilidade, da equidade e da proporcionalidade. Como a mercadoria se encontrava sob o regime tributário da isenção, não havia causado nenhum prejuízo aos cofres públicos. Com esta argumentação, entendeu que a única irregularidade existente era aquela inserta no art. 42, VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, ou seja, a imposição da multa de 60% do valor do crédito fiscal indevidamente utilizado (infração 1) com o seu estorno escriturado nos livros fiscais. Este procedimento realizou, ou seja, recolheu a multa devida referente à infração 1 (fl. 95), apresentou cópia do livro Registro de Apuração do ICMS do mês de maio de 2005 com o

estorno do imposto no valor autuado (fls. 97/100) e embora tenha afirmado que somente recolheu a multa da infração 2, ou contrário, recolheu o valor do imposto com os acréscimos moratórios sem a multa (fl. 96). Entendeu, neste contexto, que a autuação sobre a obrigação principal era nula.

Para o deslinde da lide, ressalto que não houve qualquer discussão quanto à utilização indevida dos créditos fiscais, glosados nas infrações 1 e 2. A discussão se prende quando à forma da exigência do tributo e, neste sentido, entendo equivocada a posição do impugnante.

Correto de que o ICMS é imposto não-cumulativo, devendo ser compensado o devido com aquele cobrado em operações anteriores (art. 28, da Lei nº 7.014/96, que repete as determinações da Lei Complementar nº 87/96). É por isto que, para a apuração do ICMS devido mensalmente se elabora o conta corrente fiscal (art. 24, 25 e 26, da Lei nº 7.014/96). No entanto, para que isto aconteça, o tributo para se transformar em crédito fiscal deve ser exatamente aquele constituído através das aquisições e consignado nos documentos fiscais. No caso, não houve qualquer constituição de crédito fiscal já que na primeira irregularidade a operação foi de mercadoria albergada pelo instituto da isenção (art. 29, § 2º da referida Lei) e na segunda, crédito destacado a maior do imposto, sendo cobrada esta diferença. Em sendo assim, o argumento do defendente de que não se pode estornar crédito fiscal de mercadorias isentas não tem sentido. O que aqui se cobra é imposto sobre mercadorias tributáveis não recolhido aos cofres públicos por ter sido utilizado créditos fiscais inexistentes. E ao refazer o seu conta corrente do mês de maio de 2005, o autuado apenas provou o que ora se explica. Se não houvesse estornado, e com base na escrita fiscal apresentada, o valor de R\$5.370.710,48, não teria imposto a recolher neste mês de maio de 2005 de R\$6.134.664,92 e sim de R\$763.954,44. Neste contexto, haveria, sim, enorme prejuízo ao Erário.

É oportuno observar que a penalidade aplicada e entendida pelo impugnante de, ao recolhê-la, cumpriu com sua obrigação, conforme determina a lei tributária, não pode ser aceita. Esta multa é aplicada (at. 41, I e art. 42, VII, “a”, da Lei nº 7.014/96) quanto o imposto é exigido de ofício, caso presente. E, indo adiante, o § 6º do citado art. 42 e da referida Lei determina: *O pagamento da multa não dispensa a exigência do imposto, quando devido, nem a imposição de outra penalidade, além da correção do ato infrigente.*

No mais, se o procedimento do autuado (estorno dos créditos fiscais em maio de 2005) houvesse sido feito anteriormente à autuação (de dezembro de 2004 a março de 2005), com base na legislação em vigor, ele estaria correto e o Auto de Infração não seria lavrado, pois o imposto a ser recolhido nestes meses estaria acrescentado do valor ora exigido. No entanto, o procedimento, e somente em relação à infração 1, se deu em maio de 2005, após autuação, quando a fiscalização, de ofício e conforme determina o art. 42, VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, já havia efetuado o estorno dos créditos fiscais aproveitados indevidamente, não mais podendo haver a espontaneidade de qualquer lançamento para corrigir irregularidades existentes e no caso, sem a aplicação de penalidade, prevista em lei e acima citada.

E, toda esta discussão, ao final e para a lide, fica prejudicada, pois o autuado ao concordar em pagar a multa (60%), penalidade exigida pela legislação tributária quando o lançamento for realizado de ofício, e fazer o estorno do crédito fiscal referente à infração 1 apresentando o valor de R\$6.134.664,92 como valor a ser recolhido no mês de maio de 2005, apenas se insurgiu contra os acréscimos moratórios pela exigência de ofício, já que o imposto confessou ser devido.

Diante do explanado, não vejo causa para se alegar excesso de exação, violação aos princípios da legalidade, da razoabilidade, da equidade e da proporcionalidade, nem qualquer violação ao art. 5º, II da Constituição Federal, não sendo, em absoluto, nulo o lançamento fiscal sobre o valor da obrigação principal exigido.

E, para a infração 2, o autuado recolheu o imposto com os acréscimos moratórios e não a penalidade pela lavratura do Auto de Infração, conforme afirmou.

Pelo exposto, voto pela procedência do Auto de Infração no valor de R\$5.390.213,01, homologando-se o quantum recolhido.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **298574.0510/05-0**, lavrado contra **PETRÓLEO BRASILEIRO S/A – PETROBRÁS**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$5.390.213,01**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, VII, “a”, da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais, devendo ser homologados os valores efetivamente recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 04 de agosto de 2005.

ANTÔNIO AGUIAR DE ARAÚJO - PRESIDENTE

MÔNICA MARIA ROTERS - RELATORA

LUIS ROBERTO DE SOUSA GOUVÊA - JULGADOR