

A. I. N° - 298574.0511/05-7
AUTUADO - PETRÓLEO BRASILEIRO S.A. PETROBRAS
AUTUANTES - JORGE LUIZ VIRGENS GONZAGA, MARCO ANTÔNIO CARVALHO DE MATOS e
JOWAN DE OLIVEIRA ARAÚJO
ORIGEM - IFEP/METRO
INTERNET - 20.09.05

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N.º 0335-02/05

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. NÃO EXIBIÇÃO, À FISCALIZAÇÃO, DOS DOCUMENTOS FISCAIS CORRESPONDENTES. Está patente nos autos que o crédito fiscal foi utilizado sem que o imposto tivesse sido pago. Somente após o pagamento o interessado se credencia ao seu registro e utilização. Não acatada a alegação de duplicidade de lançamento. 2. IMPORTAÇÃO. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Fato reconhecido pelo sujeito passivo, que apenas questiona parte do lançamento, por considerar que a exigência fiscal estaria sendo feita em duplicidade, vinculando-a ao item precedente. Não há lançamento em duplicidade: um fato consiste em não ter sido pago o imposto no prazo legal; outro diz respeito ao crédito utilizado antes do pagamento do imposto. Mantido o lançamento. 3. ENTRADA DE MERCADORIAS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO NA ESCRITA FISCAL. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. MULTA. Imputação não impugnada pelo sujeito passivo. 4. BASE DE CÁLCULO. ERRO NA SUA DETERMINAÇÃO. RECOLHIMENTO DO IMPOSTO EFETUADO A MENOS. Infração admitida pelo contribuinte Quanto aos questionamentos acerca das penalidades aplicadas, consideradas excessivas e injustas, violando os princípios da razoabilidade, da eqüidade e da proporcionalidade, este órgão julgador não tem competência para avaliar a constitucionalidade do direito posto. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 27/6/05, diz respeito aos seguintes fatos:

- utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, assim considerado por não ter sido exibido à fiscalização o documento fiscal comprobatório do direito ao crédito – não foi apresentado o documento de arrecadação do imposto referente à importação objeto da Declaração de Importação n° 04/1248984-2 e da Nota Fiscal 147, não tendo sido recolhido o imposto correspondente –, sendo glosado o crédito no valor de R\$ 3.070.138,91, com multa de 60%;
- falta de recolhimento de ICMS no prazo regulamentar, referente a operação escriturada nos livros fiscais próprios – não foi efetuado o pagamento do imposto referente à importação de uréia fertilizante objeto da Declaração de Importação n° 04/1248984-2 e da Nota Fiscal 147 –, sendo lançado imposto no valor de R\$ 3.070.849,49, com multa de 50%;

3. falta de recolhimento de ICMS referente à importação de uréia fertilizante objeto da Declaração de Importação nº 04/1248977-0 e da Nota Fiscal 148, não escriturada no Registro de Entradas, sendo lançado imposto no valor de R\$ 1.996.032,04, com multa de 60%;
4. entrada, no estabelecimento, de mercadorias sujeitas à tributação [pelo ICMS] sem o devido registro na escrita fiscal, sendo por isso aplicada multa de R\$ 1.235.879,77, equivalente a 10% do valor das entradas não escrituradas;
5. recolhimento de ICMS efetuado a menos, por erro na determinação da base de cálculo do imposto, sendo lançado tributo no valor de R\$ 538,47, com multa de 60%.

O contribuinte apresentou defesa impugnando apenas os lançamentos dos itens 1º e 2º do Auto de Infração, alegando que estaria havendo duplicidade de imposições. Aduz já ter providenciado o pagamento do imposto com os acréscimos respectivos, relativamente a apenas uma das imputações, que reconhece ser legítima, a concernente ao tributo que não foi pago no momento oportuno. Sustenta que o imposto devido na operação tratada nos itens 1º e 2º do Auto de Infração decorre de idêntico e único fato gerador, sendo devido tributo no valor de R\$ 3.070.138,91, quantia esta que foi contabilizada e utilizada, embora não tenha sido paga à época.

A defesa protesta não haver lei que imponha tamanha sanção, de modo que estaria havendo afronta ao princípio da legalidade e, por conseguinte, à Constituição. Reclama que o fisco não pode cobrar tributo e encargos moratórios em valor superior ao estabelecido em lei, nem pode cobrar em duplicidade o imposto e os encargos de mora, incluída a multa, relativamente a um único fato gerador. Nesse sentido, chama a atenção para a data da Nota Fiscal [Nota Fiscal 147]. Considera que a fiscalização cometeu desobediência explícita às regras infraconstitucionais e constitucionais, bem como aos princípios da razoabilidade e da legalidade, dentre outros. Admite ter realmente deixado de recolher o ICMS relativo à Declaração de Importação nº 04/1248984-2, porém a sanção jurídica estatal é uma só: o recolhimento do ICMS devido na operação, mais os encargos moratórios, incluída a multa, conforme impõem o art. 42, I, “a”, da Lei nº 7.014/96 e o art. 124, I, do RICMS, e nada mais. Diz não ser possível aceitar a duplicidade da cobrança do imposto, como pretende o fisco no item 1º deste Auto de Infração, como se fosse derivada de fato gerador distinto. A seu ver, a pretensão fiscal extrapola os limites da legalidade e do bom senso. Considera que uma das sanções impostas não é legal, por ser excessiva, extrapolando os limites constitucionais do poder de tributar, causando enriquecimento sem causa, tendo características de típico confisco.

Seguem-se considerações acerca do princípio da legalidade. Assinala que o legislador não impôs ao contribuinte o “bis in idem”, a bitributação, a duplicidade do pagamento do imposto e seus encargos de mora, derivado de um único fato gerador, de modo que a presente exação fiscal é excessiva, ilegal e improcedente.

A defesa reclama, também, das penalidades aplicadas, por considerá-las excessivas, injustas e rigorosas, violando os princípios da razoabilidade, da eqüidade e da proporcionalidade. Argumenta que os fiscais, ao exigirem mais do que o que o legislador ordinário estabeleceu, agiram com excessivo rigor, como se não bastasse a ausência de dolo. Pondera que as sanções visam mais ao esclarecimento e à prevenção da reincidência do que a castigar o sujeito ou impor-lhe uma vingança estatal, e muito menos a exaurir a capacidade financeira do contribuinte ou ser promotor do enriquecimento sem causa. Considera que nos lançamentos dos itens 1º e 2º deste Auto de Infração há violação aos arts. 884 a 886 do Código Civil. Prossegue dizendo que o princípio da razoabilidade, o ideal de justiça e a eqüidade demonstram que a aplicação de pena deveria guardar a proporção entre o ilícito e a sanção estatal e, obviamente, ter prévia existência formal, validez e eficácia jurídicas. A seu ver, no caso em exame é evidente a desproporcionalidade entre o ato e a sanção, que assume características de verdadeiro confisco e promove o auto-enriquecimento do ente estatal, sem causa lícita, o que é vedado pela legislação constitucional e infraconstitucional. Alega a ausência de intenção maldosa e de prejuízo,

considerando que, mesmo havendo o ilícito, não há motivo para se punir o contribuinte de modo tão drástico, além do previsto em lei e do “quantum” já recolhido aos cofres públicos, conforme comprovante anexo, de modo que os autuantes extrapolaram os limites de sua legítima atuação, o que caracteriza o excesso de exação e também o abuso de autoridade. Conclui frisando que não pode o intérprete deduzir ou exigir além daquilo que o legislador almejou. Pede que o Auto de Infração seja julgado improcedente, ao menos na parte que exige do contribuinte a duplicidade do recolhimento do ICMS e seus encargos, inclusive multa.

Os fiscais autuantes prestaram informação dizendo que a lavratura do Auto de Infração está consubstanciada na disposição contida no RICMS vigente à época em que ocorreram as entradas dos produtos. Transcrevem o art. 124 do RICMS. Observam que o fato objeto do item 2º está relacionado com o uso indevido de crédito fiscal de que cuida o item 1º, sendo que o item 2º diz respeito à falta de recolhimento do ICMS, cujos valores são distintos, evitando, destarte, o enriquecimento sem causa mencionado pelo sujeito passivo.

Aduzem os fiscais que, a partir do efetivo recolhimento do ICMS relativo à operação de importação, poderá o contribuinte fazer uso do direito de realizar o lançamento do respectivo crédito na sua escrita fiscal. Dizem que a infração em apreço é decorrente do lançamento de ofício suplementar previsto no CTN. Refutam a acusação de que tivessem extrapolado os limites da legítima atuação, com excesso de exação e abuso de autoridade, considerando que a ação fiscal foi norteada pelo ordenamento jurídico vigente.

Opinam pela manutenção integral dos lançamentos consubstanciados no Auto de Infração em lide.

VOTO

Foram impugnados apenas os lançamentos dos itens 1º e 2º do Auto de Infração em apreço.

O contribuinte alega que estaria havendo duplicidade de imposições fiscais, haja vista que o fato gerador do imposto seria um só, consistente na falta de recolhimento de ICMS na importação de uréia fertilizante, efetuada através da Declaração de Importação nº 04/1248984-2, fato que foi documentado pela Nota Fiscal (de entrada) nº 147.

Na verdade, os itens 1º e 2º dizem respeito a duas coisas distintas, embora calcadas ambas numa mesma operação mercantil: o item 2º refere-se ao imposto que deveria ter sido pago por ocasião da importação, ao passo que o item 1º diz respeito à utilização do crédito fiscal correspondente ao imposto que deveria ter sido pago. É ocioso dizer que, se o tributo tivesse sido recolhido, seria legítimo o crédito do imposto. Ocorre que a empresa registrou o crédito em sua escrita, porém não pagou o imposto. O critério constitucional da não-cumulatividade estabelece que o contribuinte do ICMS tem direito de abater, nas suas operações e prestações, o imposto pago em operações e prestações anteriores. Se o imposto de determinada operação ou prestação não é pago, não pode ser utilizado o crédito, a menos que haja expressa previsão em contrário, como nos casos dos chamados “créditos presumidos” (ou, mais apropriadamente, créditos outorgados). Está patente nos autos que o crédito fiscal foi utilizado sem que o imposto tivesse sido pago. Somente após o pagamento o interessado se credencia ao seu registro e utilização. Não acato a alegação de duplicidade de lançamento. Mantenho os lançamentos dos itens 1º e 2º do Auto de Infração.

Consta que o contribuinte já providenciou o pagamento do débito do item 2º, com os acréscimos legais pertinentes, podendo, agora sim, utilizar o crédito relativamente ao valor “nominal” do tributo pago. Mas isso constitui desdobramento do fato que considero irrelevante na situação em exame.

Os valores lançados nos demais itens não foram impugnados pelo sujeito passivo.

Faço o registro de que, na sessão de julgamento, o patrono da empresa chamou a atenção para a recente edição da Lei nº 9.650/05, que prevê a dispensa ou redução de multas e outros acréscimos, atendidas as condições e prazos nela estabelecidas. Observou que as disposições da referida lei são auto-aplicáveis. Comentou a distinção entre anistia e remissão. Teceu considerações acerca dos efeitos retroativos da lei nova, quando deixa de considerar infração determinado fato ou quando comina pena inferior à da lei antiga.

Quanto aos questionamentos da defesa acerca das penalidades aplicadas, consideradas excessivas e injustas, violando os princípios da razoabilidade, da equidade e da proporcionalidade, este órgão julgador não tem competência para avaliar a constitucionalidade do direito posto. Observo, porém, que os fiscais se equivocaram ao enquadrarem o fato objeto do item 3º no inciso I, “a”, do art. 42 da Lei nº 7.014/96, pois o enquadramento correto é no inciso II, “f”. Também se equivocaram ao incluírem, na capituloção dos fatos do item 4º, o inciso II, “a”, do art. 42 da supracitada lei, pois as multas são previstas no inciso IX. Idêntico equívoco se repete ao incluírem, na capituloção do fato do item 5º, o inciso I, “a”, pois a multa está prevista no inciso II, “a”. Isso, contudo, não invalida o procedimento, haja vista que a descrição dos fatos foi feita de forma clara e precisa.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 298574.0511/05-7, lavrado contra **PETRÓLEO BRASILEIRO S.A. PETROBRAS**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$ 8.137.558,91**, acrescido das multas de 50% sobre R\$ 3.070.849,49 e de 60% sobre R\$ 5.066.709,42, previstas no art. 42, inciso I, “a”, inciso II, “a” e “f”, e inciso VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$ 1.235.879,77**, prevista no inciso IX do art. 42 da supracitada lei, devendo ser homologada a quantia já paga.

Sala das Sessões do CONSEF, 13 de setembro de 2005.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE

JOSÉ BEZERRA LIMA IRMÃO – RELATOR

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS – JULGADOR