

PROCESSO - A. I. N° 213402.0002/10-8
RECORRENTE - PETROMOTOR DISTRIBUIDORA DE PETRÓLEO LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2º JFJ nº 0055-02/11
ORIGEM - IFMT - DAT/METRO
INTERNET - 29/02/2012

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0037-11/12

EMENTA: ICMS. NULIDADE. DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA. FALTA DE APRECIACÃO DE ARGUMENTOS DEFENSIVOS. CERCEAMENTO DE DEFESA. NOVA DECISÃO. É Nula, por cerceamento de defesa, a Decisão que deixar de apreciar as alegações contidas na impugnação apresentada pelo sujeito passivo, conforme os termos do artigo 18, inciso II, do RPAF/99. Não há no PAF nenhuma prova de que o autuado impetrou mandado de segurança. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decretada, de ofício, a **NULIDADE** da Decisão recorrida, determinando-se o retorno dos autos à Primeira Instância para novo julgamento. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Cuidam os autos de Recurso Voluntário interposto contra a Decisão da 2ª Junta de Julgamento Fiscal que julgou Prejudicada a defesa e Procedente o presente Auto de Infração, em relação à multa e acréscimos moratórios, por meio do qual o sujeito passivo foi acusado da falta de recolhimento do ICMS devido pela operação própria na saída de álcool hidratado, no valor de R\$37.297,00, acrescido da multa de 50%.

A Junta de Julgamento Fiscal decidiu a lide administrativa da seguinte forma:

“Trata-se de Auto de Infração lavrado no trânsito da mercadoria, exigindo a falta de recolhimento do imposto relativo à operação própria, tendo em vista que tal a mercadoria deveria circular com o DAE da operação normal, visto que o momento do recolhimento é a saída do álcool, conforme art. 515-B e o autuado não possui o benefício a que se refere o art. 126, IV, inciso II do RICMS de recolher até o dia 15 do mês subsequente ao das operações, uma vez que o mesmo não possui autorização da COPEC.

A matéria de que cuida o presente Auto de Infração é objeto de Mandado de Segurança nº 0030982-33.2010.805.0001, sendo concedida liminar pelo Juiz da 10ª Vara da Fazenda Pública, determinando a segurança pleiteada, para que “a Impetrada autorize as Impetrantes a recolher o ICMS devido no dia nove do mês subsequente ao fato gerador.”

Nesse caso, o artigo 117, do RPAF/99 determina que “a propositura de medida judicial pelo sujeito passivo importa a renúncia ao poder de recorrer na esfera administrativa ou a desistência da impugnação ou Recurso acaso interposto”. Se o dispositivo regulamentar está, ou não, em desconformidade com a Constituição Federal, como alegado pelo Recorrente, não compete a este órgão julgador se manifestar a respeito, nos termos do artigo 167, inciso I, do RPAF/99.

De qualquer forma, o Auto de Infração foi lavrado para evitar os efeitos da decadência, não obstante esteja suspensa a sua exigibilidade, e caberá ao Poder Judiciário ditar a última palavra sobre a questão, embora, no âmbito administrativo, este CONSEF tenha sempre se manifestado no sentido de que o bacalhau é tributável pelo imposto estadual até que Decisão judicial definitiva em contrário venha a modificar esse entendimento.

Quanto à multa e aos acréscimos moratórios, verifico que a multa por descumprimento da obrigação principal, proposta pelo autuante, é a prevista no artigo 42, II, “f”, da Lei nº 7.014/96, e se aplica ao presente caso, pois o imposto deixou de ser recolhido tempestivamente. Os acréscimos moratórios abrangem o período em que a exigibilidade do crédito tributário estiver suspensa, conforme regra inserta nos artigos 101, § 3º, e 102, § 1º, da Lei nº 3.956/81 (COTEB).

Deve ser dada ao autuado a oportunidade de quitar o débito, no prazo de vinte dias, sem incidência da multa por descumprimento da obrigação principal, caso ocorra a cassação da liminar concedida em Mandado de Segurança Preventivo ou a Decisão final de mérito seja desfavorável ao contribuinte, de que é necessária a sua inclusão no lançamento de ofício, primeiro, porque são consectários do ICMS exigido, e, segundo, para que possam ser cobrados se a Decisão liminar for cassada ou se não for confirmada quando do julgamento final de mérito do Mandado de Segurança impetrado.

Sendo assim, considero PREJUDICADA a defesa, no que tange ao mérito do imposto exigido, e voto pela PROCEDÊNCIA, relativamente à multa e aos acréscimos moratórios incidentes”.

Inconformado, o sujeito passivo interpôs o Recurso Voluntário de fls. 254 a 259, aduzindo que há uma contradição no lançamento de ofício, quando o autuante faz referência à falta de autorização “para gozo de recolhimento em prazo normal”, já que é descabida a exigência de obtenção de autorização do Fisco para cumprir suas obrigações normais.

Alega que a cobrança do imposto na saída da mercadoria o impede de compensar débitos e créditos, sendo desatendido o princípio da não cumulatividade. Acrescenta que, mesmo entendendo ser absurda a exigência de autorização, providenciou o requerimento, em 01/12/09, para recolher o ICMS no mês seguinte à ocorrência do fato gerador, como previsto no artigo 515-B, do RICMS/97, mas a Coordenação de Petróleo e Combustíveis (COPEC) se manteve inerte, o que vem lhe causando diversos transtornos.

Informa que, diante disso, impetrou mandado de segurança, em 06/04/10, com pedido de liminar com o fito de “*obter a autorização da COPEC para recolher o ICMS devido no início do mês seguinte à ocorrência do fato gerador, e não no momento de saída de suas mercadorias*”.

Assegura que lhe foi concedida, em 15/04/2010, a Medida Liminar pleiteada e, por essa razão, entende que é improcedente a autuação. Por fim pede a exclusão da multa e dos juros com fundamento no art. 159, do RPAF, pugnando, ao final, pelo Provimento do Recurso Voluntário.

A PGE/PROFIS opinou pelo Não Provimento do Recurso Voluntário interposto, afastando, de logo, a preliminar de nulidade aventada, sob o argumento de que “*a indicação dos dispositivos regulamentares e legais infringidos feita pelo autuante de fato não correspondem à exigência fiscal consubstanciada*”, “*no entanto, é cediço que o fundamento da autuação está no fato descrito, e esse é claro ao indicar que a exigência se refere ao ICMS por operação própria*”, não havendo, portanto, que se falar em nulidade, “*quando foi possível ao autuado, desde o início, compreender com clareza o fato que lhe era imputado*”.

Acrescenta que o “*próprio demonstrativo de cálculo indica que o que se exige é o ICMS por operação própria, assim como as descrições do Termo de Apreensão*”.

Prossegue dizendo que o contribuinte escolheu a via judicial, o que implica a desistência da defesa administrativa, no mérito.

Quanto à multa e aos acréscimos moratórios, afirma que são devidos, ainda que persista a medida liminar, “*devendo o contribuinte ser orientado a pleitear à Câmara Superior a exclusão da multa, na forma prevista no artigo 167, do RPAF*”.

VOTO

A Junta de Julgamento Fiscal considerou prejudicada a análise da defesa apresentada pelo contribuinte, sob o fundamento de que “*o presente Auto de Infração é objeto de Mandado de Segurança nº 0030982-33.2010.805.0001, sendo concedida liminar pelo Juiz da 10ª Vara da Fazenda Pública, determinando a segurança pleiteada, para que “a Impetrada autorize as Impetrantes a recolher o ICMS devido no dia nove do mês subsequente ao fato gerador”*”.

Todavia, apesar de examinar minuciosamente os elementos constantes dos autos, não obtive êxito em localizar nenhum documento que comprovasse que o Recorrente efetivamente ingressou com mandado de segurança e, muito menos, que obteve a segurança pleiteada, ainda que em medida liminar.

Observo que, em suas manifestações (fls. 35 a 39 e 254 a 259), o contribuinte, apesar de informar que havia ingressado com ação judicial, sequer indicou o número do processo para que fosse possível a sua localização e a conferência da similitude entre o objeto da ação judicial e deste processo administrativo tributário.

Sem essa prova, resta demonstrado que o julgamento da primeira instância encontra-se eivado de vício de fundamentação, a ensejar a sua nulidade, a teor do artigo 18, inciso III, do RPAF/99. A par disso, cumpre consignar que o voto condutor do acórdão fez referência a produto (bacalhau) diverso daquele que foi objeto do Auto de Infração em exame, o que reforça a nulidade do ato decisório.

Ante o exposto, julgo PREJUDICADO o Recurso Voluntário, mas, de ofício, decreto a nulidade da Decisão recorrida, determinando o retorno dos autos à Primeira Instância para novo julgamento.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e, de ofício, decretar **NULA** a Decisão recorrida referente ao Auto de Infração nº **213402.0002/10-8**, lavrado contra **PETROMOTOR DISTRIBUIDORA DE PETRÓLEO LTDA.**, devendo retornar os autos à Primeira Instância para novo julgamento.

Sala das Sessões do CONSEF, 06 de fevereiro de 2012.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA - RELATORA

MARIA JOSÉ RAMOS COELHO LINS DE ALBUQUERQUE SENTO-SÉ – REPR. DA PGE/PROFIS