

PROCESSO	- A.I. Nº 00575620/98
RECORRENTES	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e COMPANHIA QUÍMICA METRACRIL
RECORRIDOS	- COMPANHIA QUÍMICA METRACRIL e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS	- RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO - Acórdão 1ª JJF nº 2019-01/01
ORIGEM	- INFAZ SIMÕES FILHO
INTERNET	- 19.02.02

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0035-12/02

EMENTA: ICMS. NULIDADE. DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA. CERCEAMENTO DE DEFESA. NOVA DECISÃO. Decisão não fundamentada prejudica o direito da ampla defesa e o princípio da busca da verdade material, pois foi verificada a existência de erros ou omissões nos levantamentos efetuados. Devolvam-se os autos à Junta de Julgamento Fiscal para proferir nova decisão. Recursos **PROVIDOS**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário e de Ofício da Decisão da 1ª Junta de Julgamento Fiscal que houvera julgado Procedente em Parte o Auto de Infração n.º 00575620/98, exigindo pagamento do imposto valor de R\$317.133,98, decorrente das seguintes infrações:

1. omissão de saídas de produtos acabados apurados por meio de Levantamento Quantitativo de Estoques em exercício fechado;
2. recolhimento a menor de ICMS relativo ao período de jan. a jun/94 e de jul. a dez/94, em virtude de terem ocorrido saídas de produtos acabados com preços inferiores ao custo da produção;
3. utilização indevida de crédito fiscal do ICMS relativo a aquisição de hipoclorito (utilizado no tratamento de afluentes) e nitrogênio (utilizado parcialmente em purgas de linhas e selagem de tanques), considerados material de uso e consumo, conforme declaração de gerência técnica.

A 1ª CJF votou pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração. Rejeitou as preliminares de nulidade suscitadas, por entender que no Auto de Infração e seus anexos estão descritos de forma fática as ocorrências constatadas ao longo da fiscalização, inclusive atribuindo-lhes datas e valores, que as falhas eventualmente constantes no trabalho dos autuantes não motiva decretar a nulidade do Auto de Infração, porque no decorrer do processo, as falhas saneadas, e porque, no seu entendimento, a autuação se deu segundo os procedimentos exigidos pelo CTN.

No mérito, sobre a infração 1, considerou-se Parcialmente Procedente, diante das retificações oriundas do processo dialético, o qual provocou a elaboração de novos demonstrativos pelo autuante, o qual mereceu acatamento neste particular. Ademais, indeferiu o pedido do autuado para a juntada de documentos, porque entende que o período legal para a apresentação de defesa é de 30 dias após a lavratura do Auto de Infração, além do que, para a juntada de documentos, não imagina que o advogado do autuado acreditava depender de uma autorização da Administração. Assim, reduziu o débito referente a esta infração para R\$115.684,86, indicado pela ASTEC.

Com relação a infração 2, considerou-a Improcedente por falta de amparo legal, concordando com Parecer da PROFAZ de n.º 1275/99, no qual foi afirmado que o fato de haver saídas de mercadorias com base de cálculo inferior ao custo de produção não autoriza a cobrança de imposto sobre parcela do custo que excedeu o valor da base de cálculo das saídas. Além disso, disse que a despesa da depreciação não deve fazer parte do custo de produção para fins de aplicabilidade do art. 31, II, da Lei n.º 4.825/89, porque no exercício de 1994, a aquisição de ativo imobilizado ainda não dava direito a utilização de crédito fiscal e, desta forma, não se inserindo o valor da depreciação no custo da fabricação de um produto, o Estado nada perdendo a nível de ICMS.

Por fim, acompanhou o parecer da IFESP na análise da infração 3, porque a discussão gira em torno de questão técnica, qual seja, a de saber se o Hipoclorito de sódio e o Nitrogênio são ou não indispensáveis ao processo de produção, e naquela hipótese geraria direito à utilização dos créditos pelo autuado. No parecer, restou constatado que somente o Nitrogênio é indispensável ao processo produtivo, subsistindo a exigência fiscal somente em relação ao Hipoclorito de sódio, reduzindo-se o débito pertinente para R\$36.593,75.

Assim, reduziu o total do débito para R\$152.278,61.

Registre-se a existência de voto discordante em relação ao item 3, julgando-a Improcedente.

O recorrente interpôs Recurso Voluntário alegando que as justificativas constantes da Decisão Recorrida de que a apresentação de provas deveria ter ocorrido na ocasião da defesa não fundamentam a desconsideração de seus argumentos sobre o segundo parecer emitido pela ASTEC, o que manifesta descaso pelo princípio da ampla defesa. Discorreu sobre o princípio da verdade material e do informalismo que rege o processo administrativo tributário, citando doutrina sobre a matéria, informando que a ASTEC não atendeu sua solicitação para verificar notas fiscais que foram emitidas e não relacionadas, assim como notas fiscais de um produto relacionada como se fosse de outro. Disse que juntou os documentos fiscais que comprovariam suas alegações em 22 de novembro de 2000, solicitando manifestação de diligência sobre os mesmos, porém estes não foram considerados em novo parecer da ASTEC de n.º 063/2000. Assim disse que resta verificado o cerceamento de defesa. Pediu a nulidade do Auto de Infração.

No mérito, sobre a infração 1, alegou que os autuantes não se detiveram em informações fiscais e contábeis corretas, tais como os índices de concentração, perda e produção apresentados pelos químicos responsáveis pela operação auditada, que são competentes, por lei, para determinar e informar sob que percentuais uma indústria funciona. Acrescentou que não houve harmonia entre os auditores sobre os cálculos a serem realizados para concluir se houve ou não diferença na quantidade de produto final em relação a matéria prima utilizada na produção e se esta diferença é fruto de ausência de emissão de notas fiscais. Além disso, não foi detectado precisamente o percentual de produtos que se perdem durante o processo produtivo. Este fato, entende, não pode ser desconsiderado pelo fisco.

Acrescentou, ainda, que não foi apontado qual o critério utilizado e o seu embasamento legal para se calcular o percentual de concentração média do Cianeto de Sódio e esta premissa é básica para se saber se realmente houve omissão de saídas. Além disso, neste item, disse que não foi considerado outros produtos para o cálculo do imposto.

Sobre a infração 3, discorreu sobre desenvolvimento do processo produtivo para discordar da Decisão Recorrida que entendeu não ser o Hipoclorito de sódio produto intermediário. Acrescentou, concordando com opinião do voto discordante, que entre o nitrogênio, que realiza a secagem das tampas e, por isso, foi considerado produto intermediário, não há diferença em relação ao Hipoclorito de sódio, quando utilizado para resfriamento da reação do produto, sendo também produto intermediário.

Arrematou afirmando que o tratamento de efluentes resultantes da reação do produto final participa do processo produtivo, pois sem o mesmo inexistirá o objeto fim da empresa. Esta obrigação, ainda, encontra-se amparada na Constituição, até porque a omissão no tratamento implica em cometimento de crime ambiental. Citou legislação e jurisprudência que tratam da matéria. Além disso, citou jurisprudência deste CONSEF que apontou ser o hipoclorito de sódio produto intermediário, integrante do processo produtivo. Disse que, na Decisão Recorrida, apenas há a afirmação de que o referido produto não compõe o processo produtivo, sem qualquer fundamentação e ignorando os argumentos defensivos levantados. Citou jurisprudência do TIT/SP e Consulta n.º 1.068 que entendem ser intermediário para creditamento do imposto o produto utilizado para tratamento de efluentes decorridos do processo produtivo. Da interpretação do art. 51, III, da Lei n.º 4.825/89, demonstrou que integração ao produto final na condição de elementos indispensável a sua composição é apenas uma condição alternativa para a definição de produto intermediário, porque, graças a conjunção disjuntiva “ou”, também é produto intermediário são insumos adquiridos, utilizados e consumidos no processo industrial. Pediu o Provimento do Recurso.

A PROFAZ, em Parecer, opinou pelo Não Provimento do Recurso apresentado. Discordou da nulidade suscitada, argumentando que a falta de conversão do processo em diligência para a análise dos documentos por órgão técnico não fundamenta a nulidade, porque os documentos foram juntados após a primeira diligência e após a segunda solicitação de diligência, pelo princípio de concentração da defesa, a oportunidade para apresentação de documento pela defesa é no prazo para a impugnação e que a apreciação dos referidos documentos pelo órgão julgador é de caráter discricionário, indeferindo o pedido de diligência quando se sentir convencido pelos elementos contidos nos autos. No mérito, sobre a infração 3, disse que a glosa do crédito referente ao Hipoclorito de sódio depende de manifestação técnica, na qual foi constatado que esta substância não pode ser considerada como produto intermediário, mas apenas produto utilizado no tratamento de efluentes. Após citar conceito de produto intermediário apresentado em parecer normativo n.º 01/81, concluiu que o Hipoclorito não é produto intermediário.

VOTO

Preliminarmente, o recorrente suscitou a nulidade da Decisão Recorrida, por ter sido indeferido seu pedido de juntada de documentos, sob a alegação de que o prazo legal para apresentação dos mesmos seria na impugnação do Auto de Infração, não sendo levado, assim, em consideração os argumentos trazidos quando o recorrente se manifestou sobre o segundo parecer da ASTEC, violando dessa forma o seu direito a ampla defesa.

De fato verifico que razão assiste ao recorrente.

A presente Ação Fiscal teve seu termo inicial em 1º de julho de 1997, vindo a se encerrar, somente após 421 dias, em 26 de agosto de 1998, atestando a complexidade dos levantamentos realizados pelos autuantes, que demandou inclusive a realização de duas revisões realizadas pela IFESP e a ASTEC.

Manifestando-se sobre o resultado da última diligência, a recorrente, em 01/11/00, suscitou que não houve resposta aos quesitos formulados na impugnação e na sua petição anterior, e pediu prazo para juntada de planilhas.

Posteriormente, em 22/11/00, requereu a juntada de cópias de notas fiscais para confrontar com o levantamento quantitativo elaborado pelos autuantes, que provariam suas alegações de omissões que não foram consideradas pelas revisões efetuadas.

Apesar de ter sido despachados para o diligente, à fl. 492, os documentos apresentados não foram considerados na revisão concluída em 30/03/2001.

O recorrente em nova manifestação contestou a omissão e reiterou suas razões.

A Junta de Julgamento Fiscal ao indeferir o pedido de juntada de documentos, cerceou o direito de defesa do recorrente.

Portanto, em vista do exposto, considerando a existência de indícios de erros ou omissões nos levantamentos efetuados e face ao princípio da busca da verdade material, voto pelo PROVIMENTO do Recurso Voluntário apresentado, declarando NULA a Decisão Recorrida, para sanar a irregularidades existentes na forma do art. 18, § 1º do RPAF.

Fica, conseqüentemente, prejudicado o julgamento do Recurso de Ofício.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER** os Recursos de Ofício e Voluntário apresentados para julgar NULA a Decisão Recorrida, relativa ao Auto de Infração **n.º 00575620/98**, lavrado contra **COMPANHIA QUÍMICA METACRIL**, devendo retornar os autos para novo julgamento pela Junta de Julgamento Fiscal.

Sala das Sessões do CONSEF, 30 de janeiro de 2002.

JOSÉ CARLOS BOULHOSA BAQUEIRO – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

JOSÉ CARLOS BARROS RODEIRO - RELATOR

MARIA HELENA CRUZ BULCÃO – REPR. DA PROFZ