

PROCESSO	- A.I. Nº 293873.0008/01-6
RECORRENTE	- TENSILL INDÚSTRIA DE BACTERICIDAS E PRODUTOS DE ASSEPSIA LTDA.
RECORRIDA	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO	- RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 4ª JJF nº 0242-04/02
ORIGEM	- INFRAZ FEIRA DE SANTANA
INTERNET	- 12.11.02

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0404-12/02

EMENTA: ICMS. NULIDADE. DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA. NOVA DECISÃO. CERCEAMENTO DE DEFESA. Após realizadas retificações na autuação, no intuito de precisar sobretudo o teor da infração 2, não foi devolvido o prazo de 30 dias ao recorrente para apresentar sua defesa. Recurso **PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo autuado contra Decisão da 4ª Junta de Julgamento Fiscal que houvera julgado Procedente em Parte o Auto de Infração nº.º 293873.0008/01-6, exigindo pagamento de imposto no valor de R\$23.328,13, em decorrência das seguintes infrações:

1. *recolheu a menor de ICMS em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas;*
2. *utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a documentos fiscais falsos ou inidôneos.*

A 4ª JJF afastou as preliminares de nulidades suscitadas em referência à infração 1, entendendo que a mesma foi satisfatoriamente descrita, demonstrada através de documentos comprobatórios e apurado o imposto devido. Quanto à infração 2, após solicitar diligência para suprir a omissão da autuante na identificação dos documentos considerados inidôneos e de abrir prazo para manifestação do contribuinte, considerou superada a causa de nulidade.

Discordou dos argumentos defensivos, que pugnavam pela não incidência do imposto constante da infração 1, porque, segundo o contribuinte, as operações realizadas com entes públicos estão abrigadas pela instituto da imunidade, mas entendeu que o art. 150, VI, “a”, da CF/88 foi interpretado erradamente na defesa. Afirmou que o caso de imunidade se aplica à operações efetuadas pelas pessoas ou entidades ali elencadas. Acrescentou, ainda, que o art. 54, I, “a”, do RICMS/97 obriga a inclusão na base de cálculos do imposto das mercadorias fornecidas a título de bonificação, motivo porque não procede o pedido de exclusão destas, o mesmo ocorrendo em relação ao valor do IPI, o qual também está incluído na base de cálculo, conforme o citado art. 54, I, “c”, “1”, do mencionado diploma legal. Por outro lado, o autuante reconheceu a procedência de alguns argumentos do contribuinte para excluir alguns documentos fiscais da contabilização do débito e a Decisão Recorrida acatou o alegado pelo contribuinte referente a alguns documentos fiscais nos quais a alíquota foi aplicada corretamente. Reduziu o montante do débito da infração 1 para R\$ 20.856,20.

No mérito da infração 2, restou comprovado que os documentos fiscais foram emitidos por contribuinte com inscrição cadastral cancelada, situação que os tornam inidôneos, de acordo com o art. 209, VII, “b”, do RICMS/97, e assim sendo o art. 97, II, deste regulamento veda a apropriação de créditos a eles relacionada, até que seja sanada a irregularidade ou que seja comprovado o efetivo recolhimento do imposto. Disse que o contribuinte não comprovou o recolhimento do imposto, nem elide a infração o argumento de que desconhecia o cancelamento, uma vez que é ato público.

Do exposto, reduziu o montante total do débito para R\$21.502,73.

O recorrente interpôs Recurso Voluntário reiterando as nulidades suscitadas, de que não foi apresentada a ocorrência do fato gerador do imposto, nem do procedimento fiscal utilizado, motivos suficientes para considerar cerceado o seu direito de defesa. Pediu a nulidade da Decisão Recorrida por inobservância do devido processo legal.

Alegou que suprida as falhas da autuação relativas à infração 2, lhe foi concedido somente o prazo de 10 dias para se manifestar, e não a devolução do prazo de 30 dias pertinente à apresentação de defesa. O encurtamento desse prazo se constitui em cerceamento de defesa, e se constitui absurdo o aditamento do Auto de Infração em pleno contraditório, como ocorreu..

Alegou ainda imprecisão na descrição da referida infração, porque aponta a existência de documento(s) fiscal(is) falso(s) ou inidôneo(s), mas não precisa a quantidade de documentos falsos, nem quais são eles, nem a quantidade dos inidôneos, nem quais são eles. Tais considerações, segundo o recorrente, além de violar o princípio do contraditório e da ampla defesa, também viola o princípio da legalidade objetiva.

Daí pediu a nulidade do lançamento com base no art. 5º, II, LIV e LV, e no art. 37, *caput*, da Constituição; no art. 142, parágrafo único, do CTN; no art. 123, *caput*, e art. 129, parágrafo 1º, III e IV, do COTEB; e no art. 18, II e IV, e no art. 39, III e IV, do RPAF/99.

No mérito, para impugnar a infração 1, o recorrente discordou da interpretação contida na Decisão Recorrida sobre o instituto da imunidade. Diz ele que as operações realizadas pelas entidades públicas para particulares são tributadas porque estes são os contribuintes de fato e se assim não fosse, tais entes possuiriam vantagens em detrimento das empresas particulares. Porém, no caso de operações de vendas de particulares para o ente público, não incide o imposto, uma vez que este ente seria o contribuinte de fato, mas eles estão protegidos pela imunidade. Cita jurisprudência do STF. Sintetizou afirmando que o ICMS não pode onerar os bens adquiridos pelas entidades públicas integrantes de seu patrimônio. O mesmo se aplica às vendas para instituições filantrópicas.

Sobre as bonificações, alegou o recorrente que possuem a natureza de verdadeiros descontos incondicionados, já que, ao invés de se conceder um abatimento no valor da venda, o comerciante oferece gratuitamente algumas unidades dos produtos vendidos. Disse que o fato gerador do ICMS nasce com a circulação jurídica da mercadoria, vinculada à circulação econômica, e não somente da circulação física. Além disso, citou o art. 13, parágrafo 1º, II, “a”, da Lei Complementar n.º 87/96, e o art. 17, parágrafo 1º, II, “a”, da Lei n.º 7.014/96, que inclui na base de cálculo do imposto apenas os descontos condicionados e, *contrario sensu*, estão excluídos os descontos incondicionados.

Pedi, também, a exclusão do IPI da base de cálculo do imposto, pois o art. 55, I, “b”, do RICMS/97, assim dispõe. Mas a Decisão Recorrida se equivocou ao aplicar o art. 54, I, “c”, “1”, porque este somente se aplica nos casos de ocorrência de acréscimos e descontos.

Alegou, de outro modo, que nos cálculos realizados pela autuante, foi utilizado valor do ICMS inferior aos destacados (Notas Fiscais nºs. 3731, 4576, 4660 e 5428). Porém, a Decisão Recorrida entendeu que o imposto foi destacado a maior e que não poderia nem mesmo ser compensado com a suposta diferença de alíquota dita devida. Concluiu que houve *bis in idem*, porque reconhece o destaque a maior e nega o abatimento na suposta diferença e alíquota.

No tocante ao mérito da infração 2, alegou que não conhecia o cancelamento da inscrição cadastral do emissor da documentação fiscal, não lhe cabendo exercer função fiscalizatória típica do Estado. Além disso, citou o art. 126, do CTN, o qual dispõe ser a capacidade tributária independente de estar a pessoa jurídica regularmente constituída, bastando a configuração de uma unidade econômica ou profissional. Daí, defendeu que não há amparo legal para a transferência de obrigação tributária de um contribuinte para outro, ressalvado os casos específicos do Título II, Capítulo V, do CTN. Por isso, concluiu que os créditos estão protegidos pelo princípio da não-cumulatividade, independentemente do que se possa afirmar sobre terceiros. Por fim, disse que não foi provado nos autos o cancelamento da inscrição cadastral do emissor das Notas Fiscais mediante juntada de Edital publicado no Diário Oficial. Pedi o provimento do Recurso.

A PROFAZ, em Parecer, opinou pelo Provimento do Recurso apresentado, para que seja decretada a nulidade da Decisão Recorrida no tocante à infração 2, uma vez que sua descrição não foi feita de forma clara, precisa e sucinta, como exige o RPAF/99. Este fato atingiu o princípio da ampla defesa, pois, após a diligência saneadora requerida pelo relator *a quo* e cumprida pela autuante, o prazo deveria ter sido reaberto prazo de 30 dias para defesa.

VOTO

O recorrente foi autuado pelo cometimento de duas infrações: recolhimento a menos de ICMS em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas; e utilização indevida de crédito fiscal referente a documentos fiscais falsos ou inidôneos.

Em sede recursal, suscita a nulidade do Auto de Infração, com base nos seguintes argumentos: que não houve demonstração do fato gerador do imposto, nem do procedimento fiscal utilizado. Especificamente, sobre a infração 2, disse que, suprida as falhas da autuação relativas à indicação dos documentos considerados inidôneos, lhe foi concedido somente o prazo de 10 dias para se manifestar, e não a devolução do prazo de 30, ao qual tinha direito, e que ainda houve falhas descritivas do item porque fala em existência de documento(s) fiscal(is) falso(s) ou inidôneo(s), mas não precisa a quantidade de documentos falsos, nem quais são eles, nem a quantidade de documentos inidôneos, nem quais são eles. Daí conclui pela ocorrência de cerceamento de defesa.

Do exposto, para a análise das preliminares de nulidade, deve-se separá-las de conformidade com as infrações às quais se referem.

Como já descrito, a infração 1 se refere a recolhimento a menos de ICMS em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, cuja prova se deu com a juntada de documentos aos autos. Portanto, percebe-se, não houve imprecisão na descrição da infração nem a falta de documentos para fundamentá-la, e o procedimento fiscal adotado se deu através da contabilização das mercadorias escrituradas. De maneira que não prosperam as alegações de nulidade pertinentes à infração 1. No caso de ocorrências de equívocos na contabilização ou imprestabilidade das provas, devem ser analisados como argumentos de mérito.

Para a infração 2, por sua vez, o recorrente suscitou um argumento relativo à sua nulidade e outro relativo à nulidade da Decisão Recorrida sobre a mesma. Na tentativa de anular a infração, alegou que não foi determinado pela autuante quais eram os documentos considerados falsos e os inidôneos. Porém, sobre este tema entendo convergentemente com a Decisão Recorrida, de que essa falha foi suprida com a diligência realizada pela autuante a partir da qual foram indicados os documentos falsos e inidôneos, não se configurando, por isso, causa suficiente para a decretação da nulidade da autuação, até porque as demais caracterizações, da infração, do infrator e do débito foram apresentadas.

Por outro lado, razão assiste ao recorrente quanto ao argumento de nulidade da Decisão Recorrida na parte referente à infração 2. Após a realização da diligência que sanou as falhas da autuação sem a necessidade de anulação do Auto de Infração, o prazo para a manifestação da defesa deveria ter sido devolvido, porque naquele momento não se tratava apenas de falar sobre novos documentos, mas sim da oportunidade de manifestação plena do direito de defesa. Uma vez que o RPAF/99 estabelece o prazo de 30 dias para a apresentação da defesa, o seu exercício pleno se dá dentro deste prazo. Como ao recorrente foi concedido somente o prazo de 10 dias, houve cerceamento de defesa por parte da Decisão Recorrida quanto à essa infração, motivo pelo qual deve ser anulado o julgamento.

Porém, o vício verificado, causador de cerceamento de defesa, atingiu o exercício de defesa plena. Por isso, a Decisão Recorrida deve ser totalmente anulada e devolvido o prazo de defesa ao recorrente para se manifestar sobre a diligência.

Voto, pois, pelo PROVIMENTO do Recurso apresentado.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2^a Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER** o Recurso Voluntário apresentado para **ANULAR** a Decisão Recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração n.^º 293873.0008/01-6, lavrado contra **TENSILL INDÚSTRIA DE BACTERICIDAS E PRODUTOS DE ASSEPSIA LTDA.**, devendo os autos retornarem à Primeira Instância para novo julgamento, após abertura de novo prazo ao autuado para apresentação de sua defesa.

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

HELCÔNIO DE SOUZA ALMEIDA - PRESIDENTE

JOSÉ CARLOS BARROS RODEIRO - RELATOR

MARIA HELENA CRUZ BULCÃO - REPR. DA PROFAZ