

PROCESSO - A. I. Nº 206955.0011/05-4
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e MILLENNIUM INORGANIC DO BRASIL S/A.
RECORRIDOS - MILLENNIUM INORGANIC DO BRASIL S/A. e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JJF nº 0283-03/06
ORIGEM - IFEP INDÚSTRIA
INTERNET - 06/02/2007

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0002-12/07

EMENTA: ICMS. NULIDADE DE DECISÃO. FALTA DE APRECIÇÃO DE ARGUMENTOS DEFENSIVOS. CERCEAMENTO DE DEFESA. NOVA DECISÃO. É nula, por cerceamento de defesa, a Decisão que deixar de apreciar alegação contida na impugnação apresentada. A referida omissão não pode ser suprida por esta Câmara de Julgamento Fiscal, pois implicaria supressão de instância. A Decisão é nula, nos termos do art. 18, II, do RPAF/99. O processo deve retornar à primeira instância para nova Decisão. Recurso de Ofício **PREJUDICADO**. Recurso Voluntário **PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário apresentado contra a Decisão da 3ª JJF que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração em epígrafe, bem como de Recurso de Ofício interposto em razão de o referido julgamento ter desonerado o contribuinte de parte do débito tributário em valor superior ao previsto no art. 169, I, “a”, “1”, do RPAF/99.

O Auto de Infração lide foi lavrado para cobrar ICMS, no valor de R\$10.254.328,51, em razão de doze ilícitos fiscais. Contudo, apenas as seguintes infrações são objetos dos presentes Recursos:

- 1 Falta de recolhimento do ICMS devido pelas importações tributadas realizadas pelo estabelecimento. O contribuinte importou dióxido de titânio no exercício de 2000 e desembarçou em São Paulo, recolhendo o imposto naquele Estado, alegando o princípio do destino físico. Mas, as mercadorias ingressaram imediatamente no armazém geral, mediante uma nota fiscal de remessa sem destaque do imposto, contrariando a regra prevista no art. 573, I, do RICMS-BA. Valor do débito: R\$5.366.334,95.
- 2 Falta de recolhimento do ICMS nos prazos regulamentares, referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios. O contribuinte realizou operações de saídas de mercadorias com armazém geral localizado fora do Estado da Bahia. As notas fiscais foram emitidas com CFOP 699, sem o destaque do ICMS. Valor do débito: R\$3.782.917,84;
- 4 Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente à aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento. Refere-se a produtos químicos destinados às unidades de tratamento de água de refrigeração, tratamento de lama, conservação dos equipamentos e produtos de limpeza. O contribuinte apresentou denúncia espontânea em 2003, referente à maioria desses produtos, mas não abrangeu a sua totalidade. Valor do débito: R\$383.086,93
- 5 Falta de recolhimento da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias de outras unidades da Federação e destinadas ao consumo do estabelecimento. Refere-se a produtos químicos destinados às unidades de tratamento de água de refrigeração, tratamento de lama, conservação dos equipamentos e produtos de limpeza. O contribuinte apresentou denúncia espontânea em 2003, mas não cobria a totalidade dos produtos. No

exercício de 2000 os valores não contemplados na denúncia são somados aos valores recolhidos a menos. Valor do débito: R\$371.393,68.

- 6 Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a serviço de transporte interestadual ou intermunicipal não vinculado a operação com mercadorias com saídas subsequentes tributáveis. Serviços de transporte de materiais de uso ou consumo utilizados nas unidades de tratamento de água, lamas, efluentes, anti-incrustantes, anti-corrosivos e materiais de limpeza. Valor do débito: R\$14.731,19.
- 7 Deixou de recolher o ICMS referente à diferença de alíquota na utilização de Serviço de Transporte cuja prestação teve início em outra unidade da Federação, não sendo vinculada a operação de prestação subsequente alcançada pela incidência do imposto. Serviço de transporte interestadual de materiais de consumo utilizados nas unidades de tratamento de água, lama, efluentes, anti-corrosivos, biocidas, etc. Valor do débito: R\$20.828,58.
- 8 Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, na condição de remetente, relativo a frete de mercadorias saídas por transferência a preço FOB cuja prestação do serviço de transporte foi efetuada por transportadora. Valor do débito: R\$9.895,24.
- 9 Deixou de recolher o ICMS retido, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às prestações sucessivas de serviços de transporte interestaduais e intermunicipais. Consta, ainda, que o contribuinte, como tomador de serviços de transportes sucessivos em operações de fretes interno e interestaduais, e contratação de transporte de pessoal, apurou a menor o valor a recolher do ICMS referente a essas operações. Valor do débito: R\$206.982,26.
- 11 Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a serviço de transporte interestadual ou intermunicipal não vinculado a operação com mercadorias com saídas subsequentes tributadas. Serviços de transporte iniciados em São Paulo para o armazém geral em Santo André. Valor do débito: R\$50.356,51.

O autuado apresentou defesa e preliminarmente argüiu a decadência do crédito tributário quanto aos fatos geradores ocorridos no exercício de 2000.

Quanto à infração 1, alegou que, seguindo o princípio da destinação física, recolheu o imposto estadual incidente sobre as importações em favor do Estado de São Paulo e, portanto, a exigência fiscal não pode subsistir.

Em relação à infração 2, disse que, em se tratando de mercadoria importada do exterior e destinada a estabelecimento diverso do importador, a saída simbólica para o armazém geral não pode ser tributada, sob pena de violar o princípio da não-cumulatividade.

Relativamente às infrações 4 e 5, argumentou que o ICMS incidente sobre os bens de consumo aplicados na produção de mercadorias indispensável à produção industrial gera direito ao crédito fiscal correspondente. Sustentou que o Convênio 66/88 não prevê que os bens devam ser consumidos imediata e integralmente, para que seja reconhecido o direito ao crédito fiscal. Descreveu cada etapa do seu processo fabril, bem como a aplicação de cada um dos produtos arrolados na autuação. Aduziu que em 1997 foi autuado pela utilização de crédito fiscal decorrente da aquisição de alguns produtos que constituem objeto do presente lançamento.

No que tange às infrações 6 e 7, alegou que está sendo cobrado valores já denunciados e recolhidos. Também disse que foi glosado crédito fiscal referente a aquisições de pó de alumínio, insumo empregado no seu processo produtivo.

Relativamente à infração 8, argumentou que as despesas de transporte das mercadorias transferidas foram realizadas pelo estabelecimento remetente.

Quanto à infração 9, diz que as autuantes cometeram diversos equívocos quando da elaboração do Anexo VI do Auto de Infração.

Relativamente à infração 11, afirmou que, sendo o tomador dos serviços, tem direito ao crédito fiscal de ICMS referente às prestações de serviço de transporte iniciadas em outro Estado.

Na Decisão recorrida, o ilustre relator afastou a alegação de decadência e, em seguida, ressaltou que as infrações 3, 10, 12 e 13 não foram impugnadas e, portanto, não existe controvérsia sobre o acerto das mesmas.

A infração 1 foi julgada improcedente, sob o argumento de que o imposto em questão era devido ao Estado onde ocorreu a entrada física da mercadoria importada do exterior.

A infração 2 foi julgada insubsistente, uma vez que a tributação da saída simbólica para o armazém geral viola o princípio da não-cumulatividade.

As infrações 4 e 5 foram julgadas procedentes em parte. Após descrever as infrações, o ilustre relator assim fundamentou o seu voto:

Considerando a alegação do autuado de que, analisando o demonstrativo referente às infrações 04 e 05 do presente Auto de Infração, constatou que estão sendo exigidos valores pagos na autuação fiscal anterior, o PAF foi convertido em diligência, por esta JJF, para as autuantes fazerem o confronto entre os demonstrativos apresentados pelo defendente e as notas fiscais originais com o levantamento fiscal, fazendo as exclusões dos valores efetivamente recolhidos através de Denúncia Espontânea.

Em atendimento ao solicitado, as autuantes informam que foi realizada a exclusão dos demonstrativos originais, das seguintes notas fiscais: Exercício de 2000 – NFs 2851 e 9915 (cal hidratada); Exercício de 2002 – NFs 63673, 44991, 47242, 48583, 50966, 52176 (hipoclorito de sódio). Por isso, foram acostados aos autos novos demonstrativos elaborados pelas autuantes (fls. 3537 a 3539)

Em sua manifestação após a revisão efetuada pelas autuantes, o defendente alega que ao cotejar o valor remanescente da autuação, foi surpreendido com a seguinte constatação: “na maioria das competências o valor remanescente da exigência, depois de abatidos os valores pagos e excluídos os produtos, cujo crédito é assegurado pela legislação, é maior do que o valor originalmente lançado”. Diz que, na diligência, as autuantes incluíram notas fiscais que não tinham sido objeto do lançamento original. Além disso, abateram do valor devido mensalmente, todo o valor pago na denúncia, quando deveriam utilizar os valores parciais.

Em nova revisão, as autuantes elaboraram novos demonstrativos (fls. 3723 a 3733), que também foram contestados pelo defendente, sob a alegação de que houve a manutenção de notas fiscais cujo imposto creditado e a diferença de alíquota já haviam sido objeto de denúncia espontânea, e que foram indicadas as notas fiscais que deveriam ser excluídas, desde a defesa inicial, ou seja, após os ajustes, e nesta última diligência fiscal, as autuantes apenas excluíram as notas fiscais que não constavam no levantamento original, mantendo as demais notas fiscais cujo imposto destacado e correspondente diferença de alíquota foram pagos por meio de denúncia espontânea.

Confrontando o último demonstrativo das autuantes (fls. 3723 a 3733) com as planilhas apresentadas pelo contribuinte (fls. 2851 a 2854), referentes a diversos valores pagos através de Denúncia Espontânea, constato que os mencionados valores não foram excluídos do levantamento fiscal, quando da revisão efetuada pelas autuantes. Como não houve qualquer contestação na informação fiscal quanto a esses dados apresentados pelo defendente, concluo pela sua exclusão, ficando alterado o imposto exigido, conforme demonstrativo abaixo, elaborado com base no último levantamento efetuado pelas autuantes. Infração subsistente em parte.

[segue o demonstrativo]

As infrações 6 e 7 julgadas improcedentes, seguindo o entendimento externado pelas autuantes em diligência solicitada pela primeira instância.

A infração 8 foi julgada procedente, sob o argumento de que não ficou comprovado pelo contribuinte que o valor do frete integrou a base de cálculo das transferências.

A infração 9 foi julgada parcialmente subsistente, sendo acatando o demonstrativo das autuantes à fl. 3543, após a revisão efetuada.

A infração 11 foi julgada procedente em parte, conforme as planilhas elaboradas pelas autuantes às fls. 3544 a 3553.

Considerando que o valor da desoneração do autuado ultrapassava o limite fixado no art. 169, I, “a”, “1”, do RPAF/99, a 3ª JJF recorreu de ofício de sua Decisão.

Inconformado com a Decisão proferida pela 3ª JJF, o autuado apresentou Recurso Voluntário e, inicialmente, diz que recolheu parte dos valores exigidos nas infrações 4 e 5, bem como o total exigido nas infrações 9 e 11, usufruindo os benefícios previstos na Lei nº 10.328/06. Quanto às infrações 4, 5 e 8, diz que a autuação não pode prosperar, conforme relatado a seguir.

Antes de adentrar no mérito, diz que não lhe pode ser exigido pagamento de imposto relativamente aos fatos geradores ocorridos entre janeiro e dezembro de 2000, pois já estavam atingidos pela decadência, ao teor do disposto no art. 150, § 4º, do CTN, aplicável aos tributos lançados por homologação. Aduz que o disposto no art. 965 do RICMS-BA não pode ser aplicado ao caso, uma vez que a norma disciplinadora do prazo decadencial atinente ao ICMS deve guardar pertinência com o preconizado no art. 150, § 4º, do CTN.

Quanto às infrações 4 e 5, afirma que a 3ª JJF deixou de excluir da autuação o valor de R\$ 809,20, referente à Nota Fiscal nº 51949 que já havia sido incluída na denúncia espontânea. Diz que o seu processo fabril é complexo e, em seguida, descreve etapas da fabricação do dióxido de titânio (clarificação, filtração e calcinação). Sustenta que sem o “floculante”, sem o “pó de alumínio” e sem o “cloreto de potássio” a clarificação, a filtração e a calcinação não são concebidas. Descreve a utilidade de cada um dos produtos e assegura que os mesmos são indispensáveis à industrialização. Frisa que esses três produtos não são utilizados no tratamento de água, como afirmaram as autuantes. Para comprovar suas alegações, junta ao processo fotografias tiradas em sua planta industrial (fls. 3854 a 3868). Informa que está providenciando o recolhimento do valor correspondente aos demais produtos, os quais estão indicados no demonstrativo elaborado às fls. 3851 e 3852 (doc. 1).

Relativamente à infração 8, destaca que as autuantes se equivocaram ao entender que o recorrente teria realizado operações a “preço FOB”, pois, sendo essas operações meras transferências entre estabelecimentos da mesma empresa, não se pode falar em preço. Assegura que as despesas de transporte das mercadorias transferidas foram suportadas pelo estabelecimento remetente, conforme evidenciam os conhecimentos de transporte anexados à aludida impugnação (doc. 10), razão pela qual diz que não se justifica a glosa dos créditos fiscais. Salienta que o fato de o frete não ser incluído na base de cálculo do ICMS incidente sobre as operações de transferência não impede que o recorrente, na qualidade de tomador do serviço, se credite do imposto à transportadora e cujo ônus suportou. Diz que esse direito está previsto no art. 93, III, “b”, do RICMS-BA, cujo teor transcreveu.

Ao finalizar, o recorrente solicita o provimento do Recurso Voluntário, para que seja declarada a improcedência total da infração 8 e a improcedência parcial das infrações 4 e 5, com o reconhecimento do direito de o recorrente creditar-se do ICMS pago nas aquisições de “floculantes aniônico e catiônico”, de “pó de alumínio” e de “cloreto de potássio”.

Ao exarar o Parecer de fls. 3885 e 3886, a ilustre representante da PGE/PROFIS afirma que a Decisão recorrida padece de vício insanável, pois, desde a defesa, o recorrente sustenta que os produtos objetos das infrações 4 e 5 são em verdade produtos intermediários, descrevendo a participação de cada um dos produtos no seu processo produtivo. Também alega o recorrente que alguns valores cobrados nessa autuação já foram objetos de denúncia espontânea.

Explica a ilustre procuradora que a 3ª JJF determinou a realização de diligência para que se apurassem os valores pagos mediante denúncia espontânea e, com base no resultado dessa diligência, decidiu a lide. Dessa forma, segundo a procuradora, a primeira instância cingiu-se à questão da denúncia espontânea e não apreciou as demais alegações relativas às infrações 4 e 5.

Ao finalizar o seu Parecer, a ilustre procuradora opina pela nulidade da Decisão recorrida.

VOTO

Início o presente voto apreciando o Recurso Voluntário, o qual trata das infrações 4, 5 e 8.

Da análise das peças processuais, constata-se que efetivamente a Decisão recorrida deixou de apreciar todas as alegações defensivas referentes às infrações 4 e 5. Desde a defesa inicial, o recorrente vem descrevendo o seu processo produtivo, alegando que os produtos em questão são indispensáveis às suas atividades industriais, sustentando que tem direito aos créditos fiscais glosados, fazendo referência ao Convênio ICMS 66/88, dentre outros argumentos utilizados para elidir as referidas infrações.

Na Decisão recorrida, a 3ª JJF apenas aborda a questão dos valores já denunciados espontaneamente e que foram indevidamente incluídos na autuação. Dessa forma, entendo que está clara omissão contida na Decisão recorrida, ao deixar de apreciar todos os argumentos defensivos. Essa omissão cerceia o direito de defesa do contribuinte e, além disso, não é possível ser suprida por esta Câmara de Julgamento Fiscal, sob pena de supressão de instância.

Em face do acima exposto, a Decisão recorrida é nula, por cerceamento de defesa, nos termos do disposto no art. 18, inc. II, do RPAF/99.

Acolho o opinativo da d.ª PGE/PROFIS e julgo NULA a Decisão recorrida, devendo o processo retornar à primeira instância para nova Decisão.

Quanto ao Recurso de Ofício, o mesmo fica PREJUDICADO em razão da nulidade da Decisão recorrida.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, considerar **PREJUDICADO** o Recurso de Ofício interposto e **PROVER** o Recurso Voluntário apresentado para declarar **NULA** a Decisão recorrida referente ao Auto de Infração nº **206955.0011/05-4**, lavrado contra **MILLENNIUM INORGANIC DO BRASIL S/A.**, devendo o processo retornar à Primeira Instância para nova Decisão.

Sala das Sessões do CONSEF, 22 de janeiro de 2007.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR - REP. PGE/PROFIS