

PROCESSO - A. I. Nº 206854.0005/05-3
RECORRENTE - DOW BRASIL S/A (DOW BRASIL NORDESTE LTDA.)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4ª JJF nº 0081-04/06
ORIGEM - IFEP INDÚSTRIA
INTERNET - 12/03/2007

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0050-12/07

EMENTA: ICMS. NULIDADE. DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA. 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. Nulidade suscitada de ofício, nos termos do art. 18, II, do RPAF/99. O processo deve retornar à primeira instância para nova decisão. Recurso **PREJUDICADO**. Vencido o relator quanto à fundamentação. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário apresentado contra a decisão da 4ª Junta de Julgamento Fiscal (4ª JJF) que julgou procedente o Auto de Infração em epígrafe, o qual foi lavrado para exigir ICMS, no valor total de R\$ 194.802,05, sendo objetos desse Recurso as seguintes irregularidades:

1. [infração 1] Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, no valor de R\$ 11.741,72, em decorrência de destaque de imposto a maior no documento fiscal. O autuado remete mercadoria para empresa localizada no Estado de São Paulo a título de empréstimo e, posteriormente, essa empresa devolve ao autuado outra mercadoria, embora da mesma espécie, também tributada a 12% quando o correto seria 7%.
2. [infração 5] Deixou de efetuar estorno de crédito fiscal de ICMS, no valor de R\$ 89.252,31, referente a mercadorias entradas no estabelecimento e que posteriormente foram objeto de quebra anormal no processo produtivo.
3. [infração 6] Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, no valor de R\$ 64.250,07, referente a imposto não destacado no documento fiscal.

Na Decisão recorrida, a exigência fiscal referente à infração 1 foi mantida, sob o argumento de que o contrato ou o negócio jurídico sob o qual foi realizada a operação de circulação de mercadorias são irrelevantes para caracterizar a ocorrência do fato gerador do ICMS e, nos termos do artigo 93, § 6º, II, do RICMS/BA, a alíquota a ser aplicada à operação é de 7%.

A infração 5 foi julgada procedente, pois entendeu a Primeira Instância que as paradas da planta industrial ocorridas nos meses de abril de 2003 e abril de 2004 não foram rotineiras e, portanto, os créditos fiscais deveriam ter sido estornados, já que nesses meses houve quebra anormal de matérias-primas e de insumos.

No que tange à infração 6, a exigência fiscal foi mantida, sob o argumento de que o contribuinte não fez o lançamento a débito no livro Registro de Apuração de ICMS para convalidar o correspondente crédito efetuado no livro de Apuração Especial.

Inconformado com a Decisão proferida pela 4ª JJF, o contribuinte apresenta Recurso Voluntário, afirmando que o Acórdão JJF Nº 0081-04/06 deve ser reformado, conforme relatado a seguir.

Quanto à infração 1, o recorrente afirma que o seu procedimento está em conformidade com o Regulamento do ICMS, principalmente com o disposto no art. 651, cujo teor transcreveu. Sustenta que é irrelevante se o produto em questão era fungível ou não, já que o citado dispositivo

regulamentar tem a intenção de permitir a anulação dos efeitos da operação anterior, devolvendo ao contribuinte o imposto pago na remessa. Ressalta que a autuação não pode prevalecer porque tem a seu favor expressa determinação da norma tributária, contra a qual não pode o aplicador da lei agir de forma diferente. Aduz que o equívoco da decisão recorrida está em equiparar a devolução a uma operação de compra e venda. Tece considerações acerca do comodato e do mútuo e, em seguida, diz que deve ser reconhecida a fidelidade do empréstimo realizado, visto que foi devolvida mercadoria do mesmo gênero, qualidade e quantidade. Para corroborar sua tese, cita decisão do Tribunal de Impostos e Taxas de São Paulo (TIT).

No que tange à infração 5, o recorrente explica que a parada da fábrica ocorreu em março e abril de 2004, e não nos exercícios de 2003 e 2005. Diz que o fisco utilizou uma presunção para comprovar as alegadas perdas. Menciona que o critério eleito para determinar a parada anormal foi somente a quantidade de dias, sem examinar ou comprovar a perda de matérias-primas em volume ou quantidade anormal. Menciona que o critério correto consista na comparação entre o volume da perda e o volume total movimentado, cabendo ao fisco comprovar as quantidades efetivamente perdidas. Cita decisão do TIT para embasar suas alegações.

Relativamente à infração 6, o recorrente explica que o valor em questão decorre de crédito fiscal acumulado de exportações. Frisa que o Estado da Bahia exige que o saldo credor de ICMS oriundo de exportação seja segregado do restante do saldo credor, mediante a escrituração de dois livros de apuração do ICMS. Diz que, apesar de ter lançado o crédito no Livro Especial de Crédito Acumulado de Exportação e não ter estornado o referido valor no Livro Registro de Apuração de ICMS, não houve qualquer prejuízo para o Estado, uma vez que tinha saldo credor na época e até a presente data.

Ao finalizar, o recorrente protesta por mais prazo para a juntada de provas e, em seguida, solicita que as infrações em tela sejam julgadas improcedentes.

Ao exarar o parecer de fls. 189 a 192, a ilustre representante da PGE/PROFIS afirma, em relação à infração 1, que as transações realizadas entre o recorrente e a empresa paulista não se tratam de simples devolução, já que a mercadoria originalmente remetida foi consumida pela empresa destinatária localizada no estado de São Paulo. Ressalta que há parecer da DITRI sobre a matéria e que o entendimento do CONSEF sobre a questão já está pacificado.

Em relação à infração 5, afirma que as paradas ocorridas em abril dos anos de 2003 e 2004 foram anormais e se enquadram no disposto no inciso V do art. 100 do RICMS-BA. Diz que, portanto, o contribuinte deveria ter estornado o crédito fiscal referente às matérias-primas e utilidades adquiridas e que sofreram quebras anormais.

No que tange à infração 6, diz que não pode prosperar a alegação recursal de que não houve prejuízo ao Estado, pois a infração está caracterizada.

Ao finalizar, a ilustre procuradora opina pelo não provimento do Recurso Voluntário.

Na sessão de julgamento, decidiu a 2ª CJF converter o processo em diligência à ASTEC, para o atendimento das seguintes solicitações:

- a) confirmar as datas das “paradas” a que se refere a infração 5;
- b) informada qual a razão das “paradas” arroladas na citada infração, trazendo ao processo cópia de documento que comprovem essas “paradas”;
- c) informar se, desde o mês de ocorrência da infração 6 até a data da realização da diligência, o recorrente possuía saldo credor superior ao que está sendo exigido na sexta infração, anexando ao processo cópia do livro Registro de Apuração de ICMS.

Conforme o Parecer ASTEC Nº 0157/2006 (fls. 198 a 201), a diligência foi atendida, tendo o diligenciador informado que:

Quanto à infração 5: Disse que as “paradas” ocorreram em 30/04/03 e 30/04/04, contudo essa última não foi objeto de autuação. Explicou que, à fl. 3, os autuantes fizeram constar como datas de ocorrência 30/04/03 e 30/04/05, porém, na descrição da infração, constam 30/04/03 e 30/04/04.

Informou que as “paradas” foram decorrentes de manutenções preventivas. Aduziu que, na planilha de produção apresentada pelo autuado, foram identificadas algumas distorções. Ressaltou que, apesar das “paradas”, houve ainda uma produção residual.

Quanto à infração 6: Afirmou que, conforme verificação no livro Registro de Apuração de ICMS, o recorrente apresentou saldo credor desde o mês de ocorrência até a presente data (31/07/06).

Notificados acerca da diligência, os autuantes e o recorrente não se pronunciaram (fls. 498 e 499).

Encaminhado o processo à PGE/PROFIS, foi emitido parecer, onde a ilustre procuradora diz que os esclarecimentos aduzidos na diligência efetuada pela ASTEC se prestam a elidir a infração 6, já que restou comprovada a existência de saldo credor na conta corrente. Ao final, opina pelo Provimento Parcial do Recurso Voluntário, para que seja considerada improcedente a infração 6, reiterando os termos do parecer anterior em relação aos demais itens do Recurso.

Na sessão de julgamento, após ter tido vistas do processo, o Conselheiro Tolstoi Seara Nolasco de ofício suscitou as seguintes preliminares de nulidade da Decisão recorrida, relativamente à infração 5:

- a) sustenta que a 4ª JF não rebateu as alegações defensivas referentes ao critério utilizado na apuração do imposto;
- b) diz que a Primeira Instância não abordou a questão referente à data da parada ocorrida em 2004 e que foi equivocadamente considerada como se tivesse ocorrido em 2005.

VOTO (Vencido quanto à Fundamentação)

O presente Recurso Voluntário cinge-se às infrações 1, 5 e 6, as quais foram, por unanimidade, julgadas procedentes em Primeira Instância.

Inicialmente, passo a apreciar as duas preliminares de nulidade da decisão recorrida, as quais são referentes à infração 5 e foram suscitadas de ofício na sessão de julgamento.

Afasto a primeira preliminar suscitada – falta de apreciação das alegações defensivas referentes ao critério utilizado na apuração do imposto –, pois entendo que a decisão proferida pela 4ª JF está fundamentada, conforme consta no relatório que integra o presente Acórdão, tendo sido o critério adotado pelos autuantes acolhido pela Primeira Instância. Pode-se até alegar que a fundamentação foi breve ou mesmo equivocada, porém ela existe e, portanto, não há como se nulificar a decisão recorrida por esse motivo.

Quanto à segunda preliminar argüida – falta de apreciação da alegação defensiva referente à data da parada ocorrida em 2004 e que foi considerada como se tivesse ocorrido em 2005 –, efetivamente tal matéria não foi abordada na decisão exarada pela 4ª JF e o erro existente no lançamento não foi saneado pela Primeira Instância. Essa falha processual cerceia o direito de defesa do recorrente e não permite que se saiba com segurança qual a data da ocorrência do fato gerador. Essa falha processual não pode 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 a preliminar suscitada de ofício e julgo NULA a Decisão recorrida, devendo o processo retornar à primeira instância para nova decisão, ficando prejudicada a apreciação do mérito do Recurso Voluntário apresentado.

VOTO VENCEDOR (Quanto à Fundamentação)

Concordamos com o Sr. relator, quanto à deliberação pela nulidade do julgamento de 1ª Instância, pois, efetivamente, a 4ª Junta deixou de enfrentar todas as questões suscitadas pelo contribuinte na impugnação tempestivamente apresentada.

Todavia, o ponto de discordância, centra-se exclusivamente nos motivos que ensejaram a anulação da decisão de 1º grau. Vislumbramos neste caso duas razões determinantes do retorno do processo à instância originária.

O primeiro motivo, foi objeto de abordagem pelo eminente relator, Conselheiro Álvaro Vieira. Refere-se à questão pertinente à data da ocorrência dos fatos geradores vinculados à infração nº 5. A acusação fiscal tem estreita relação com as “paradas técnicas” verificadas na planta industrial do autuado. O contribuinte argumentou, na peça defensiva, a inocorrência de infração em 2005, pois no referido exercício não se verificou qualquer “parada técnica”. Os fatos teriam ocorrido tão-somente nos anos de 2003 e 2004. A partir da leitura das peças que integram o processo, verifica-se de plano, contrapondo o Auto de Infração e os demonstrativos que o fundamentam - em especial o documento anexado à fl. 75 -, a existência de discrepâncias temporais. Todavia, as mesmas não foram abordadas pelo julgador “*a quo*”.

O segundo motivo determinante da anulação do Acórdão recorrido se encontra também relacionado à infração nº 5. Diz respeito aos critérios utilizados pela fiscalização na apuração do imposto autuado. O contribuinte contestou o procedimento fiscal, afirmando que o mesmo se revestiu de presunção não prevista em lei. Discorreu acerca dos critérios corretos de quantificação das chamadas “perdas anormais” e contestou os resultados apresentados pela fiscalização.

A Junta de Julgamento Fiscal, ao enfrentar a questão, transcreveu no voto a legislação aplicável à espécie (art. 100, inc. V, do RICMS/97). Declarou, ainda, a existência de provas que indicariam a ocorrência de “perdas anormais” de matérias-primas, pois as paradas técnicas tiveram duração de mais de 30 (trinta) dias. O enfoque da Junta foi totalmente direcionado para o aspecto temporal do fato. Todavia, os argumentos defensivos quanto ao aspecto material, ou seja, a inadequação do método de apuração da infração, não foram apreciados. Não há qualquer menção no Acórdão recorrido que aborde as alegações defensivas quanto à presunção ou que atestem a legalidade da metodologia adotada pela fiscalização. As omissões apontadas, portanto, se referem a aspectos diretamente ligados à quantificação da exigência fiscal. As falhas apontadas implicam, igualmente, na invalidação do ato decisório da Junta de Julgamento Fiscal.

Com base nas considerações acima, suscito, de ofício, a nulidade da Decisão recorrida, em concordância com o Sr. relator, divergindo tão-somente quanto aos fundamentos. O processo deverá retornar à 1ª Instância para novo julgamento. Em decorrência, fica PREJUDICADO o exame do Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, considerar **PRJUDICADO** o Recurso Voluntário apresentado e, de ofício, declarar **NULA** a Decisão recorrida referente ao Auto de Infração nº **206854.0005/05-3**, lavrado contra **DOW BRASIL S/A. (DOW BRASIL NORDESTE LTDA.)**, devendo os autos retornar à 1ª Instância para novo julgamento.

VOTO VENCEDOR (Quanto à Fundamentação): Conselheiros Tolstoi Seara Nolasco, Bento Luiz Freire Villa-Nova, Fauze Midlej e Nelson Antonio Daiha Filho.

VOTO (Vencido quanto à Fundamentação): Conselheiros Álvaro Barreto Vieira e Helcônio de Souza Almeida.

Sala das Sessões do CONSEF, 07 de fevereiro de 2007.

TOSLTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE/VOTO VENCEDOR (Quanto à Fundamentação)

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – RELATOR/VOTO (Vencido quanto à Fundamentação)

MARIA HELENA CRUZ BULCÃO - REPR. DA PGE/PROFIS