

PROCESSO - A. I. Nº 207140.0004/09-7
RECORRENTE - AIR LIQUIDE BRASIL LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JJF nº 214-02/10
ORIGEM - IFEP INDÚSTRIA
INTERNET - 19/07/2011

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0201-11/11

EMENTA: ICMS. NULIDADE. DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA. FALTA DE APRECIÇÃO DO PEDIDO DE PERÍCIA. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. NOVA DECISÃO. A falta de apreciação pelo órgão julgador do pedido de perícia implica cerceamento ao direito de defesa. Devolvam-se os autos à Junta de Julgamento Fiscal para apreciação do pleito. Declarada a nulidade da Decisão recorrida. Acatada a preliminar de nulidade. Recurso **PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo sujeito passivo contra a Decisão da 1ª JJF, proferida através do Acórdão nº. 0214-02/10, que julgou o Auto de Infração Procedente em Parte, o qual fora lavrado para exigir o ICMS de R\$ 1.510.304,58, referente a 5 infrações, inconformismo dirigido às infrações 1, 2 e 3 a seguir transcritas:

INFRAÇÃO 1 – Deixou de recolher o ICMS, no valor de R\$347.669,91, em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas. Consta da acusação que o contribuinte realizou operações de saídas de mercadorias destinadas a órgão da administração Pública Estadual Direta (hospital), como não tributadas, com base no art. 32-B, RICMS-BA, sem repassar o desconto do valor do imposto aos adquirentes. No entanto, aquele dispositivo regulamentar, impunha como condição para a isenção que o valor da oferta do produto apresente o desconto no preço equivalente ao imposto dispensado e o valor líquido para pagamento, a ser indicado na nota fiscal, correspondente ao de oferta sem imposto. Como a condição não foi atendida, as operações passaram a ser tributadas;

INFRAÇÃO 2 – Deixou de recolher o ICMS, no valor de R\$375.823,59, em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas. Consta da acusação que o contribuinte realizou operações de saídas de mercadorias destinadas a órgão da administração Pública Estadual Direta (hospital), como não tributadas, com base no art. 32-B, RICMS-BA, sem repassar o desconto do valor do imposto aos adquirentes. No entanto, o aludido dispositivo foi revogado pela Alteração nº 80, Decreto nº 10.072, de 15/08/06, DOE de 16/08/06, efeitos a partir de 16/08/06. Assim, como a isenção foi revogada, as operações passaram a ser tributadas.

INFRAÇÃO 3 – Recolheu a menos ICMS, no valor de R\$ 739.888,22, em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. Consta da acusação que o contribuinte aplicou a alíquota de 7% quando das operações de saídas de mercadorias destinadas a empresas cadastradas no SimBahia, porém sem atender à condição de repassar ao adquirentes, sob a forma de desconto, o valor aproximado correspondente ao benefício resultante da adoção da alíquota de 7% em vez de 17%, o qual deveria constar expressamente no respectivo documento fiscal, conforme previsto no § 1º do Art. 51, do RICMS/BA. Desta forma, a alíquota correta a ser aplicada em cada operação é 17%.

A Junta de Julgamento Fiscal afastou a preliminar de nulidade suscitada pelo sujeito passivo de que a fiscalização não atendeu aos requisitos formais exigidos pela fiscalização, ao não lavrar o

Termo de Fiscalização, conforme previsto no artigo 939 do Decreto nº 6.284/97, tendo em vista que o Auto de Infração foi lavrado mediante sistema informatizado, sendo que o referido Termo está contido no próprio Auto de Infração. Quanto ao artigo 939 citado pelo contribuinte, esclareceu que o mesmo somente se aplica para efeito de arbitramento da base de cálculo do ICMS, o que não ocorreu na presente autuação.

Ressaltou também que as infrações estavam bem caracterizadas, pois estavam indicadas nos campos específicos, com os respectivos enquadramentos legais e multas aplicadas, assim como os cálculos e números dos documentos fiscais constavam nos demonstrativos do Auto de Infração, que foram entregues ao contribuinte, possibilitando o exercício da ampla defesa e do contraditório.

No mérito, em relação à infração 1, a JJF excluiu os valores referentes às Notas Fiscais nºs 0043231, 0043227, 0043210, 0043174, 0043169 e 0043164 (fls. 275 a 280), por entender que ficou comprovado o repasse do desconto, ao adquirente das mercadorias (órgãos da administração Pública Estadual Direta -hospital) equivalente ao imposto dispensado, conforme previsto no art. 32-B do RICMS-BA.

A Infração 2 foi mantida integralmente, pois entendeu a Junta de Julgamento Fiscal que o dispositivo regulamentar, art. 32-B do RICMS-BA, que concedia a isenção nas operações de saídas de saídas de mercadorias destinadas a órgão da administração Pública Estadual Direta (hospital) foi revogado pela Alteração nº 80, Decreto nº 10.072, de 15/08/06, publicado no DOE de 16/08/06, com efeitos a partir de 16/08/06.

Quanto à infração 3, foi julgada totalmente procedente, sob o fundamento de que não houve a comprovação de que o estabelecimento vendedor, o autuado, tenha repassado para o adquirente, contribuinte inscrito no SimBahia, sob a forma de desconto, o valor correspondente ao benefício resultante da adoção da redução de alíquota, não sendo possível a aplicação da alíquota de 7%.

Irresignado com a Decisão, o sujeito passivo apresenta Recurso Voluntário, às fls. 342 a 359 dos autos, diante das seguintes argumentações:

1. Nulidade do Acórdão, pois houve limitação desmotivada no que tange à produção de provas, por ela requerida, tendo em vista que, conforme verificado no acórdão, a Junta de Julgamento não apreciou o seu pedido de “realização de perícia fiscal” para verificar a ausência de irregularidade na sua escrita contábil, no que se refere ao efetivo repasse dos benefícios fiscais praticado em operações com entes da Administração Pública Direta e pessoas jurídicas optantes pelo SIMPLES, cerceando o seu direito de defesa. Assim, requer o recorrente a declaração de nulidade da Decisão com a feitura da perícia requisitada.
2. Nulidade do Auto de Infração, tendo em vista que o autuante não apontou com precisão os dispositivos aplicáveis, pois, por diversas vezes, foram indicados apenas os artigos, sem a menção das alíneas e parágrafos infringidos, inviabilizando a sua defesa, em flagrante afronta à garantia constitucional à ampla defesa e ao contraditório em processos administrativos.
3. No mérito, alega inexistir a infração 1, uma vez que houve o efetivo repasse correspondente à isenção do ICMS nas saídas destinadas a órgãos da Administração Pública. Este fato foi comprovado, parcialmente, no Julgamento de primeira Instância, pois na defesa foram apresentadas algumas notas, pelo critério de amostragem, em razão da grande quantidade de documentos. Nesta oportunidade, anexou todas as notas fiscais objeto da autuação para que fossem efetuadas as devidas análises.
4. Aduz, em relação à infração 2 que, embora o artigo 32-B do RICMS tenha sido revogado pelo Decreto nº 10.072, o Convênio ICMS 26/03(Nacional) permaneceu, e ainda permanece em vigor. Diz que se o estado da Bahia não tinha mais interesse em seguir o procedimento previsto no mencionado Convênio, deveria denunciá-lo. Como não o fez, entende que a isenção permanece. Esclareceu ainda que houve erro gerado pelo seu sistema de informática, na

impressão das notas fiscais, pois embora conste, no campo de desconto, a informação “R\$0,00”, o desconto foi realmente concedido.

5. Quanto à infração 3, afirma que, diferentemente do entendido pelo fiscal autuante, o desconto de 10% referente à redução de alíquota de 17% para 7% foi concedido ao adquirente, optante pelo simples. Este fato, inclusive, encontra-se registrado nas notas fiscais, fato desconsiderado pelos julgadores da primeira Instância. Requer a improcedência da infração.
6. Quanto à multa aplicada de 60% nas infrações 1, 2 e 3, solicita a sua redução, por entender que se trata de valor extremamente elevado, tendo em vista que cumpriu as suas obrigações principais e acessórias.
7. Concluiu requerendo a nulidade do acórdão, em razão da não realização da perícia fiscal e pelo não atendimento dos requisitos formais mínimos exigidos para a lavratura do Auto de Infração, ou a improcedência das infrações 1, 2 e 3 e sucessivamente a exclusão das multas aplicadas.

Em seu Parecer, às fls. 8.825 a 8826 dos autos, de lavra da Dr^a. Maria Dulce Baleeiro Costa, a PGE/PROFIS aduz que não vislumbra as nulidades suscitadas, tendo em vista que a perícia foi negada pela primeira instância de forma fundamentada e as infrações foram devidamente tipificadas.

No mérito, em relação à infração 1, esclarece a Sra. procuradora que a concessão do desconto aos adquirentes foram parcialmente comprovados com as notas fiscais trazidas pela defesa, entretanto, apesar de a empresa afirmar ter apresentado as demais notas, estas não constam nos autos, portanto, concorda com a Decisão da JJF.

Quanto à infração 2, entende que a revogação do benefício fiscal pelo Estado da Bahia impede a sua fruição pelos seus contribuintes. Ressalta, ainda, que a empresa não comprovou o repasse dos descontos, o que poderia, se fosse o caso, levar ao entendimento de apropriação indevida pelo Estado, conforme Decisão do CONSEF através do Auto de Infração nº 1088830050069, em situação similar.

Em relação à infração 3, diz que a primeira instância constatou que as notas fiscais anexadas aos autos não indicam o repasse do desconto e, como não houve a apresentação de novos elementos, em sede de Recurso, entende que a infração deve ser mantida.

No que diz respeito às multas aplicadas, esclarece que são as previstas em lei para as infrações cometidas e não devem ser reduzidas ao apelo da equidade.

Ao final, concluiu pelo Não Provimento do Recurso Voluntário.

Na assentada de julgamento, a nobre representante da PGE/PROFIS divergiu do opinativo constante dos autos e manifestou-se pelo acolhimento da preliminar de nulidade da Decisão de primeiro grau, suscitada no Recurso Voluntário, por ter olvidado quanto à apreciação do pedido de perícia fiscal formulado em sede de defesa.

VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte no sentido de modificar a Decisão de 1ª Instância, que julgou parcialmente procedente a infração 1 e totalmente procedentes as infrações 2 e 3.

Da análise da preliminar de nulidade, entendo que deva ser decretada a nulidade da Decisão recorrida, nos termos previstos no art. 18, II, do RPAF, pois foi proferida com preterição do direito de defesa do contribuinte, tendo em vista que o órgão julgador não se manifestou sobre o pedido da perícia formulado pelo sujeito passivo.

Da análise dos documentos anexados aos autos verifico que, desde a impugnação inicial o sujeito passivo requereu a realização de perícia fiscal. Para isso, anexou, por amostragem, documentos

fiscais, visando comprovar a ausência das irregularidades apontadas nas infrações 1 e 2. A Junta de Julgamento Fiscal, apesar de excluir, na infração 1, valores referentes aos citados documentos, manteve-se silente em relação ao pleito do contribuinte, para a realização da perícia, não se conhecendo, assim, o posicionamento da JJF acerca da necessidade ou não da produção da prova requerida. Portanto, a Junta de Julgamento Fiscal, ao deixar de apreciar o pedido contido na peça defensiva, proferiu uma Decisão com cerceamento de defesa e, consequentemente, violação do princípio do devido processo legal. Essa omissão não pode ser suprida por esta 1ª CJF, pois implicaria em supressão de instância, prejudicando o contribuinte no seu direito de defesa.

Do exposto, voto pelo **acolhimento da preliminar de nulidade** suscitada pelo sujeito passivo e, consequentemente, pelo PROVIMENTO do Recurso Voluntário, para declarar NULA a Decisão recorrida, devendo o processo retornar à Primeira Instância, para que seja proferida nova Decisão, onde a Junta de Julgamento Fiscal deverá se pronunciar sobre o pedido de realização de perícia, formulado pelo sujeito passivo.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER** o Recurso Voluntário apresentado para declarar NULA a Decisão recorrida referente ao Auto de Infração nº **207140.0004/09-7**, lavrado contra **AIR LIQUIDE BRASIL LTDA.**, devendo retornar os autos à Primeira Instância para novo julgamento.

Sala das Sessões do CONSEF, 05 de julho de 2011.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA – PRESIDENTE

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ – RELATORA

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