

A. I. N° - 206882.0110/04-3
AUTUADO - CENTRO DISTRIBUIDOR DE ALIMENTOS E LIMPEZA LTDA.
AUTUANTE - LÍCIA MARIA ROCHA SOARES
ORIGEM - INFAC BONOCÔ
INTERNET - 28.12.04

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0499-02/04

EMENTA: ICMS. 1. NULIDADE. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. ESTORNO DE CRÉDITO FISCAL RELATIVO ÀS ENTRADAS CUJAS SAÍDAS FORAM OBJETO DE REDUÇÃO DA BASE DE CÁLCULO PREVISTO NO DEC. N° 7.799/00. **a)** ENTRADAS ORIUNDAS DO NORDESTE. **b)** ENTRADAS ORIUNDAS DA BAHIA Exigências fiscais baseadas em dispositivo regulamentar sem amparo na lei tributária. Item nulo. 2. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS. PRODUTOS FARMACÊUTICOS. FALTA DE RECOLHIMENTO. ANTECIPAÇÃO. Fato não contestado. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão não unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide foi lavrado em 30/06/2004, e reclama o valor de R\$ 77.388,53, em decorrência dos seguintes fatos:

1. Efetuou a menos o estorno de crédito fiscal do ICMS, no total de R\$ 58.386,05, previsto no artigo 6º do Decreto n° 7.799/00, relativo às entradas de mercadorias, cujas saídas subsequentes ocorreram com redução de base de cálculo, no valor correspondente a parte proporcional da redução, referente aos meses de maio de 2002 a dezembro de 2002, janeiro a agosto, outubro e dezembro de 2003, conforme demonstrativos às fls. 13 a 16.
2. Falta de recolhimento do ICMS por antecipação no valor de R\$ 19.002,48, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e relacionadas no Anexo 88, correspondente aos meses de abril, maio, setembro e dezembro de 2002, janeiro a março, julho, setembro e outubro de 2003, conforme demonstrativos às fls. 09 a 12.

Na defesa fiscal às fls. 502 a 505, o lançamento referente à infração 01 foi impugnado parcialmente com base na alegação de que os valores dos meses de março, junho, julho e dezembro de 2003 contêm erro nos cálculos, tendo apresentado demonstrativo das parcelas que entende seriam devidas, conforme documentos às fls. 522 a 525.

Com base em tais demonstrativos, conclui que o total do Auto de Infração fica reduzido da importância de R\$ 7.532,18, reconhecendo o débito remanescente no valor de R\$ 69.856,35.

A autuante em sua informação fiscal à fl. 538 reconheceu como devidas as alegações defensivas acatando a redução do débito nos valores apontados, e reconhecido no valor inicial já pago através de parcelamento do débito.

Às fls. 542 e 543, consta intimação expedida pela Infaz Bonocô e respectivo AR – Aviso de Recebimento dos Correios, referente a entrega ao autuado das cópias da informação fiscal e dos

novos elementos acostados aos autos (.docs. fls. 537 e 541). Não houve qualquer manifestação por parte do autuado.

Consta às fls. 546 a 555, cópia de Parecer Jurídico da PGE/PROFIS, de lavra da Dra. Maria Dulce Baleiro Costa sobre consulta formulada pela 1^a Junta de Julgamento Fiscal, na pessoa da Relatora Mônica Maria Roters, no sentido de que fosse apreciada a questão relacionada com a legalidade do estorno de crédito fiscal de ICMS nas saídas de mercadorias cujas saídas subseqüentes ocorreram com redução da base de cálculo, previsto no artigo 100, inciso II, do RICMS/97, relativamente ao Processo nº 298705112031 em nome da Cooperativa Central dos Produtores Rurais de Minas Gerais. A parecerista após discorrer sobre a não cumulatividade, e os princípios da legalidade, moralidade, eficiência, e revisibilidade pela Administração dos seus próprios atos, e analisar a norma expressa no artigo 21 do LC 87/96, artigo 32 do Convênio ICMS 66/88, e artigo 30 da Lei nº 7.014/96, concluiu que foram excluídas das hipóteses ensejadoras do estorno de crédito fiscal a situação de saídas de mercadorias e serviços com redução de base de cálculo, não cabendo ao Regulamento trazer hipótese nova que venha restringir o direito do contribuinte. Opinou pela nulidade daquele lançamento tributário.

O Procurador do Estado, Dr. Rogério Leal Pinto de Carvalho (doc. fl. 555), em despacho, com base nos termos do artigo 46, inciso II, da Lei nº 8.207/02 e da designação contida na Portaria nº 048/2003, publicada no Diário Oficial do Estado de 04/06/2003, ratificou o parecer exarado pela citada Procuradora do Estado, no entanto, ressaltou que por se tratar de matéria relativa ao mérito da autuação, a hipótese parece de improcedência, e não de nulidade.

VOTO

Pelo que foi relatado o sujeito passivo reconheceu a procedência parcial da infração 01, no valor de R\$ 50.853,87, referente a estorno a menos de crédito fiscal do ICMS, previsto no artigo 6º do Decreto nº 7.799/00, relativo às entradas de mercadorias, cujas saídas subseqüentes ocorreram com redução de base de cálculo, no valor correspondente à parte proporcional da redução. Concordou integralmente com o débito no valor de R\$ 19.002,48, relativo à infração 02, correspondente à falta de antecipação tributária nas aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e relacionadas no Anexo 88.

Desta forma, considerando que o autuante procedeu a devida conferência do demonstrativo às fls. 504 e 505, reconhecendo que estão corretos os valores apontados na defesa, o débito da infração 01, seria procedente no valor de R\$ 50.853,87. Mantendo o débito no valor de R\$ 19.002,48, referente à infração 02, pois o autuado não se insurgiu a este débito.

Apesar do reconhecimento pelo autuado da acusação fiscal de que cuida a infração 01, porém, considerando que a questão relativa a estorno de crédito fiscal relacionado às mercadorias adquiridas para posterior saída sob o efeito da redução de base de cálculo prevista no Decreto nº 7.799/00, foi objeto de outro processo, sendo julgada a exigência nula por ter sido baseada em dispositivo regulamentar “sem amparo na lei tributária”, com base no Parecer constante às fls. 546 a 555 da PGE/PROFIS, que assim concluiu, e que ora transcrevo, e tomo por base para o meu voto sobre o mérito da lide.

“De tudo quanto foi exposto, entendo existir subsídio para responder o quanto solicitado na diligência.

Vimos que a não cumulatividade é princípio constitucional e como tal deve ter interpretação ampla, irrestrita. O princípio é norma matriz, fundamentadora de toda a legislação a respeito da matéria.

Além do mais, o que aqui se verifica é a violação, pelo Regulamento – ato do Poder Executivo –, à lei.

Como visto na abordagem preliminar, o papel do Regulamento é tão somente operacionalizar a aplicação da lei, em estrito cumprimento aos seus ditames.

Portanto, não cabe ao Regulamento trazer qualquer hipótese nova que venha restringir o direito ao contribuinte, sob pena de se configurar ato de ilegalidade.

No caso presente, não cabe ao Regulamento do ICMS prever caso de estorno de crédito fiscal que não esteja estabelecido pela Lei.

Em sendo assim, a exigência fiscal é **ILEGAL**, pois sem fundamento na legislação competente vigente.

A autuação fiscal, portanto, é **NULA**, pois não encontra alicerce na lei do ICMS, nem na Lei Complementar 87/96. Deve, então, o CONSEF assim se pronunciar, em obediência aos princípios administrativos da legalidade, moralidade, eficiência, e revisibilidade pela Administração dos seus próprios atos.

A anulação pela própria Administração Pública dos atos praticados de maneira ilegal é princípio vigente no Direito Administrativo Brasileiro, reconhecido por toda a Doutrina de escol, e pela Jurisprudência pacífica dos Tribunais Superiores.

A Profa Odete Medauar explica:

“ A anulação consiste no desfazimento do ato administrativo, por motivo de ilegalidade, efetuada pelo próprio Poder que o editou ou determinada pelo Poder Judiciário.

...
de regra, a Administração tem o dever de anular ato dotado de ilegalidade, justamente porque suas atividades são norteadas pelo princípio da legalidade”. (In Direito Administrativo Moderno, Ed. RT. 4^a ed. Págs 186/187)

Enunciado da Súmula 473 do STF

“A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial”.

O RPAF/99 prevê expressamente a aplicação do princípio da legalidade nas decisões em processo administrativo fiscal.

Art. 2º Na instauração, preparo, instrução, tramitação e decisão do processo administrativo e dos procedimentos administrativos não contenciosos, atender-se-á aos princípios da oficialidade, da legalidade objetiva, da verdade material, do informalismo e da garantia de ampla defesa, sem prejuízo de outros princípios de direito.

Entendo que não cabe aqui a discussão sobre o reconhecimento, muito menos declaração de ilegalidade do Regulamento do ICMS pelo CONSEF.

Trata-se, tão somente, de declaração de nulidade da autuação, pois, repito, está em desconformidade com a lei vigente.

O fato do RICMS prever a hipótese de estorno do crédito fiscal, como restou sobejamente demonstrado, não alicerça a exigência fiscal, pois o Regulamento não tem competência para tal”.

Desta forma, considerando que o entendimento do CONSEF em casos análogos ao presente, com base no retro mencionado parecer, concluo pela nulidade do item 01 da autuação com fulcro no artigo 2º e artigo 18, inciso II, do RPAF/99.

Ante o exposto, voto **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração, no valor de R\$ 19.002,48, referente à infração 02.

VOTO DISCORDANTE QUANTO AO ITEM 1º

Preocupo-me com a *estrita legalidade* do lançamento tributário.

Não se corrige uma ilegalidade com outra.

Foi anexado aos autos um parecer da PROFIS, segundo o qual o art. 100, II, do RICMS/97 “não encontra espeque em lei”.

Trocando em miúdos: o inciso II do RICMS/97 seria *illegal* – o que não tem espeque (apoio, amparo, arrimo) na lei é ilegal.

Não discuto o mérito do aludido parecer.

O que noto é que não foi modificado, ainda, o supracitado dispositivo. Assim, obviamente, ele se encontra em pleno vigor.

Este órgão *só pode julgar* de acordo com a lei e o seu regulamento.

O RPAF, no art. 168, prevê que, *quando se encontrar em votação* matéria contida em lei ou em *ato normativo considerado ilegal*, deve o órgão julgador *propor* à Câmara Superior do CONSEF no sentido de que represente ao Secretário da Fazenda, visando à decisão do impasse (art. 168, inciso I). Cabe à Câmara Superior *decidir* quanto a representar ou não ao Secretário da Fazenda (inciso II). Sendo feita a representação, o Secretário da Fazenda, após ouvir a Procuradoria, decidirá quanto à *conveniência* ou não de propor a modificação da lei, pela Assembléia Legislativa, ou do ato normativo considerado ilegal, pelo órgão competente (incisos III e IV). *Enquanto não se efetuar a modificação ou revogação da lei ou do ato normativo, ou não for proferido despacho denegatório da representação ou proposição, o processo fica sobrestado* (inciso V).

O meu voto é no sentido de que se cumpra a legislação, remetendo o processo à Câmara Superior para deliberar sobre a conveniência, ou não, de fazer a representação de que cuida o art. 168 do RPAF/99.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão não unânime, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 206882.0110/04-3, lavrado contra **CENTRO DISTRIBUIDOR DE ALIMENTOS E LIMPEZA LTDA.**, devendo ser intimado o

autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$ 19.002,48, acrescido da multa de 60%, prevista no artigo 42, II, "d", da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Esta Junta de Julgamento recorre de ofício para uma das Câmaras do CONSEF nos termos do art. 169, inciso I, alínea "a", item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/00, com efeitos a partir de 10/10/00.

Sala das Sessões do CONSEF, 14 de dezembro de 2004.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO – JULGADOR/VOTO DISCORDANTE

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - JULGADORA