

PROCESSO - A. I. Nº 210432.0003/06-0
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e MULT-EXPRESS MEDICAMENTOS ESPECIALIZADOS LTDA. (MULTIMED EXPRESS)
RECORRIDOS - MULT-EXPRESS MEDICAMENTOS ESPECIALIZADOS LTDA. (MULTIMED EXPRESS) e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JJF nº 0150-03/08
ORIGEM - IFEP INDÚSTRIA
INTERNET - 09/03/2010

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0023-11/10

EMENTA: ICMS. 1. ARQUIVO MAGNÉTICO. FALTA DE ENTREGA. CONTRIBUINTE REGULARMENTE INTIMADO. MULTA. O autuado não atendeu à intimação no prazo regulamentar sujeitando-se à exigência de multa no percentual de 1%, prevista, à época, no artigo 42 XIII-A “g” da Lei 7.014/96. Excluídos da autuação os períodos que não foram objeto de intimação. Mantida a Decisão recorrida. 2. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. **a)** RESSARCIMENTO NAS VENDAS PARA CONSUMIDOR FINAL. **b)** OPERAÇÕES AMPARADAS COM ISENÇÃO. Infrações nulas por violar os princípios do devido processo legal e do contraditório, uma vez que a exigência fiscal se procedeu em detrimento ao direito do contribuinte previsto no art. 10, §§ 1º e 2º, da LC 87/96. Acolhida a preliminar de nulidade suscitada pelo recorrente. Modificada a Decisão recorrida. 3. BASE DE CÁLCULO. ERRO NA APURAÇÃO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Trata-se de benefício fiscal condicionado à celebração de Termo de Acordo autorizativo que só foi confirmado posteriormente. Reduzido o valor do débito em face de sentença definitiva de mérito em Mandado de Segurança. Mantida a Decisão recorrida. 4. LIVROS FISCAIS. EXTRAVIO. CONTRIBUINTE REGULARMENTE INTIMADO. MULTA. Mantida a Decisão recorrida. Indeferido, o pedido de perícia. Recurso de Ofício NÃO PROVADO. Recurso Voluntário PARCIALMENTE PROVADO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente processo de Recurso de Ofício em razão da Decisão proferida, através do Acórdão nº. 0150-03/08, ter desonerado o sujeito passivo de parte do débito a ele imputado, inerente às infrações 1 e 4, consoante determina o art. 169, I, “a”, do RPAF/99, e de Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte que inconformado com a referida Decisão apresenta a peça recursal, em relação a todas as infrações, respaldado no art. 169, I, “b”, do citado regulamento.

O presente Auto de Infração foi lavrado para exigir o valor de R\$ 6.227.658,34, em razão de cinco infrações, a seguir:

INFRAÇÃO 1 - Multa, no valor de R\$ 2.834.150,22, por ter o contribuinte, do segmento atacadista que emite documentos fiscais e escritura livros fiscais através processamento de dados - SEPD, deixado de fornecer arquivo m^a com informações das operações ou prestações realizadas.

INFRAÇÃO 2 - Utilizou crédito fiscal de ICMS indevidamente, no valor de R\$1.950.058,43, lançados no livro de Registro de Apuração do ICMS, sob a rubrica outros créditos, comunicados à SEFAZ-BA por meio dos processos nº 596753/2003-1 e nº 246115/2004-6, relativos às saídas de mercadorias tributadas anteriormente por substituição tributária para Hospitais, Clínicas ou Órgãos Públicos, com o valor da operação maior ou igual ao que serviu de base de cálculo para pagamento do imposto por antecipação.

INFRAÇÃO 3 - Utilizou indevidamente crédito fiscal, no valor de R\$1.052.277,12, referente à aquisição de mercadorias beneficiadas com isenção do imposto, lançados no Livro de RAICMS, sob a rubrica outros créditos, comunicados à SEFAZ-BA por meio dos processos nº 246116/2004-2 e nº 229771/2005-3.

INFRAÇÃO 4 - Efetuou o recolhimento a menos do ICMS por antecipação, no valor de R\$383.812,57, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias de outras unidades da Federação e relacionadas no Anexo 88, *“Referente ao uso indevido da redução de Base de Cálculo em mais 18,53% prevista pelo Dec. 7.799/2000, em virtude de que a utilização de tal benefício está condicionada a celebração de Termo de Acordo específico com a assinatura do Diretor da DAT/Metro, que só ocorreu em 11/03/2005, sem previsão de retroação dos seus efeitos, hipótese não prevista na Legislação Estadual. Além disso, houve a revogação do Termo de Acordo em 27/06/2005 em função do descumprimento da Cláusula Segunda do referido Termo. Entretanto, considerando a concessão da Liminar em Ação de Mandado de Segurança nº. 750455-1/2005, a SEFAZ-BA reestabeleceu o multireferido Termo de Acordo a partir de 11/07/2005. Tudo conforme Demonstrativo constante no Anexo III e cópia de Livros e documentos que também foram acostadas a este PAF.”*

INFRAÇÃO 5 – Multa, no valor de R\$ 7.360,00, por ter o contribuinte extraviado os seguintes livros fiscais: 4 livros de Registro de Entrada; 1 livro de Registro de Saída; 1 livro de Registro de Apuração do ICMS; 1 livro de Registro de Apuração do ICMS.

A Decisão recorrida julgou o Auto de Infração Procedente em Parte, no valor de R\$6.131.937,62, após indeferir o pedido de perícia e rechaçar as preliminares de nulidade arguidas pelo autuado, diante das seguintes considerações de mérito:

1. Quanto à primeira infração, entendeu a JJF que não assiste razão ao autuado para seu protesto quanto à exigência da multa por falta de apresentação de arquivos magnéticos, com exceção apenas dos valores relativos aos meses novembro de 2005 e de fevereiro a junho de 2006, por não constar dos autos a intimação relativa ao pedido de apresentação de arquivos magnéticos correspondentes, cujos valores foram excluídos, reduzindo o débito de R\$ 2.834.150,22 para R\$ 2.812.168,05;
2. Com relação à segunda infração, concluiu a JJF que o contribuinte deveria ter aguardado o deferimento pela SEFAZ-BA para proceder aos lançamentos relativos ao resarcimento, prevista no § 6º do art. 359, do RICMS, por se tratar de créditos fiscais extemporâneos, concernentes à reconstituição de escrita por força do artigo 101, § 3º do RICMS, uma vez que observa, às fls 1.637 a 1.646 dos autos, que a SEFAZ através dos Pareceres 64/2007 e 65/2007, indeferiu o pleito formulado pelo sujeito passivo. Assim, concluiu que o contribuinte procedeu de forma irregular com relação a este item da autuação, fato reconhecido por ele na sua peça defensiva. Manteve a exigência fiscal.
3. No que concerne à terceira infração, verificou a JJF que a autuação diz respeito aos valores indevidamente creditados pelo autuado em sua escrita fiscal em montante que não corresponde às operações realizadas e o defendantee não trouxe aos autos as provas necessárias para elidir a acusação fiscal, conforme dispõe o art. 123 do RPAF, a exemplo de demonstrativos, elencando as notas fiscais de saída internas e interestaduais contendo produtos quimioterápicos e o correspondente imposto antecipado, que apropriados. Assim, manteve integralmente a imputação fiscal re

4. Inerente à quarta infração, salientou a JJF que a redução de base de cálculo prevista no Decreto nº 7799/2000 se trata de benefício fiscal condicionado à celebração de Termo de Acordo autorizativo que só foi confirmado em 11/03/2005. Aduziu a JJF que, quanto ao período compreendido entre 04/07/2005, data da cassação do Regime Especial, e 10/07/2005, data do seu restabelecimento, não pode ser considerado nesta infração, eis que não consta dos autos a data da ciência do autuado sobre a revogação do Termo de Acordo e o autuado estava acobertado por medida judicial. Assim, julga parcialmente procedente este item, reduzindo o valor de R\$383.812,57 para R\$310.074,02.
5. Por fim, quanto à quinta infração, aduziu a JJF que o autuado declarou formalmente, às fls. 166/167, a impossibilidade de entregar os livros fiscais requisitados pelo autuante, alegando extravio, ensejando o descumprimento de obrigação acessória prevista no artigo 42, XIV, da Lei nº 7.014/96. Assim, mantém a infração.

A JJF recorreu de ofício da presente Decisão para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF, conforme previsto pelo art. 169 do RPAF/BA.

Não se conformando com a Decisão de 1ª Instância, o recorrente apresentou no prazo legal o Recurso Voluntário, de fls. 1.824 a 1.909 dos autos, onde basicamente reitera as alegações apresentadas em sua impugnação ao Auto de Infração, conforme a seguir:

1. Preliminar de nulidade do Auto de Infração e do julgamento da primeira instância:

Aduz que o presente Auto de Infração fere os princípios constitucionais da legalidade, devido processo legal, ampla defesa e contraditório, tendo em vista que as infrações 02 e 03 estão respaldadas nos procedimentos SIPRO de nºs 59675320031, 24611520046, 24611620042, 22977120053, sendo lavrado o Auto de Infração em 19/12/2006, dando ciência ao autuado somente em 29/12/2006, sendo que o ato só seria praticado em 03/01/2007. Sustenta que a SEFAZ ainda não tinha emitido Parecer sobre os comunicados ao autuado, que desse suporte à Decisão contida no lançamento de ofício, ora combatido, e, por isso, fundamentado em ato inexistente.

Quanto ao julgamento, aduz que a JJF optou por rejeitar, indevidamente, as preliminares de nulidade, julgando procedente em parte o Auto de Infração. Sustenta o recorrente que, tendo em vista que o acórdão recorrido não tocou em todos os pontos suscitados pelo autuado, se faz necessária uma nova e mais precisa análise de todos os pontos levantados, uma vez que a Decisão se mostrou obscura em vários pontos, o que fere o art. 155 do RPAF/99. Assim, pede a nulidade da Decisão recorrida.

2. Do histórico da atividade da empresa autuada:

Discorre o recorrente sobre as suas atividades comerciais direcionadas para as vendas de medicamentos destinados a Hospitais, Clínicas e Órgãos Públicos, com redução de base de cálculo, o que lhe enseja o direito de obter o ressarcimento do imposto em forma de crédito fiscal, por força de norma prevista no § 6º do art. 359 do RICMS-BA. Salienta que, no período de 1997 a 2002, adotava como base para o ressarcimento o valor da MVA fixada aos medicamentos comercializados, tendo sido lavrado pelo Fisco estadual três Autos de Infração exigindo o imposto com base em PMC, e que, depois de quitados os débitos, refez o procedimento utilizando para efeito de ressarcimento o critério de PMC. Diz que, durante o período, ocorreram diversas ações fiscais de Monitoramento, comprovando a regularidade das suas operações. Assevera que comunicou a utilização dos ressarcimentos através dos protocolos acima citados, e que só foi comunicado do indeferimento, para sua surpresa, após a lavratura do presente Auto de Infração em 09/01/2007, não facultando ao autuado o exercício do direito ao pleito rescisório, na substância do direito constitucional de petição e do Recurso hierárquico.

3. Quanto à preliminar de nulidade da primeira infração:

Tipificação errônea: aduz o recorrente que a acusação apresentou aos arquivos magnéticos: deixar de transmitir, deixar de apresentar dados e divergências de informações, e, consequentemente, descumprimento de obrigações acessórias distintas. Contudo, absui

aplicação de penalidade de forma indistinta para as condutas elencadas, excessivamente gravosa, tipificado-as erroneamente, inclusive inobservando o disposto no art. 42, XIII-A, “f” e “g” da Lei 7.014/96, o que, segundo o apelante, feriu o princípio constitucional da legalidade, previsto no art. 5º, II, da Constituição Federal, além de prejudicar o exercício constitucional da ampla defesa e do contraditório. Pede a nulidade da infração 01.

Vícios de intimação: afirma que não foi intimado para apresentação de informação em meio magnético nos períodos de novembro/2005 e fevereiro a junho/2006, conforme já reconhecido pela própria JJJ. Sustenta que para sua surpresa foi lavrado Auto de Infração correspondente aos períodos de janeiro de 2001 a junho de 2006, englobando períodos em que o autuado não havia sequer sido intimado. Ressalta que a ação fiscal iniciou-se em 03/08/05, conforme Termo de Início de Fiscalização, e que as intimações porventura existentes, anteriores a esta data, se referem à outra ação fiscal, tendo em vista a data de emissão da Ordem de Serviço de nº. 518049/05 e suas eventuais prorrogações. Cita jurisprudência. Assim, requer a nulidade da infração 01 em razão dos vícios de intimação.

Por Decadência: relativa à penalidade pecuniária prevista no art. 42, XIII-A, “g”, da Lei nº. 7.014/96, englobando períodos que já tinham sido fulminados pela decadência, visto que a ciência do Auto de Infração ocorreu em 29/12/2006, portanto, só poderia abranger as competências dos últimos cinco anos, ou seja, a partir de dezembro de 2001, tendo em vista que se trata de tributo sujeito ao lançamento por homologação. Cita jurisprudência.

4. Quanto ao mérito da primeira infração:

Alega o recorrente que estranha a acusação fiscal de falta de transmissão do arquivo magnético, uma vez que todos os arquivos foram transmitidos via internet ou encaminhados à Inspetoria nos termos do art. 708-A, § 4º, do RICMS. Salienta que tal assertiva pode ser comprovada quando da lavratura do Auto de Infração nº 206930.0003/03-8, em que os autuantes declararam expressamente que o contribuinte entregou os arquivos magnéticos corretos, referente ao período compreendido entre janeiro de 2001 a janeiro de 2002, no mês de abril de 2002. Ressalta que em outro procedimento fiscal, foi lavrado o Auto de Infração de nº 151842.0026/02-9, a autoridade administrativa, mais uma vez, atesta que os arquivos magnéticos referentes aos exercícios de 1998 a 2001 foram devidamente fornecidos pelo contribuinte. Destaca que não está e nem poderia ser obrigado a fazer infinitas cópias e apresentações do mesmo documento fiscal perante as repartições fiscais e ainda ser apenado fortemente em seu patrimônio. Quanto ao arquivo magnético de agosto de 2005, diz ter transmitido via internet, conforme recibo incluso na defesa fiscal, o que poderá ser comprovado através da verificação do banco de dados da SEFAZ.

Aduz que, como se não bastasse a prova do cumprimento da obrigação tributária acessória, a penalidade aplicada é descabida, ilegal e exorbitante, uma vez que, nos casos de falta de entrega de arquivos magnéticos nos prazos previstos é, a partir de 10/07/2004, aquela prevista no art. 42, XIII-A, “i”, do RICMS, no valor de R\$ 1.380,00, ao passo que, no período anterior a esta data, inexiste qualquer penalidade legal.

Quanto à acusação da não apresentação ao fisco dos arquivos magnéticos, quando solicitados mediante intimação, aduz o recorrente que a imputação da multa de 1% do valor das saídas, prevista no art. 42, XIII-A, “g”, da Lei nº. 7.014/96, representa um total desrespeito aos procedimentos fiscais estabelecidos na norma, uma vez que o autuante sequer promoveu a intimação ao contribuinte para que apresentasse os arquivos magnéticos de todo o período objeto da autuação, visto que a intimação, datada de 04/08/2006, apesar de discriminar apenas as competências de jul/99; set/99; jan/01 a dez/01; fev/02 a abr/02 e ago/05, a multa foi aplicada sobre todo o período de janeiro de 2001 a junho de 2006. Portanto, sobre períodos que não constam da intimação.

No que tange à transmissão de arquivos magnéticos do SINTEGF divergência de informações, ratifica alegações anteriores sobre a não observância de outros procedimentos fiscais, e que até 14/02/2005, a entrega do respectiva validacão nos termos do artigo 708-A § 4º do E.

caracterizava a consistência dos mesmos, haja vista que o § 6º desse mesmo artigo apenas foi introduzido no mundo jurídico naquela data através do Decreto nº 9.332/05, que reproduz. Diz que até 14/02/2005, a disciplina normativa restringia a validação apenas ao recebimento dos termos do Manual de Orientação para Usuários de SEPD, e com o advento do Decreto 9.332/05, é que se incluiu a questão da necessidade de atendimento das exigências independentemente da entrega dos arquivos magnéticos. Reproduz o § 6º acrescentado ao artigo 708-A do RICMS-BA. Assevera que o princípio da irretroatividade tributária produz o caos da insegurança jurídica, reproduzindo entendimentos do tributarista Roque Carraza e que o autuante deveria exigir a multa prevista no artigo 42, XIII-A, alínea “f”, da Lei 7014/96, no percentual de 5% do valor da divergência. Apresenta demonstrativo à folha 1.859, comparando a aplicação da multa exigida pelo autuante e aquela que entende correta.

Diz que o fiscal autuou período que sequer foi objeto de fiscalização ao estender a exigência fiscal até junho de 2006. Reproduz o artigo 113, § 2º do CTN, dizendo que foi autuado por descumprimento de obrigação acessória nos períodos de 1999 a 2006, e que neste lapso temporal foram imputados quatro Autos de Infração, totalizando o montante histórico de R\$ 9.380.345,99 de imposto que foi devidamente quitado, além do recolhimento espontâneo aproximado de R\$ 24 milhões, sem desprezar o Auto de Infração objeto desta lide. Assim, conclui que não se pode imputar ao contribuinte multa por descumprimento de obrigação acessória num mesmo período onde ele foi devidamente fiscalizado e cumpriu rigorosamente com sua obrigação principal, oriundas do auto-lançamento, bem como do lançamento decorrente de ação fiscal, sendo o caso de se julgar improcedente a primeira infração.

Declara que o artigo 112 do CTN, já consolidou entendimento de natureza penal e consagra o princípio do “in dúvida pro contribuinte”, que reproduz, além de ensinamentos de Sacha Calmon Navarro Coelho e Hugo de Brito Machado. Pede, por fim, se não atendidas as preliminares de nulidade, bem como a improcedência da autuação, que seja aplicada a multa de R\$50,00 ao período anterior a 10 de julho de 2004 e a partir desta data a penalidade de R\$1.380,00, prevista no art. 42, XXII, “i” do mesmo dispositivo regulamentar. Observa, ainda, que não houve dolo, fraude ou simulação no descumprimento da obrigação acessória, citando o art. 46 do COTEB, para requerer o cancelamento total da multa aplicada. Reproduz Acórdão CJF 0010/11-04, e cita o art. 150, II, da Constituição Federal que trata do princípio da igualdade tributária. Registra que promoveu a entrega dos arquivos magnéticos ao fisco e que apenas partes dos arquivos estariam danificadas, fato este que se encontra incontrovertido nos autos.

Acrescenta ainda, em relação à sua defesa inicial, a questão sobre a violação ao princípio constitucional de vedação ao confisco, ao imputar a multa de R\$ 2.841.510,22, por entender ser deveras excessiva e desproporcional. Cita doutrina.

5. No que concerne às infrações 2 e 3 do presente Auto de Infração:

Reitera o recorrente que ambas encontram-se totalmente embebidas de nulidades, pois se fundamentam em fatos que inexistiam no mundo jurídico, uma vez que em 30/12/2003, 30/12/204, 30/12/2005, protocolizou na SEFAZ-BA através do SIPRO de nºs 59675320031, 24611520046, 24611620042, 22977120053, os respectivos comunicados em face da obrigatoriedade do artigo 101, § 1º do RICMS-BA, e que o Fisco, por inércia somente emitiu Parecer final sobre os referidos procedimentos em 03/01/2007, indeferindo-os, tendo o autuado tomado ciência somente em 09/01/07. Observa que, em 19/12/06, o preposto fiscal lavrou o Auto de Infração dando ciência somente em 29/12/06, fundamentado em decisões que sequer existiam no mundo jurídico, muito menos de conhecimento do contribuinte. Assim, pede a nulidade destes itens fundamentado nas ofensas aos princípios do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório. Diz que outro dever jurídico inobservado foi o princípio da motivação, o qual versa sobre a obrigatoriedade da autoridade apresentar, claramente, as razões que a levaram a tomar uma Decisão. Sendo assim, afirma que as infrações 2 e 3 escoraram-se sem fundamento lógico anterior. Alega, também, que houve menção legais, que não se enquadram na descrição das infrações.

Diz que a argumentação empregada nos procedimentos da fiscalização afasta o direito ao ressarcimento na forma de crédito fiscal com base em alegações fáticas infundadas, despidas de comprovação, cujos pressupostos para sua existência não se verificam, bem como carentes de respaldo jurídico, tendo em vista que o autuado, grande contribuinte do ICMS estadual, sempre foi fiscalizado e monitorado anteriormente e nada foi constatado de irregular nos seus procedimentos contábeis e fiscais, que pudesse ensejar a caracterização de crime de sonegação fiscal. Salienta que fazem prova do alegado as cópias dos termos de ocorrência decorrentes de monitoramento, Parecer intermediário da GESUT, declaração assinada pelo então Secretário da Fazenda, Albérico Mascarenhas, comprovando a inexistência de má-fé ou dolo específico pelo autuado.

Acrescenta que a alegação de ausência de recolhimento de ICMS-ST, apurado com base no PMC, não tem correspondência no mundo fático, especialmente em razão das diversas alterações de entendimento efetivadas pela própria SEFAZ, conforme Termo de Concessão de Regime Especial, Parecer GECOT 424/2002, e a suposta sonegação fiscal não tem correspondência com a fundamentação empregada.

Assevera que eventuais incorreções nos procedimentos relativos ao ressarcimento do ICMS decorrentes da comercialização de medicamentos para hospitais, clínicas e outros, ou a utilização equivocada de critérios para efetivação de ressarcimento de ICMS, por si só, não ensejam qualquer justificativa para inferir a prática de crime de sonegação fiscal ou negócios jurídicos simulados.

Entende que a legislação tributária estadual, em nenhuma de suas previsões normativas, condiciona o direito ao crédito à autorização da repartição fazendária competente, depois de ultrapassado o prazo para manifestação, citando o § 1º do artigo 10 da Lei Complementar 87/96, e a autuação não logrou comprovar juridicamente o exato cumprimento dos artigos 368 e 374 do RICMS-BA.

Declara que as multas aplicadas no decorrer das ações fiscais empreendidas, em que pese serem elevadas, não se constituem naquelas punitivas de ilícitos penais tributários e os Autos de Infrações mencionados estão devidamente quitados ou com as exibilidades suspensas.

Aduz que, a partir desta afirmativa, tem-se como certo que o pagamento espontâneo, até mesmo após o oferecimento da denúncia criminal, elide totalmente qualquer cogitação de prática de crime de sonegação fiscal, e que a jurisprudência do STF sedimentou entendimento de que só a partir do encerramento da fase administrativa, pode-se promover a representação para fins penais de crimes contra a ordem tributária, citando o HC 85.329- SP, HC 87353- ES. Entende que se pode cogitar crimes de calúnia (art. 138 do CP), e excesso de exação (§ 1º do artigo 316 do CP), praticados pelo preposto fazendário quando da elaboração de seu “Parecer”, e que em qualquer situação a empresa requerente jamais se furtou a apresentar qualquer documento fiscal ou comercial, aos prepostos fiscais.

6. Do direito ao creditamento de ICMS na segunda infração:

Transcreve o § 7º do artigo 150 da Constituição Federal, introduzido através da Emenda Constitucional nº 3 de 17 de março de 1993, que assegura ao sujeito passivo a imediata e preferencial restituição da quantia paga do imposto por antecipação, caso não se realize o fato gerador presumido, e que atento a esta situação, e com objetivo de atender à determinação do citado parágrafo da Constituição Federal, o Fisco Estadual baiano criou a figura do ressarcimento através do § 6º do artigo 359 do RICMS/97 para as operações com produtos farmacêuticos. Entende que, em razão do citado diploma legal, o deficiente tem direito ao ressarcimento pela diferença existente entre o valor base adotado para cálculo da retenção ou antecipação e o valor da operação que tiver realizado.

Diz que procedeu da forma mencionada a partir do deferimento do ICMS acrescido da margem de valor agregado (MVA) e calcou as operações onde o valor utilizado nas saídas fosse superior ao

retenção, e que neste período o ressarcimento era a diferença do imposto calculado entre o valor das entradas acrescido da MVA e o valor base das saídas proporcionalmente.

Salienta que, para a sua surpresa, foram lavrados os Autos de Infração de números 206930.0003/03-8 de 31/03/2003, referente aos períodos de 01/1998 a 11/2002 e 151842.0026/02-9 em 30/09/2003, referente aos períodos de 05/1998 a 12/2001, ambos imputando recolhimento a menor e falta de recolhimento de ICMS por antecipação tributária referente a mercadorias oriundas de outras unidades da federação e recolhimento a menor em virtude de haver efetuado os cálculos da antecipação, utilizando a MVA, quando a legislação determinava o emprego do preço máximo a consumidor determinado pelo fabricante (PMC).

Afirma que se a empresa calculava o valor do ressarcimento pela diferença do imposto calculado entre o valor das entradas acrescido da MVA e o valor base das saídas proporcionalmente, e o Fisco autuou no mesmo período pela falta de antecipação, bem como pela aplicação da MVA quando a legislação previa PMC, nada mais justo que o contribuinte refizesse os cálculos do ressarcimento, e que os referidos Autos de Infrações estão devidamente quitados conforme faz prova documento anexo VIII da defesa fiscal, assinado pelo então Secretário da Fazenda, Dr. Albérico Machado Mascarenhas. Ressalta que, em fevereiro de 2002, através do Parecer GECOT 424/2002 que alterou o Parecer GECOT 755/98 foi autorizado ao contribuinte para que pudesse utilizar como base de cálculo do ICMS cobrado por antecipação, o preço de custo acrescido da MVA correspondente.

Entende que não se pode olvidar que o prazo para que pudesse exercer o direito à utilização do crédito fiscal foi renovado pela própria Fazenda Estadual, a partir da mudança de critérios contidos nos Autos de Infração de nºs 206930.0003/03-8 e 151842.0026/02-9 de 31/03/2003 e 30/09/2003, respectivamente, e, sendo assim, procedeu a novo levantamento de ressarcimento, refazendo as planilhas referentes aos períodos autuados, levando-se em consideração o preço máximo sugerido pelo fabricante e abatendo do valor encontrado o valor já utilizado a título de ressarcimento, conforme fls. 185 a 516 do PAF.

Assevera que, diante dos fatos narrados e obedecendo ao que determina a legislação vigente, levantou e utilizou os valores de ressarcimento no montante de R\$283.721,52, referente ao período de 1998 e de R\$2.774.098,07, referente ao período de 1999, e comunicou à Inspetoria de sua circunscrição fiscal através dos Processos de nºs 596753/2003-1 e 246115/2004-6.

Sustenta que, posteriormente, em ação fiscal desenvolvida pelo Auditor Fiscal Luciano Silva Moraes, da qual resultou no Auto de Infração objeto desta lide, foram estornados os créditos fiscais retromencionados, infração 2, sem embasamento legal e fazendo menção ao Parecer Final dos procedimentos de comunicação que sequer existiam na data da lavratura e ciência do Auto de Infração.

Entende que não há que se falar em decadência do direito ao crédito, visto que o direito ao crédito nasceu com os lançamentos tributários realizados no ano de 2003, porque o direito ao crédito fiscal, para cumprimento do princípio da não-cumulatividade tem assento constitucional, não havendo como a lei infraconstitucional restringir onde a Constituição Federal não o fez. Acrescenta que, ainda que se considere válida a norma do parágrafo único do artigo 23 Lei Complementar nº 87/96, o prazo para utilização do valor, iniciar-se-ia nas datas em que a Administração Tributária promoveu a mudança de critério (MVA para PMC), via Auto de Infração, no que concerne ao ressarcimento do ICMS substituição tributária, reproduzindo ensinamentos do Professor Hugo de Brito Machado.

Transcreve o artigo 31 da Lei nº 7.014/96 e o artigo 93 do RICMS-BA para afirmar que, em conjugação das normas, o prazo para promover a recuperação do valor do crédito de ICMS/substituição tributária quando o destinatário for hospitais, clínicas, e outros, é aquele previsto no parágrafo único do art. 31 da Lei 7.014/96. Declara que, cí ampla defesa e ao contraditório, o autuante considerou que o protocolização do pedido de autorização para utilização do crédito de Infração de nºs 206930.0003/03-8 e 151842.0026/02-9, que tiveram

que restou patente a necessidade da empresa em creditar-se pelo critério do PMC, que representava grande diferença em termos de valores de créditos fiscais extemporâneos, e que assim, não se poderia aceitar que o direito ao crédito extinguir-se-ia com a emissão do documento fiscal, simplesmente, mas a partir da interpretação fornecida pelo próprio fisco estadual.

Entende que, à luz da inexistência de qualquer outra norma que discipline o direito ao crédito, a previsão normativa aplicável é justamente aquela constante do § 3º do artigo 93 do RICMS/97, e que esta norma dispõe que o direito ao crédito somente extingue-se após 5 anos, contados da data da emissão do documento fiscal ou da entrada da mercadoria no estabelecimento (§ 3º do artigo 93 do RICMS/97).

Aduz que, diante destas circunstâncias, em relação ao exercício de 1999, não se pode inferir a plausibilidade do afastamento, por decadência, pelo autuante, ainda que de forma implícita, do direito de crédito em relação ao período citado, e que o Auditor Fiscal Guilherme Teixeira Rocha, em Parecer intermediário, ressaltou a impossibilidade de cogitação de decadência quanto aos créditos do contribuinte, relativo ao período de 1999, conforme anexo IX. Por conta disto, sustenta o recorrente que resta patente a idoneidade do crédito fiscal, em face do que antes foi explicitado.

7. Do direito ao ressarcimento do ICMS na terceira infração:

Alega o recorrente que também comercializa medicamentos quimioterápicos, utilizados para tratamento do câncer, isentos do ICMS, nas operações internas, conforme Convênio ICMS 34/96 e art. 17, IV, do RICMS.

Salienta que os produtos quimioterápicos são adquiridos de outros Estados para serem comercializados em operações internas e interestaduais, ou seja, operações isentas e tributadas, respectivamente, e que, na condição de atacadista de produtos enquadrados na substituição tributária, adquiridos na sua maioria de unidades da Federação não signatárias do Convênio 76/94, o defendant obriga-se a antecipar o ICMS no momento da entrada do produto no estabelecimento.

Aduz que, no momento da entrada, o autuado desconhece a localização dos clientes das mercadorias abrigadas pela isenção do Convênio 34/96, e por se tratar de medicamento para uso não veterinário elencado no item 13 do inciso II do artigo 353 do RICMS, a empresa antecipa todas suas entradas de produtos enquadrados na substituição tributária e quando da realização de operações internas com produtos quimioterápicos, isentos de ICMS, calcula e efetua o estorno, reduzindo do ICMS a antecipação a recolher do período, o valor proporcional das antecipações dos quimioterápicos vendidos em território baiano.

Diz que, por um equívoco de sua contabilidade, nos períodos anteriores a 2004, o contribuinte antecipava o pagamento do ICMS relativo aos produtos utilizados no tratamento do câncer e não recuperava a parcela proporcional do ICMS antecipado, vinculado às saídas internas ocorrida sob o abrigo da isenção, e que procedeu ao levantamento referente ao exercício de 1999, vide fls. 517 a 593 do PAF, que resultou em valor a recuperar no montante de R\$508.598,15, comunicando o fato à Inspetoria de sua jurisdição através do processo nº 246116/2004-2.

Assevera que, todavia, para espanto do contribuinte, em dezembro de 2006, foi lavrado Auto de Infração, e através da infração 03, foi estornado todo o valor de ressarcimento objeto do processo acima mencionado. Aduz que, além do estorno do ressarcimento retro, o autuante efetuou, sem embasamento legal, estorno de ICMS referente ao ressarcimento de ICMS pago por antecipação dos produtos quimioterápicos dos meses correntes, conforme anexo XI da defesa fiscal, os quais posteriormente foram objeto de saídas com isenção, tipificadas no artigo 17, IV, do RICMS, fato este que não tem nenhuma correlação com os ressarcimentos referentes ao período de 1999 objeto do processo de nº 246116/2004-2. Salienta que o Auditor utilizados através do processo de comunicação supramencionado que os valores utilizados nos meses correntes, conforme tabela acostada

Sustenta que, se o contribuinte antecipa o ICMS nas entradas das mercadorias, por não ter conhecimento se o produto na saída vai ser isento ou não, nada mais justo que, ocorrendo saídas subsequentes isentas, o valor antecipado proporcionalmente às saídas seja resarcido, sendo reduzido do valor a recolher. Alega ainda, que as notas fiscais de entradas alusivas aos referidos produtos, que posteriormente saíram com isenção em operações internas, estão computadas no valor devido por antecipação no período de sua entrada.

Salienta que o benefício da isenção previsto no Convênio ICMS 34/96, refere-se a medicamentos quimioterápicos usados no tratamento do câncer, que muitas vezes necessita ser prescrito em associação com outro medicamento de natureza não quimioterápica, abrigados, também, pelo instituto da isenção devido a sua finalidade, para que atinja plena eficácia.

No que concerne à alegação do relator da 3^a JJF de que as provas não foram anexadas ao PAF, registra o recorrente que os demonstrativos de utilização de crédito encontram-se devidamente apensados às folhas 517 a 593 do presente PAF.

Assim, diante do exposto, sustenta o recorrente que inexiste ilícito fiscal, pois se utilizou de créditos relativos a imposto pago por antecipação que, na operação seguinte, estavam abrangidos pela isenção, tanto nos valores resarcidos, objeto do processo de comunicação, como nos valores deduzidos nos meses correntes.

8. Da impugnação à quarta infração:

Assevera que o autuado, em 07/12/2004, solicitou à SEFAZ-BA, a redução da base de cálculo do ICMS em 18,53%, embasada nos Decretos nºs 7.748/00 e 7.799/00, e que o fisco estadual somente manifestou Decisão de concordância com a concessão do Regime Especial em 11/03/2005. Diz que atendia a todas as determinações legais para figurar como beneficiário da redução da base de cálculo, citando o artigo 901, § 3º, do RICMS-BA, e que, decorrente do silêncio administrativo, surge o direito para o contribuinte de auferir o benefício fiscal desde a propositura do pedido, uma vez que atendidos os requisitos necessários previstos na norma instituidora. Ressalta que a prerrogativa de gozo do benefício fiscal só veio a ser deferida pela autoridade administrativa apenas em 11/03/2005, evidenciando que tal ato foi convalidado desde o seu nascedouro.

Entende que a inércia administrativa do fisco estadual, além de ferir princípios constitucionais da legalidade, segurança jurídica e igualdade, veio a prejudicar as atividades comerciais do autuado, configurando também enriquecimento ilícito por parte do fisco estadual.

Aduz que, surpreendentemente em 04/07/2005, o referido Termo de Acordo foi revogado com a inverídica justificativa de que o contribuinte apresentava débito inscrito em Dívida Ativa, descumprindo a Cláusula Segunda do referido Termo de Acordo, e como aquele ato praticado pela Secretaria da Fazenda, foi, no mínimo, absurdo, já que o fundamento apresentado não correspondia à realidade da situação fiscal da empresa, uma vez que o autuado não possuía nenhum débito fiscal inscrito em dívida ativa, como pode ser facilmente comprovado, socorreu-se de Mandado de Segurança, com a finalidade de impugnar judicialmente a Decisão administrativa revogatória. Aduz que, em 04/07/05, a 2^a Vara de Fazenda Pública de Salvador, acertadamente, deferiu a Liminar, determinando que o contribuinte não fosse excluído dos regimes especiais e que o Fisco foi instado a cumprir a Decisão judicial, confirmada posteriormente em sentença.

Afirma que, todavia, a exigência consubstanciada no Auto de Infração elencou período incluído na vigência da liminar, pois o lançamento de ofício refere-se aos meses de 12/2004 a 03/2005 e 06/2005 e 07/2005, quando a liminar tinha vigência a partir de junho de 2005. Acrescenta que o benefício fiscal foi revogado administrativamente em 04/07/2005 e, em contradição, o Auto de Infração elenca o mês de 06/2005 (período de vigência do próprio Termo de Acordo). Cita o artigo 330 do Código Penal para dizer que o fisco estadual não pode praticar um ato discricionário contrariando Decisão judicial.

Assim, por tudo quanto exposto, sustenta o recorrente o direito a

9. Da impugnação à quinta infração:

Aduz o recorrente que se constata a presença do instituto da decadência duplamente, citando o artigo 34, VII, da Lei 7.014/96, e com isso, afirma que os livros fiscais encontravam-se à disposição do Fisco Estadual durante o lapso temporal descrito na mencionada Lei. Entende que, apesar de os livros fiscais terem sido extraviados, o Fisco Estadual perdeu o direito de exigir do contribuinte a obrigação de guardá-los, uma vez que tal direito já havia decaído. Transcreve o princípio da legalidade e diz que o autuado após 05 (cinco) anos dos exercícios acima mencionados, já se encontra desobrigado de atender ao que determina a lei, no que concerne à obrigação acessória de "guardar os livros fiscais" em seu estabelecimento, e que não há que se falar em qualquer infração, pois o autuado em momento algum inobservou o que determina o diploma legal. Ressalta que, mesmo tendo sido extraviados os livros fiscais, os mesmos já tinham sido examinados mais de uma vez, pela unidade fiscalizadora, em momento anterior, conforme fazem prova os termos de monitoramento anexos na defesa inicial.

Diz que a segunda forma de decadência presente na infração em exame é a decadência do direito de lançar o crédito, segundo preceitua o inciso I do artigo 173 do Código Tributário Nacional, no sentido de que, em decorrência do lapso temporal, o fisco perdeu totalmente o direito de constituir o crédito tributário.

10. Por fim, requer a realização de diligências ou perícias fiscais com a finalidade de averiguar a veracidade das informações apresentadas pelo recorrente.

Em seu pronunciamento, às fls. 1.916 e 1.917 dos autos, a PGE/PROFIS destaca que o recorrente repete literalmente os mesmos argumentos suscitados desde a sua defesa inicial ao tempo em que insiste no requerimento de diligência fiscal com a finalidade de averiguar a veracidade das informações apresentadas pela mesma. Contudo, entende a PGE/PROFIS que a quantidade de erros apontados pelo contribuinte e supostamente sanados através de sucessivos pronunciamentos e novos demonstrativos analíticos apresentados pelo próprio autuante, a complexidade da matéria relativa às infrações descritas nos itens 2, 3 e 4, bem como o relevante valor do crédito tributário apurado no presente lançamento tributário representam motivos capazes de ensejar uma revisão fiscal por agente estranho ao feito. Assim sendo, em homenagem ao princípio da legalidade e verdade material, sustenta o opinativo que a revisão fiscal deverá ser levada a efeito por técnico da ASTEC.

À fl. 1.919 dos autos, esta 1^a Câmara de Julgamento Fiscal, decidiu pelo indeferimento da diligência solicitada, uma vez que a sugestão da PGE/PROFIS para realização da diligência foi feita de forma genérica, sem apresentar os pontos que deveriam ser esclarecidos ou quais dúvidas que deviam ser elucidadas, de forma a direcionar a diligência, a qual deve ser específica em seu encaminhamento.

A PGE/PROFIS, à fl. 1.921 a 1.925 do PAF, da análise das razões expendidas no Recurso Voluntário opina pelo seu Provimento Parcial, por considerar presentes os argumentos jurídicos capazes de provocar revisão do Acórdão recorrido, diante das seguintes considerações:

1^a) Preambularmente, observa que não deve ser acolhida a arguição de nulidade relativa à primeira infração, visto que se verifica que a motivação da imputação fiscal está indicada de forma absolutamente clara, não remanescendo dúvidas quanto aos meses, objeto da exigência da multa, que foram efetivamente mantidos pela Decisão recorrida, coincidem com os meses que foram indicados nas intimações encaminhadas ao contribuinte. Assim, inexiste vício capaz de gerar nulidade, devendo a infração fiscal ser mantida, pois os princípios da ampla defesa, da legalidade, do contraditório e do devido processo legal foram rigorosamente observados.

2^a) Porém, no que concerne às infrações 2 e 3, entende a PGE/PROFIS que a preliminar de nulidade suscitada pelo recorrente deverá ser acatada porquanto o fisco não obedeceu aos princípios constitucionais do contraditório e do devido processo legal.

decorrem da glosa dos créditos fiscais escriturados extemporaneamente, quais tinham sido objeto dos processos administrativos de nº

246116/2004-2 e 229771/2005-3, nos quais o contribuinte informa à SEFAZ acerca da escrituração dos créditos fiscais, como estabelece o art. 101, § 1º, do RICMS.

Ressalta que, à vista das provas documentais constantes às fls. 1.609 a 1.646 dos autos, pode-se perceber que somente em 03/01/07 a SEFAZ se pronunciou sobre a comunicação feita pelo contribuinte mediante processos administrativos, oportunidade em que decidiu ser indevido o lançamento dos créditos fiscais. Contudo, a lavratura do presente Auto de Infração e a ciência pelo autuado se deram no exercício de 2006, portanto, antes mesmo de o contribuinte ter a ciência da manifestação da SEFAZ acerca das questões tratadas nos aludidos processos administrativos, tendo o autuante, simplesmente, considerado indevidos os créditos fiscais escriturados pelo contribuinte.

Sustenta o opinativo ser inquestionável o direito do contribuinte de ser informado da Decisão da SEFAZ acerca dos processos, inclusive, para que, exercendo seu direito constitucional ao contraditório, pudesse contestar a Decisão fazendária, se assim desejasse. Assim, sustenta que, sem dúvida, a situação fático-jurídica demanda a aplicação da regra contida no art. 10, § 2º, da LC 87/96, ou seja, ao contribuinte ainda precisaria ser dado o prazo de até 15 dias para estornar os créditos fiscais anteriormente escriturados, contados a partir de Decisão irrecorribel da SEFAZ, contrária à sua pretensão.

Registra, ainda, a PGE/PROFIS que a LC 87/96, no seu art. 10, § 1º, bem como o próprio RPAF, no seu art. 78, determinam que, se o Fisco não se pronunciar dentro do prazo de 90 dias, o contribuinte poderá efetuar o lançamento dos créditos fiscais.

No que concerne ao art. 359, § 6º, do RICMS/97, transscrito na Decisão exarada pela JJF, aduz a PGE/PROFIS ser interessante pontuar que se trata apenas da obrigatoriedade de se encaminhar um requerimento à SEFAZ, visando à utilização do crédito fiscal, mas, em momento algum, impõe restrições que impeçam o contribuinte de efetuar esta utilização, em face da demora e do silêncio da SEFAZ.

3^a) Relativamente à quarta infração, aduz o opinativo que a questão se resume em decidir se o contribuinte poderia gozar do benefício fiscal de redução da base de cálculo desde o protocolo do pedido (uma vez que já preenchia os pré-requisitos para tanto), ou se somente poderia fazê-lo a partir do deferimento do pedido pelo órgão fazendário. Entende a PGE/PROFIS que se trata de benefício fiscal condicionado à celebração de Termo de Acordo autorizativo, que só foi confirmado em 11.03.2005.

4^a) No que concerne à quinta infração, a PGE/PROFIS comunga com o entendimento de que o contribuinte estava obrigado a guardar os livros relativos a exercícios antigos, porquanto, nos termos do art. 144 do RICMS, os livros fiscais deverão ser conservados após o prazo decadencial, quando relativos a operações ou prestações objeto de processo pendente, até sua Decisão definitiva.

Em Parecer de fl. 1.926 dos autos, a Procuradora do Estado, Dr^a. SYLVIA MARIA AMOÉDO CAVALCANTE concorda integralmente com o Parecer da ilustre Procuradora Dr^a. MARIA JOSÉ COELHO SENTO-SÉ, acima relatado.

VOTO

Trata-se de Recurso de Ofício por ter a Decisão recorrida exonerado parcialmente o sujeito passivo dos débitos originalmente exigidos relativos às infrações 1 e 4, em montante superior ao valor de R\$ 50.000,00, conforme previsto no art. 169, inciso I, alínea “a”, item “1”, do RPAF, aprovado pelo Decreto nº. 7.629/99, como também de Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte no sentido de modificar a Decisão da 1^a Instância no que tange a todas as infrações do lançamento de ofício.

Da análise das razões do Recurso Voluntário, observo que as preliminares haviam sido propostas pelo recorrente quando da sua impugnação com a manutenção de pleito do contribuinte acolhido pelo julgamento.

Preliminarmente, com exceção das infrações 2 e 3, as quais abordarei no momento próprio, rejeito o pedido, *em sentido lato*, de nulidade do Auto de Infração, arguido pelo recorrente, uma vez que o lançamento de ofício, quanto às demais infrações, preenche todas as formalidades legais previstas, não ensejando em qualquer violação ao devido processo legal e à ampla defesa do contribuinte, a qual foi exercida plenamente, visto que o sujeito passivo atacou a matéria objeto da autuação com muita clareza e precisão, o que demonstra inexistir cerceamento ao direito de defesa.

Quanto à pretensão recursal de anular a Decisão recorrida, sob o argumento de que o Acórdão não tocou em todos os pontos suscitados pelo autuado, observo que todas as alegações de defesa foram apreciadas pela JJF em Decisão fundamentada. Sendo assim, descabe tal pleito.

Também descabe a alegação de que as multas são confiscatórias, pois são as legalmente previstas às infrações apuradas, como também a pretensão de cancelamento ou redução da multa, relativa à primeira infração, visto que não restou provado que as infrações tenham sido praticadas sem dolo, fraude ou simulação e que não tenham implicado falta de recolhimento de tributo, pois, para tal constatação, seria essencial a apresentação dos arquivos magnéticos, em razão do grande volume de operações realizadas pelo contribuinte, cuja apuração foi inviabilizada pela negativa do contribuinte de atender às intimações para regularização das inconsistências apresentadas nos arquivos magnéticos.

Por fim, indefiro, também, o pedido para realização de diligências ou perícias fiscais, pois entendo que as provas constantes dos autos são suficientes para a formação da convicção dos Conselheiros membros desta 1ª Câmara de Julgamento Fiscal.

Quanto às impugnações “específicas” do Recurso Voluntário, inicialmente as relativas à primeira infração, a qual exige a multa, no valor de R\$ 2.834.150,22, por ter o contribuinte, atacadista e usuário do sistema eletrônico de processamento de dados - SEPD, deixado de fornecer arquivo magnético, mediante intimação, com informações das operações ou prestações realizadas, devo esclarecer que corrobooro com o entendimento do Parecer da PGE/PROFIS, de que não deve ser acolhida a arguição de nulidade deste item, posto que a descrição da imputação e os dispositivos legais infringidos foram devidamente citados e o sujeito passivo demonstrou ter entendido plenamente o que está sendo acusado, exercendo seu direito de defesa, inclusive apontando períodos em que não foi devidamente intimado, os quais foram objetos de exclusão pela JJF, relativos aos meses novembro de 2005 e de fevereiro a junho de 2006, reduzindo o débito de R\$2.834.150,22 para R\$2.812.168,05.

Consoante bem salientado na Decisão recorrida, a qual, em relação a este item, a adoto integralmente como se aqui estivesse transcrita, o contribuinte foi intimado para apresentar os referidos arquivos corrigidos, relativos aos períodos de 2001 a 2006, conforme documentos acostados ao presente processo às folhas 17 a 46, cujas intimações são validadas através do Termo de Início de Fiscalização e sucessivos Termos de Prorrogação de Fiscalização, às fls. 12 e 13 do PAF, tendo o autuante, nas aludidas intimações, elaborado Relatório Diagnóstico de Inconsistência de Arquivos Magnéticos, constante às fls. 33 a 36 dos autos, cujo demonstrativo da base de cálculo para exigência da multa imputada consta às fls. 169 a 183 dos autos. Sendo assim, restou caracterizada a falta de apresentação de arquivos magnéticos, devidamente corrigidos, sendo corretamente aplicada a multa prevista, à época dos fatos, no art. 42, XIII-A, “g”, da Lei 7.014/96, visto que não havia operado a decadência do período exigido, nos termos do art. 107-B, § 5º, da Lei nº. 3.956/81 (COTEB), fundamentado no art. 173, inciso I, do CTN.

No tocante à alegação recursal, de que não foi intimado para apresentação de informação em meio magnético nos períodos de novembro/05 e fevereiro a junho/06, já foi objeto de reconhecimento e exclusão pela Decisão recorrida, sendo impertinente sua manutenção no Recurso Voluntário.

Assim, considero insuficientes as razões recursais para a reforma
este item.

No tocante às infrações 2 e 3 do lançamento de ofício, relativas à utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, no valor de R\$ 1.950.058,43, lançados no livro de Registro de Apuração do ICMS, sob a rubrica “outros créditos”, comunicados à SEFAZ-BA por meio dos processos nº 596753/2003-1 e nº 246115/2004-6, relativos às saídas de mercadorias tributadas anteriormente por substituição tributária e vendidas para Hospitais, Clínicas ou Órgãos Públicos, com o valor da operação maior ou igual ao que serviu de base de cálculo para pagamento do imposto por antecipação (infração 2) e à utilização indevida de crédito fiscal, no valor de R\$ 1.052.277,12, referente à aquisição de mercadorias beneficiadas com saídas com isenção do imposto, lançados no Livro de RAICMS, sob a rubrica “outros créditos”, comunicados à SEFAZ-BA por meio dos processos nº 246116/2004-2 e nº 229771/2005-3 (infração 3), alega o recorrente que tais exigências são nulas por ofenderem os princípios do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, haja vista que a SEFAZ ainda não tinha emitido Parecer sobre os comunicados do autuado, que desse suporte à Decisão contida no lançamento de ofício, ora combatido, e, por isso, fundamentado em ato inexistente, além de que a legislação tributária estadual, em nenhuma de suas previsões normativas, condiciona o direito ao crédito à autorização da repartição fazendária competente, depois de ultrapassado o prazo para manifestação, citando o § 1º do art. 10 da LC 87/96, do que transcreve o § 7º do art. 150 da Constituição Federal, introduzido através da Emenda Constitucional nº 3 de 17 de março de 1993, que assegura ao sujeito passivo a imediata e preferencial restituição da quantia paga do imposto por antecipação, caso não se realize o fato gerador presumido, e que atento a esta situação, e com objetivo de atender à determinação do citado parágrafo da Constituição Federal, o Fisco Estadual baiano criou a figura do resarcimento através do que prevê o § 6º do art. 359 do RICMS/97 para as operações com produtos farmacêuticos. Entende que, em razão do citado diploma legal, o defendant tem direito ao resarcimento da diferença existente entre o valor base adotado para cálculo da retenção ou antecipação e o valor da operação que tiver realizado.

Por sua vez, a PGE/PROFIS, em seu opinativo, entende que a preliminar de nulidade suscitada pelo recorrente deverá ser acatada, porquanto o fisco não obedeceu aos princípios constitucionais do contraditório e do devido processo legal, haja vista que estas infrações decorrem da glosa dos créditos fiscais escriturados extemporaneamente pelo contribuinte, os quais tinham sido objetos dos processos administrativos, nos quais o contribuinte informa à SEFAZ acerca da escrituração dos créditos fiscais, como estabelece o art. 101, § 1º, do RICMS, tendo, somente em 03/01/07, a SEFAZ se pronunciado sobre a comunicação feita pelo contribuinte, oportunidade em que decidiu ser indevido o lançamento dos créditos fiscais. Contudo, ressalta a PGE/PROFIS que a lavratura do presente Auto de Infração e a ciência pelo autuado se deram no exercício de 2006, portanto, antes mesmo de o contribuinte ter a ciência da manifestação da SEFAZ acerca das questões tratadas nos aludidos processos administrativos, tendo o autuante, simplesmente, considerado indevidos os créditos fiscais escriturados pelo contribuinte.

Assim, sustenta a PGE/PROFIS que, sem dúvida, a situação fático-jurídica demanda a aplicação da regra contida no art. 10, § 2º, da LC 87/96, ou seja, ao contribuinte ainda precisaria ser dado o prazo de até 15 dias para estornar os créditos fiscais anteriormente escriturados, contados a partir de Decisão irrecorrível da SEFAZ, contrária à sua pretensão. Registra, ainda, que a LC 87/96, no seu art. 10, § 1º, bem como o próprio RPAF, no seu art. 78, determinam que, se o Fisco não se pronunciar dentro do prazo de 90 dias, o contribuinte poderá efetuar o lançamento dos créditos fiscais.

Diante de tais considerações, corroboro com o entendimento da PGE/PROFIS de que as exigências fiscais violam os princípios constitucionais do contraditório e do devido processo legal, uma vez que a LC 87/96, no seu art. 10, § 1º, bem como o próprio RPAF/99, no seu art. 78, determinam que, se o Fisco não se pronunciar dentro de até 90 dias, o contribuinte poderá efetuar o lançamento dos créditos fiscais e que, sobrevindo Decisão contrária irrecorrível, só após ultrapassado o prazo de 15 dias da respectiva notificação ao contribuinte substituído, § 87/96, sem que haja o estorno dos créditos lançados, o Fisco poderá devidamente atualizados com os devidos acréscimos legais. Co exigências relativas às infrações 2 e 3 ocorreram em 19/12/2006,

pronunciamento da SEFAZ, ocorrido em 03/01/2007 (fl.1609/1646), não há dúvidas que o procedimento adotado pelo autuante, em relação às infrações 2 e 3, é nulo.

Inerente à quarta infração, a qual exige o recolhimento a menos do ICMS por antecipação, no valor de R\$ 383.812,57, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias de outras unidades da Federação e relacionadas no Anexo 88, “Referente ao uso indevido da redução de Base de Cálculo em mais 18,53% prevista pelo Dec. 7.799/2000, em virtude de que a utilização de tal benefício está condicionada a celebração de Termo de Acordo específico com a assinatura do Diretor da DAT/Metro, que só ocorreu em 11/03/2005, sem previsão de retroação dos seus efeitos, hipótese não prevista na Legislação Estadual. Além disso, houve a revogação do Termo de Acordo em 27/06/2005 em função do descumprimento da Cláusula Segunda do referido Termo. Entretanto, considerando a concessão da Liminar em Ação de Mandado de Segurança nº. 750455-1/2005, a SEFAZ-BA reestabeleceu o multireferido Termo de Acordo a partir de 11/07/2005. Tudo conforme Demonstrativo constante no Anexo III e cópia de Livros e documentos que também foram acostadas a este PAF.”, aduz o recorrente que atendia a todas as determinações legais para figurar como beneficiário da redução da base de cálculo e que decorrente do silêncio administrativo, surge o direito para o contribuinte de auferir o benefício fiscal desde a propositura do pedido, uma vez que atendidos os requisitos necessários previstos na norma instituidora. Diz que a prerrogativa de gozo do benefício fiscal só veio a ser deferida pela autoridade administrativa apenas em 11/03/05, evidenciando que tal ato foi convalidado desde o seu nascedouro. Por fim, reitera sua alegação, já acatada pela Decisão recorrida, de que o Auto de Infração elencou período incluído na vigência da liminar, pois o lançamento de ofício refere-se aos meses de 12/2004 a 03/2005 e 06/2005 e 07/2005, quando, a liminar tinha vigência a partir de junho (julho) de 2005.

Da análise dos fatos, concordo integralmente com a Decisão recorrida e com o Parecer da PGE/PROFIS de que se trata de benefício fiscal condicionado à celebração de Termo de Acordo autorizativo, que só foi confirmado em 11.03.2005. Sendo assim, no período de 12/2004 a 10/03/2005 foi devidamente exigido o ICMS, recolhido a menos diante da redução indevida da base de cálculo em 18,53%, prevista no Decreto nº. 7799/2000, período em que o recorrente valeu-se indevidamente do referido benefício fiscal.

Quanto aos valores correspondentes aos meses de junho e julho de 2005, a JJF já os havia excluídos por entender que não há provas nos autos da ciência ao autuado sobre a cassação do Termo de Acordo celebrado com a SEFAZ-BA, como também porque o contribuinte estava acobertado por medida judicial.

Diante do exposto, mantengo a Decisão recorrida quanto à quarta infração.

Quanto à quinta infração, a qual exige a multa de R\$ 7.360,00 por ter o contribuinte extraviado oito livros fiscais, conforme declaração às fls. 166 e 167 dos autos, alega o recorrente que, apesar de os livros fiscais terem sido extraviados, o Fisco Estadual perdeu o direito de exigir do contribuinte a obrigação de guardá-los, uma vez que tal direito já havia decaído. Contudo, entende a PGE/PROFIS que a Decisão recorrida está correta, uma vez que o contribuinte estava obrigado a guardar os livros relativos a exercícios antigos, porquanto nos termos do art. 144 do RICMS os livros fiscais deverão ser conservados após o prazo decadencial, quando relativos a operações ou prestações objeto de processo pendente, até sua Decisão definitiva, uma vez que se referem a processo pendente de utilização de crédito fiscal, à época da ação fiscal, e, neste caso, a conservação dos aludidos livros é obrigatória.

Assim, corroboro com o mesmo entendimento.

Por fim, no tocante ao Recurso de Ofício interposto, relativo às infrações 1 e 4, da análise das peças processuais, verifico que as exclusões dos valores efetuadas na Decisão recorrida estão corretas, uma vez que decorreram, quanto à primeira infração, de p autuado sido intimado para a apresentação dos arquivos magnéticos de novembro/05 e fevereiro a junho/06, como também, em revisões fiscais realizadas pelo autuante e de iniciativa do próprio

períodos em que o contribuinte estava acobertado pelo Termo de Acordo ou a medida judicial com sentença de mérito transitado em julgado, conforme considerações já expostas, do que concordo.

Diante do exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício e pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário, conforme abaixo demonstrado, para modificar a Decisão recorrida, em relação apenas às infrações 2 e 3, consideradas nulas. Nesse sentido, represento à autoridade competente, nos termos do art. 156 do RPAF/99, para instaurar novo procedimento fiscal a salvo de falhas.

INFRAÇÃO N º	CONCLUSÃO	IMPOSTO	MULTA
01	PROCEDENTE EM PARTE	-	2.812.168,05
02	NULA	-	-
03	NULA	-	-
04	PROCEDENTE EM PARTE	310.074,02	-
05	PROCEDENTE	-	7.360,00
TOTAL		310.074,02	2.819.528,05

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NÃO PROVER o Recurso de Ofício interposto e PROVER PARCIALMENTE o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar PROCEDENTE EM PARTE o Auto de Infração nº 210432.0003/06-0, lavrado contra MULT-EXPRESS MEDICAMENTOS ESPECIALIZADOS LTDA. (MULTIMED Express), devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de R\$310.074,02, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das multas por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$2.819.528,05, previstas, à época, nos incisos XIII-A, alínea “g”, e XIV, do art. 42, da cita lei, e dos acréscimos moratórios, na forma estabelecida pela Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 23 de fevereiro de 2010.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA - PRESIDENTE

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – RELATOR

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