

PROCESSO - A. I. Nº 206833.0004/10-7
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - MULT-EXPRESS MEDICAMENTOS ESPECIALIZADOS LTDA. (MULTMED EXPRESS)
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 1ª JJF nº 0084-01/11
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
INTERNET - 27/12/2011

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0441-12/11

EMENTA: ICMS. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO A MAIS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. RESSARCIMENTO NAS VENDAS PARA CONSUMIDOR FINAL. Ficou comprovado que a autuação ocorreu antes de ter sido o sujeito passivo notificado do resultado dos processos administrativos atinentes ao ressarcimento. O Auto de Infração foi lavrado sem a observância dos princípios do devido processo legal e da ampla defesa e do contraditório, o que acarreta a nulidade do lançamento tributário de ofício nos termos do art. 18, II, do RPAF/99. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício interposto pela R. 1ª Junta de Julgamento Fiscal nos termos do art. 169, I, “a”, item 1, do RPAF/99, com vistas ao reexame da Decisão proferida nos autos do presente PAF que julgou Nulo o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 24/05/10, no valor de R\$ 113.594,80, em decorrência da utilização de crédito fiscal de ICMS a mais, em razão de saídas de mercadorias tributadas anteriormente por substituição tributária para hospitais, clínicas ou órgãos públicos, com o valor da operação inferior ao que serviu de base de cálculo para o pagamento do imposto devido por antecipação.

O autuado apresentou tempestivamente defesa (fls. 572 a 579), houve informação fiscal (fl. 616 a 618), pedido de diligência à GERSU, com resposta à fl. 630. Regularmente instruído, o processo foi a julgamento na 1ª JJF, que assim decidiu, *in verbis*:

“VOTO

Trata o Auto de Infração da utilização de crédito fiscal de ICMS a mais, em decorrência de ressarcimento do imposto relativamente às saídas de mercadorias tributadas anteriormente por substituição tributária para hospitais, clínicas ou órgãos públicos, com o valor da operação inferior ao que serviu de base de cálculo para pagamento do imposto devido por antecipação.

Preliminarmente, o autuado suscita a nulidade do Auto de Infração por inobservância dos princípios da legalidade, da ampla defesa e do contraditório, uma vez que não foi notificado da glosa do ressarcimento que originou o lançamento.

O disposto no § 6º do artigo 359 do RICMS-BA prevê que as distribuidoras de medicamentos que efetuam vendas com destino a hospitais, clínica, pronto-socorros e congêneres e órgãos públicos, fazem jus a ressarcimento do imposto recolhido por antecipação tributária, na forma de créditos fiscais, relativo à diferença entre o valor efetivamente praticado e aquele que serviu de base de cálculo para a antecipação tributária, conforme o dispositivo transcrito a seguir:

§ 6º Nas operações com produtos farmacêuticos e demais produtos relacionados no item 13 do inciso II do art. 353, realizadas por estabelecimento atacadista ou distribuidor com destino a hospitais, clínicas, ambulatorios, prontos-socorros, casas de saúde e congêneres, assim como para órgãos da administração pública federal, estadual ou municipal, tendo o imposto a eles relativo sido retido ou antecipado na operação imediatamente anterior, o contribuinte poderá requerer da Gerência de Substituição Tributária autorização visando a recuperar a parcela do imposto retido correspondente à diferença entre a base de

cálculo que serviu para a retenção na operação mais recente e o valor da operação que tiver realizado, proporcionalmente às quantidades saídas, devendo essa recuperação ser documentada em Nota Fiscal emitida especialmente nesse sentido.

Às fls. 251 a 253 e 393 a 395, estão acostados aos autos fotocópia dos Processos nos 129616/2005-2 e 129625/2005-3, datados de 27/07/05, nos quais o autuado informa à Secretaria da Fazenda que está entregando planilhas para ressarcimento do ICMS referente à 1ª e 2ª quinzena do mês de maio de 2005, conforme previsto no § 6º do art. 359 do RICMS-BA, bem como diz que estão seguindo anexas aos processos as correspondentes notas fiscais.

Tendo em vista que o autuado tinha sustentado que não teve resposta da Decisão da Secretaria da Fazenda relativamente a esses citados processos de ressarcimento, o PAF foi convertido em diligência à Gerência de Substituição Tributária, para que informasse qual a Decisão daquela Gerência quanto aos processos em tela e se o contribuinte tinha sido notificado acerca da Decisão. Também foi solicitado que fosse acostada aos autos fotocópia dos referidos processos.

A diligência foi cumprida, tendo o Gerência de Substituição Tributária informado que o processo não transitou por aquela especializada, conforme cópias dos Pareceres anexadas às fls. 623 a 629.

Da análise dos documentos de fls. 623 a 629, constato que os Processos nos 129616/2005-2 e 129625/2005-3 tiveram os seus Pareceres intermediários concluídos, respectivamente, às 18h:28min e 18h:31min do dia 24/05/2010, conforme se pode verificar às fls. 625 e 628, ao passo que o Auto de Infração em tela foi lavrado às 09h:54min do mesmo dia. Dessa forma, mesmo antes de concluídos os Pareceres intermediários que embasariam a Decisão da autoridade competente acerca dos ressarcimentos, o Auto de Infração já tinha sido lavrado. Óbvio, portanto, que antes da lavratura do Auto de Infração o autuado não tinha sido notificado acerca da Decisão atinente aos Processos nos 129616/2005-2 e 129625/2005-3, que fundamentavam o lançamento de ofício.

Antes da lavratura do Auto de Infração, a Secretaria da Fazenda deveria ter cientificado o autuado do resultado dos Processos nºs 129616/2005-2 e 129625/2005-3, bem como deveria ter concedido ao contribuinte o prazo de lei para pronunciamento acerca desse resultado, garantindo ao autuado o contraditório e a ampla defesa, com os meios e Recursos a ela inerentes, conforme previsto no art. 5º, inc. LV, da Constituição Federal.

Em face do acima comentado, considero que o Auto de Infração foi lavrado sem a devida observância dos princípios do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, inquinando de nulidade o lançamento tributário de ofício.

(...)

Pelo acima exposto, acolho a preliminar de nulidade suscitada na defesa, uma vez que o Auto de Infração é nulo, ao teor do disposto no art. 18, inc. II, do RPAF/99. Recomendada a autoridade competente que observe no caso de refazimento dos atos, a ocorrência do prazo decadencial de 05 (cinco) anos, disposto no art. 173 do Código Tributário Nacional.

Voto, portanto, pela nulidade do Auto de Infração.”

Ao final do voto, houve a interposição de Recurso de Ofício em face da presente Decisão para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF, nos termos do art. 169 inciso I, alínea “a”, item 2, 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.

VOTO

Reparo algum merece a Decisão recorrida.

Ficou cabalmente demonstrado no Acórdão da 1ª JfF que o Fisco não obedeceu aos princípios constitucionais do contraditório e do devido processo legal.

Digo isso, pois, conforme constatado pelo Relator de *primo* grau, o Auto de Infração foi lavrando antes do sujeito passivo ser cientificado da Decisão dos processos nºs 129616/2005-2 e 129625/2005-3, referente aos créditos fiscais escriturados extemporaneamente pelo contribuinte, segundo estabelece o art. 101, §1º, do RICMS. Ou seja, antes mesmo da imprescindível abertura do prazo de 15 dias em relação a uma possível Decisão da SEFAZ contrária ao pedido de estorno dos créditos fiscais, segundo preceito do art. 10, §2º da LC 87/96 e art. 78, Parágrafo único do RPAF/BA.

Elaborado dessa forma, entendo que o Auto de Infração sob análise feriu de morte os preceitos previstos no art. 5º, LV da CF e artigos 2º e 18, II do RPAF/BA.

Devo também mencionar que o contribuinte não observou a regra do art. 78 do RPAF/BA, qual seja, a possibilidade de creditamento somente após a não deliberação no prazo de 90 dias, conforme abaixo transcrito:

“Art. 78. Tratando-se de valores relativos ao ICMS, uma vez formulado o pedido de restituição e não havendo deliberação no prazo de 90 (noventa) dias, contado da protocolização do pedido, o contribuinte poderá creditar-se, em sua escrita fiscal, do valor objeto do pedido.”

Diante dessa regra, entendo que o contribuinte deveria aguardar durante 90 dias a resposta da Gerência de Substituição Tributária para, só então, ter o direito de se creditar e emitir a nota fiscal para recuperar o crédito previsto no §6º, art. 359. Observo que pela Nota Fiscal acostada à fl. 253 do presente PAF, datada de 9 de junho de 2005, tal prazo não foi cumprido.

Outrossim, mesmo diante dessa falta cometida pelo contribuinte, não posso crer que ela seja apta para que a fiscalização realize tal procedimento, com o qual me deparo neste presente processo fiscal.

Por tudo quanto exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício para manter a Decisão recorrida em sua inteireza.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **NULO** o Auto de Infração nº **206833.0004/10-7**, lavrado contra **MULT-EXPRESS MEDICAMENTOS ESPECIALIZADOS LTDA. (MULTMED EXPRESS)**.

Sala das Sessões do CONSEF, 15 de dezembro de 2011.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

RODRIGO LAUANDE PIMENTEL – RELATOR

ROSANA MACIEL BITTENCOURT PASSOS - REPR. DA PGE/PROFIS