

A. I. N.º - 206833.0003/10-0
AUTUADO - MULT EXPRESS MEDICAMENTOS ESPECIALIZADOS LTDA.
AUTUANTE - ROBERTO VICENTE MARUBAYASHI
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
INTERNET - 02/05/2011

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0078-03/11

EMENTA: ICMS: NULIDADE. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. PEDIDO DE RESSARCIMENTO PARCIALMENTE NEGADO SEM CIÊNCIA AO CONTRIBUINTE. TERMO DE INTIMAÇÃO. AUTO DE INFRAÇÃO LAVRADO ANTES DE DECORRIDO O PRAZO CONCEDIDO PELO FISCO PARA REGULARIZAÇÃO DE ESTORNO DE CRÉDITO. Matéria objeto de pedido de ressarcimento pendente de cientificação ao contribuinte. Nenhum procedimento fiscal pode ser instaurado relativamente a matéria objeto de pedido endereçado à administração fazendária, enquanto não for dada, ao contribuinte, ciência da decisão, bem como não pode produzir efeitos, contra o contribuinte, o Auto de Infração lavrado antes de expirado o prazo concedido pelo Fisco para correção das irregularidades verificadas. Auto de Infração **NULO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração foi lavrado em 28/04/2010 para reclamar ICMS no valor de R\$63.156,36, acrescido da multa de 60%, por utilização de crédito fiscal de ICMS a mais, em razão de saídas tributadas anteriormente por substituição tributária para Hospitais, Clínicas ou Órgãos Públicos, com valor de operação inferior ao que serviu de base de cálculo para pagamento do imposto por antecipação. Consta, na descrição dos fatos, que “Refere-se aos processos de pedido de ressarcimento n. 093.817/2005-0 e 093.789/2005, nos termos do parágrafo 6º do artigo 359 do RICMS/BA, negado parcialmente. O presente lançamento não tem efeito homologatório, tendo sido específico para análise dos processos acima.” Data de ocorrência de 30 de abril de 2005.

O autuante acosta intimações fiscais, demonstrativos fiscais, cópias de livro e de documentos, às fls. 06 a 371.

O autuado, apresentando Procuração à fl. 385, manifesta-se às fls. 376 a 383 alegando a tempestividade da defesa e, em seguida, expondo que em várias regiões do Brasil se dedica ao comércio atacadista de distribuição de medicamentos especiais, cujo valor agregado é elevado. Que sua atividade comercial tem direcionamento para o comércio de medicamentos, com ênfase em quimioterápicos, para hospitais, clínicas, ambulatorios, prontos-socorros, casas de saúde e congêneres, assim como para órgãos da administração pública federal, estadual ou municipal. Que o regime de tributação das mercadorias comercializadas é basicamente substituição tributária, cujo preço final é definido pelo critério de aplicação da Margem de Valor Adicionado - MVA ou pelo Preço Máximo ao Consumidor - PMC, tendo-lhe sido garantido o regime de redução de base de cálculo, na forma da política tributária implantada para o setor no Estado da Bahia. Que, em razão de suas vendas serem concentradas para hospitais, clínicas, ambulatorios, prontos-socorros, casas de saúde e congêneres, assim como para órgãos da administração pública federal, estadual ou municipal, obteve o direito de promover o ressarcimento, através do

creditamento extemporâneo, perante a Fazenda Estadual, haja vista as isenções conferidas às entidades em sua situação, podendo 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, na forma do §6º do artigo 359 do RICMS/BA. Que, diante deste fato, surge o seu direito ao ressarcimento de ICMS, na forma de crédito fiscal extemporâneo, uma vez atendidos os requisitos estabelecidos na legislação.

O contribuinte reproduz os termos da imputação e aduz que o Auto de Infração se encontra eivado de vício insanável que o inquina de nulidade absoluta, visto que fere de morte princípios constitucionais como o princípio da legalidade e o princípio da ampla defesa e do contraditório, de acordo com as razões fáticas e jurídicas que delineará. Que o próprio preposto do Fisco, ao efetuar o lançamento do Auto de Infração descreve, em seu complemento, que: “Refere-se aos processos de pedido de ressarcimento n. 093.817/2005-0 e 093.789/2005, nos termos do parágrafo 6º do artigo 359 do RICMS/BA, negado parcialmente...”. Que em nenhum momento ele, autuado, foi notificado da glosa do ressarcimento que deu suporte ao Auto de Infração ora combatido, contrariando o dispositivo do artigo 18 do RPAF/99, que copia. Que a SEFAZ/BA ainda não tinha emitido parecer sobre os pedidos de ressarcimento e que o ato do preposto fazendário fere de morte os princípios do devido processo legal, da ampla defesa, do contraditório, que tratam das garantias constitucionalmente atribuídas a todos que litigam em processo administrativo ou judicial. Que este Conselho de Fazenda Estadual, no julgamento do Auto de Infração nº 210432.0003/06-0, da própria Mult-Express, julgou nulas as infrações 02 e 03, pelos mesmos motivos ora expostos. Que, assim, resta incontroverso que o ato praticado pelo Auditor Fiscal é nulo, pois fundamenta-se em atos inexistentes, processos de ressarcimento negados parcialmente sem a devida ciência ao contribuinte, sendo caso de ser declarado nulo de pleno direito, antes mesmo de qualquer dilação probatória ou exame de caráter meritório.

O contribuinte prossegue expondo que inexiste saldo devedor de imposto, tece considerações acerca de princípios que regem o ICMS, inclusive a não-cumulatividade. Cita textos de juristas.

Relata que possuía no seu conta-corrente de ICMS, no mês da ocorrência da suposta infração, abril de 2005, um saldo credor de R\$2.123.583,25, conforme cópia do livro de apuração anexo. Que para não incorrer em afronta ao princípio constitucional da não cumulatividade, o Auditor Fiscal, ao constatar o suposto creditamento extemporâneo a maior, deveria primeiramente verificar se houve repercussão no conta-corrente de ICMS dele, sujeito passivo, de modo a originar um saldo devedor.

Cita a Constituição da República e o artigo 116, §1º e incisos, do RICMS/BA. Afirma que só poderia haver cobrança do imposto no momento em que o saldo credor existente, deste deduzido o suposto creditamento extemporâneo, fosse inferior aos débitos do período, o que não ocorreu no mês de abril de 2005, nem nos meses subseqüentes, já que a empresa apresenta saldo credor elevado desde 2005 até a data atual. Que, ademais, inicialmente o próprio autuante admitiu que o valor por ele levantado fosse abatido do saldo credor da empresa, quando intimou e depois cancelou a intimação, para que ele, sujeito passivo, estornasse o valor questionado, conforme documentos que anexa.

Conclui pedindo o acatamento da preliminar de nulidade do Auto de Infração, por ofender frontalmente o devido processo legal, bem como aos princípios constitucionais anteriormente citados. E, alternativamente, caso não acatada esta preliminar, requerendo que seja o lançamento julgado improcedente, pelas razões fáticas e jurídicas apresentadas, e, sobretudo pela existência de saldo credor suficiente para absorver o suposto crédito fiscal extemporâneo a maior.

O autuado acosta, às fls. 395 e 396, cópia de seu livro Registro de Apuração do ICMS de abril/2005, com saldo credor de R\$2.123.583,25. À fl. 398, cópia de solicitação de desconsideração de

intimação anterior, destinada ao sujeito passivo e emitida pelo Autuante, datada de 29/04/2010. À fl. 399, cópia de intimação para correção de arquivos magnéticos, dentre outros dados mencionando a concessão de prazo de dez dias para estorno de saldo credor, sem data de ciência e sem assinatura do contribuinte.

Às fl. 403 a 405, o autuante apresenta informação fiscal aduzindo que a empresa foi autuada por haver utilizado indevidamente crédito fiscal de ICMS a mais, em razão de saídas tributadas anteriormente por substituição tributária para hospitais, clínicas ou órgãos públicos, com valor de operação inferior ao que serviu de base de cálculo para pagamento do imposto por antecipação. Que o crédito foi utilizado através dos processos de pedido de ressarcimento n.ºs 093.817/2005 e 093.789/2005, nos termos do parágrafo 6º do artigo 359 do RICMS/BA. Que este pedido foi, porém, negado parcialmente, e o valor deu origem ao Auto de Infração em contenda.

Passa a resumir os termos defensivos, expondo que a empresa, ao final da impugnação, comenta que ele, autuante, admitiu que o valor fosse abatido do saldo credor quando intimou e depois cancelou a intimação para que fosse estornado o valor questionado.

O autuante passa a falar acerca de nulidade, copiando o §6º do artigo 359 do RICMS/BA. Aduz que a autorização referida neste dispositivo normativo, à semelhança do regime especial, é solicitada uma única vez e, se concedida, o contribuinte tem liberdade de creditar-se do valor requerido em casos futuros, independente de nova solicitação à Gerência de Substituição Tributária - GESUT. Que a única exigência é a de que o contribuinte emita nota fiscal no valor do crédito apurado, que deverá ser apresentada à SEFAZ para ser carimbada antes da sua escrituração. Que, obedecido esse procedimento, poderá o contribuinte lançar diretamente o valor no seu livro Registro de Apuração do ICMS, no campo Outros Créditos. Que somente por ocasião da fiscalização é que, se esse crédito não for devido, haverá autuação.

Que assim foi tacitamente delegada ao contribuinte a responsabilidade quanto à retidão dos cálculos. Que por outro lado, se for considerado que para cada processo deverá ser solicitada nova autorização junto à Gerência de Substituição Tributária, há que se considerar que o autuado não requereu essa autorização, como determina o Regulamento, para se creditar do ressarcimento pleiteado, motivo pelo qual a SEFAZ não se pronunciou a respeito. Que o sujeito passivo apenas entrou com petição junto à Secretaria da Fazenda comunicando o ressarcimento conforme Notas Fiscais de sua emissão, n.ºs 108574 e 108575, deixando assim de cumprir uma formalidade essencial do Regulamento. Afirma que, em relação à solicitação feita por ele, autuante, no sentido de que fosse abatido do saldo credor o valor do crédito negado, realmente ocorreu, mas que posteriormente foi solicitado cancelamento da intimação, tendo em vista a data próxima à decadência, e foi assim lavrado o Auto de Infração com o objetivo de garantir o crédito ora reclamado.

O autuante passa a expor, quanto a saldo devedor do imposto, que independentemente de a escrita fiscal do contribuinte apresentar saldo credor em valor tal que não haja repercussão a ponto de originar saldo devedor, houve infração a um dispositivo do RICMS/BA, representado por um crédito considerado indevido e tipificado no artigo de multa que cita como sendo o artigo 915, inciso II, alínea “f”, do RICMS/BA. Que, assim, poderia posteriormente o contribuinte efetuar o pagamento do Auto de Infração com saldo credor, desde que o caracterizasse como saldo credor acumulado nos termos da legislação.

Conclui solicitando que seja o presente lançamento julgado procedente ou, em caso de nulidade, seja determinado refazer o procedimento a salvo de erros ou falhas.

Esta 3ª Junta, às fls. 408 e 409, em pauta suplementar, dentre outros pontos considerando que o contribuinte acostara aos autos, às fls. 398 e 399, respectivamente, documentos intitulados “Solicitação para descon sideração de intimação anterior”, este datado de 29/04/2010 e assinado pelo contribuinte; e “Intimação para correção de arquivos magnéticos”, este sem data e sem

assinatura do contribuinte, e que foram enviados ao sujeito passivo pelo autuante, que assina ambos; considerando que a Intimação de fl. 399 concede ao contribuinte o prazo de dez dias par estornar, de sua escrita fiscal, a importância de R\$63.156,36, na busca da verdade material encaminhou o processo em diligência à INFAZ de origem para que o autuante acostasse aos autos deste processo original, ou cópia, da Intimação cuja cópia foi acostada pelo sujeito passivo à fl. 399, estando este original, ou cópia, datado e assinado pelo contribuinte. Esta 3ª Junta também determinou a entrega, ao sujeito passivo, de cópia da informação fiscal de fls. 403 a 405, daquela Diligência, e dos novos documentos anexados ao processo pelo autuante em seu atendimento, concedendo-lhe o prazo de dez dias para pronunciar-se.

O autuante acostou, à fl. 410, Intimação para correção de arquivos magnéticos com data de ciência pelo sujeito passivo em 28/04/2010. Nesta intimação consta também, dentre outros dados, que o contribuinte possui saldo credor acumulado desde o encerramento das atividades comerciais, em 2006, e que o valor deve ser estornado do saldo atual, existente em abril/2006, devendo estas informações constarem na DMA de abril de 2010. No documento é concedido ao contribuinte o prazo de dez dias para tomar as providências nele mencionadas.

A INFAZ de origem cumpriu o quanto lhe foi solicitado na Diligência desta 3ª Junta, conforme documentos de fls. 413 e 414.

O contribuinte voltou a pronunciar-se às fls. 416 a 419 expondo que o fazia em face da diligência fiscal solicitada pelo Conselho de Fazenda Estadual através desta 3ª Junta de Julgamento Fiscal, referente ao Auto de Infração em lide. Que, após remessa dos autos para julgamento e conseqüente distribuição, esta 3ª Junta solicitou diligência à INFAZ de origem, com o objetivo de que o autuante acostasse ao processo, assinada e datada pelo contribuinte, original ou cópia da intimação constante na fl. 399, e que a INFAZ intimasse o contribuinte e fornecesse-lhe cópia da informação fiscal, da diligência e de novos documentos acostados ao processo.

O contribuinte reitera que o lançamento se encontra eivado de vício insanável que o inquinam de nulidade absoluta, visto que fere de morte princípios constitucionais como o princípio da legalidade e o princípio da ampla defesa e do contraditório, de acordo com as razões fáticas e jurídicas apresentadas na peça impugnatória e comprovadas pela própria Secretaria da Fazenda, quando o Fisco apensa intimação de fl. 410, recebida por ele, autuado, em 28/04/2010, solicitando o estorno do crédito supostamente indevido, e no mesmo dia é lavrado o Auto de Infração, cerceando qualquer direito dele, autuado.

Repete que o próprio preposto do Fisco, ao efetuar o lançamento descreve, no complemento à descrição da imputação, que: “...refere-se aos processos de pedido de ressarcimento n. 129.616/2005-2 e 129.625/2005-3, nos termos do parágrafo 6º do artigo 359 do RICMS/BA, negado parcialmente...”. Que em nenhum momento ele, autuado, foi notificado da glosa do ressarcimento que deu suporte ao lançamento ora combatido, contrariando o dispositivo do artigo 18 do RPAF/99, que volta a copiar.

Que, ademais, além de não ser notificado dos resultados dos processos de ressarcimento, quando da execução da auditoria fiscal recebeu a intimação de fl. 410, solicitando o estorno do crédito dentro do prazo de dez dias, e ao mesmo tempo, teve contra si lavrado o Auto de Infração em lide, sob a alegação, constante na informação fiscal de fl. 404, que “... tendo em vista a data próxima a decadência, e foi assim lavrado o auto de infração com objetivo de garantir o crédito ora reclamado”, desrespeitando-se assim o princípio da legalidade e o princípio da ampla defesa e do contraditório, além de cercear qualquer direito do contribuinte.

Afirma que resta incontroverso que o ato praticado pelo Auditor Fiscal é nulo, pois fere os princípios constitucionais citados, sendo o caso de ser declarado nulo de pleno direito, antes mesmo de qualquer dilação probatória ou exame de caráter meritório. Salienta que ele, autuado, mantém todas as razões fáticas e jurídicas apresentadas na peça impugnatória, reiterando os

pedidos de nulidade do Auto de Infração combatido e, caso não seja acatado este pedido, seja declarada a improcedência da autuação, conforme termos da defesa interposta.

O PAF foi encaminhado para julgamento.

VOTO

Preliminarmente, verifico que o Auto de Infração foi lavrado em 28/04/2010 para reclamar ICMS no valor de R\$63.156,36, acrescido da multa de 60%, por utilização de crédito fiscal de ICMS a mais, em razão de saídas tributadas anteriormente por substituição tributária para Hospitais, Clínicas ou Órgãos Públicos, com valor de operação inferior ao que serviu de base de cálculo para pagamento do imposto por antecipação.

Assinalo que consta, na descrição dos fatos, que o débito lançado “Refere-se aos processos de pedido de ressarcimento n. 093.817/2005-0 e 093.789/2005, nos termos do parágrafo 6º do artigo 359 do RICMS/BA, negado parcialmente.”, e o contribuinte alega que não foi cientificado de que o seu pedido de ressarcimento teria sido negado.

Na informação fiscal o autuante não comprova que, em tendo ocorrido tal negativa, teria sido, o contribuinte, cientificado da decisão antes da lavratura do Auto de Infração.

Por outro lado, na data de 28/04/2010 o autuante concedeu ao contribuinte o prazo de dez dias para proceder a estorno, em sua escrita fiscal, do mesmo montante de R\$63.156,36, lançado no Auto de Infração, mencionado na Intimação de fl. 410. Em tal Intimação de fl. 410 o representante do Fisco cita os dois números de processos de ressarcimento que também discrimina na descrição da imputação em lide aduzindo, ainda, que “Em caso de discordância em relação ao valor negado, tem o Contribuinte o direito de entrar com recurso junto à Sefaz-BA.” Posteriormente, na data de 29/04/2010, o preposto fiscal entrega ao contribuinte documento (fl. 398) em que solicita que a intimação anterior, de 28/04/2010, seja desconsiderada, porque o valor de R\$63.156,36 foi objeto de lançamento no Auto de Infração ora em lide, lavrado em 28/04/2010. Na informação fiscal o autuante alega que solicitara a desconsideração da intimação anterior, pelo sujeito passivo, tendo em vista a possibilidade de ocorrência de decadência do direito de constituição do crédito tributário.

Pelo exposto, assiste razão ao sujeito passivo quando assinala que o lançamento padece de vício insanável. Uma vez que nos autos deste processo inexistente comprovação de que o contribuinte fora cientificado, previamente à lavratura do Auto de Infração, da não concessão da autorização objeto de seus pedidos de ressarcimento, ainda que não concessão parcial, o contribuinte não poderia ser autuado, uma vez que ainda em curso os procedimentos necessários à conclusão daqueles procedimentos administrativos referentes aos ressarcimentos. Apenas após a resposta ao contribuinte poderia ser iniciada a ação fiscal contra este.

Ademais, tendo sido concedido, pelo Fisco, o prazo de dez dias para que o sujeito passivo regularizasse a utilização de crédito fiscal, antes de decorrido este prazo concedido não poderia ter sido lavrado o Auto de Infração. A nova intimação datada de 29/04/2010, acostada à fl. 398, e inclusive com data posterior à da lavratura do Auto de Infração, não tem o poder de suspender, nem de eliminar, o prazo de dez dias concedido e então ainda em curso, nem de tornar sem efeito a intimação do dia anterior, 28/04/2010.

Houve, de fato, com a lavratura do Auto de Infração durante a fluência de prazo concedido ao contribuinte, ato do poder público contrário à necessária segurança jurídica, com cerceamento do direito de defesa do sujeito passivo, que teve vetada, com a autuação, inclusive a possibilidade de recurso, junto a SEFAZ/BA, em relação à negativa parcial de seus pedidos de ressarcimento, da qual, conforme já exposto neste voto, também não consta comprovação de cientificação ao contribuinte, nos autos deste processo.

Assim, nos termos do artigo 18, inciso II, do RPAF/99, é nulo o Auto de Infração.

Recomendo que, a critério da autoridade fazendária competente, seja verificada a regularidade do cumprimento das obrigações tributárias acessórias e principal pelo sujeito passivo, através de novo procedimento fiscal realizado a salvo de incorreções.

Em face do exposto, voto pela NULIDADE do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração nº **206833.0003/10-0**, lavrado contra **MULT EXPRESS MEDICAMENTOS ESPECIALIZADOS LTDA.,**

Recomenda-se que, a critério da autoridade fazendária competente, seja verificada a regularidade do cumprimento das obrigações tributárias acessórias e principal pelo sujeito passivo, através de novo procedimento fiscal realizado a salvo de incorreções.

Esta Junta de julgamento recorre de ofício da presente decisão 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 7.851/99, com efeitos a partir de 10/10/2000.

Sala das Sessões do CONSEF, 13 de abril de 2011

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE

OSMIRA FREIRE DE CARVALHO RIBEIRO DA SILVA - RELATORA

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO - JULGADOR