

A. I. Nº - 206833.0004/10-7
AUTUADO - MULT-EXPRESS MEDICAMENTOS ESPECIALIZADOS LTDA.
AUTUANTE - ROBERTO VICENTE MARUBAYASHI
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
INTERNET - 18. 04. 2011

1^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0084-01/11

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. Acolhida a preliminar de nulidade. Auto de Infração **NULO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Auto de Infração em epígrafe foi lavrado em 24/05/10 para exigir ICMS, 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.

Consta que se “refere aos processos de pedido de ressarcimento nº^{os} 129.616/2005-2 e 129.625/2005-3, nos termos do parágrafo 6º do artigo 359 do RICMS-BA, no valor total de R\$ 175.229,60, negado parcialmente (R\$ 113.594,80), mas cujo crédito foi utilizado, em sua totalidade, pela empresa”.

O autuado apresenta defesa (fls. 572 a 579 – vol. II) e, inicialmente, explica que é uma empresa que atua em várias regiões do Brasil e que se dedica ao comércio atacadista de medicamentos especiais. Diz que, por efetuar vendas para hospitais, clínicas, ambulatórios, casas de saúde e para órgãos públicos, obteve o direito de se ressarcir da parcela do imposto que foi retida, correspondente à diferença entre a base de cálculo que serviu para a retenção na operação mais recente e o valor da operação que realizou, na forma do § 6º do artigo 359 do RICMS-BA.

Preliminarmente, suscita a nulidade do Auto de Infração por inobservância dos princípios da legalidade, da ampla defesa e do contraditório. Sustenta que não foi notificado da glosa do ressarcimento que deu suporte ao lançamento tributário, contrariando, assim, o disposto no artigo 18 do RPAF/99, cujo teor transcreveu. Aduz que este CONSEF, no julgamento do Auto de Infração nº 210432.0003/06-0 (fls. 583 a 600), lavrado contra a própria Multi-Express, julgou nulas as infrações 2 e 3, em razão da falta de ciência do contribuinte acerca dos processos que nortearam a autuação, ferindo os princípios da ampla defesa e do contraditório.

No mérito, afirma que o ICMS está adstrito ao princípio constitucional da não cumulatividade, não podendo o legislador infraconstitucional ou o administrador público aumentar ou diminuir a sua eficácia. Assevera que negar o direito ao crédito de ICMS destacado nas notas fiscais ou registrado na escrita fiscal é uma afronta à Constituição Federal. Cita farta doutrina, para embasar seu argumento.

Sustenta que possuía na sua conta-corrente de ICMS, no mês de maio de 2005, um saldo credor de R\$ 1.857.096,63, conforme fotocópia do livro Registro de Apuração de ICMS – RAICMS (fls. 602 e 603).

Assevera que, dessa forma, ao apurar o suposto creditamento extemporâneo a mais, o autuante deveria ter verificado se a repercussão na conta-corrente foi capaz de originar saldo devedor. Transcreve o disposto no artigo 116 do RICMS-BA, que trata da apuração do imposto segundo o regime normal.

Diz que só poderia haver cobrança do imposto em comento, caso o saldo credor existente fosse menor que o referido creditamento extemporâneo, o que afirma não ter ocorrido no mês de maio de 2005 e nem nos meses subsequentes, já que a empresa apresentou saldo credor até a presente data. Aduz que a SEFAZ, em períodos subsequentes, admitiu que o valor por ela levantado fosse abatido do saldo credor da empresa, conforme documento que acostou à fl. 605.

Ao finalizar a sua peça defensiva, o autuado solicita que seja decretada a nulidade do Auto de Infração ou a sua improcedência, caso venha a ser ultrapassada a preliminar.

Na informação fiscal (fls. 616 a 618), após transcrever o disposto no art. 359, § 6º, do RICMS-BA, o autuante, referindo-se à preliminar de nulidade, afirma que a autorização para a recuperação de parcela do imposto retido, à semelhança de regime especial, é solicitada uma única vez e, caso seja concedida, o contribuinte terá a liberdade de se creditar do valor correspondente em casos futuros, independentemente de nova solicitação. Diz que a única exigência é que seja emitida nota fiscal no valor do crédito, a qual deverá ser apresentada à SEFAZ para ser carimbada antes da escrituração. Ressalta que, caso se considere que para cada processo de ressarcimento deverá ser solicitada nova autorização, há que se observar que o autuado não requereu essa autorização, motivo pelo qual a Secretaria da Fazenda não se pronunciou. Frisa que o autuado apenas protocolou petição comunicando o ressarcimento, conforme as Notas Fiscais nºs 108590 e 110589.

No mérito, afirma que independente de a escrita apresentar saldo credor em valor superior ao que está sendo cobrado, houve uma infração a um dispositivo do RICMS-BA (art. 915, II, "f"). Aduz que o autuado poderá, posteriormente ao lançamento de ofício, efetuar o pagamento do Auto de Infração com saldo credor, desde que seja caracterizado como saldo credor acumulado, nos termos da legislação pertinente.

Ao finalizar a informação fiscal, o autuado pede que o Auto de Infração seja julgado procedente ou, em caso de nulidade, que seja determinado o refazimento da ação fiscal a salvo de falhas.

Após apreciação em pauta suplementar, decidiu a 1ª Junta de Julgamento Fiscal converter o processo em diligência à Gerência de Substituição Tributária (GERSU), para que: a) informasse qual foi a decisão daquela Gerência quanto aos Processos nºs 129.616/2005-2 e 129.625/2005-3; b) informasse se o autuado tinha sido notificado da decisão daquela Gerência acerca dos citados processos; c) fosse acostado aos autos fotocópia dos referidos processos.

A diligência foi atendida, fl. 630, tendo o Gerente da GERSU informado que os processos em comento não tramitaram por aquela Gerência, conforme pode ser observado pelas cópias dos pareceres finais e intermediários acostados às fls. 623 a 628.

Notificado acerca do resultado da diligência, o autuado se pronuncia nos autos (fls. 635 a 640) e, inicialmente, frisa que não foi notificado da glosa do ressarcimento que deu suporte ao Auto de Infração em tela, contrariando, assim, o disposto no artigo 18, I, II, III e IV, "a", do RPAF/99, cujo teor transcreveu. Diz que, dessa forma, o Auto de Infração é nulo, por inobservância dos princípios do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório.

Assevera que a resposta da diligência e os documentos trazidos aos autos demonstram o afirmado na defesa, pois comprovam que os processos não tramitaram pela unidade responsável pela apreciação do pedido de ressarcimento. Questiona como poderiam ser negados parcialmente os processos de ressarcimento se não tramitaram pelo setor responsável pela sua análise?

Salienta que os documentos trazidos na diligência comprovam que a conclusão dos processos de ressarcimento data de 01/06/10, ao passo que o Auto de Infração foi lavrado em 26/05/10. Diz que o Auto de Infração tem embasamentos inconsistentes, extraídos de indeferimento parcial de processos

que não chegaram a existir no mundo jurídico, que não foram levados ao seu conhecimento e que não foram analisados pelo órgão responsável. Frisa que, dessa forma, o lançamento é nulo.

Repisa que o Auto de Infração foi lavrado em 26/05/10 e, no entanto, está fundamentado nos processos que ainda não existiam, pois os processos só foram finalizados em 01/06/10 e, além disso, foram feitos por pessoa ilegítima. Diz que o Auto de Infração é nulo, já que está fundamentado em atos inexistentes e sem legitimidade.

Ao finalizar seu pronunciamento, o autuado reitera os termos da defesa e solicita que o Auto de Infração seja declarado nulo ou improcedente.

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 transscrito 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, ambulatórios, 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 Gerencia 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 concluir os pareceres intermediários que embasariam a decisão da autoridade competente acerca dos resarcimentos, 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.

Corroborando esse entendimento, transcrevo a seguir trecho do voto proferido pelo ilustre Conselheiro Fernando Antônio Brito de Araújo, no Acórdão CJF Nº 0023-11/10, relativamente ao Auto de Infração nº 210432.0003/06-0, lavrado contra o mesmo contribuinte e que também tratou de idêntica matéria, tendo, portanto, total pertinência com a questão abordada no presente processo:

[...]

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 ressarcimento 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 defendente tem direito ao ressarcimento 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, previsto no art. 10, § 2º, da LC 87/96, sem que haja o estorno dos créditos lançados, o Fisco poderia efetuar a glosa dos créditos devidamente atualizados com os devidos acréscimos legais. Contudo, como verifico que as exigências relativas às infrações 2 e 3 ocorreram em 19/12/2006, portanto antes até mesmo do 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.

[...]

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.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração nº **206833.0004/10-7**, lavrado contra **MULT-EXPRESS MEDICAMENTOS ESPECIALIZADOS LTDA**.

Esta Junta de Julgamento Fiscal 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 7.851/00, com efeitos a partir de 10. 10. 00.

Sala das Sessões do CONSEF, 04 de abril de 2011.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS - PRESIDENTE

ÁLVARO BARRETO VIEIRA - RELATOR

VALMIR NOGUEIRA DE OLIVEIRA - JULGADOR