

PROCESSO - A. I. Nº 206833.0003/10-0
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - MULT-EXPRESS MEDICAMENTOS ESPECIALIZADOS LTDA. (MULTIMED EXPRESS)
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 3ª JJF nº 0078-03/11
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
INTERNET - 24/02/2012

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0033-11/12

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. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVÍDO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício, nos termos do artigo 169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, interposto pela 3ª Junta de Julgamento Fiscal contra a Decisão que julgou o Auto de Infração epigrafado Nulo, através do Acórdão JJF nº 0078-03/11 - lavrado para imputar ao sujeito passivo a 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 nº 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.

A Primeira Instância assim se manifestou pela Nulidade da referida exigência fiscal, *in verbis*:

“...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 inexiste 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 resarcimentos. 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 vedada, 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 científicação 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.”.

Nos termos do art.169, I, alínea “a”, item 01 do RPAF/BA, a JJF recorre de ofício da Decisão a uma das Câmaras de Julgamento Fiscal deste CONSEF.

VOTO

Da análise dos elementos constantes dos autos, entendemos não merecer reforma a Decisão recorrida, visto que o presente processo administrativo fiscal está maculado de vício de natureza insanável, como bem ressaltado pela Relatora de Primeira Instância.

E, de fato, tendo sido o sujeito passivo intimado a efetuar o estorno do crédito dos valores supostamente creditados a maior em sua escrita fiscal, apurados em decorrência de procedimento fiscalizatório em pedido de ressarcimento, nos termos do art. 359 do RICMS/BA, na data de 28/04/2010 – vide fl. 410 - tendo ainda lhe sido dado o prazo de 10 dias para tal procedimento, inclusive para interpor Recurso de Ofício contra a Decisão do Fisco de exigir o estorno, a lavratura do presente Auto de Infração na mesma data da referida intimação é ato totalmente ilegal e irregular, nulo de pleno direito.

E nem se diga que foi apresentada solicitação por escrito ao contribuinte para que desconsiderasse a referida intimação, datada de 29/04/2010 (portanto no dia posterior à lavratura do presente Auto de Infração) – conforme se vê às fl. 398 dos autos - pois tal ato absolutamente não tem o condão de suprir a intimação válida anteriormente expedida, e da qual o contribuinte foi devidamente cientificado.

Agrava tais fatos, a absoluta ausência de prova de que sequer o contribuinte foi cientificado da resposta oficial do Fisco quanto aos seus pedidos de ressarcimento, através dos Processos nºs 093817/2005-0 e 093797/2005-0, o que também macula o processo administrativo fiscal ora em julgamento.

Neste sentido, somos pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício, mantendo e homologando a Decisão recorrida para julgar NULO o Auto de Infração epigrafado, ressaltando que tal refazimento não poderá alcançar os fatos geradores ocorridos em 2004, que já se encontravam

fulminados pela decadência na época da lavratura do Auto de Infração, pela incidência da regra do inciso I do art. 173 do CTN, conforme abaixo transcreto, já que o prazo máximo para constituição do crédito tributário pelo lançamento seria 31 de dezembro de 2009, e o lançamento de ofício ocorreu em 28/04/2010.

"Art. 173. O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados:

I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado;".

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1^a 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 206833.0003/10-0, lavrado contra **MULT EXPRESS MEDICAMENTOS ESPECIALIZADOS LTDA. (MULTIMED EXPRESS)**.

Sala das Sessões do CONSEF, 02 de fevereiro de 2012.

RUBENS BEZERRA SOARES - PRESIDENTE

SANDRA URÂNIA SILVA ANDRADE – RELATORA

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