

PROCESSO	- A. I. N° 269353.0006/08-0
RECORRENTE	- CARDIOMÉDICA COMÉRCIO E REPRESENTAÇÕES DE MATERIAIS MÉDICOS LTDA. (CARDIOMÉDICA COMÉRCIO E REPRESENTAÇÕES LTDA.)
RECORRIDA	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO	- PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO - Acórdão 1 ^a CJF n° 0213-11/10
ORIGEM	- INFRAZ ATACADO
INTERNET	- 29/07/2011

1^a CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0216-11/11

EMENTA: ICMS. PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO. FALTA DE APRECIAÇÃO DE FATOS E ARGUMENTOS SUSCITADOS. Atendidos os requisitos regulamentares, deve ser conhecido o Pedido de Reconsideração interposto pelo sujeito passivo. No mérito, a pretensão de abatimento dos créditos relativos às operações de entrada não pode ser acatada, porquanto, de acordo com a alegação do próprio sujeito passivo, as compras ocorreram com isenção e, por isso, não há destaque do imposto na notas fiscais correspondentes. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **CONHECIDO E NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente Pedido de Reconsideração, interposto pelo contribuinte, em face do Acórdão n° 0213-11/10 proferido por esta 1^a CJF, que deu Provimento Parcial ao Recurso de Ofício anteriormente apresentado e restabeleceu integralmente a infração 5 e parcialmente a infração 9 a seguir transcritas:

INFRAÇÃO 5 – Falta de recolhimento do ICMS, no valor de R\$ 50.122,15, em razão de ter praticado operações de saídas de mercadorias tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, nos exercícios de 2004 e 2005;

INFRAÇÃO 9 - Falta de recolhimento do ICMS, no valor de R\$ 29.894,72, relativo às operações de saídas de mercadorias tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e, consequentemente, sem o respectivo lançamento em sua escrita, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias nos exercícios de 2004 e 2005.

Esta Câmara de Julgamento Fiscal ao apreciar o Recurso de Ofício, referente à infração 05, discordou do entendimento da Junta de Julgamento Fiscal que julgou improcedente este item, por entender que as mercadorias objeto da exigência fiscal não estavam albergadas pelo Convênio ICMS 01/99, o qual concede isenção do ICMS às operações com equipamentos e insumos destinados à prestação de serviços de saúde, tendo em vista que as NBM/SH das mercadorias comercializadas não estavam listadas no anexo único do citado convênio, assim como não ficou comprovada a aplicação de alíquota zero do Imposto sobre Produtos Industrializados ou do Imposto de importação, conforme cláusula terceira do referido Convênio ICMS 01/99.

Quanto à pretensão do contribuinte de compensação dos créditos fiscais, entendeu a CJF que *“tais apropriações só poderão ser efetivadas através de um rito processual próprio de uso extemporâneo de crédito fiscal, conforme previsto no art. 101, §§ 1º, II, e 3º do RICMS/BA, por se tratar de exercício já encerrado, o que implica na necessidade de comunicação escrita à repartição fiscal, da observância do prazo de cinco anos, etc.”*

Assim a CJF restabeleceu integralmente esta infração.

No que diz respeito à infração 9, esclareceu que a desoneração efetuada pela Junta de Julgamento Fiscal se refere à exclusão, no levantamento quantitativo de estoque, dos mesmos produtos constantes da infração anterior. Por isso, restabeleceu parcialmente a exigência fiscal pelos motivos já comentados na infração 5.

Em 20/08/10 o sujeito passivo interpõe Pedido de Reconsideração (fls. 459/464), afirmando que tal pedido tem por fulcro as determinações contidas na alínea “d” do art. 169 do RPAF/BA, que transcreveu. Diz que, no caso em tela houve, de forma flagrante, fatos e fundamentos de direito não apreciados, caracterizando a “supressão de instância”, o que provoca a nulidade do PAF, a partir da Decisão ora recorrida.

Aduziu, em relação à infração 5, que desde a apresentação da defesa inicial solicitou a concessão do crédito fiscal, caso não fosse reconhecida a isenção dos produtos, objeto da acusação fiscal. A JJF declinou pela improcedência da exigência, por entender que as mercadorias adquiridas estavam albergadas pela isenção prevista no Convênio ICMS 01/99, entretanto, a CJF, além de não reconhecer a “isenção” se pronunciou negando a dedução dos créditos, por entender que haveria de ser adotadas as medidas previstas no art. 101 §§1º, II e 3º do RICMS. Prossegue afirmando que a CJF não mudou simplesmente a Decisão de mérito, pois, na prática, se pronunciou sobre fundamento não enfrentado pela JJF, causando a supressão de instância. Por isso, solicita a nulidade da Decisão, a fim de que novo acórdão seja prolatado, e o PAF remetido à 1ª Instância, para apreciação do argumento que somente foi analisado em 2ª Instância administrativa.

No mérito, diz que a Decisão recorrida se absteve de enfrentar questões insertas na defesa, pois se as operações foram gravadas na origem (compras) com isenção, sendo as saídas convertidas para “tributadas”, haveria que se abater o crédito fiscal pelas aquisições, já durante a ação fiscal. Por outro lado, a CJF para negar a isenção, orientou-se pela notas fiscais de saídas, as quais não indicam a classificação (NBM), revelando que não apreciou o seu pleito, de que “*a apuração fosse realizada pelas entradas, estas sim gravadas com os códigos NBM*”. Conclui que restou configurada a omissão da CJF na apreciação dos fatos fundamentos da defesa, tendo em vista que as notas fiscais de entradas não foram analisadas.

Quanto a questão da “extemporaneidade” mencionada pela CJF para negar o direito da utilização do crédito, nesta fase processual, discorda do seu entendimento, pois o direito ao crédito nasceu no momento da autuação, ou seja, quando a isenção lhe foi negada, não sendo cabível imaginar que o contribuinte deveria solicitar crédito de aquisição gravada com isenção, pois somente a partir do momento que esta condição é caçada, o princípio da cumulatividade deve agir, apropriando o valor do crédito dentro do lançamento de ofício. Ressalta ainda que, sendo o ICMS um imposto “por dentro”, significando dizer que se encontra embutido no valor da mercadoria, mesmo não havendo o destaque nas notas de entradas, o valor do imposto compõe a operação.

Quanto à infração 9, reafirma todas as alegações relativas ao item 5, acrescentando que, a CJF, ao desclassificar, de forma sucinta, a isenção reconhecida pela JJF, deixou de examinar as alegações defensivas, que demonstram, pelas entradas, os códigos pertinentes. Ressalta a necessidade da apuração e concessão dos créditos pelas aquisições, tendo em vista que vendia a mercadoria com isenção do imposto.

Finaliza requerendo revisão por fiscal estranho ao feito para conferência das quantidades e valores de cada produto e apuração dos créditos pertinentes aos itens 5 e 9 e solicita o conhecimento e provimento do Recurso, a fim de que seja declarada a nulidade da Decisão recorrida, com a remessa do PAF a 1ª Instância para nova deliberação, ou a reforma da Decisão, com a dedução dos créditos, pelas entradas referentes as infrações 5 e 9.

Às fls. 467/469 foi anexado extrato do SIGAT, comprovando recolhimento efetuado pelo contribuinte com benefício da Lei nº 11.908/2010.

O PAF foi remetido a PGE/PROFIS para emissão de Parecer, e a procuradora assistente, Dra. Sylvia Amoêdo, fl. 470, entendendo ter havido o pagamento total do Auto de Infração pelo benefício da anistia da Lei nº 11.908/2010, opinou pela extinção do crédito tributário.

Na sessão do dia 21/10/2010, esta Câmara de Julgamento Fiscal, observou que o sistema efetuou indevidamente a baixa do processo uma vez que a empresa efetuou o recolhimento, baseado no Julgamento de 1ª Instância, enquanto que, ao apreciar o Recurso de Ofício, a CJF decidiu por restabelecer, em parte, a Decisão recorrida.

Assim, o PAF foi enviado à coordenação administrativa para que fosse regularizada a situação no sistema SIGAT e posteriormente fosse remetido à PGE/PROFIS, para emissão de novo Parecer conclusivo.

Em nova manifestação, a PGE/PROFIS, às fls.487/489, opina pelo conhecimento e Improvimento do Pedido de Reconsideração, entendendo presentes os requisitos para a sua admissibilidade, pois restou configurada a hipótese inserida no art. 169, inciso I, alínea “d” do RPAF, tendo em vista que a dnota JJF decidiu pela improcedência da infração 5, por considerar que as aquisições estavam albergadas pela isenção e por via de consequência não ocorreu pronunciamento acerca da concessão de crédito. Esclarece, entretanto, que o pedido de concessão do crédito foi objeto de argüição do sujeito passivo, em sua impugnação inicial. Por outro lado, a Decisão da CJF restaurou a infração 05 na sua integralidade, afastando a isenção, e apreciando a pretensão do sujeito passivo, no que diz respeito à compensação dos créditos fiscais.

Entende a Sra. procuradora que a apreciação relativa a concessão do crédito fiscal, pela CJF não representa supressão de instância, porque a Junta de Julgamento Fiscal jamais poderia ter apreciado esta pretensão do contribuinte pois acolheu a tese de isenção. Por isso, esta situação em nada fragiliza o direito de ampla defesa do contribuinte tendo em vista que a Decisão acerca da concessão de crédito fiscal será objeto de reexame na Decisão a ser prolatada em sede de Pedido de Reconsideração.

No que diz respeito à pretensão do sujeito passivo, de compensação de créditos fiscais, esclarece que as apropriações só poderão ser efetivadas através de rito próprio processual específico de uso extemporâneo de crédito fiscal, conforme Decisão exarada pela CJF.

Finaliza opinado pelo conhecimento e Improvimento do Pedido de Reconsideração.

VOTO

Inicialmente, faz-se necessário o enfrentamento dos pressupostos de admissibilidade do Pedido de Reconsideração formulado pelo autuado.

O art. 169, I, “d”, do RPAF/99 (Decreto nº 7.629/99) prevê que caberá, com efeito, suspensivo, para as Câmaras de Julgamento do CONSEF, pedido de reconsideração da Decisão de Câmara que tenha reformado, no mérito, a de primeira instância em processo administrativo fiscal, desde que verse sobre matéria de fato ou fundamento de direito arguidos pelo sujeito passivo na impugnação e não apreciados nas fases anteriores de julgamento.

Da análise do supracitado dispositivo regulamentar, deflui-se que são dois os requisitos de admissibilidade do aludido Recurso:

1. ter ocorrido reforma, no mérito, da Decisão de Primeira Instância; e
2. não terem sido apreciados, por parte dos julgadores e conselheiros do CONSEF, matéria de fato ou fundamento de direito arguidos na impugnação.

No presente caso, o Acórdão recorrido reformou a Decisão de Primeira Instância, dando Provimento Parcial ao Recurso de Ofício, restabelecendo integralmente as exigências fiscais referentes às infrações 5 e 9, estando, assim, preenchido o primeiro requisito de admissibilidade.

Quanto à segunda condição exigida para o conhecimento do Pedido de Reconsideração, verifico que, na defesa apresentada às fls. 352 e 356, o sujeito passivo solicitou, em relação às infrações 05 e 09, que, sendo as operações consideradas como tributadas, “*o Estado da Bahia teria que abater da exigência os valores correspondentes aos créditos pelas aquisições*”.

A Junta de Julgamento Fiscal decidiu pela improcedência da infração 5, por entender que as mercadorias objeto da acusação fiscal estariam albergadas pela isenção prevista no Convênio ICMS 01/99. A infração 9 foi também julgada improcedente por constarem no levantamento quantitativo os mesmos itens objeto da infração 5, sob o fundamento de que as mercadorias seriam isentas (Convênio ICMS 01/99).

Quanto à Decisão proferida pela 1ª Instância, verifico que, ao julgar improcedentes as infrações 5 e 9 sob o entendimento de que as mercadorias estariam isentas do ICMS, já que incluídas no Anexo Único do Convênio ICMS 01/99, ficou prejudicado o argumento defensivo de apropriação dos créditos fiscais correspondentes às entradas das referidas mercadorias, e o silêncio da JJF sobre esta alegação não caracteriza omissão ensejadora do Pedido de Reconsideração.

Por sua vez, a 1ª Câmara de Julgamento Fiscal, tendo restaurado totalmente a infração 05, se manifestou expressamente sobre o pleito do sujeito passivo, de concessão dos créditos fiscais, conforme se extrai do trecho do voto a seguir transscrito:

“Quanto à pretensão do sujeito passivo de compensação de créditos fiscais, conforme texto extraído de sua peça defensiva às fls. 352 dos autos, quando aduz que “Como dito anteriormente, ainda que as operações sejam consideradas como “tributadas”, o Estado da Bahia teria que abater da exigência os valores correspondentes aos créditos pelas aquisições...”, tais apropriações só poderão ser efetivadas através de um rito processual próprio de uso extemporâneo de crédito fiscal, conforme previsto no art. 101, §§ 1º, II, e 3º do RICMS/BA, por se tratar de exercício já encerrado, o que implica na necessidade de comunicação escrita à repartição fiscal, da observância do prazo de cinco anos, etc.”

Entretanto, o mesmo não ocorreu quanto à infração 9. Observo que a CJF manteve-se silente sobre o pleito do contribuinte ao decidir a lide, consoante excerto do voto exarado por este órgão colegiado também a seguir transscrito:

“.Por fim, quanto à infração 09, na qual se exige o ICMS de R\$ 29.894,72, sob a acusação de falta de recolhimento do imposto relativo às operações de saídas de mercadorias tributadas, efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, conforme apurado mediante levantamento quantitativo de estoques nos exercícios de 2004 e 2005, tendo a JJF concluído que, conforme demonstrativos às fls. 160 e 167, a exigência, de fato, recaiu sobre produtos isentos, consoante norma do Convênio ICMS 01/99, com exceção do elevador náutico, cujo item também foi desonerado da cobrança do imposto por não ter sido destinado à comercialização, julgando esta infração improcedente, também vislumbro que a Decisão recorrida está equivocada, quanto aos produtos considerados como isentos, pois, com exceção do sensor de temperatura retal/esofágico (que também é tributado), se tratam das mesmas mercadorias constantes da infração 05, as quais, como vimos, são tributadas já que não se compreendem entre os insumos e equipamentos arrolados no Convênio ICMS 01/99.

Sendo assim, corroboro com o entendimento exarado na Decisão recorrida apenas quanto ao item elevador náutico, por entender que não condiz com a atividade da empresa e como tal não pode ser comparado com mercadoria, logo, deve-se restabelecer parcialmente a exigência relativa ao exercício de 2004 para R\$ 10.163,89, após exclusão do item elevador náutico (fl. 155), e integralmente a exigência relativa ao exercício de 2005.”

Assim, diante da omissão, por parte da CJF no que se refere à infração 9, somos pelo Conhecimento do presente Recurso.

Admitido o presente Pedido de Reconsideração, passo a me manifestar sobre o mérito do Recurso, no que concerne à alegação não apreciada pela Câmara de Julgamento Fiscal, de necessidade de dedução, do valor do débito da infração 9, do montante dos créditos fiscais relativos às entradas das mesmas mercadorias relacionadas pelo autuante.

Inicialmente, observo que a exigência fiscal na infração 9 diz respeito à falta de recolhimento do imposto em razão da omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de levantamento quantitativo de estoque, o que significa dizer que a empresa deu saídas de mercadorias sem documentação fiscal, conforme apontado nos demonstrativos do cálculo das

omissões constantes às fls. 160 e 167. Neste caso, não há que se falar em concessão de crédito, pois a acusação diz respeito às operações cujas saídas ocorreram sem a emissão de documento fiscal exigível e, consequentemente, sem o lançamento do ICMS que ora está sendo exigido.

Mesmo que fosse possível a concessão de crédito fiscal, constato que, no presente Auto de Infração, o demonstrativo apresentado pelo autuado, à fl. 393, não se prestaria para comprovar o crédito ora requerido no valor de R\$29.483,02, tendo em vista que foi apurado pelo contribuinte por meio da aplicação da alíquota de 7% sobre os totais mensais das saídas apuradas pela fiscalização na infração 5 (consoante demonstrativo de fls. 40 a 42), quando o correto, para embasar o pedido, seria relacionar todas as notas fiscais de entradas, e respectivos créditos ali destacados que, comprovadamente, não foram lançados nos livros fiscais.

Essa medida, contudo, não se revela possível no presente caso, pois, como confessado pelo próprio contribuinte, no Pedido de Reconsideração, as operações de entrada ocorreram com isenção e, portanto, sem destaque do ICMS.

Do exposto, voto pelo CONHECIMENTO e IMPROVIMENTO do Pedido de Reconsideração, suprindo a omissão existente na Decisão recorrida, sem, contudo, alterar a sua conclusão.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1^a Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Pedido de Reconsideração apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 269353.0006/08-0, lavrado contra **CARDIOMÉDICA COMÉRCIO E REPRESENTAÇÕES DE MATERIAIS MÉDICOS LTDA.** (**CARDIOMÉDICA COMÉRCIO E REPRESENTAÇÕES LTDA.**), devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$87.127,28**, acrescido das multas de 50% sobre R\$1.700,16; 60% sobre R\$57.742,40 e 70% sobre R\$27.684,72, previstas no art. 42, incisos I; “a”, VII, “a”, II, alíneas “a”, “b” e “f”, e III da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das penalidades por descumprimento de obrigação acessória no valor total de **R\$8.069,03**, previstas no art. 42, incisos IX, XI e XIII-A, “g”, da Lei nº 7.014/96, alterada pela Lei nº 9.159/04, com os acréscimos moratórios previstos na Lei nº 9.837/05, devendo ser homologados os valores já recolhidos através do benefício da Lei de nº 11.908/2010.

Sala das Sessões do CONSEF, 14 de julho de 2011.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA – PRESIDENTE

MARIA AUXILIADOARA GOMES RUIZ - RELATORA

JOSÉ AUGUSTO MARTINS SOUZA – REPR. DA PGE/PROFIS