

A. I. Nº - 299430.0017/18-5
AUTUADO - JDR COMÉRCIO DE PRODUTOS CIRÚRGICOS LTDA.
AUTUANTE - JORGE LUIZ SANTOS DA COSTA
ORIGEM - INFAZ ATACADO
PUBLICAÇÃO - INTERNET 01.10.2019

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0156-02/19

EMENTA: ICMS. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. PRODUTOS IMPORTADOS AMPARADOS POR ISENÇÃO. A tese defensiva não elide a autuação, exceto para as entradas de produtos comprovadamente tributados nas suas notas fiscais originárias, o que motivou os ajustes realizados quando da informação fiscal. O procedimento de restituição deve ser protocolado na Inspetoria do domicílio do contribuinte, não podendo ser analisado em sede do contencioso administrativo. Infração mantida parcialmente. Não acolhida a preliminar de nulidade Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração ora apreciado foi lavrado em 20 de novembro de 2018 e refere-se à cobrança de crédito tributário no valor de R\$284.006,02, correspondente à imposição da seguinte infração, bem como multa de 60% sobre o ICMS:

Infração 01. **01.02.03.** Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente à aquisição de mercadorias beneficiadas com isenção do imposto, fatos arrolados nos meses de janeiro, março, maio, junho, agosto a outubro e dezembro de 2014, fevereiro, maio, julho a dezembro de 2015, janeiro a maio, julho a dezembro de 2016, janeiro a dezembro de 2017.

Tempestivamente, a autuada apresentou impugnação ao lançamento constante às fls. 32 a 39 onde, após breve resumo da autuação, argui, a título de preliminar, não ter o autuante, para fundamentar a presente autuação, trazido em sua autuação qualquer demonstração precisa de suas conclusões, de forma que a empresa se defenda melhor.

Tais fatos consubstanciam insegurança na determinação da infração e ofende o princípio da ampla defesa e contraditório, trazendo nulidade absoluta ao presente lançamento, anota.

Argumenta não bastar ao polo ativo da relação tributária mencionar a irregularidade, para imputar ao contribuinte o pagamento de tributo e penalidades, sendo imprescindível que a prática da mesma fique comprovada e que haja exposição clara do dispositivo legal infringido e dos cálculos que ditam o valor da exigência.

Conclui carecer a acusação de elementos que lhe concedam a segurança necessária à sustentação da exigência em comento, trazendo em seu socorro decisões de órgãos julgadores administrativos no mesmo sentido, de acordo com pensam do mesmo modo a este respeito, como aquela contida no Processo 3005664627789, que resultou no Acórdão 01948/04, julgada pela 2ª Câmara do CARF, cuja Ementa transcreve.

No mérito, após reiterar que mesmo já estando demonstrada a nulidade formal do presente lançamento, o que levará ao seu cancelamento, por amor ao debate e em obediência ao princípio da eventualidade, adentrará no mesmo.

Aduz que diante as informações e enquadramento legal descrito no item “*exação fiscal*”, não sendo anulado o lançamento, deverá ser, pelo menos, retificado, uma vez que grande parte do lançamento fiscal, no importe de R\$210.446,99 do valor principal, é totalmente improcedente,

conforme demonstrado nos Documentos 03 e 04, uma vez que, tais valores estão descritos e destacados em documentos fiscais, assim como, foram pagos no desembaraço aduaneiro, transcritos detalhadamente abaixo e anexo:

1. A empresa se beneficiou do ICMS normal no valor de R\$14.097,76, destacado em documentos fiscais referente à compra de mercadoria para revenda (Doc. 03).
2. Pagou o ICMS de mercadorias isentas, sobre produtos importados conforme Convênio ICMS 01/99, no Ato do Desembaraço Aduaneiro, totalizando R\$ 196.349,23, ainda assim, se apropriou devidamente do ICMS pago diante o desembaraço aduaneiro, destacado em documentos fiscais e escriturados nos livros fiscais da empresa (Doc. 04).

Diante o reconhecimento do crédito (vide documentos 03 e 04), entende caber a manutenção deste valor na apuração em outros créditos, conforme artigo 309, incisos I, IX e X do RICMS/12 (transcrito), bem como, o artigo 155, § 2º, I e II da Constituição Federal, com base no regime não cumulativo de Compensação de Débito/Crédito e/ou solicitar a devida restituição junto ao estado.

A seguir, reproduz o teor dos artigos 28 e 29 da Lei 7.014/96, ao tempo em que invoca o artigo 264, inciso XXIV da norma Regulamentar, a qual entende evidenciar serem isentas do ICMS, podendo ser mantido o crédito fiscal relativo às entradas e aos serviços tomados vinculados a essas operações ou prestações, as entradas decorrentes de importação e as saídas, de equipamentos e insumos destinados à prestação de serviços de saúde, indicados no Anexo Único do Convênio ICMS 01/99, desde que as operações não sejam tributadas ou tenham tributação com alíquota reduzida a zero, relativamente ao IPI e ao Imposto de Importação, conforme exemplo abaixo referente à uma DI - Documento de Importação sobre os principais itens em comento (Doc. 04), relativo à DI 15/1511179-4, cuja imagem plota.

Entende que todos os impostos pagos indevidos, ainda que tardiamente levantados, podem ser continuados nos SPED e livros fiscais para compensação, conforme documentos de importação apresentados, inclusive, com as respectivas indicações dos lançamentos contábeis, cabendo à essa administração fiscal, aprovar a existência do crédito devidamente escriturado, agindo, entretanto, em confronto aos princípios basilares da administração fiscal, e na verdade material, quando assim determina o próprio CTN artigo 147, §2º, copiado.

Destarte, tais créditos, foram apurados pelo contribuinte em atenção ao regime da não cumulatividade do ICMS, regulado pela Lei Complementar nº 102 de 11 de julho de 2000, tendo registrado como crédito, devido às operações terem sido tributadas e recolhidas o ICMS, requerendo assim, que o que restar do presente lançamento fiscal seja compensado com créditos existentes, conforme afirma demonstrar.

Posiciona-se no sentido de que, não sendo anulado o lançamento, deve ser mantido apenas um débito principal no valor de R\$ 73.559,03, utilizando indevidamente crédito fiscal de mercadorias beneficiadas com isenção do imposto e aquisição de mercadorias beneficiadas com alíquota incorreta, vendidas como se fossem para não contribuintes do ICMS.

Solicita o deferimento da procedência total da presente impugnação, se reconhecendo o valor total do crédito fiscal em questão, dando direito a continuidade na manutenção do crédito e abatimento do débito em questão, conforme determinam os artigos 314, 315 e 317 do RICMS/BA, transcritos.

Diante do exposto, tem como certo o direito à compensação do crédito tributário dos valores de ICMS que lhe são devidos desde janeiro de 2014, formalizado através de livros fiscais próprios e SPED EFD ICMS/IPI.

Alternativamente, solicita que seja acatada a preliminar levantada, sendo totalmente anulado o Auto de Infração impugnado, entretanto, não sendo acatada a preliminar, que seja dada procedência a impugnação de mérito, cancelando a parte do lançamento fiscal objeto de contestação, analisando todos os argumentos e documentos apresentados, sendo o que restar do

lançamento seja compensado com os créditos de ICMS também demonstrado nessa impugnação, como meio de lhe garantir os princípios constitucionais concernentes ao seu direito de crédito, em face da documentação apresentada.

Informação fiscal prestada pelo autuante às fls. 267 a 273 esclarece em relação à preliminar ter sido o trabalho executado com base na Escrituração Fiscal Digital (EFD) e nas Notas Fiscais Eletrônicas constantes no banco de dados da SEFAZ, durante o quarto trimestre de 2018, tendo resultado no presente Auto de Infração com valor total de R\$ 543.789,45, em razão de ter se creditado indevidamente de ICMS destacado na aquisição de mercadorias beneficiadas com a isenção do imposto.

Em relação à questão preliminar aventada, discorda por entender presentes todos os elementos previstos no artigo 39 do RPAF, que enumera.

Indica ter sido entregue demonstrativo ao sujeito passivo, no qual constam os meses em que ocorreu a infração (fl. 29), tendo apensado ao lançamento cópia da EFD e das Notas Fiscais arroladas na autuação.

Afirma ser objeto comercial da autuada o comércio atacadista de instrumentos e materiais para uso cirúrgico, tendo verificado existirem produtos tributados e isentos, o que o levou a no momento da intimação fiscal inicial, solicitar que fossem informados os itens do Anexo Único ao Convênio ICMS 01/1999 nos quais se enquadrariam as mercadorias que foram consideradas isentas de tributação.

Diz ter recebido como resposta, correspondência datada de 09/10/2018, cuja cópia se encontra à fl. 274, informando que *“a grande maioria dos materiais da lista são ativos imobilizados, instrumentos e aparelhagem que são usados em implantes e descartáveis. Outros itens são isentos pelo Convênio 01/99 e outros são tributados”*.

Assevera ter recebido em meio digital, relação contendo tais produtos, e após análise da mesma e discussões com o contribuinte, concluiu pela lavratura do Auto de Infração.

Tomando por base planilha apresentada juntamente com a peça defensiva (fls. 59 a 62 e 158 a 162), indica as operações reconhecidas pelo sujeito passivo como devidas, na forma de planilha apresentada.

Aponta a existência de diferença de R\$ 779,25 para o valor descrito à fl. 34 pelo contribuinte, em razão deste adotar como crédito devido valor superior ou inferior àquele lançado na EFD, conforme fl. 59.

Registra que embora o RICMS/BA disponha no artigo 264, inciso XXIV, que poderá ser mantido o crédito fiscal relativo às entradas, o benefício da isenção do produto é na importação e nas saídas. Se o contribuinte errou no pagamento do ICMS no desembaraço da mercadoria, ele deveria pedir a restituição do valor pago indevidamente nos termos do artigo 73 e 74 do RPAF, e não se creditar na sua escrita fiscal. Sendo assim, os créditos originados das notas fiscais originados do próprio contribuinte são indevidos.

Com isto, indica o valor residual deste Auto de Infração, considerando os créditos indevidos reconhecidos pelo contribuinte e os não reconhecidos originados das importações, o qual totaliza R\$269.031,33, na forma da tabela que apresenta.

Diante do exposto, recomenda que cópia desta Informação Fiscal e do demonstrativo anexo sejam enviados ao contribuinte para seu conhecimento, e em seguida, o processo deve ser enviado diretamente ao CONSEF para análise e julgamento.

Intimado para a devida ciência da informação fiscal prestada e dos novos demonstrativos (fls. 282 e 283), o autuado comparece mais uma vez ao processo (fls. 285 a 290), se manifestando no sentido de que se apropriou do valor pago sobre os processos aduaneiros, vez que a maioria dos produtos que comercializa são oriundos do exterior.

Aponta que todos estes impostos, ainda que tardiamente retificados no SPED, inclusive foram recolhidos com multas devidas em processo anterior, conforme Auto de Infração 299430.0014/18-6, e se encontram devidamente registrados em sua escrita fiscal, e dessa forma, não poderiam ser invalidados pela SEFAZ.

Explicita que tal fato gerou crédito em favor da empresa, originando o montante de R\$196.349,23, devidamente comprovado e respondido na intimação anterior.

Pontua que deixou de ser analisado pelo autuante o crédito pleiteado pela empresa, devidamente comprovado, e que se encontra lastreado nos artigos 28, 29 § 2º da Lei 7.014/96 e 310, inciso I, alínea “a” do RICMS/12, e justifica ser certo que tais valores foram pagos e declarados no SPED fiscal, estando devidamente lançados nos seus livros fiscais.

Argumenta que independente do SPED fiscal apresentado, se encontra evidenciado e validado o crédito como seu direito, razão pela qual deve recorrer à SEFAZ no sentido de reaver valores equivocadamente pagos, diante da entendida autorização prevista nos artigos 28 e 29 da Lei 7.014/96, que autorizam a compensação de tributos de espécies distintas, desde que administrados pela Secretaria da Fazenda.

Frisa não caber à administração fiscal se negar a verificar a documentação apresentada, muito menos invalidar a existência de crédito devidamente escriturado, sobre um imposto pago, em especial quando esta é suficiente à demonstração da existência do crédito invocado, agindo em confronto aos princípios basilares da administração fiscal, e deixando de proceder às averiguações devidas, ao seu dever de buscar a verdade material, nos termos do artigo 147, § 2º do CTN, reproduzido.

Destaca, ainda, o teor do artigo 2º parágrafo único, incisos VIII, IX e XII da Lei Federal 9.784/99, aplicada subsidiariamente, aos processos específicos, na forma transcrita.

Da mesma maneira, traz decisão consubstanciada no Acórdão 203-11217 da 3ª Câmara do Conselho de Contribuintes, a respeito de processo de restituição.

Verifica que com a prova apresentada, especialmente os comprovantes de pagamento do mesmo imposto em questão, se quer cobrar novamente valor já recolhido, e que possui direito de crédito, conforme regime não cumulativo, nada justificando o posicionamento adotado pela fiscalização, ao deixar de homologar o pleito de compensação formulado, o que caracterizaria o *bis in idem*, figura ilegítima e inconstitucional.

Requer, ao final, seja compensado o crédito tributário dos valores de ICMS que lhe são devidos, formalizado através do SPED Fiscal, com débitos referentes à “*contribuição do próprio ICMS correspondente...*”.

Solicita, da mesma forma, seja convertido o processo em diligência, a fim de se constatar que o crédito de ICMS, em face da documentação apresentada, se fazendo a homologação da compensação pretendida dos seus créditos, com débitos de ICMS, sendo tais valores baixados dos registros do lançamento, postulando a procedência de tal pleito.

Tendo em vista o fato de o feito ter sido encaminhado para julgamento sem o conhecimento do autuante acerca da manifestação do sujeito passivo, em 21 de maio de 2019, foi convertido em diligência para tal (fl. 319).

À fl. 323 encontra-se a ciência do autuante acerca dos argumentos postos pelo contribuinte, bem como a sua observação de nada ter a acrescentar.

VOTO

O presente lançamento constitui-se em uma única infração arrolada pela fiscalização, objeto de impugnação por parte da empresa autuada.

O Auto de Infração atende aos requisitos legais, estando presentes todos os pressupostos exigidos na norma para a sua validade.

Observo que a empresa autuada tomou conhecimento do mesmo, e pode exercer de forma plena o seu direito de defesa, diante do fato de que lhes foram entregues os demonstrativos que embasaram a fiscalização, bem como os demais documentos e elementos que possibilitassem a instalação do contencioso. Além disso, diante da elaboração de novos demonstrativos, fruto de ajustes realizados pelo autuante em sede de informação fiscal, a empresa foi devidamente cientificada, recebendo cópia dos mesmos, tendo oportunidade de nova manifestação, o que ocorreu.

De igual modo, o demonstrativo elaborado pelo autuante é completo e por demais claro para proporcionar ao sujeito passivo a sua plena e irrestrita defesa, o que, como visto linhas acima, ocorreu.

Ainda assim, entende o sujeito passivo estar presente nulidade no lançamento, diante do fato de que o autuante além de não fundamentar o lançamento, igualmente não trouxe demonstração precisa de suas conclusões, de forma que impossibilitou a plena defesa da empresa.

Tais fatos consubstanciam insegurança na determinação da infração e ofenderia ao princípio da ampla defesa e contraditório, trazendo nulidade absoluta ao presente lançamento, anota.

Da análise inicial dos autos, verifico estar presente às fls. 11 a 26, demonstrativo pormenorizado da infração, com indicação da nota fiscal, sua respectiva chave de acesso, unidade emissora do documento, CFOP da operação, número, código e descrição de cada item, NCM, base de cálculo e valor do imposto apropriado a título de crédito fiscal.

Tal demonstrativo foi devidamente entregue à empresa autuada, consoante se verifica no recibo de fl. 29, firmado pela Sra. Danielle Magalhães de Melo, representante legal da empresa, na condição de sua sócia administradora, na forma do documento de fl. 10-v, não por acaso, uma das subscritoras da peça defensiva apresentada.

Da mesma forma, a descrição da infração se encontra bastante clara: *“Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente à aquisição de mercadorias beneficiadas com isenção do imposto”*.

O fato de o contribuinte discordar do lançamento ou o autuante ter dado interpretação equivocada à legislação especialmente quanto aos produtos autuados, apenas trazer como consequência a improcedência, e respectiva exclusão do Auto de Infração de tais parcelas, como, aliás, sugerido na informação fiscal prestada, e não, como pretende a defesa, em nulidade da autuação, o que me faz rejeitar tal argumento posto.

De igual maneira, a alegada carência de motivação e cerceamento de defesa, também não se apresentam presentes no lançamento. Primeiro, como se verá quando da apreciação do mérito, caso suplantadas as preliminares aventadas, pelo fato da fiscalização ter encontrado a devida motivação em práticas do contribuinte que seriam contrárias à legislação tributária do ICMS do Estado da Bahia.

Segundo, por motivo de que ao longo da tramitação processual o sujeito passivo teve ciência plena da autuação, dos documentos autuados, com suas respectivas chaves de acesso, datas de emissão, emissores, mercadorias, valores, e demais dados vitais para identificação de cada um dos documentos fiscais arrolados na empresa, na forma dos demonstrativos elaborados, devidamente entregues ao sujeito passivo, na forma de recibo firmado nos autos, reitero.

Também foi franqueada, ao contribuinte, a prática de todos os atos que entendesse necessários para o pleno exercício do contencioso, inclusive, e sobretudo, a apresentação de elementos de prova e argumentos, vários deles albergados pelo próprio autuante em sua informação fiscal, podendo participar de todos os atos processuais, e deles tendo conhecimento.

A propósito, esclareça-se ser o direito de ampla defesa uma importante garantia individual, decorrente dos princípios jurídicos da igualdade, da liberdade e da dignidade da pessoa humana, significando que não serão imputadas obrigações, nem restringidos direitos de determinado indivíduo, sem que ao mesmo seja facultado se manifestar, previamente, de forma completa e

sem qualquer tipo de restrição, estando tal preceito insculpido no corpo constitucional quando da apreciação e determinação dos direitos e garantias individuais e coletivos, inserido no artigo 5º, inciso LV da Constituição Federal (*“aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”*).

Maria Sylvia Zanella Di Pietro (in Direito Administrativo, 20ª edição, São Paulo, Atlas, 2007, p. 367), aponta que:

“O princípio do contraditório, que é inerente ao direito de defesa, é decorrente da bilateralidade do processo: quando uma das partes alega alguma coisa, há de ser ouvida também a outra, dando-se-lhe oportunidade de resposta. Ele supõe o conhecimento dos atos processuais pelo acusado e o seu direito de resposta ou de reação.

Exige: 1- notificação dos atos processuais à parte interessada;

2- possibilidade de exame das provas constantes do processo;

3- direito de assistir à inquirição de testemunhas;

4- direito de apresentar defesa escrita”.

E tanto tal direito foi garantido ao contribuinte, que este foi devidamente comunicado do lançamento, com todos os seus elementos, compareceu ao feito, apresentou as suas alegações defensivas sem qualquer restrição para a infração lançada, evidentemente após o exame dos elementos do feito, desfiou os argumentos a seu favor, pode contraditar a informação fiscal prestada, após a sua ciência, ou seja, exerceu tal direito sem qualquer limite ou restrição, o que sepulta o argumento posto.

Também foi obedecido o princípio do contraditório, até pela sua íntima relação de simbiose com o da ampla defesa, tendo Néelson Nery Costa assim entendido: *“O direito de ampla defesa exige a bilateralidade, determinando a existência do contraditório. Entende-se, com propriedade, que o contraditório está inserido dentro da ampla defesa, quase que com ela confundido integralmente, na medida em que uma defesa não pode ser senão contraditória, sendo esta a exteriorização daquela”.*

Da mesma maneira, não se pode avaliar ter sido violado o princípio da legalidade estrita em matéria tributária, o qual possui a sua gênese no artigo 5º, inciso II, da Constituição Federal, que reza: *“ninguém será obrigado a fazer ou a deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.*

Em complemento a tal comando, de forma específica, ao abordar o sistema tributário, a Carta Magna, no seu artigo 150, inciso I, veda os entes federados: *“sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça”*, o que torna tal princípio um dos mais importantes de nosso sistema tributário.

O crédito fiscal e a sua apropriação, cerne da infração arrolada na presente autuação, se encontra regido pela Lei Complementar 87/96, e no Estado da Bahia, pela Lei 7.014/96, o que significa dizer que a matéria possui a necessária e essencial base legal, como se verá mais adiante, em oposição ao ponto de vista externado pela defesa, razão pela qual não acolho a preliminar aventada.

Desta maneira, não se há de falar em qualquer motivo ensejador ou desencadeador de nulidade processual, quer sob o aspecto formal, quer sob o aspecto material, em atenção e respeito ao teor do artigo 39 do RPAF/99, motivo para não acolher tal argumento.

Quanto ao mérito da autuação, reporta-se a utilização indevida de crédito fiscal referente a aquisições de mercadorias beneficiadas com isenção de imposto.

A sistemática de crédito fiscal, se encontra na norma legal do estado da Bahia, insculpida nos artigos 28 e 29, *caput* da Lei 7.014/96, na seguinte redação:

“Art. 28. O imposto é não-cumulativo, compensando-se o que for devido em cada operação relativa à circulação de mercadorias ou prestação de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação com o montante cobrado nas anteriores por este Estado ou por outra unidade da Federação.

Art. 29. Para a compensação a que se refere o artigo anterior, é assegurado ao sujeito passivo o direito de creditar-se do imposto anteriormente cobrado em operações de que tenha resultado a entrada de mercadoria, real ou simbólica, no estabelecimento, inclusive a destinada ao seu uso ou consumo ou ao ativo permanente, ou o recebimento de serviços de transporte interestadual e intermunicipal ou de comunicação, inclusive quando iniciados ou prestados no exterior”.

O parágrafo 2º do artigo 29, entretanto, faz a ressalva de que “não dão direito a crédito as entradas de mercadorias ou as utilizações de serviços resultantes de operações ou prestações isentas ou não tributadas, ou que se refiram a mercadorias ou serviços alheios à atividade do estabelecimento”.

De maneira coerente, o artigo 310 do RICMS/12 estabelece que *“é vedado o crédito relativo a mercadoria entrada no estabelecimento ou a prestação de serviços a ele feita”*; e complementa no inciso II *“para comercialização, quando a operação de saída subsequente não for tributada ou estiver isenta do imposto, exceto a destinada ao exterior”*.

Este é o regramento a ser obedecido. A empresa autuada teve glosado vários créditos fiscais, se insurgindo contra tal, sob o argumento de que eram operações tributadas, no que foi acompanhada pelo próprio autuante, ou eram operações cujo imposto foi indevidamente recolhido na importação, e o uso do crédito fiscal foi a maneira de compensação de tais recolhimentos equivocados.

Passo, pois, a analisar as exclusões feitas pelo autuante, em sede de informação fiscal, no valor de R\$14.974,69, diante do fato de estar devidamente comprovado, pelas notas fiscais trazidas no bojo da peça defensiva, que as mercadorias ali listadas, são efetivamente tributadas.

E me valho, a título de exemplo, de duas notas fiscais que bem representam o universo apresentado. A primeira delas é a de número 50.554, inserida na fl. 80 dos autos, a qual foi emitida por PH Comércio de Produtos Hospitalares Ltda., no Estado do Espírito Santo. Nela, constam dois itens, a saber: “pino de broca bicepsbutton” e “botão de fixação tightrope.”

Apesar do total da nota fiscal ser R\$ 6.848,00, apenas um dos itens acima mencionados está sujeito à incidência do ICMS, qual seja o “pino de broca bicepsbutton”, o que faz com que a base de cálculo do imposto a ser destacado pela operação seja de R\$ 1.656,00, o que resulta em imposto devido na origem e passível de ser apropriado o crédito fiscal no destino de R\$ 66,24, vez ser o outro item não sujeito à incidência do ICMS.

Já na nota fiscal 63.391 (fl. 81), emitida pela empresa Protil Prótese e Instrumental Ltda., do Rio Grande do Sul, se refere a venda de “haste profemur Z”, produto tributado, com destaque do ICMS.

Da análise das NCM’s dos documentos excluídos, bem como do Anexo Único do Convênio ICMS 01/99, publicado no DOU de 08/03/99, tendo sido ratificado nacionalmente em 26/03/99, pelo Ato COTEPE-ICMS 03/99, que trata de concessão de isenção do ICMS nas operações com equipamentos e insumos destinados à prestação de serviços de saúde, se constata serem, efetivamente, mercadorias tributadas e, por consequência, legítimos os créditos apropriados pela empresa, devendo, como, aliás, o foram em sede de informação fiscal, retirados da autuação.

Restam, pois, aqueles produtos importados pelo próprio sujeito passivo e que se caracterizariam como isentos.

A cláusula terceira do mencionado Convênio, na redação vigente à época da ocorrência dos fatos geradores, previa que *“a fruição do benefício previsto neste convênio fica condicionada ao estabelecimento de isenção ou alíquota zero do Imposto sobre Produtos Industrializados ou do Imposto de Importação, para os equipamentos e acessórios indicados no anexo”*.

Ou seja, a isenção do ICMS acompanharia a isenção ou alíquota zero, do IPI, como, igualmente, do Imposto de Importação, para aquelas mercadorias importadas.

Os requisitos para tal, em suma, seriam: a inserção no Anexo Único do Convênio ICMS 01/99, sendo os impostos de Importação ou IPI reduzidos a alíquota zero ou isentados.

A questão então fica restrita à análise de cada operação de importação de *per si*, sendo que a empresa autuada acostou na sua defesa cópia de apenas uma Declaração de Importação (DI), a de número 15/1511179-4, na qual se verifica que não houve destaque nem informação quanto a recolhimento de IPI e de Imposto de Importação, o que, num primeiro momento levaria à conclusão de que não seria devido, igualmente o ICMS, sendo, pois, indevido o crédito fiscal destacado na nota fiscal corresponde à mesma.

Todavia, apenas tal documento de importação veio aos autos, apesar de, às fls. 163 a 264, terem sido apensadas diversas notas fiscais de entrada relativas a operações de importação, com destaque do ICMS, acompanhadas dos respectivos recolhimentos, apresentadas novamente na mídia de fl. 265, onde não há qualquer menção em tais documentos àqueles correspondentes às importações, para que se confirmasse a isenção ou alíquota zero, tanto do IPI, quanto do Imposto de Importação, o que prejudica a análise de tal argumento, até pelo fato de tais documentos estarem em poder do contribuinte.

Por esta razão, plenamente cabível a aplicação dos artigos 142 e 143 do RPAF/99, os quais, respectivamente, determinam que “*a recusa de qualquer parte em comprovar fato controverso com elemento probatório de que necessariamente disponha importa presunção de veracidade da afirmação da parte contrária*”, e “*a simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal*”, até pelo fato do contribuinte ter mais de uma oportunidade para fazê-lo, o que não ocorreu.

Isso na eventualidade de termos operações efetivamente tributadas, o que não se configura como a hipótese dos autos, diante da afirmação da autuada de serem as operações autuadas isentas.

A defesa, na peça apresentada, bem como na manifestação posterior, apega-se ao instituto da compensação, requerendo o reconhecimento dos valores recolhidos, o que não pode ser aceito, pelos seguintes motivos: primeiramente, por faltar a este órgão a devida e necessária atribuição legal, conforme se denota no artigo 147 da Lei 3.956/81 (COTEB):

“Art. 147. Compete ao Conselho de Fazenda Estadual (CONSEF):

I - através das Juntas de Julgamento Fiscal, julgar em primeira instância os processos administrativos fiscais em que haja exigência de tributo e multa ou exclusivamente de multa;

II - através de suas Câmaras de Julgamento, julgar em segunda instância:

a) recurso de ofício e recurso voluntário de decisão em processo administrativo fiscal, de acordo com o art. 146, I;

III - através da Câmara Superior, julgar:

(...)

b) recurso extraordinário”;

O seu Regimento Interno, aprovado pelo Decreto 7.592/99 em seu artigo 2º assim prevê:

“O Conselho de Fazenda Estadual (CONSEF), que integra a estrutura administrativa da Secretaria da Fazenda, é o órgão competente para, no âmbito administrativo, originariamente, julgar os litígios decorrentes de lançamentos de tributos e de aplicação de penalidades por infrações à legislação tributária e as impugnações e recursos do sujeito passivo, interpostos a qualquer medida ou exigência fiscal, obedecendo aos princípios do contraditório, da oficialidade, da legalidade objetiva, da verdade material, do informalismo e da garantia de ampla defesa, sem prejuízo de outros princípios de direito.”

Da leitura do mesmo, se verifica não estar entre as suas competências, apreciar ou decidir acerca de compensações ou restituições tributárias, em relação à qual os contribuintes se submetem à regra contida no mesmo COTEB, em seus artigos 160 e 161:

“Art. 160. A restituição de tributo, seus acréscimos ou multa, em razão de recolhimento a maior ou indevido, dependerá de petição dirigida à autoridade competente, através do órgão fiscal local, contendo os seguintes requisitos:

I - qualificação do requerente;

II - indicação do dispositivo legal em que se ampara o requerimento e a prova de nele estar enquadrado;

III - comprovante original do recolhimento a maior ou indevido;

IV - outras exigências regulamentares, conforme o caso.

Art. 161. O regulamento complementar as normas a respeito da tramitação do processo de restituição e fixará a competência das autoridades fiscais para apreciar o pedido da restituição, em primeira e segunda instâncias administrativas”.

Atendendo a tal comando, o RPAF/99, aprovado pelo Decreto 7.629/99, estabelece no artigo 73 e seguintes, o regramento para a realização do processo de restituição, adequado para o caso em tela.

Em segundo lugar, diante do fato de que, tendo o contribuinte eventualmente recolhido indevidamente valor de imposto considerado ou tido como indevido, deveria comunicar imediatamente ao Fisco, bem como adotar as necessárias providências, o que não consta nos autos ter ocorrido, ainda que tenham sido arrolados fatos a partir de janeiro de 2014, e o lançamento datar de novembro de 2018, mais de quatro anos depois daquele.

Logo, cabe somente a ele (contribuinte) adotar tal providência.

Quanto à compensação pleiteada, encontra-se prevista no Código Tributário Nacional (CTN), primeiramente como modalidade de extinção do crédito tributário (artigo 156, inciso II), e em seguida, no artigo 170 do mesmo diploma legal (a lei **pode**, nas condições e sob as garantias que estipular, ou cuja estipulação em cada caso atribuir à autoridade administrativa, **autorizar** a compensação de créditos tributários com créditos líquidos e certos, vencidos ou vincendos, do sujeito passivo contra a Fazenda Pública). (Grifei).

Ou seja: tal instituto não é de adoção obrigatória como se denota na expressão “pode”, tanto assim que a legislação tributária do Estado da Bahia não a prevê, e como tal, inexistente regulamentação para a mesma, e frente ao princípio da legalidade, não pode o agente público se sobrepor à Lei.

Fato é que, a ninguém é dado o direito de alegar o seu desconhecimento.

Quanto às decisões administrativas trazidas como paradigma pela defesa, além de não serem vinculantes, não guardam a necessária correlação com os elementos presentes no feito, motivo pela não aceitação das mesmas.

Pelos expostos motivos, especialmente pelo acatamento dos ajustes realizados pelo autuante em sede de informação fiscal, relativo aos produtos comprovadamente tributados, cujos créditos foram corretamente apropriados, entendo ser o lançamento procedente em parte no montante de R\$269.031,33, na forma do demonstrativo de débito de fl. 272.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **299430.0017/18-5**, lavrado contra **JDR COMÉRCIO DE PRODUTOS CIRÚRGICOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento de imposto no valor de **R\$269.031,33**, acrescido da multa de 60% prevista no artigo 42, inciso VII, alínea “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala de Sessões do CONSEF, 23 de agosto de 2019.

JORGE INÁCIO DE AQUINO – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR – RELATOR

JOSÉ ADELSON MATTOS RAMOS – JULGADOR