

| | |
|------------|--------------------------------------------------------|
| PROCESSO | - A. I. N° 279757.0033/20-7 |
| RECORRENTE | - MEDICICOR COMERCIAL EIRELI |
| RECORRIDA | - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL |
| RECURSO | - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JJF nº 0073-02/21-VD |
| ORIGEM | - IFEP COMÉRCIO |
| PUBLICAÇÃO | - INTERNET 17/03/2022 |

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO CJF Nº 0037-11/22-VD

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. USO INDEVIDO. **a)** ICMS DESTACADO A MAIOR. CONSIGNAÇÃO. REMESSA E RETORNO DE MERCADORIAS. ICMS destacado maior que o valor da operação de remessa. Infração ao art. 334, inc. IV, item “3” do RICMS/2012, ou seja: na devolução de mercadoria remetida em consignação mercantil, o consignatário emitirá nota fiscal contendo, além dos demais requisitos exigidos, o destaque do ICMS e a indicação do IPI nos valores debitados por ocasião da remessa em consignação. Infração subsistente. **b)** REMESSA EM COMODATO SEM DESTAQUE DE ICMS. Infração reconhecida. 2. FALTA DE RECOLHIMENTO. OPERAÇÕES TRIBUTADAS CONSIDERADAS COMO ISENTAS. O Convênio ICMS 01/99, concede isenção do ICMS às operações com equipamentos e insumos destinados à prestação de serviços de saúde e estabelece na sua Cláusula terceira, as condições para usufruto do benefício. Os itens listados nas notas fiscais arroladas no demonstrativo, correspondem às mercadorias cujos CFOP não constam no Anexo Único do Convênio ICMS 01/99. Infração subsistente. Afastada as preliminares de nulidades. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVÍDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Cuidam os presentes autos de Recurso Voluntário interposto pela autuada em razão do Acórdão 2ª JJF Nº 0073-02/21-VD, que julgou Procedente o Auto de Infração, lavrado em 03/08/2020, para exigir ICMS no valor histórico de R\$52.443,54, em razão de três infrações, descritas da forma a seguir.

INFRAÇÃO 01 – 01.02.28 – Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS com repercussão na obrigação principal, apurada em dezembro de 2015. ICMS exigido R\$43.958,44 mais multa de 60% tipificada no art. 42, inc. II, alínea “f” da Lei nº 7.014/96.

O autuante informa que a infração é “Referente à operação de retorno de mercadoria remetida anteriormente a título de consignação (NF 298373, de 07/04/2015, R\$366,84 – ICMS 17% R\$62,36) através na nota fiscal nº 307619 de 11/12/2015, com valor de R\$366.840,00 e ICMS 12% R\$44.020,80, de emissão pelo próprio autuado com utilização do crédito fiscal em valor superior de R\$43.958,44, conforme Demonstrativo Crédito Indevido, parte integrante do Auto de Infração, cópia entregue ao contribuinte”.

Enquadramento legal: Artigos 28, 30 e 31 da Lei nº 7.014/96 c/c artigos 309 e 310 do RICMS/2012.

INFRAÇÃO 02 – 01.02.28 – Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS com repercussão na obrigação principal, apurada em dezembro de 2015. ICMS exigido R\$2.650,73 mais multa de 60% tipificada no art. 42, inc. II, alínea “f” da Lei nº 7.014/96.

O autuante informa que a infração é “Referente à operação de retorno de bem remetida anteriormente a título de comodato, sem tributação com nota fiscal de entrada emitida pelo autuado (NF 307953, de 18/12/2015), conforme Demonstrativo Crédito Indevido, parte integrante do Auto de Infração, cópia entregue ao contribuinte”.

Enquadramento legal: Artigos 28, 30 e 31 da Lei nº 7.014/96 c/c artigos 309 e 310 do RICMS/2012.

INFRAÇÃO 03 – 02.01.03 – Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, apurada nos meses de agosto a dezembro de 2015. ICMS exigido R\$5.834,37 acrescido de multa de 60% tipificada no art. 42, inc. II, alínea “a” da Lei nº 7.014/96.

O autuante informa que a infração é “Referente às saídas de mercadorias adquiridas para comercialização – transdutor de pressão logical-placa, suporte p/a1 transdutor de pressão logical-placa, a título de remessa de bem do ativo imobilizado para uso fora do estabelecimento (CFOP 5554). Conforme demonstrativo Não Tributadas, parte integrante do Auto de Infração, cópia entregue ao contribuinte”.

Enquadramento legal: art. 2º, inc. I e art. 32 da Lei nº 7.014/96 c/c artigos 332, inc. I do RICMS/2012.

A 2ª Junta de Julgamento Fiscal (JJF) apreciou a lide no dia de 22/04/2021 (fls. 35 a 41) e decidiu pela Procedência, por unanimidade, através do Acórdão de nº 0073-02/21-VD, o qual foi fundamentado nos seguintes termos:

“VOTO

Conforme relatado, o lançamento, ora discutido impõe ao sujeito passivo três infrações à legislação tributária, cuja lide foi estabelecida pela protocolização tempestiva da defesa, onde o sujeito passivo reconheceu como devida a cobrança da infração 02, fato que impõe desde já, considerá-la subsistente.

O contribuinte atua no ramo do comércio atacadista de instrumentos e materiais para uso médico, cirúrgico, hospitalar e de laboratórios – CNAE 4645/1-01, exercendo outras atividades secundárias como manutenção e reparação de equipamentos e produtos; comércio atacadista de medicamentos e drogas de uso humano; de produtos de higiene pessoal, de equipamentos de informática; comércio atacadista de máquinas, aparelhos e equipamentos para uso odonto-médico-hospitalar, partes e peças; comércio varejista de artigos médicos e ortopédicos e aluguel de equipamentos científicos, médicos e hospitalares, sem operador. É contribuinte do ICMS, portanto, inscrito no CAD-ICMS na condição Normal e apura o imposto no sistemático de conta corrente fiscal.

A ação fiscal foi iniciada após a cientificação ao contribuinte do seu início, ocorrida em 08/07/2020, através da mensagem 165164, postada no Domicílio Tributário Eletrônico – DT-e, fl. 06.

Os demonstrativos foram elaborados pelos autuantes, com base nos dados da Escrituração Fiscal Digital – EFD transmitida pelo contribuinte via SPED-Fiscal, e se apresentam de forma clara e didática, contendo todos os elementos e dados necessários para identificar a infração, tendo sido impressos, fls. 07 a 09 e gravados em mídia – CD, fl. 10, entregues ao contribuinte quando da cientificação da lavratura do Auto de Infração, conforme comprova a mensagem 168592 do DT-e, lida pelo contribuinte em 05/08/2020.

Preliminarmente, a autuada argui nulidade das infrações 01 e 03.

Quanto a infração 01, a arguição de nulidade tem como justificativa o entendimento da autuada de que há insegurança na determinação da infração, e consequentemente, cerceamento do direito de defesa, fundamentada no art. 18, incisos II e IV do RPAF/99.

Cita como fato que a levou a tal entendimento, a afirmação do Fisco de que a infração estaria comprovada pelas “...notas fiscais 298373 e 307619, que seriam interligadas. Entretanto, de acordo com a cópia da NF 298373, não existe qualquer relação com a NF 307619”, argumento rechaçado pelos autuantes em sede da informação fiscal. Trata-se de arguição de mérito, portanto, será apreciada no momento oportuno, restando afastada.

A outra arguição de nulidade, refere-se a infração 03, justificada pela defesa pela existência de um equívoco no demonstrativo analítico, onde na coluna sob o título “Emitentes” das notas fiscais arroladas, constam CNPJ’s que não é da autuada, portanto, argui ilegitimidade passiva da infração.

Trata-se de uma arguição que não se sustenta, haja vista que, sendo os dados de conhecimento da autuada, por se tratar de informações extraídas da sua EFD, a coluna onde está consignado o título Emitente, na verdade corresponde a Destinatários, fato que não modifica os valores, tampouco impede o contribuinte de identificar a infração e o valor apurado.

As notas fiscais relacionadas foram todas emitidas pela autuada, fato facilmente comprovado pela consulta na nota fiscal eletrônica, através das chaves de acesso, todas identificadas no demonstrativo. Ademais a autuada é conhecedora destas notas fiscais que emitiu, fato que torna seu argumento sem sustentação e, portanto, o rejeito.

No mérito, a infração 01 diz respeito ao uso indevido de crédito fiscal do ICMS, decorrente de operações de devolução de mercadorias anteriormente remetidas sob o título de consignação.

Foram arroladas duas notas fiscais eletrônicas, números 307.619 e 298.373, emitidas em outubro e dezembro de 2015, referentes a remessa e posterior retorno de mercadorias remetidas em consignação.

Ressalto que se entende por consignação mercantil, o contrato pelo qual um estabelecimento consignante entrega mercadorias a outro, o consignatário, para futura comercialização por conta própria e em seu nome. O faturamento dessas mercadorias ocorrerá somente quando o estabelecimento consignatário promover a venda. (dessas mercadorias recebidas em consignação).

Portanto, na consignação mercantil, ocorrendo à venda pelo consignatário, ocorrerá, instantânea e simultaneamente, a venda pelo consignante, quando o negócio estará concluído, ou seja, na consignação, duas operações de venda transcorrem quando se completa a operação.

A doutrina define como consignante, aquele que remete e confia mercadorias ou produtos de sua propriedade a terceiro, em regra um comerciante, para que este as comercialize, que, com o domínio das mercadorias ou produtos, bem como o privilégio de reivindicá-los do consignatário, caso este não promova a venda no prazo estipulado em contrato. Já o consignatário é o comerciante que recebe mercadorias ou produtos de terceiros para que as comercialize em seu próprio estabelecimento.

A Lei Complementar nº 87/96, estabelece no seu art. 12, o momento a partir do qual se considera ocorrido o fato gerador do ICMS, dentre outras hipóteses, o momento que ocorrer a “saída de mercadoria de estabelecimento de contribuinte, ainda que para outro estabelecimento do mesmo titular;” e da “transmissão de propriedade de mercadoria, ou de título que a represente, quando a mercadoria não tiver transitado pelo estabelecimento transmitente”, sendo pacífico o entendimento de ser irrelevante o fato de haver ou não a transferência da titularidade.

Dessa forma, considerando que na consignação mercantil a circulação, ou seja, a saída física de mercadoria, o Fisco entende que ocorre, normalmente, o fato gerador do ICMS.

Nesse sentido, destaco o posicionamento da Receita Federal do Brasil, referente ao IPI, o qual se amolda perfeitamente ao ICMS pela similitude de ambos, constante na Decisão nº 9 de 14/09/1999:

ASSUNTO: Imposto sobre Produtos Industrializados – IPI

EMENTA: CONSIGNAÇÃO MERCANTIL. OPERAÇÕES. VALOR TRIBUTÁVEL. DOCUMENTÁRIO FISCAL. Somente na hipótese de venda de produtos a título de consignação mercantil em que haja estabelecimento de preço pelo consignante é que deverá ser observado o valor tributável previsto no § 4º do artigo 118 do RIPI/98. A base de cálculo de produto de procedência estrangeira, no caso de operação de venda em consignação, em que o preço de venda do consignatário não seja previamente estabelecido pelo consignante, é o valor total de que decorrer a saída do consignante, conforme previsto no art. 118, I, “b” do RIPI/1998. Os procedimentos relativos à documentário fiscal e à complementação do valor cobrado no caso de reajuste de preço contratado, previstos nos artigos 399 a 402, todos do RIPI/1998, aplicam-se a todas as modalidades de consignação mercantil.

O RICMS/2012 trata da matéria no Capítulo XVIII – Das Operações de Consignação Mercantil, especificamente no art. 334, in verbis:

Art. 334. Na realização de operação de consignação mercantil, observar-se-ão os seguintes procedimentos (Ajuste SINIEF 2/1993);

I - Na saída de mercadoria a título de consignação mercantil:

a) o consignante emitirá nota fiscal contendo, além dos demais requisitos exigidos:

- 1 - a natureza da operação: “Remessa em consignação”;
- 2 - o destaque do ICMS e do IPI, quando devidos;

b) o consignatário lançará a nota fiscal no Registro de Entradas, creditando-se do valor do imposto, quando permitido; (...)

IV - Na devolução de mercadoria remetida em consignação mercantil:

a) o consignatário emitirá nota fiscal contendo, além dos demais requisitos exigidos:

- 1 - a natureza da operação: “Devolução de mercadoria recebida em consignação”;
- 2 - a base de cálculo: o valor da mercadoria efetivamente devolvida, sobre o qual foi pago o imposto;
- 3 - o destaque do ICMS e a indicação do IPI nos valores debitados por ocasião da remessa em consignação;
- 4 - a expressão: “Devolução (parcial ou total, conforme o caso) de mercadoria em consignação - Nota Fiscal nº...., de..../..../....”;

b) o consignante lançará a nota fiscal no Registro de Entradas, creditando-se do valor do imposto.

Pelo exposto, pressupõem-se que a operação de consignação mercantil é aquela praticada entre comerciantes, razão pela qual, o RICMS/2012 não trata de procedimentos específicos aplicáveis à consignação quando o consignante é não contribuinte do ICMS.

Não obstante o conceito básico de consignação seja o mercantil, nada impede, perante o direito comercial, que a operação seja realizada entre uma pessoa jurídica que não pratica comercialização de mercadorias, e um comerciante. Nessa hipótese, entende-se por consignação mercantil o contrato pelo qual uma pessoa entrega mercadorias a outra, para que esta última à venda por conta própria e em seu próprio nome.

As notas fiscais arroladas no levantamento, como já dito linhas acima, referem-se ao retorno de mercadorias anteriormente remetidas em consignação.

Inicialmente, cabe rechaçar a arguição defensiva de que a nota fiscal nº 289.373, aponta destaque de ICMS no valor de R\$15.173,63, valor este que deveria ter sido deduzido do cobrado, por não ter cabimento, haja vista que este valor refere-se ao imposto destacado, correspondente ao total das mercadorias acobertadas na citada nota fiscal que inclui mais dez itens.

A nota fiscal eletrônica nº 307.619, emitida em 11/12/2015, pela autuada, CFOP 2.918 – Devolução de Mercadoria Remetida em Consignação, acoberta o retorno de um CATETER ANGIOGRÁFICO SITE SEER JL 4.0 – SF 100CM, Lote: 5067194, código do produto 1739, procedente da Santa Casa de Misericórdia de Maceió, sediada na capital alagoana, referente a remessa de 10 unidades da mesma mercadoria, conforme nota fiscal eletrônica nº 298.373, emitida em 07/04/2015.

Conforme destacado pelos autuantes, em sede de informação fiscal, a glosa do crédito no valor de R\$43.958,44, corresponde a diferença entre o ICMS destacado na nota fiscal de remessa para a consignatária, R\$366,80 e o ICMS, destacado quando da devolução da mesma mercadoria, no valor de R\$366.840,00, procedimento que contraria o que estabelece o RICMS/2012, gerando crédito de ICMS indevido.

Do exame dos dois documentos, cujas cópias podem ser analisadas fisicamente através das cópias anexadas à fl. 16, nota fiscal nº 298.373 e fl. 28, nota fiscal nº 307.616, podendo ainda, confirmar os dados através de consulta no Portal da Nota Fiscal Eletrônica – NFE, para constatar que as duas estão intrinsecamente relacionadas, pois uma trata da operação de remessa em consignação e a outra do retorno dessa mesma mercadoria para o consignante, ora autuada, fato que põe por terra o argumento defensivo aduzido na arguição de nulidade da infração 01, já rejeitada.

Constatou que o imposto destacado na nota fiscal de retorno da mercadoria remetida anteriormente a título de consignação, não observou o que determina o RICMS/2012, no seu art. 334, inc. IV, item “3”, ou seja: na devolução de mercadoria remetida em consignação mercantil o consignatário emitirá nota fiscal contendo, além dos demais requisitos exigidos, o destaque do ICMS e a indicação do IPI nos valores debitados por ocasião da remessa em consignação.

Procedimento que não foi observado, ocasionando a apropriação indevida de crédito fiscal do ICMS, apurado de forma escorreita pelos autuantes, de modo que considero subsistente a infração 01, sendo exigido o ICMS devido a glosa do crédito fiscal correspondente a R\$43.958,44 correspondente a diferença entre o crédito apropriado na devolução de um item, R\$44.020,80 e o ICMS destacado na remessa de um item, ou seja R\$63,36.

Quanto a infração 03, a defesa argui improcedência da infração em razão de ser as operações listados no demonstrativo, Remessa de bem do ativo imobilizado para uso fora do estabelecimento – CFOP 5.554, portanto, faria jus a isenção do imposto conforme previsto no Convênio ICMS 01/99.

O citado convênio concede isenção do ICMS às operações com equipamentos e insumos destinados à prestação de serviços de saúde e estabelece na sua Cláusula terceira as condições para usufruto do benefício:

Cláusula terceira A fruição do benefício previsto neste convênio fica condicionada:

I - 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;

II - a que a operação esteja contemplada com a desoneração das contribuições para os Programas de Integração Social e de Formação do Patrimônio do Servidor Público - PIS/PASEP e da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - COFINS, relativamente o item 73 do Anexo Único deste convênio.

Os itens listados nas notas fiscais arroladas no demonstrativo, fl. 08 e 09, correspondem a mercadorias cujas NCM são os seguintes: 9018.19.90 e 9021.90.82, as quais, não constam no Anexo Único do Convênio ICMS 01/99, e, portanto, não podem as operações gozar da isenção nele prevista.

Tendo a autuada promovido saídas destas mercadorias com isenção do imposto, o faz sem respaldo legal, caracterizando a saída de mercadoria tributável como se não tributável fosse. Assim sendo, tenho como subsistente a infração 03.

Quanto ao pedido para que todas as notificações e intimações relativas ao processo sejam encaminhadas aos profissionais regularmente constituídos, seus representantes na ação administrativa, conforme termo de procura anexa, sob pena de nulidade, lembro que não existem óbices ao atendimento, contudo, sendo a intimação do sujeito passivo ou de pessoa interessada acerca de qualquer ato, fato ou exigência fiscal, inexiste

previsão legal para a nulidade dos atos, caso não sejam as intimações direcionadas ao patrono da autuada, visto que o art. 108 do RPAF/99, determina que a intimação será feita, preferencialmente, pessoalmente ao sujeito passivo ou interessado, seu representante ou preposto, como também através de via postal ou por edital publicado no Diário Oficial do Estado, quando não for possível as formas anteriores.

Pelo exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

Voto pela PROCEDÊNCIA do auto de infração.

Inconformado, com fundamento no art. 169, I, “b” do RPAF/BA, aprovado pelo Decreto nº 7.629/1999, o contribuinte interpôs Recurso Voluntário às fls. 51 a 53, mediante o qual aduz o seguinte:

Diz ser uma sociedade empresária, com sede na Avenida Antônio Carlos Magalhães, nº 3244, Edf. Emp. Tomé de Souza, Sl. 811, Caminho das Árvores, Salvador – BA, CEP: 41820-000, inscrita no CNPJ do MF sob nº 02.068.375/0001-19 e no Cadastro da SEFAZ/BA sob nº 47.039.511, intimada do Acórdão JJF nº 0073-02/21-VD, da 2ª JJF, vem, a tempo e modo, por seu advogado, apresentar Recurso Voluntário, com base nos fatos e fundamentos que, a seguir, passo a descrever:

Após descrever as 3(três) imputações do Auto de Infração nº 279757.0033/20-7, em tela, diz renovar o pedido de todas as intimações e notificações relativas ao feito sejam encaminhadas aos profissionais regularmente constituídos, legítimos representantes legais da Autuada na ação administrativa que ora se instaura, tudo conforme poderes especificados na procuração anexa.

Preliminarmente suscita a nulidade da Decisão recorrida, por supressão de instância e consequente cerceamento do direito de defesa, eis que a Junta não apreciou a questão prejudicial no item 03 da defesa. Registra que disse a JJF, ao apreciar as questões preliminares da imputação de nº 01, que a alegação “*Trata-se de arguição de mérito, portanto, será apreciada no momento oportuno, restando afastada*”. Neste contexto, assim se posicionando, entende que o Julgador transfigurou a defesa, sem justificar sua posição de forma clara e direta. Consigna, então, que é nula a decisão assim construída, na forma do art. 18, incisos II e III do RPAF, posto que a decisão não foi fundamentada.

Acrescenta que a decisão é nula, também, posto que a JJF, novamente, não apreciou parte da defesa (item 04), que suscitou a existência de vício na infração 03. À fl. 6 do acórdão a Junta inicia a fundamentação da decisão, com relação à infração 03, dizendo que “*Quanto a infração 03, a defesa argui improcedência da infração em razão de ser as operações listados no demonstrativo, REMESSA DE BEM DO ATIVO IMOBILIZADO PARA USO FORA DO ESTABELECIMENTO – CFOP 5.554, portanto, faria jus a isenção do imposto conforme previsto no Convênio 01/99.*” Nessa linha, declinou pela procedência do item, sem analisar a questão prejudicial apresentada.

Diz que, se ultrapassada a nulidade da decisão, reitera o pleito de nulidade da infração 01, por ofensa ao art. 18, incisos II e IV, “a” do RPAF, ou seja, por insegurança na determinação da infração e consequente cerceamento do direito de defesa. Com efeito, consta no corpo do AI, como acusação, que existiu “*crédito fiscal indevido, com repercussão negativa contra o Erário*”, o que estaria comprovado pelas Notas Fiscais nºs 298373 e 307619, que seriam interligadas. Entretanto, de acordo com a cópia da Nota Fiscal nº 298373, não existe qualquer relação desta com a Nota Fiscal nº 307619.

Aduz, então, que, como a JJF não apreciou a questão posta, não observou a efetiva ausência de relação entre as citadas notas. A operação consignada na Nota Fiscal nº 298.373, de 07/04/15 (cópia anexa), não possui relação com a Nota Fiscal nº 307.619, apesar da coincidência de um dos produtos, pois não há na segunda referência à primeira.

Diz, também, que a Junta afirmou que do exame dos dois documentos constatou que “*as duas estão intrinsecamente relacionadas, pois uma trata da operação de remessa em consignação e a outra do retorno dessa mesma mercadoria para o consignante*”. Já os Autuantes, na “*Informação Fiscal*”, ratificaram o teor do fundamento do Auto de Infração, conforme fls. 3 do acórdão ora recorrido. Disseram inclusive que “*não restar dúvida quanto a relação entre as duas notas fiscais e acrescentam que não há identificação de outras operações do tipo, envolvendo o*

mesmo destinatário com a mesma mercadoria e mesma série e lote". Essa afirmação consubstancia o víncio e a insegurança na determinação da infração, pois na própria NF N° 307.619, nos "dados adicionais", se constata a ligação com a NF N° 299440. A acusação fiscal inicial, portanto, que foi ratificada através da "Informação Fiscal", é insubsistente, sendo nulo, como abordado na defesa, o lançamento de ofício.

Diz ratificar, também, o pedido de nulidade da infração 03, na medida em que a acusação é de "saída não tributada", porém, no demonstrativo de débito denominado "FALTA DE DESTAQUE DO ICMS NORMAL NAS SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTADAS", constam CNPJ de "emitentes" que não correspondem à Autuada, tornando-a ilegítima para figurar no polo passivo da relação processual, assim como impõe igual insegurança na apuração. À fl. 3 do acórdão consta que os Autuantes reconhecem o víncio, dizendo que "*tal fato não altera, tampouco modifica qualquer informação extraída dos registros fiscais transcritos para as linhas do demonstrativo*". Entretanto, o víncio aponta mácula a apuração, como apontado na defesa.

Além disso, quanto ao mérito da infração 03, seriam, então, operações internas, CFOP 5554, de "remessa de ativo imobilizado", transferências dentro do próprio estabelecimento autuado, que não se sujeitam à incidência do ICMS, pelo que são indevidas as parcelas cobradas.

Ante o exposto, ao tempo em que protesta pela produção de todos os meios de prova em direito admitidos, protesta pelo provimento do presente recurso e, por via conexa, pela nulidade da Decisão recorrida ou das infrações 01 e 03, ou pela improcedência dos mesmos itens, restando o Auto de Infração "procedente em parte", sendo devida apenas a parte correspondente à infração 02.

VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário contra a Decisão de Piso proferida pela 2^a Junta de Julgamento Fiscal, em 25/08/2021, através do Acórdão de nº 0073-01/21-VD, que julgou, por unanimidade, Procedente o Auto de Infração nº 279757.0033/20-7, em epígrafe, lavrado em 03/08/2020, resultante de uma ação fiscal realizada por Auditores Fiscais lotados na unidade Fazendária IFEP COMÉRCIO, em que, no exercício de suas funções de Fiscalização, em cumprimento da O.S.: 503580/20, constituiu o presente lançamento fiscal de exigência de imposto (ICMS) no valor de R\$52.443,54, decorrente de 03 (três) irregularidades, sendo a infração 1 por utilização indevida de crédito fiscal de ICMS com repercussão na obrigação principal, apurada em dezembro de 2015, referente à operação de retorno de mercadoria remetida anteriormente a título de consignação; a infração 2, utilização indevida de crédito fiscal de ICMS com repercussão na obrigação principal, apurada em dezembro de 2015, referente à operação de retorno de bem remetida anteriormente a título de comodato, sem tributação, com nota fiscal de entrada emitida pelo autuado e a infração 3, por ter deixado de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, apurada nos meses de agosto a dezembro de 2015, todas amparadas por demonstrativos analíticos e sintéticos impressos às fls. 7/9 dos autos, constantes do CD/Mídia de fl. 10, entregues ao Contribuinte Autuado via DT-e na forma do documento impresso à fl. 12 dos autos.

Há de se destacar, de início, que o Recurso Voluntário diz respeito, apenas, às imputações de nºs 1 e 3, cuja lide, como destacado na decisão de piso, foi estabelecida pela protocolização tempestiva da defesa, onde o sujeito passivo reconheceu como devida a cobrança da imputação de 2.

Seguindo, vê-se que a recorrente, após descrever as 3(três) imputações do Auto de Infração nº 279757.0033/20-7, em tela, diz renovar o pedido de todas as intimações e notificações relativas ao feito sejam encaminhadas aos profissionais regularmente constituídos, legítimos representantes legais da Autuada na ação administrativa que ora se instaura, tudo conforme poderes especificados na procuração anexa.

Preliminarmente suscita a nulidade da Decisão recorrida, por supressão de instância e consequente cerceamento do direito de defesa, eis que a Junta não apreciou a questão prejudicial no item 03 da defesa. Registra o que disse a JJF, ao apreciar as questões preliminares da

imputação de nº 01 “*Trata-se de arguição de mérito, portanto, será apreciada no momento oportuno, restando afastada*”.

Neste contexto, assim se posicionando, entende que o Julgador transfigurou a defesa, sem justificar sua posição de forma clara e direta. Consigna, então, neste recurso, que é nula a decisão assim construída, na forma do art. 18, incisos II e III, do RPAF, posto que, ao seu entender, a decisão não foi fundamentada.

De pronto observo que não vejo qualquer transfiguração da arguição de defesa que “*de acordo com a cópia da Nota Fiscal nº 298373, não existe qualquer relação desta com a Nota Fiscal nº 307619*” e por isso ensejaria insegurança na determinação da infração e consequente cerceamento do direito de defesa, pois, de fato, trata-se de arguição de mérito, cujo conteúdo, no momento oportuno da análise de mérito, pela 1ª instância, fora apreciado na decisão de piso, cujo conteúdo está sendo, objeto deste Recurso Voluntário, que, também, será apreciado no momento oportuno, restando, portanto, afastada tal arguição de nulidade e, por conseguinte, não merecendo qualquer reparo a Decisão da 1ª Junta de Julgamento Fiscal.

O Contribuinte Autuado traz, também, à tona, no Recurso Voluntário, em relação a imputação de nº 03, que diz respeito ao item 04 de sua peça de defesa, que a decisão é nula, posto que a JJF, não teria apreciado parte da defesa deste item, que aduz ter suscitado a existência de vício na autuação.

Para fundamentar seu pedido o sujeito traz o destaque no Recurso Voluntário de que à fl. 6 do acórdão a Junta inicia a fundamentação da decisão, com relação à imputação de nº 03, dizendo que “*Quanto a infração 03, a defesa argui improcedência da infração em razão de ser as operações listados no demonstrativo, REMESSA DE BEM DO ATIVO IMOBILIZADO PARA USO FORA DO ESTABELECIMENTO – CFOP 5.554, portanto, faria jus a isenção do imposto conforme previsto no Convênio 01/99.*” Nessa linha, diz que a 2ª JJF declinou pela procedência do item, sem analisar a questão prejudicial apresentada.

Não é o que observo da Decisão da 2ª JJF, vez que está claramente posto no voto condutor que a outra arguição de nulidade, que diz respeito a imputação de nº 03, justificada pela defesa *por quantum* a existência de um equívoco no demonstrativo analítico, onde na coluna sob o título “*Emitentes*” das notas fiscais arroladas, constam CNPJ’s que não é da autuada, portanto, argui ilegitimidade passiva da infração.

O Relator Julgador do voto condutor da Decisão de 1ª Instância, que fora acompanhado pelos demais membros da Junta de Julgamento Fiscal, disse, o que também coaduno, tratar-se de uma arguição que não se sustenta, haja vista que, sendo os dados de conhecimento da autuada, por decorrer de informações extraídas da sua própria Escrituração Fiscal Digital - EFD, a coluna onde está consignado o título “*Emitentes*”, na verdade corresponde a “*Destinatários*”, fato que não modifica os valores, tampouco impede o contribuinte de identificar a infração e o valor apurado.

Por outro lado, assertivamente destacou no voto condutor da Decisão de 1ª Instância que as notas fiscais relacionadas à imputação de nº 03 foram todas emitidas pela própria autuada, fato facilmente comprovado pela consulta na nota fiscal eletrônica, através das chaves de acesso, todas identificadas no demonstrativo. Neste sentido a autuada é convedora destas notas fiscais que emitiu, fato que torna seu argumento sem sustentação, como assim posicionou o Relator Julgador não merecendo qualquer reparo na Decisão da 1ª Junta de Julgamento Fiscal.

Segundo, têm-se, agora, do Recurso Voluntário o destaque que, se ultrapassada a nulidade da decisão do voto condutor de 1ª Instância acima discorrido, diz, o sujeito passivo, reiterar o pleito de nulidade da imputação de nº 01, por ofensa ao art. 18, incisos II e IV, “a” do RPAF, ou seja, por insegurança na determinação da infração e consequente cerceamento do direito de defesa.

Com efeito, diz constar no corpo do Auto de Infração, em lide, como acusação, relativamente a imputação de nº 01, que existiu “*crédito fiscal indevido, com repercussão negativa contra o Erário*”, o que estaria comprovado pelas Notas Fiscais nºs 298373 e 307619, que seriam interligadas. Entretanto, de acordo com a cópia da Nota Fiscal nº 298373, diz que não existe

qualquer relação desta com a Nota Fiscal nº 307619.

Primeiramente há de se destacar que tal arguição de nulidade não foi aventada na peça de defesa. Entretanto analisando, agora, tal arguição não vejo qualquer procedência, pois a imputação está fundamentada no demonstrativo de fl. 7 dos autos, em que, o agente Fiscal, identificando o registro de apropriação de crédito fiscal de ICMS amparado em documento fiscal decorrente de operação de retorno de mercadoria remetida anteriormente a título de consignação (Nota Fiscal nº 307619), com “*CFOP 2918 Devolução de mercadoria remetida em consignação mercantil ou industrial*”, que enseja a comprovação, através de documento fiscal, do envio da mercadoria para o consignante, assim não procedeu o Contribuinte Autuado.

Todavia ao destacar, como informações complementares na descrição dos fatos, de que tais mercadorias refere-se à operação de retorno de mercadoria remetida anteriormente a título de consignação através Nota Fiscal nº 298373, de 07/04/2015 no valor R\$366,84, com destaque de ICMS-17%, calculado de R\$62,36, cujo valor de ICMS fora abatido do valor do crédito tomado através na Nota Fiscal nº 307619 de 11/12/2015, com valor de R\$366.840,00 e ICMS-12% calculado de R\$44.020,80, de emissão pelo próprio autuado, encontrando o valor de crédito utilizado indevidamente no montante de R\$43.958,44, **não interpreto que seja motivo de nulidade da autuação por insegurança na determinação da infração e consequente cerceamento do direito de defesa**, vez que, mesmo não se podendo relacionar as duas notas fiscais, o que se tem é que o defensor ao apropriar o registro de crédito fiscal de ICMS amparado em documento fiscal decorrente de operação de retorno de mercadoria remetida anteriormente a título de consignação, inclusive emitido pelo próprio tomador do crédito fiscal, no caso em tela o defensor, **deveria fazer constar do campo “observação” do documento fiscal emitido o registro do documento fiscal do envio da mercadoria para o consignante**, ou mesmo, apresentar, quando for arguido no percurso dos trabalhos da ação fiscal, documentos outros que de fato comprovasse a origem das operações de retorno das mercadorias remetidas anteriormente a título de consignação, o que não o fez. Rejeito, portanto, tal arguição de nulidade, que ao meu sentir se trata de arguição de mérito.

Aliás, sobre a correlação da Nota Fiscal nº 298373 com a Nota Fiscal nº 307619, em relação a imputação de nº 01, o sujeito passivo, diferentemente do arguido no Recurso Voluntário, apontou, na peça de defesa, para o destaque do ICMS de R\$15.175,63 na Nota Fiscal nº 298373, importância então que, pelo teor da acusação, diz que haveria que ser deduzida do valor do crédito glosado, o que fora rechaçado assertivamente pelo i. Relator Julgador na Decisão de piso de primeira instância.

Isso porque a Nota Fiscal Eletrônica nº 307.619, emitida em 11/12/2015, pela própria autuada, *CFOP 2.918 – Devolução de Mercadoria Remetida em Consignação*, acoberta o retorno de um CATETER ANGIOGRÁFICO SITE SEER JL 4.0 – SF 100CM, Lote: 50671940, código do produto 1739, procedente da Santa Casa de Misericórdia de Maceió, sediada na capital alagoana.

Por sua vez o destaque do ICMS de R\$15.175,63 na Nota Fiscal nº 298373, de *CFOP 6917 - Remessa de Mercadoria em Consignação*, relacionava, também, a outros itens constantes da nota fiscal. O ICMS que se relacionava ao mesmo produto CATETER ANGIOGRÁFICO SITE SEER JL 4.0 – SF 100CM, Lote: 50671940, objeto da Nota Fiscal nº 307.619, corresponde ao valor de R\$623,63 equivalente a 10 (dez) unidades. Como está sendo devolvido 01(uma) unidade, daí o abatimento do valor de R\$62,36.

Vejo também de arguição do sujeito passivo, no Recurso Voluntário, sobre o manto de insegurança na determinação da infração, consubstanciado na afirmação dos Autuantes, em sede de Informação, quando disseram “*não restar dúvidas quanto a relação entre as duas notas fiscais (Nota Fiscal nº 307.619, Nota Fiscal nº 298373)*”, e complementaram com o destaque “*que não há identificação de outras operações do tipo, envolvendo o mesmo destinatário com a mesma mercadoria e mesma série e lote*”.

Essa afirmação diz, então, o recorrente que, consubstancia o vício e a insegurança na determinação da imputação de nº 01, pois na própria Nota Fiscal nº 307.619, nos “dados

"adicionais", se constata a ligação com a Nota Fiscal nº 299440. A acusação fiscal inicial, portanto, que foi ratificada através da "Informação Fiscal", ao seu entender, é insubstancial, sendo nulo, como abordado na defesa, o lançamento de ofício.

Sobre essa nova arguição de nulidade trazida aos autos, agora, em sede Recurso Voluntário, não vejo qualquer fundamento, pois o que consta no campo de "dados adicionais" da Nota Fiscal nº 307.619, emitida pelo próprio Contribuinte Autuado, que deu azo a imputação de nº 01, é apenas o destaque "DEV CONFORME SOLICITAÇÃO DE ROSE". Portanto não se observa qualquer informação de Nota Fiscal com CFOP 6917 - Remessa de Mercadoria em Consignação, que assim seria o procedimento correto, muito menos a Nota Fiscal nº 299440, como arguido pela defesa, através do seu Representante Legal.

Há de se destacar, que a afirmação do Representante Legal do Contribuinte Autuado no Recurso Voluntário, e confirmado em mesa, na sessão de julgamento do dia 07/02/22 desta 1ª CJF, que, aliás foi um dos elementos motivadores deste Relator Conselheiro ter solicitado dos demais membros o adiamento do julgamento deste PAF para esta data, foi pautado na informação destacada no DANFE de mesmo número da Nota Fiscal nº 307.619, que não se presta para fazer prova no presente PAF, pois se trata de um documento auxiliar à fiscalização. O que se presta para fazer prova nos autos é a Nota Fiscal, no caso em tela a cópia da Nota Fiscal nº 307.619, acostada à fl. 28 dos autos, em que não se tem qualquer indicação da Nota Fiscal nº 299440, ou qualquer outra nota fiscal, apenas o destaque "DEV CONFORME SOLICITAÇÃO DE ROSE".

Ademais, compulsando a Nota Fiscal nº 299440, vejo que se trata de Remessa em Consignação de 7 (sete) "Cateter" com a denominação CATETER ANGIOGRÁFICO SITE SEER JL 4.0 – SF 100CM, Lote: 50671940, com preços unitário de R\$366,84 e 01 (um) outro Cateter com a denominação CATETER CARD JUDKINS PERFORMA SFR X 100CM 038 JR 3,5 Lote 1680937 com preço unitário de R\$680,00.

Bem! Considerando que a Nota Fiscal nº 307.619, objeto da autuação, que diz respeito a utilização indevida de crédito de ICMS, por apropriação a maior que o ICMS da nota fiscal de remessa do produto "Cateter", seja considerando retorno da Nota Fiscal nº 299440 ou da Nota Fiscal nº 298373 não poderia o Contribuinte Autuado se creditar na sua escrita fiscal ICMS decorrente de Retorno de Mercadoria em Consignação - CATETER ANGIOGRÁFICO SITE SEER JL 4.0 – SF 100CM, Lote: 50671940 - no valor de R\$44.020,80, quando esse produto fora enviado em consignação com o destaque de ICMS no valor unitário de R\$62,36, através da Nota Fiscal nº 299440 ou da Nota Fiscal nº 298373, inclusive com destaque do mesmo "Lote: 50671940", em qualquer uma das duas notas fiscais.

Admitindo, então, que a Nota Fiscal nº 307.619, emitida em 11/12/2015, pela própria autuada, CFOP 2.918 – Devolução de Mercadoria Remetida em Consignação, com ICMS destacado de R\$44.020,80, acoberta o retorno de um dos 10 (dez) CATETER ANGIOGRÁFICO SITE SEER JL 4.0 – SF 100CM, Lote: 50671940, enviados a Santa Casa de Misericórdia de Maceió, sediada na capital alagoana, através da Nota Fiscal nº 298373, de CFOP 6917 - Remessa de Mercadoria em Consignação, emitida em 07/04/2015, cujo o ICMS destacado de uma unidade foi de R\$62,36, vejo restar procedente a imputação de nº 01 do Auto de Infração, em tela, de utilização indevida de crédito fiscal de ICMS no valor de R\$43.958,44, correspondente a diferença entre o valor de crédito indevido de ICMS tomado de R\$44.020,80 (Nota Fiscal nº 307.619) e o valor devido de crédito de ICMS de R\$62,36 (Nota Fiscal nº 298373), não merecendo qualquer reparo a Decisão da 2ª Junta de Julgamento Fiscal, em relação ao mérito da imputação de nº 01 do Auto de Infração, em tela.

Também, vê-se do Recurso Voluntário o destaque que, quanto ao mérito da infração 03, seriam, então, operações internas, CFOP 5554, de "remessa de ativo imobilizado", transferências dentro do próprio estabelecimento autuado, que não se sujeitam à incidência do ICMS, pelo que são indevidas as parcelas cobradas.

Tal arguição de mérito é feita sem qualquer prova documental. Aliás, tal arguição já fora enfrentada na Decisão de Piso da 2ª Junta de Julgamento Fiscal, porém com ênfase na disposição do Convênio ICMS 01/99, pois o argumento da peça de defesa é de que os produtos objeto da imputação de nº 03 fazia jus a isenção do imposto nos termos do citado Convênio o que foi

rechaçado assertivamente pelo i. Relator Julgador de primeira instância *por quantum* os itens listados nas notas fiscais arroladas no demonstrativo de fls. 8/9 dos autos, que fundamenta a autuação, correspondem a mercadorias cujas NCM são os seguintes: 9018.19.90 e 9021.90.82, as quais, não constam no Anexo Único do Convênio ICMS 01/99, e, portanto, não poderiam as operações gozar da isenção nele prevista.

Agora, em sede de Recurso Voluntário, sem qualquer prova documental, traz a tona a arguição de que as operações, objeto da autuação, seriam, então, internas, com CFOP 5554, de “*remessa de ativo imobilizado*”, transferências dentro do próprio estabelecimento autuado, que não se sujeitam à incidência do ICMS, pelo que são indevidas as parcelas cobradas.

Em sede de Informação Fiscal os agentes autuantes afirmaram que as mercadorias relacionadas no demonstrativo de fls. 8/9 dos autos foram objeto de aquisição para comercialização e em momento algum foram registradas na escrita fiscal do Autuado como bens integrantes do Ativo Imobilizado ou levadas a registro no Livro CIAP.

Inclusive afirmaram que o registro na escrita fiscal foi efetuado com utilização integral do Crédito Fiscal. Ademais, destacaram que, acaso fossem destinadas ao Ativo Imobilizado o Crédito Fiscal, obrigatoriamente, obedeceria ao que determina o artigo 230, V do Decreto nº 13.780/12, ou seja, uso do crédito por controle através do Livro CIAP em 48 parcelas.

Agora, em sede de Recurso Voluntário, sem qualquer elemento probante, traz a arguição de que as operações, objeto da imputação de nº 03, seriam, então, internas, por transferências dentro do próprio estabelecimento autuado, que não se sujeitariam à incidência do ICMS, pelo que, à luz do entendimento do sujeito passivo, são indevidas as parcelas cobradas.

Destaco, portanto, que o art. 143 do RPAF/BA, é claro ao dispor que a simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal e que assim não procedeu, não merecendo qualquer reparo a Decisão da 2ª Junta de Julgamento Fiscal, em relação ao mérito da imputação de nº 03 do Auto de Infração, em tela.

Portanto, não merece qualquer reparo a Decisão da 2ª Junta de Julgamento Fiscal, através do Acoórdão JJF Nº 0073-02/21-VD, que julgou procedente, por unanimidade, o Auto de Infração, em tela.

Diante do exposto, NEGO PROVIMENTO ao Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e manter a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **279757.0033/20-7**, lavrado contra **MEDICICOR COMERCIAL EIRELI**, devendo ser intimado o recorrente, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$52.443,54**, acrescido de multa de 60%, prevista no art. 42, II, alíneas “a” e “f” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 10 de fevereiro de 2022.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

JOÃO VICENTE COSTA NETO – RELATOR

ALINE SOLANO SOUZA CASALI BAHIA – REPR. DA PGE/PROFIS