

PROCESSO - A. I. Nº 299430.0017/18-5
RECORRENTE - JDR COMÉRCIO DE PRODUTOS CIRÚRGICOS LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JJF nº 0156-02/19
ORIGEM - DAT METRO / INFAZ ATACADO
PUBLICAÇÃO - INTERNET 23/11/2022

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0301-11/22-VD

EMENTA: ICMS. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. PRODUTOS IMPORTADOS AMPARADOS POR ISENÇÃO. Comprovado que parte dos créditos se refere ao ICMS recolhido por ocasião do desembaraço aduaneiro ou de operações interestaduais tributadas, com a confirmação dos recolhimentos pelo autuante, deve ser acolhida a pretensão recursal quanto aos respectivos valores. Modificada a Decisão recorrida. Recurso **PROVIDO PARCIALMENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário, interposto em face do Acórdão nº 0156-02/19 da 2ª JJF deste CONSEF que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração lavrado em 20/11/2018, por meio do qual se formalizou a exigência de crédito tributário no valor de R\$284.006,02, além de multa de 60%, em razão da seguinte infração:

***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.*

A 2ª Junta de Julgamento Fiscal assim decidiu:

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.

Observe 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 a 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 Nelson 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.

Regularmente intimado, o contribuinte interpôs Recurso Voluntário, afirmando em síntese:

- Que a empresa reconhece que R\$72.682,10 (setenta e dois mil, seiscentos e oitenta e dois reais e dez centavos) são devidos nessa autuação fiscal;
- Que se apropriou de valores de ICMS sobre produtos comercializados pela empresa e pagos diante dos desembaraços aduaneiros;
- Que estão devidamente comprovados os pagamentos de ICMS, diante dos desembaraços aduaneiros, gerando assim, um crédito fiscal em favor da empresa no montante histórico de R\$196.349,23 (cento e noventa e seis mil, trezentos e quarenta e nove reais e vinte e três centavos);
- Que a atuação fiscal, quer cobrar novamente o mesmo valor do imposto, pelo simples fato da autuada manter como crédito fiscal na sua escrita fiscal;
- Que a decisão é equivocada por não permitir a compensação do crédito que entende possuir, conforme requerido na impugnação;
- Que é possível a dedução na apuração em outros créditos, conforme artigo 309, incisos I, IX e X do RICMS, aprovado pelo Decreto Estadual n.º 13.780/12;
- Que a Companhia mantém, nas obrigações fiscais, o valor pago sobre os processos aduaneiros, e já enviados e validados por este órgão;
- Que grande parte dos produtos comercializados pela empresa são beneficiados com isenção do ICMS, vista aplicação dos Convênios ICMS 01/1999 e Convênios ICMS 126/2010;
- Que o crédito fiscal, vide valor acima, ainda consta nas obrigações fiscais do Sped ICMS, como: “Crédito a transportar para o mês seguinte”, ou seja, este valor, consta nos livros próprios da empresa até a presente data;
- Que deixou de ser analisada o crédito pleiteado pela Companhia e devidamente comprovados;
- Que “a edição da Lei n.º 7.014/96, no seu art. 28 e 29, autoriza a compensação de tributos de espécies distintas desde que administrados pela Secretaria Estadual”;
- Que não cabe à administração fiscal negar-se invalidar a existência de crédito devidamente

escriturado, sobre um imposto pago por ela mesmo, frise-se, ao seu dever da busca da verdade material;

- Que os documentos ora acostados, são mais que suficientes à averiguação do crédito;
- Que “a ausência de eventuais documentos requeridos comporta-se como erro escusável, ao qual, não foi o caso, independente, seriam possivelmente sanáveis através da apuração dos valores indicados pela Empresa em seus sistemas de controle”;
- Que essa Secretaria quer cobrar novamente, um valor sobre o qual a empresa já recolheu;

Em suporte às suas alegações, traz em anexo ao Recurso Voluntário “algumas “DI” Documento de Importação, vide anexo (DOC 02), que evidencia claramente a correta manutenção do crédito fiscal pleiteado”.

Recebidos os autos, foram a este relator distribuídos para apreciação do Recurso Voluntário.

Na sessão de julgamento ocorrida em 25 de abril de 2021 os membros da 1ª CJF deliberaram pela conversão do feito em diligência ao autuante para verificar a alegação de recolhimento do imposto referente às importações cujo crédito se apropriou e ainda verificar se remanesceriam na autuação a glosa de créditos referentes às aquisições interestaduais, elaborando novo demonstrativo, se necessário.

Atendendo à diligência, o autuante informa ter confrontado o número da DI que consta nas informações complementares das NFES de importação com o número do DAE que o contribuinte informou como pago às fls. 163-264, identificando o pagamento, restando apuradas as seguintes diferenças:

DAE - Receita 903				NFE				Diferença	crédito indevido AI
DtaPgto	NumDoc	fl.	ValPrincipal	Nº	Nº DI	fl.	VL. ICMS		
	Não loc.			46.809	14/15059731	176	1.851,62	- 1.851,62	1.851,62
10/10/2014	1419366744	191	10.693,75	48.933	14/1936674-4	190	11.269,86	- 576,11	1.490,41
23/06/2015	1511083540	196	11.817,04	58.055	S/N	194	12.056,55	- 239,51	10.220,48
25/08/2015	1515111794	202	13.415,38	60.058	15/1511179-4	200	13.887,58	- 472,20	11.742,63
24/09/2015	1516883189	206	17.094,20	61.538	15/1688318-9	203	17.434,49	- 340,29	12.307,16
17/11/2015	1520035430	209	4.744,50	63.434	15/2003543-0	207	4.852,43	- 107,93	3.077,58
26/11/2015	1520548089	211	4.392,93	63.779	15/2054808-9	210	4.429,77	- 36,84	2.031,23
12/09/2016	1614144313	236	6.859,59	74.359	16/1414431-3	235	7.025,41	- 165,82	2.847,21
22/11/2016	1618400128	239	12.453,61	79.489	16/1840012-8	237	12.479,52	- 25,91	4.579,07
21/11/2016	1618366469	241	3.817,31	80.299	16/1836646-9	240	4.033,76	- 216,45	3.346,18
							TOTAL	- 4.032,68	

Observa que o contribuinte juntou um DAE no valor de R\$11.661,31 (fls. 178) relacionando-o à Nota Fiscal nº 46.809 e para comprovar o pagamento da Nota Fiscal nº 46.837 (fl. 179), que possui o mesmo valor destacado. Assim, comparando as diferenças apontadas na tabela com as respectivas NFES somente a de nº 46.809 corresponde ao valor cobrado, não tendo como saber em relação às demais diferenças se se referem aos créditos devidos ou indevidos.

Também relatou que dos valores não aceitos pelo contribuinte nenhum decorre de aquisições interestaduais porque somente juntou ao processo notas fiscais de importação. Por fim, relata ter juntado duas planilhas, uma no valor que o contribuinte teria acatado e solicitado a emissão da guia de pagamento (fls. 352-360), correspondente a R\$72.779,78, e outra no valor de R\$196.251,55 correspondente aos itens não reconhecidos na impugnação, existindo apenas uma diferença para os valores apresentados pelo contribuinte referente à Nota Fiscal nº 32.547, que contém dois itens de R\$48,84 cada (fl. 362), com origem no Estado do Rio de Janeiro, mas que foi excluída na informação fiscal de fls. 267-273.

O contribuinte se manifestou sobre a diligência afirmando que, diante da afirmação do autuante de que pelo valor das diferenças não teria como saber se correspondem a créditos devidos ou indevidos, não haveria certeza por parte da fiscalização quanto à acusação fiscal, comprometendo a liquidez do lançamento e ensejando a nulidade da autuação.

Quanto às planilhas apresentadas, discorda das mesmas porque alega ter promovido avaliação

minuciosa e verificou que todas as mercadorias foram importadas para fins de comercialização, tendo recolhido o ICMS-importação, o que torna devida a utilização do crédito questionado, sendo que seu direito decorre a partir do recolhimento, independentemente de a mercadoria ter entrado em seu estabelecimento.

Requer, assim, que seja reconhecida a nulidade do Auto de Infração ou sua improcedência.

Os autos foram devolvidos ao autuante, que explicou:

“a) Sobre o item “I”, utiliza a nossa informação de que não é possível identificar se diferenças de recolhimento da maioria das notas fiscais de entradas de importação referem-se aos itens do auto de infração para aventar a nulidade desta Auto de Infração, citando o artigo 18 do RPAF/BA.

Ora, a infração deste AI diz respeito a créditos indevidos de mercadorias isentas, e não falta de recolhimento de ICMS de notas fiscais de importação. Nós estavam apenas cumprindo uma solicitação da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal no sentido de identificar tais pagamentos para tomada de decisão.

Minha afirmação sobre a citada impossibilidade de identificação tem haver com lógica. Veja o caso da NFE nº 48.933. O valor total do ICMS dela é de R\$ 11.269,86, e o valor do crédito indevido é de R\$ 1.490,41. Se houve um recolhimento a menor de R\$ 576,11, seria leviano de nossa parte dizer que se tratou parte do crédito indevido, ou imperfeito em afirmar que se refere aos créditos devidos. É como se alguém devesse R\$ 3.000,00 a João e a R\$ 2.500,00 a Maria, e mandassem o devedor depositar toda a dívida numa conta única. Porém, ele deposita apenas R\$ 3.500,00, sem nenhuma explicação. Como alguém pode deduzir qual seria a parte de um e a de outro sem uma explicação do depositante?

Na verdade, o que o contribuinte tinha que explicar era o motivo das diferenças no recolhimento do ICMS das NFE listadas à fl. 438, mas não o fez.

b) Com relação ao item “III”, o contribuinte diz que não concorda com as duas planilhas por nós apresentadas. Na verdade, a questão não é de concordar ou não, pois o que ocorreu foi que ele mudou de opinião sobre os valores que antes reconhecia na infração.

Sendo assim, na linha de entendimento da diligência solicitada pela 1ª Câmara de Julgamento Fiscal na fl. 434, o contribuinte deveria apresentar os comprovantes do pagamento (DAE) do ICMS das notas fiscais de nº 65088 e 74936 (fl. 440 e 441), por se tratarem de importação, cujos créditos indevidos ele agora resolveu não concordar, já que antes ele só apresentou de outras. As demais notas fiscais do demonstrativo de fls. 440 e 441 são de origem nacional.

Tentando evitar novas tramitações do PAF, identificamos que a NFE 74936, de 04/10/2016, tem a DI nº 16/15499255-2, cujo ICMS de R\$ 6.411,17 foi recolhido integralmente em 05/10/2016. Porém, na NFE 65088, de 19/01/2016 e com ICMS de R\$ 50.717,87 (cópia do Danfe anexa), não tem a DI correspondente e nem identificamos nenhum pagamento de ICMS pelo contribuinte naquele valor relativo à importação no período da fiscalização. Registre-se que o contribuinte se creditou totalmente do valor do ICMS.

Diante do exposto, recomendamos que cópia deste relatório seja encaminhado ao contribuinte para seu conhecimento e pronunciamento.”

Em nova manifestação, a recorrente pontua que a Nota Fiscal nº 48.933 de 08/10/2014, no valor de R\$66.293,28, teve como valor total do ICMS R\$11.269,86 e o valor do crédito indevido foi de R\$1.490,41, sendo leviano falar em crédito indevido, se houve um recolhimento a menor de R\$576,11.

Aponta que referida Nota Fiscal está vinculada à DI 14/1936674-4 que anexa à manifestação para demonstrar que se trata de operação de entrada de mercadorias importadas, cujo ICMS foi recolhido, de modo que, caso tenha ocorrido recolhimento a menor, não é objeto deste Auto de Infração.

Sustenta que, como se trata de aquisição de mercadorias importadas, o crédito utilizado no valor de R\$11.269,86 está devidamente correto, devendo ser excluído do demonstrativo de débito.

Sobre as 05 notas fiscais descritas nas fls. 440-441 defende que:

“1. NF. 007725 de 09/01/2014 no valor de R\$ 16.740,00. ICMS destacado zero, CFOP 6.102, tendo como origem o Estado do Rio de Janeiro/RJ. Trata-se de uma aquisição interestadual sem qualquer destaque de ICMS, conforme se vê na própria nota anexada, não cabendo a alegação de que houve utilização de indevida de crédito.

2. NF. 037266 de 28/01/2014 no valor de R\$ 177.688,48, ICMS destacado: R\$ 30.207,04, CFOP 1102 – vinculada a DI 14/0166670-3. Conforme se vê nas cópias das referida Nota Fiscal e da DI correspondente, a operação diz respeito a uma entrada de mercadoria de operação de importação, sendo um direito legal a utilização integral do crédito fiscal, sem nenhuma restrição de glosa.

3. **NF. 065088** de 18/01/2016 no valor de R\$ 264.270,88, ICMS destacado: R\$ 50.717,87, CFOP 3102 - **vinculada a DI 16/0080936-9**. Conforme pode ser observado nas cópias da **Nota Fiscal 065088** e da **DI 16/0080936-9**, esta foi uma entrada de mercadoria de operação de importação, sendo um direito a utilização integral do crédito fiscal sem nenhuma restrição de glosa.

4. **NF. 074936** de 04/10/2016 no valor de R\$ 35.617,62, ICMS destacado: R\$ 6.411,17 CFOP 3102 - **vinculada a DI 16/1549255-2 de 03/10/2016**. Conforme pode ser observado nas cópias da **Nota Fiscal 074936** e da **DI 16/1549255-2**, esta foi uma entrada de mercadoria de operação de importação, sendo um direito legal a utilização integral do crédito fiscal sem nenhuma restrição de glosa.

5. **NF. 091154** de 29/06/2017 no valor de R\$ 8.500,00, ICMS destacado = Zero, CFOP 6114. Trata-se é uma aquisição interestadual que veio sem destaque de ICMS, que pode ser confirmado na cópia da Nota Fiscal ora anexada, sendo descabida a alegação de que houve utilização de crédito de ICMS indevido.”

O autuante se manifestou mais uma vez, reiterando o que disse sobre as diferenças de recolhimento do ICMS, conforme tabela acima reproduzida, acrescentando ainda:

*“Com relação às NFE listadas nas fls. 440 e 441 (créditos indevidos que o contribuinte havia antes reconhecidos), reitero que identifiquei o recolhimento do ICMS da NFE a NFE 74936, de 04/10/2016, **mas o mesmo não aconteceu** com relação ao pagamento do ICMS da NFE 65088, de 19/01/2016 e com ICMS de R\$ 50.717,87.*

*Vejo agora que é o pagamento do ICMS, no valor de R\$ 30.207,04, da NFE 37.266, de 28/01/2014, (fl. 483) **também não foi realizado**. É que a DI desta NFE (14/0166670-3) é o mesmo da NFE 37.332, de 29/01/2014 (fl. 163). Esta última teve o recolhimento do ICMS, no valor de R\$ 29.316,38, em 29/01/2014, conforme documentos às fls. 164 e 165, cujo DAE apresenta o mesmo número da DI. Daí a confusão. Sendo assim, o valor do pagamento do ICMS relativo crédito indevido de R\$ 14.908,76 da NFE 37.266 **não foi comprovado**.*

Embora não faça parte da diligência solicitada, registro que, como o próprio contribuinte informa (fls. 478 e 479), nas NFE 7725 (fl. 440) e 91154 (fl. 441) não há o destaque do ICMS que o contribuinte se creditou indevidamente (fl. 481 e 487). O valor do crédito indevido destas duas notas são, respectivamente, R\$ 669,60 e R\$ 72,38.

Em suma, apresentamos os seguintes demonstrativos: NFE cujo ICMS importação não foi recolhido; NFE cujo ICMS importação não foi totalmente recolhido; e NFE interestaduais com ICMS não destacado.

Considerando que o contribuinte se nega a fornecer ou a informar a existência de comprovantes de pagamento de ICMS, remeta-se o presente processo ao Consef.”

Os autos retornaram para apreciação.

VOTO

Cuida-se de Auto de Infração lavrado por utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente à aquisição de mercadorias beneficiadas com isenção do imposto. A recorrente afirma que se creditou do ICMS recolhido pelo desembaraço aduaneiro de produtos isentos adquiridos para comercialização, motivo pelo qual possuiria direito à apropriação do crédito respectivo.

A JJF acatou os ajustes realizados pelo autuante, que retirou do lançamento o valor de R\$14.974,69 por reconhecer que corresponde a mercadorias efetivamente tributadas, adquiridas junto a fornecedores nacionais. Contudo, rejeitou a possibilidade de creditamento do ICMS destacado nas notas fiscais emitidas pela própria recorrente para acobertar as operações de desembaraço aduaneiro de mercadorias importadas principalmente porque na primeira instância só houve a juntada de cópia de apenas uma declaração de importação (DI) o que prejudicaria o confronto com as notas fiscais e comprovantes de pagamento de fls. 163-264, para análise do argumento.

Todavia, na sessão do dia 25/04/2021 a 1ª CJF deliberou pela conversão do feito em diligência para verificar se houve o recolhimento do imposto de importação, como sustentado pela recorrente, além de observar se ainda remanesceria valores glosados pertinentes a operações interestaduais, considerando ainda que o recurso veio acompanhado de algumas declarações de importação, conforme parágrafo único do art. 137 do RPAF/BA.

Diante das provas constantes dos autos, entendo que assiste razão à recorrente, ao menos em parte da sua pretensão. A nulidade arguida em manifestação da recorrente não merece prosperar porque a suposta insegurança apontada decorre diretamente da falta de justificativa pelas divergências

entre os valores das notas fiscais de importação e seus respectivos comprovantes de pagamento, apresentados pela própria interessada.

Considerando a resposta da diligência (fls. 438-445), complementada pelas manifestações posteriores do autuante (fls. 457-464 e 526-531) a recorrente logrou êxito em elidir parcialmente a acusação fiscal, pois comprovou que parte dos créditos glosados decorreram do ICMS recolhido em operações de importação.

Nesta linha, em que pese as mercadorias sejam isentas, a princípio, o § 4º, do art. 309 do RICMS/BA autoriza a escrituração do imposto pago no momento do desembaraço aduaneiro, no período de apuração em que ocorreu o seu recolhimento.

Todavia, a pretensão recursal não merece prosperar em relação às glosas das operações de importação sem recolhimento do imposto (R\$67.478,25), às operações interestaduais sem destaque do imposto (R\$741,98) e às diferenças não comprovadas do ICMS recolhido nas operações com mercadorias importadas (R\$2.181,06), conforme esclarecido pelo autuante às fls. 526-531.

Em que pese o esforço da recorrente, conforme manifestações de fls. 451-454 e 476-522, não houve a devida comprovação do recolhimento do ICMS importação referente às Notas Fiscais nºs 37266, 46809 e 65088 e nem das diferenças apuradas em relação às Notas Fiscais nºs 48933, 58055, 60058, 61538, 63434, 63779, 74359, 79489 e 80299, considerando que, neste caso, os comprovantes de recolhimento que foram apresentados nos autos não refletem o valor devido a título de imposto nos documentos fiscais e não houve justificativa da recorrente para a diferença.

Do mesmo modo, a própria recorrente juntou aos autos cópias das Notas Fiscais nºs 7725 e 91154 (fls. 481-482 e 487), nas quais se pode verificar que não há destaque do imposto, o que corrobora a higidez do lançamento.

Diante do exposto, DOU PROVIMENTO PARCIAL ao Recurso Voluntário para reduzir o débito da recorrente para o montante de R\$70.401,29.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e 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 recorrente para efetuar o pagamento de imposto no valor de **R\$70.401,29**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, VII, “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual de Sessões do CONSEF, 07 de outubro de 2022.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

ANDERSON ÍTALO PEREIRA – RELATOR

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