

PROCESSO - A. I. Nº 269198.0022/22-6
RECORRENTE - COMERCIAL CIRÚRGICA NOVO TEMPO LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JJF nº 0114-01/23-VD
ORIGEM - DAT NORTE / INFAZ CHAPADA DIAMANTINA
PUBLICAÇÃO - INTERNET 08.10.2024

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0228-11/24-VD

EMENTA: ICMS. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. OPERAÇÕES DE SAÍDA DE MERCADORIAS SEM DÉBITO DO IMPOSTO. MULTA DE 60% DO VALOR DO CRÉDITO FISCAL GLOSADO, POR NÃO TER OCORRIDO FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Alegação de ofensa ao princípio da não cumulatividade não se sustenta, haja vista que, nos termos do artigo 310, inciso II do RICMS/BA, é vedado o crédito relativo a mercadoria entrada no estabelecimento para comercialização, quando a operação de saída subsequente não for tributada ou estiver isenta. Não acolhida a nulidade arguida. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário contra a Decisão proferida por meio do Acórdão da 1ª JJF (Junta de Julgamento Fiscal) Nº 0114-01/23-VD, que julgou Procedente o Auto de Infração acima epigrafiado, lavrado no dia 28/09/2022 para formalizar a constituição de crédito tributário na forma de multa no montante de R\$ 35.952,84, prevista no art. 42, VII, “a” da Lei nº 7.014/96, sob a acusação do cometimento da irregularidade assim discriminada na instância originária:

“Infração 01 – 001.002.069 – Utilização indevida de crédito fiscal, que não repercutiu em falta de recolhimento do ICMS, devendo a empresa estornar os referidos créditos.

Consta adicionalmente na descrição da conduta infracional imputada ao autuado que: As operações de saídas do contribuinte estavam todas amparadas pela não incidência do ICMS, seja pela saída de mercadorias com encerramento da fase de tributação ou seja pelo Decreto nº 19.568 de 23 de março de 2020 estabelecendo isenção nas operações com produtos utilizados em atendimento médico destinados à órgãos da Administração Pública Estadual Direta e suas Fundações e Autarquias”.

A JJF apreciou a lide no dia 11/07/2023 e julgou o Auto de Infração PROCEDENTE, de forma unânime, nos seguintes termos (fls. 47 a 50):

“VOTO

A acusação fiscal é de que o autuado utilizou indevidamente crédito fiscal, que não repercutiu em falta de recolhimento do ICMS, devendo a empresa estornar os referidos créditos.

Conforme adicionalmente consignado na descrição da conduta infracional imputada ao autuado, as operações de saídas de mercadorias realizadas pelo autuado estavam todas amparadas pela não incidência do ICMS, seja pela saída de mercadorias com encerramento da fase de tributação, seja pelo Decreto nº 19.568 de 23 de março de 2020 estabelecendo isenção nas operações com produtos utilizados em atendimento médico destinados aos órgãos da Administração Pública Estadual Direta e suas Fundações e Autarquias.

Inicialmente, no que tange à nulidade do Auto de Infração arguida pelo impugnante, não vejo como prosperar esta pretensão defensiva, haja vista que a juntada física - em papel - de documentos fiscais, especialmente, notas fiscais e registros fiscais, conforme aduzido pelo impugnante, torna-se totalmente desnecessária, considerando que referidos documentos há algum tempo passou a ser digital, a exemplo das notas fiscais eletrônicas cuja consulta/verificação pode ser feita mediante a chave de acesso no Portal da NF-e.

Ademais, no presente caso, conforme consignado pelo próprio impugnante, todo o levantamento foi realizado baseado em informações constantes do sistema da SEFAZ, certamente que informações, também, prestadas pelo próprio autuado.

Correto o entendimento do autuante quando diz na Informação Fiscal que referidas notas fiscais estão relacionadas no demonstrativo “SAÍDAS DE MERCADORIAS NÃO ENQUADRADAS NA SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA” com suas respectivas chaves de acesso.

Quanto à ausência de intimação para que prestasse esclarecimentos, certamente que pretendida intimação não se apresenta obrigatória no curso do trabalho fiscal, podendo ou não a Fiscalização assim proceder. Na realidade, a intimação obrigatória deve ser feita para cientificação do Contribuinte sobre a lavratura do Auto de Infração ou Notificação Fiscal para que efetue o pagamento ou apresente Defesa e se instaure o processo.

Diante disso, não acolho a nulidade arguida, haja vista a inocorrência de qualquer das hipóteses previstas no art. 18 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF), aprovado pelo Decreto n. 7.629/99, capaz de inquirir de nulidade o lançamento de ofício em questão.

No mérito, observo que o autuado alega que todo crédito utilizado pela empresa está autorizado pela legislação estadual e respaldado no princípio da não cumulatividade, que sempre deve nortear a incidência do ICMS.

Por certo que não assiste razão ao impugnante, haja vista que, precisamente, em sentido contrário, a legislação do ICMS veda a utilização de crédito fiscal referente a mercadorias cujas saídas sejam amparadas por isenção ou não incidência do imposto, como é o presente caso.

Neste sentido, dispõe o art. 310, inciso II, do RICMS/BA/12, Decreto n° 13.780/12:

Art. 310. É vedado o crédito relativo a mercadoria entrada no estabelecimento ou a prestação de serviços a ele feita:

[...]

II - para comercialização, quando a operação de saída subsequente não for tributada ou estiver isenta do imposto, exceto a destinada ao exterior;

A alegação defensiva de ofensa ao princípio da não cumulatividade não se sustenta, haja vista que as operações de saídas de mercadorias realizadas pela empresa ocorrem sem tributação, portanto, inexistindo qualquer débito do imposto a ser compensado com crédito fiscal.

No presente caso, em face do autuante haver constatado que a utilização do crédito fiscal não repercutiu em falta de recolhimento do imposto, correta a exigência apenas da multa de 60% do valor do crédito fiscal glosado.

Diante disso, a infração é procedente.

No tocante à alegação defensiva atinente ao caráter confiscatório da multa, cumpre consignar que referida multa encontra-se prevista no art. 42 da Lei n. 7.014/96, sendo vedado a este órgão julgador administrativo apreciar questões referentes a inconstitucionalidade da norma, consoante determina o art. 167, inciso I, do RPAF/BA/99:

Art. 167. Não se incluem na competência dos órgãos julgadores:

I - a declaração de inconstitucionalidade;

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração”.

Respaldado no art. 169, I, “b” do RPAF/99, o contribuinte interpôs Recurso Voluntário às fls. 62 a 70.

Aduz a tempestividade da peça e diz ter por atividade econômica principal o comércio atacadista de medicamentos e drogas de uso humano, instrumentos e materiais para uso médico, cirúrgico, hospitalar e de laboratórios, próteses, artigos de ortopedia, produtos odontológicos etc.

Suscita a nulidade da autuação, pois o autuante não teria juntado os documentos necessários para comprovar o cometimento do suposto ilícito. Não há, nos autos, cópias de documentos ou livros fiscais, o que dificulta sobremaneira o exercício do direito de defesa.

Sequer houve sua intimação para que prestasse esclarecimentos, o que anulou sua possibilidade de se defender. A mera disponibilização dos códigos de acesso das NF-e não assegura a plena ciência de todos os elementos envolvidos no procedimento e restringe o campo de defesa.

No mérito, assegura que não houve utilização indevida de crédito e pugna pela observação do princípio da não cumulatividade. Havendo antinomia entre Decreto Estadual e a CF/88 (art. 155, II, § 2º, I), esta deve prevalecer em detrimento daquele.

Por fim, alega que a multa tem natureza confiscatória, situação que demanda, desde já, sua revisão por este órgão julgador.

Fornece endereço para correspondências processuais e pede deferimento.

VOTO

No que diz respeito à validade do procedimento administrativo e da Decisão recorrida, que analisou todas as questões suscitadas na impugnação, o autuante e os julgadores de primeira instância expuseram com clareza a fundamentação de fato e de direito, descreveram a imputação, indicando os documentos e demonstrativos, com seus dados, informações e cálculos, assim como apontaram o embasamento jurídico, que se mostra correto, claro e compreensível.

Não foi identificada violação ao princípio da busca da verdade material, da motivação, do devido processo legal ou a quaisquer outros de Direito Constitucional, Administrativo ou Tributário, em especial os do Processo Administrativo Fiscal (art. 2º do RPAF/99), tendo sido observada a garantia à ampla defesa e ao contraditório.

Como bem disse o i. relator da instância de origem, a juntada física, em papel, de documentos fiscais, especialmente notas e livros, conforme aduzido pelo recorrente, torna-se totalmente desnecessária, considerando que os referidos documentos, há algum tempo, passaram a existir de modo digital, a exemplo das notas fiscais eletrônicas, cuja consulta/ verificação pode ser feita mediante a chave de acesso no Portal da NF-e.

Não existe previsão legal de intimação para prestar esclarecimentos no transcurso do procedimento fiscalizatório, mas sim do início da ação fiscal e da lavratura do Auto de Infração, que foram apresentadas, conforme os documentos de fls. 4 e 11.

Relativamente ao mérito, assim dispõe o art. 310, inciso II do RICMS/BA:

Art. 310. É vedado o crédito relativo a mercadoria entrada no estabelecimento ou a prestação de serviços a ele feita:

[...]

II - para comercialização, quando a operação de saída subsequente não for tributada ou estiver isenta do imposto, exceto a destinada ao exterior;

A alegada ofensa ao princípio da não cumulatividade não se sustenta, haja vista que as operações de saída de mercadorias realizadas pela empresa ocorreram sem tributação. Portanto, inexistente qualquer débito de imposto a ser compensado com crédito fiscal.

Quanto ao caráter supostamente confiscatório da multa, este órgão não tem competência para exercer controle de constitucionalidade, tampouco para negar eficácia a norma emanada de autoridade superior, a teor do art. 167, I e III do RPAF/99.

Com respeito ao endereço para correspondências processuais, nada impede a utilização daquele fornecido recorrente, sendo inclusive recomendável que assim se faça, tendo em vista as prescrições do art. 272, § 5º do CPC (Código de Processo Civil), de aplicação subsidiária no Processo Administrativo Fiscal.

§ 5º Constando dos autos pedido expresse para que as comunicações dos atos processuais sejam feitas em nome dos advogados indicados, o seu desatendimento implicará nulidade.

Entretanto, nenhuma irregularidade advirá na esfera administrativa, desde que observados os ditames dos artigos 108 a 110 do RPAF-BA/1999, especialmente aqueles condizentes com o Domicílio Tributário Eletrônico.

Voto pelo NÃO PROVIMENTO do 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 269198.0022/22-6, lavrado contra **COMERCIAL CIRÚRGICA NOVO TEMPO LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento da multa percentual no valor de **R\$ 35.952,84**, prevista no art. 42, VII, “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 02 de setembro de 2024.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

PAULO DANILO REIS LOPES – RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JUNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS