

**A. I. N°.** - 123624.0004/19-0  
**AUTUADO** - UNIUS TRANSPORTES LTDA.  
**AUTUANTE** - WILSON BRITO NOVAES  
**ORIGEM** - INFAZ CENTRO NORTE  
**PUBLICAÇÃO** - INTERNET – 29/12/2020

### **3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

#### **ACÓRDÃO JJF N° 0231-03/20-VD**

**EMENTA:** ICMS. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. SERVIÇOS DE TRANSPORTES ENQUADRADOS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE ESTORNO PROPORCIONAL. O Autuado não apresenta elementos com o condão de elidir ou modificar a acusação fiscal. Infração subsistente. Não acolhidas as nulidades suscitadas. Negado pedido de redução ou cancelamento da multa aplicada. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

#### **RELATÓRIO**

O Auto de Infração em lide, lavrado em 19/12/2019, exige ICMS no valor de R\$586.504,88, acrescido da multa de 60%, pela utilização indevida de crédito fiscal, referente à aquisição de serviços de transportes sujeitos à Substituição Tributária, proveniente de operações de aquisições ocorridas com a utilização de crédito do imposto, sem observância do estorno proporcional, relativo a operações de prestação de serviços de transporte não tributadas, nos meses de janeiro de 2015 a dezembro de 2016. (Infração 01.02.94).

O sujeito passivo apresenta impugnação fls.17/37, através de representante, procuração fl.38. Destaca que vem apresentar impugnação, pelos fatos e fundamentos a seguir expostos.

Afirma ser Empresa sediada no Estado do Rio Grande do Sul, com filial no Estado da Bahia, que se dedica ao transporte de mercadorias, conforme contrato social anexo. Após repetir a infração que lhe foi imputada, diz restar claro, que a Fiscalização laborou uma série de erros, o primeiro e mais evidente, afirma ter sido o prazo atribuído para defesa da empresa, onde, contraditoriamente, estabelece o período de 60 dias a contar da intimação, no corpo do auto de infração e, no entanto, na intimação da lavratura, reduz para 30 dias o prazo para defesa, o que evidencia grave erro material, passível de anulabilidade da autuação perpetrada.

Ademais, do erro formal em questão, diz que outros equívocos de ordem técnica, tanto na apuração, quanto na interpretação da legislação em vigor, acabaram redundando no indevido valor indicado no Auto de Lançamento ora objeto da impugnação.

Anota que a divergência está, primeiramente, em que ao calcular o valor do imposto que seria devido, o Fiscal computou na base de apuração, o saldo credor da empresa Autuada, como se viesse em prejuízo ao Estado, o simples fato de manter o crédito.

Aduz que a limitação imposta pelo Estado da Bahia em relação ao creditamento integral contraria a Constituição Federal e a Lei Kandir, de modo que, ainda que estivesse correta a apuração feita, seria discutível a legitimidade da autuação. Portanto, a empresa autuada não pode concordar com a cobrança em questão, pelas razões que seguem.

Afirma que quando recebeu o auto de infração em tela, fez a análise do seu inteiro teor e das providências que poderia adotar diante da cobrança contra ela direcionada, verificando que teria o prazo de sessenta dias para pagamento do pretenso débito ou para defesa, conforme destaca trecho do auto de infração.

No entanto, anexo ao mesmo, veio uma carta de intimação da lavratura estabelecendo outro prazo para regularização ou defesa, de apenas trinta dias, com base no art.123 do RPAF/99. Reproduz trecho da intimação.

Afirma que esta contradição macula a autuação de forma grave, eis que o prazo de defesa constitui elemento crucial da peça fiscal, capaz de comprometer a ampla defesa do sujeito passivo e o exame da matéria, o que induz à decretação da sua nulidade, até de ofício. É do bom direito, que o Agente Fiscal, ao lavrar o Auto de Lançamento, discrimine todas as informações essenciais, as quais justificam o montante autuado e a ser pago pelo Sujeito Passivo. Entretanto, o mesmo é totalmente contraditório ao informar o prazo, para a Autuada proceder à regularização ou a defesa. Sobre o tema reproduz o artigo 142 do Código Tributário Nacional.

Aduz que a legislação tributária é clara quanto a exigência da descrição do fato gerador a constar no Auto de Lançamento e seus desdobramentos. Não há outro indicativo, senão o da nulidade total do Auto de Infração lavrado.

Diz que o mesmo não contém todas as informações necessárias ao perfeito conhecimento do débito, bem como, não preenche os requisitos elencados na legislação própria. Infere-se, portanto, que a defesa está obstaculizada, pois não há elementos suficientes que possam permitir a realização do contraditório e da ampla defesa. Afirma ser notório que, para possibilitar a ampla defesa do contribuinte, se faz necessária a indicação correta do prazo de defesa, e depois a discriminação pormenorizada da origem e natureza dos débitos, bem como, da alíquota, fórmula de cálculo dos juros, correção monetária e multa aplicados, pois somente assim, terá possibilidade de se defender plenamente.

Aduz que a Autoridade Fiscal não pode, a seu arbítrio, omitir requisitos que são previstos em lei e tidos como indispensáveis para a validade de todo o procedimento administrativo. Por se tratar o Auto de Lançamento de ato administrativo vinculado, pois a lei estabelece os requisitos formais para sua validade, e a imprecisão, a falta de clareza e os erros existentes, já identificados, nulificam todo o procedimento.

Neste sentido diz ser a doutrina pátria, conforme se depreende da lição do mestre Hely Lopes Meirelles e Eduardo Marcial Ferreira Jardim, que transcreve.

Reitera que diante da inexistência de especificação clara do prazo para a defesa, que lhe é assegurada constitucionalmente, o Auto de Infração é nulo para o mundo fático e jurídico, viola o direito de defesa que ficou totalmente obstaculizado, ferindo os direitos constitucionais assegurados pela Carta Maior de nosso país, do contraditório e da ampla defesa.

Assevera que, claramente se percebe que a legislação constitucional veio assegurar a todos, o direito de exercer a ampla defesa e o contraditório. Porém, não foi o que aconteceu no caso em tela. Apesar de ser permitido atualmente, por lei, a lavratura do Auto de Lançamento através de meios eletrônicos ou impressão por computadores, não se pode esquecer, que um dos requisitos imprescindíveis desta, é o prazo para defesa, além dos demais dados cruciais como nome do devedor, condições indispensáveis para que o Auto de Infração tenha força de embasar uma cobrança pecuniária. Destarte, nulo é o Auto de Infração lavrado pela Fiscalização, pois não se coaduna com as normas emanadas na Constituição Federal de 1988.

Afirma que além da nulidade devido à confusão no prazo de defesa, o Auto de Infração é igualmente nulo, tendo em vista que a base de apuração utilizada pelo Fiscal está equivocada e excedente. Registra que verifica nas planilhas que foram considerados na composição da base de cálculo do suposto imposto devido, os valores do saldo credor de ICMS mensal.

Exemplifica com o mês de fevereiro de 2015, onde o valor a recolher seria de 6.084,68, o saldo credor é de R\$1.702,23, e a base de cálculo da autuação é R\$7.786,58. Diz ser impossível que a base de cálculo do montante calculado no Auto de Infração seja superior ao suposto valor devido. Elabora demonstração detalhada do mês de fevereiro de 2015 e diz que analisando as planilhas anexadas a impugnação, pode-se concluir que as bases de cálculo utilizadas pelo Fiscal, mês a

mês, são superiores aos valores que poderiam ser cobrados de ICMS (óbvio que sem adentrar nas discussões de mérito). Diante disto, diz que o Auto de infração é totalmente nulo, pois contém vício material. Sobre a matéria cita o entendimento do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia na decisão do Processo de Apelação nº 0514374- 87.2016.8.05.0001.

Afirma que consoante bem esclarece o precedente colacionado, a violação nos requisitos de constituição do débito tributário enseja a nulidade do Auto de Infração, não sendo cabível a renovação do prazo decadencial e prescricional. Portanto, merece ser integralmente anulado o Auto de Infração impugnado, em face da inconsistência e excesso nos valores das bases de cálculo apontadas, ocasionando vício material insanável.

Prossegue afirmando que a autuação em tela, tem por fundamento a utilização de crédito supostamente indevido por parte da empresa relativa à aquisição de combustíveis, lubrificantes, óleos, aditivos e fluidos, sem a observância do estorno proporcional do crédito de ICMS relativo às prestações de serviço de transporte não tributada, com base no art.94 e art.95, 114, 380, II, 385, I, do Decreto n. 6.284/97, que reproduz.

Comenta que, se o benefício foi criado com o intuito de dar um grande incentivo de forma a beneficiar as operações, como propagado pelo Governo do Estado, a Receita Estadual está verdadeiramente aumentando o valor dos tributos, desrespeitando o princípio constitucional da não-cumulatividade. Portanto, equivocada está a autuação ora desafiada, em evidente inconstitucionalidade e ilegalidade no procedimento adotado.

Afirma que está diante de uma falácia, pois quando ocorrem saídas internas de produtos e estes são adquiridos de fora do Estado, prevalece o estorno proporcional dos créditos e, na prática, elimina grande parte dos créditos constitucionalmente previstos, aumentando, seguramente, o preço destas mercadorias transportadas. Com efeito, face da atual posição do Fisco, não obstante possuir um direito certo e inequívoco, expressamente assegurado pela Constituição Federal em seu art. 155, § 2º, inciso “I”, tem sido impedida de compensar integralmente o valor dos créditos de ICMS relativos ao imposto que foi cobrado e pago em outros Estados (entradas) com o valor do ICMS gerado na saída (vendas).

Aduz que o Estado da Bahia, através do Decreto 13.780/2012 (RICMS), prevê que as operações internas de transporte de carga são isentas de ICMS, e no art. 312, estabelece as hipóteses em que o sujeito passivo deverá efetuar o estorno do imposto.

Assim o fazendo, obriga que as empresas contribuintes façam o estorno do crédito fiscal, na mesma proporção da isenção, em flagrante contradição ao Princípio Constitucional da Não-Cumulatividade, disposto no inciso II do § 2º do art. 155 da Constituição Federal. Após a transcrição das Leis Estaduais que regulam a matéria, diz verificar por que razão estas são incompatíveis com o Sistema Constitucional Tributário, a fim de melhor elucidar a fundamentação e encerrar com qualquer dúvida sobre este tema.

Sustenta ser necessário retroceder no tempo, à época da entrada em vigor da atual Constituição Federal, promulgada em 05/10/1988, mais precisamente ao seu período de transição, lembrando que ela permitiu (cf. art. 155, § 2º, III) aos Estados e ao Distrito Federal, a adoção de ‘*alíquotas seletivas*’ para o ICMS, em função da essencialidade das mercadorias tributadas, ou seja, quanto mais importantes para o uso ou consumo, menor a alíquota respectiva. Reproduz o art. 34 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), que disciplinou a matéria, especial no seu § 8º, no que se refere ao ICMS. Foi então que, ainda em 1988 (16/12/1988), os Estados efetivamente celebraram, ainda com base na superada legislação do imposto (que passou a denominar-se ICMS), o Convênio ICM n. 66/88, prevendo, em seu art. 32, que, “*salvo determinação em contrário da legislação, acarretará a anulação do crédito a operação ou prestação subsequente, quando beneficiada por isenção ou não-incidência*”.

No entanto, diz que a *lei complementar* referida o § 8º do art. 34 do ADCT, - que poria fim à vigência do Convênio ICM nº 66/88 -, somente veio a ser editada (sob o n. 87) em 13/09/1996, com

publicação em 16/09/1996, para entrar em vigor “no primeiro dia do segundo mês seguinte ao da sua publicação”, ou seja, em 1º/11/1996.

Diz que nessas circunstâncias, tem-se claramente que o Convênio n. 66/88, celebrado com vigência temporária (cf. § 8º do art. 34 do ADCT), perdeu inteiramente a sua razão de ser com a entrada em vigor (em 1º/11/1996) da Lei Complementar n. 87/1996, conhecida por todos como Lei Kandir. Poderia alguém, contudo, alegar que o § 6º (introduzido pela EC n. 03/93) do *art. 150 da CF (segundo o qual* “qualquer subsídio ou *isenção*, redução de base de cálculo, concessão de crédito presumido, anistia ou remissão, relativos a impostos, taxas ou contribuições, só poderá ser concedido mediante lei específica, federal, estadual ou municipal, que regule exclusivamente as matérias acima enumeradas ou o correspondente tributo ou contribuição, sem prejuízo do disposto no artigo 155, § 2º, XII, “g””) *teria autorizado que o Decreto nº 13.780/2012 (RICMS Bahia) estabelecesse o estorno dos créditos?* Sem razão, no entanto, porque esse dispositivo constitucional, - vinculado à prévia existência de convênio nos termos da letra “g”, do inc. XII do § 2º do art. 155 da CF - permite tão-somente a concessão de benefícios fiscais (subsídios, isenções, reduções de base de cálculo, créditos presumidos, anistias e remissões), após definido, portanto, via *alíquota*, o “*quantum*” tributável e mais, definido em Lei Complementar.

Comenta que em obediência a Constituição Federal, deveria, no mínimo, o Estado ter objetivado a promulgação de Lei Complementar para regular o assunto sendo, portanto, ilícito querer a Fiscalização impedir o creditamento integral do ICMS relativamente a entrada, quando da saída com isenção ou não tributação, em flagrante violação ao princípio da não cumulatividade previsto tanto na Constituição Federal, como na Lei Kandir.

A autuação veio acompanhada também da aplicação de multa no valor de 60% do pretense tributo devido, nos termos do art. 42, inciso II, alínea “f” da lei 7.014/96, que reproduz.

Frisa que o Supremo Tribunal Federal já decidiu que “surge inconstitucional multa cujo valor seja superior a 20% do montante apurado. Em um caso específico, julgado pelo STF através do Agravo Regimental em Agravo de Instrumento 727.872/RS, o fisco realizou a aplicação de multa moratória a um contribuinte no percentual de 30% sobre o valor do tributo devido.

Informa que em julgamento do pleito recursal pelo Supremo, sob a relatoria do ministro Roberto Barroso, houve a reafirmação de entendimento, oportunamente, anteriormente já estabelecido, ou seja, de que a multa moratória tributária não poderá ultrapassar o percentual de 20% sobre o valor do tributo, sob pena de caracterização do ímpeto confiscatório da sanção, expressamente vedado pela Constituição Federal, como já abordado no presente trabalho.

Após lecionar de forma perfeita acerca das similaridades e peculiaridades das multas tributárias moratórias e punitivas, o ministro Roberto Barroso, para concluir o seu julgamento, estabeleceu os limites de percentuais estabelecidos pacificamente pelo STF para a aplicação das referidas sanções aos contribuintes.

Concluindo, com base no entendimento do Supremo Tribunal Federal, é vedada a aplicação de multa tributária pelos fiscos em percentual superior a 20% sobre o valor do tributo devido pelo contribuinte, sob pena de haver a caracterização do confisco, expressamente vedado pelo artigo 150, IV, da Constituição Federal do Brasil. No presente caso, tendo sido aplicada multa no valor de 60%, verifica-se que a norma que amparou a aplicação da multa viola o princípio do não-confisco, razão pela qual, deve ser afastada a multa, uma vez que a regra matriz de incidência resta viciada.

Sustenta que a multa imputada mencionada no Auto de Lançamento é absolutamente indevida como penalidade, ante a completa ausência de disposição constitucional que a autorize. Sobretudo, porque sequer cometeu a infração que lhe fora imputada, ou ainda, não sendo este o entendimento, deverá, ao menos, ser readequado o valor da multa para 20% do valor do tributo devido.

Requer seja recebida a impugnação, a fim de que seja anulado o auto de infração e declarado

nulo lançamento do débito de ICMS, eis que evidente o grave erro material quanto ao prazo de defesa outorgado à parte, contradição que lhe impediu o regular exercício da ampla defesa e, ainda, caso assim não se entenda, seja anulado, considerando os equívocos técnicos na apuração do montante principal e seus consectários, eis que foram computados os valores do saldo credor de meses anteriores na base de cálculo do ICMS apurado no mês (como se o saldo credor fosse devido), e ainda pela multa exorbitante aplicada e a ilegalidade na cobrança por afronta ao princípio da não- cumulatividade albergado pela Lei Kandir e Constituição Federal.

O Autuante presta a informação fiscal fls.54/55. Reproduz a irregularidade apurada. Sintetiza os fundamentos da defesa. Explica que, vem, apresentar na forma do art. 127, do Decreto nº. 7.629/99, informação fiscal, referente ao presente Processo Administrativo Fiscal, pelos motivos de fatos e direitos a seguir alinhados. Repete a irregularidade apurada em ação fiscal.

Inicialmente, informa que a empresa Unius Transportes LTDA., tem como atividade Prestação de Serviço de Transporte de Cargas, com o CFOP – 5352, Prestação de Serviço de Transporte a estabelecimento, operando com as seguintes modalidades: CFOP- 5932- Prestação de Serviço de Transporte Iniciada em Unidade da Federação diversa daquela em que esteja inscrito, CFOP- 6352- Prestação de Serviço de Transporte a estabelecimento industrial e CFOP- 6932- Prestação de Serviço de Transporte iniciada em unidade da Federação diversa daquela em que esteja inscrito, sendo tributada apenas, o CFOP- 6352.

Quanto a alegação da autuada de que os valores decorrentes do auto de infração são absurdos, informa que os citados valores referem-se a Crédito Indevido de ICMS proveniente de aquisições de combustíveis, lubrificantes, óleos, aditivos e fluidos, utilizados, sem observar a proporcionalidade de crédito de ICMS lançado em sua conta corrente fiscal mensal, decorrente de operações de prestação de serviço de transporte tributado, isentas e não tributado pelo ICMS, créditos a serem utilizado como base em proporção dos valores das operações de saídas tributadas, isentas e não tributadas, demonstrado através das planilhas anexadas ao auto de Infração, utilizando como base as informações de operações de saídas de prestações de serviços de transportes tributado, com direito a crédito de ICMS e as operações de prestações de serviço de transporte isentas e não tributadas, sem direito a crédito, conforme artigo 29, parágrafo 2º, da lei 7014/96.

Em relação a divergência apontada quanto ao prazo de defesa do PAF, informado no auto de infração 60 dias e no artigo 123 do RPAF/BA, de 30 dias, não tem respaldo na legislação, visto que a redação do caput do artigo 123 do RPAF, foi alterado pelo Decreto 18558/18, efeitos a partir de 18/08/2018, que define novo prazo de defesa em 60 dias.

Quanto ao argumento de que a limitação do direito de utilização total do crédito de ICMS, contraria a Constituição Federal e a Lei Kandir, esclarece que a vedação de utilização de crédito de ICMS resultante de operações ou prestações isentas ou não tributadas, tem previsão legal do artigo 20, parágrafo 1º, da Lei Complementar 87/1996 e no artigo 29, parágrafo 2º, da Lei 7014/96.

Comenta que a autuada alega ter a fiscalização computado, na base de cálculo da apuração, o saldo credor total da empresa, como se o fato de manter o crédito, viesse dar prejuízo ao Estado.

Salienta que a autuação foi pelo fato de apropriação de valores de crédito de ICMS, nas aquisições de combustíveis, óleos, aditivos e lubrificantes, sem observar a proporção dos créditos de ICMS, entre operação tributada, isentas e não tributadas, e as saídas tributadas, isentas e não tributadas e que tais créditos foram escriturados e mantidos em sua conta corrente fiscal, podendo ser utilizado a qualquer momento. Decorrido o prazo de cinco anos, o fisco do estado da Bahia não mais poderia fiscalizar os lançamentos dos créditos, ficando assim homologados.

Considerando que a autuada não trouxe nenhuma prova da existência de qualquer equívoco no lançamento efetuado e que seu pedido de nulidade do auto de infração não encontra acolhida no artigo 18 do RPAF, mantém a procedência total do Auto de Infração, compelindo a Autuada a

recolher aos cofres do Estado a quantia de R\$586.504,88, acrescida de juros, multas e atualização monetária.

## VOTO

Preliminarmente, o Autuado arguiu nulidade, sob a alegação de que a fiscalização estabeleceu o período de 60 dias a contar da intimação, no corpo do auto de infração para que realizasse a defesa, no entanto, na intimação do contribuinte sobre a lavratura do Auto de Infração, reduziu para 30 dias, o prazo para defesa, o que evidenciaria grave erro material, passível de anulabilidade da autuação perpetrada, visto que esta contradição lhe impediu o regular exercício da ampla defesa.

Sobre esta alegação, verifico que de fato, embora tenha ocorrido tal equívoco, o sujeito passivo deve obediência à legislação de regência, vigente à época dos fatos. Observo que ao se instalar a lide no processo administrativo fiscal, o prazo estabelecido para a produção da defesa, é aquele do caput do artigo 123 do RPAF/99, que foi alterado pelo Decreto 18558/18, efeitos a partir de 18/08/2018, que define prazo da defesa, em 60(sessenta) dias, a partir da ciência pelo contribuinte, do lançamento de ofício. Além disso, o Autuado não traz aos Autos, qualquer evidência ou elemento comprovando que o referido equívoco tenha obstaculizado a elaboração de sua impugnação.

O defendente acrescentou ainda, que a exigência fiscal deveria ser anulada, considerando os equívocos técnicos na apuração do montante principal e seus consectários, visto a ilegalidade na cobrança por afronta ao princípio da não-cumulatividade, albergado pela Lei Kandir e Constituição Federal.

Sobre a técnica utilizado pelo Fisco para apuração do *quantum* devido, trata-se de aspectos materiais do lançamento e será devidamente apreciada, quando tratarmos do mérito.

Sendo assim, sobre os aspectos formais, verifico que o lançamento fiscal foi exposto com clareza, com fundamentação de fato e de direito, na medida em que se descreveu a infração, com a indicação dos documentos pertinentes, o demonstrativo fls.05/10, o Termo de Ciência da lavratura com recebimento do Auto de Infração e das respectivas peças processuais, através de AR dia 03/01/2020, fl. 13, que estão presentes nos autos e contém os elementos necessários e suficientes à compreensão da irregularidade apurada, assim como, foi indicada a legislação que regula os fatos sob julgamento.

Nesse cenário, não acolho as nulidades suscitadas, visto que não foi identificada qualquer violação ao princípio da legalidade, do devido processo legal ou a quaisquer princípios de direito constitucional, administrativo ou tributário, em especial os do processo administrativo fiscal, tendo sido observada a garantia à ampla defesa e ao contraditório, visivelmente caracterizados nos aspectos abordados na impugnação, bem como, na narrativa dos fatos correspondentes. Ademais, pelo teor da defesa, apontando dados trazidos no levantamento fiscal, depreende-se que o defendente entendeu a acusação que lhe foi imputada e se defendeu sem qualquer cerceio da infração ora apreciada. Dessa forma, não acolho as nulidades suscitadas, considerando que o lançamento de ofício e o processo administrativo fiscal dele decorrente, não estão incursos em quaisquer das hipóteses do artigo 18 do RPAF/BA, para se decretar a nulidade da autuação.

No mérito, analisando os elementos que compõem o presente PAF, verifico que efetivamente, o que se exige no Auto de Infração em tela, é o estorno proporcional do crédito fiscal do ICMS relativo às aquisições de serviços de transportes sujeito à Substituição Tributária, proveniente de operações de aquisições ocorridas com a utilização de crédito do imposto, sem observância do estorno proporcional, relativo a operações de prestação de serviços de transporte não tributadas. Não se cogita no presente julgamento, a manutenção de exigência fiscal que agrida o princípio da não-cumulatividade do imposto previsto pelo art. 155, da Constituição Federal, na medida em que, a legislação estadual, que não sofreu qualquer declaração de inconstitucionalidade a respeito do assunto em discussão, autoriza a utilização dos créditos quando das aquisições de serviços de

transportes sujeito a Substituição Tributária, desde que as operações subsequentes sejam, por igual, tributadas para o ICMS.

O que a legislação tributária estadual prevê, é que o contribuinte estornará ou anulará o crédito fiscal, quando as mercadorias ou os serviços, cujas operações de saídas sejam algumas tributadas e outras não tributadas ou isentas, sendo que este estorno será proporcional às operações ou serviços não tributados. (Art. 20, parágrafo 1º, da Lei Complementar 87/1996 e no artigo 29, parágrafo 2º, da Lei 7014/96).

Também o art. 312 do RICMS/BA, determina as hipóteses em que o sujeito passivo deverá efetuar o estorno do imposto, e estabelece que constitui crédito fiscal para fim de compensação com o tributo devido em operações subsequentes, para fins de apuração do imposto a recolher, o valor do imposto cobrado anteriormente, relativo às aquisições de mercadoria para comercialização, salvo disposição em contrário, e condiciona, expressamente, que “as operações ou prestações subsequentes sejam tributadas pelo imposto, sendo que, se em algumas destas operações ou prestações forem tributadas e outras forem isentas ou não tributadas, o crédito fiscal será utilizado proporcionalmente às operações de saídas e às prestações tributadas pelo imposto, ressalvados os casos, em que seja assegurada pela legislação a manutenção do crédito”.

A legislação tributária estabelece as situações em que pode ocorrer a manutenção do crédito fiscal nos casos de existência de saídas sem tributação, situações estas, que estão claramente definidas, e que não alcançam as operações envolvidas na presente autuação. (art. 312, § 3º do RICMS/BA).

O defendente acrescentou, que a exigência fiscal deveria ser anulada, considerando os equívocos técnicos na apuração do montante principal e seus consectários, eis que foram computados os valores do saldo credor de meses anteriores, na base de cálculo do ICMS apurado no mês (como se o saldo credor fosse indevido).

Em sede de informação fiscal, o Autuante esclareceu que o Autuado se apropriava em sua conta corrente fiscal, de valores de crédito de ICMS, nas aquisições de combustíveis, óleos, aditivos e lubrificantes, sem observar a proporção dos créditos de ICMS, entre operação tributadas, isentas e não tributadas, e as saídas tributadas, isentas e não tributadas e que tais créditos foram escriturados e mantidos em sua conta corrente fiscal, podendo a qualquer momento, ser potencialmente utilizado. Decorrido o prazo de cinco anos, o fisco do Estado da Bahia não mais poderia fiscalizar os lançamentos dos créditos, ficando assim homologados.

Analisando os cálculos efetuados na apuração do *quantum* devido, comungo com o entendimento exposto pelo Auditor, visto que estão em perfeita consonância com a Lei 7014/96 e o RICMS/BA. Cabe salientar, que este procedimento agasalha o princípio constitucional da não cumulatividade, ao exigir o estorno do crédito fiscal nas entradas, quando não incidir o ICMS nas saídas.

De maneira que entendo, que agiu corretamente a Fiscalização na presente exigência fiscal e, considerando que o defendente em nenhum momento, apresentou elementos para embasar a sua contestação ao estorno proporcional de crédito fiscal e não ao estorno integral, conforme, em determinados momentos, quer fazer crer o defendente, pois, levou-se em consideração a proporção entre as saídas tributadas e as saídas isentas, julgo procedente a infração.

O defendente requereu o cancelamento da multa aplicada, alegando caráter confiscatório, o que em seu entendimento, estaria a violar o Princípio do Não Confisco, da Capacidade Contributiva e da Proporcionalidade.

A multa sugerida pela Fiscalização está corretamente tipificada na alínea ‘f’, inciso II, do art. 42 da Lei 7.014/96, portanto, é legal. Esta instância de julgamento não possui atribuição (competência), para decidir sobre pedido de redução ou cancelamento de penalidade por descumprimento de obrigação tributária, nem para apreciar inconstitucionalidade de dispositivos da legislação estadual que regem a matéria objeto da contenda (art. 167, I, RPAF/99).

Ante ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA da autuação.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **123624.0004/19-0**, lavrado contra **UNIUS TRANSPORTES LTDA.**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento do imposto, no valor de **R\$586.504,88**, acrescido da multa de 60%, prevista no inciso II, alínea “f”, do art. 42 da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala virtual das Sessões do CONSEF, 12 de novembro de 2020.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS – RELATORA

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - JULGADOR