

A. I. Nº 269198.0022/22-6  
AUTUADO COMERCIAL CIRÚRGICA NOVO TEMPO LTDA.  
AUTUANTE FRANCISCO DE ASSIS RIZÉRIO  
ORIGEM DAT NORTE/INFAZ CHAPADA DIAMANTINA  
PUBLICAÇÃO INTERNET – 07/08/2023

**1<sup>a</sup> JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL****ACÓRDÃO JJF Nº 0114-01/23-VD**

**EMENTA:** ICMS. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. OPERAÇÕES DE SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM DÉBITO DO IMPOSTO. MULTA DE 60% DO VALOR DO CRÉDITO FISCAL GLOSADO POR NÃO TER IMPLICADO FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Alegação defensiva de ofensa ao princípio da não cumulatividade não se sustenta, haja vista que nos termos do artigo 310, inciso II, do RICMS/BA/12, Decreto nº.13.780/12, é vedado o crédito relativo a mercadoria entrada no estabelecimento para comercialização, quando a operação de saída subsequente não for tributada ou estiver isenta. Infração subsistente. Não acolhida a nulidade arguida. Auto de Infração **PROCEDENTE.** Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

O Auto de Infração em lide, lavrado em 28/09/2022, formaliza a imposição de multa no valor histórico total de R\$ 35.952,84, em decorrência do cometimento da seguinte infração à legislação do ICMS imputada ao autuado: *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.*

Período de ocorrência: dezembro de 2020, janeiro a março, junho a dezembro de 2021.

O autuado apresentou Defesa (fls. 13 a 20). Reporta-se sobre a tempestividade da peça defensiva. Discorre sobre os fatos que ensejaram a autuação.

Em caráter preliminar, argui a nulidade do Auto de Infração por ofensa ao contraditório e à ampla defesa.

Alega que o autuante não anexou aos autos os documentos necessários para comprovação da conduta ilícita que ensejou a autuação, no caso notas fiscais, cópias de livros fiscais ou qualquer outro documento, o que dificulta sobremaneira o exercício do direito de defesa plena, assim como torna desprovido de embasamento fático do Auto de Infração. Acrescenta que isso ocorreu porque todo o levantamento foi procedido com base em informações constantes unicamente do sistema da SEFAZ, os quais não refletem a verdade dos fatos retratada pelos livros fiscais da empresa.

Diz que o demonstrativo que acompanha o Auto de Infração não permite a identificação das operações que ensejaram o aproveitamento do crédito objeto da autuação, prejudicando a ampla defesa e o contraditório, cânones constitucionais de observância obrigatória no âmbito do

processo judicial e administrativo, portanto, tratando-se de nulidade insanável.

Alega que sequer houve intimação para que prestasse esclarecimentos ou apresentasse documentos, o que anulou qualquer possibilidade de defesa no curso do procedimento fiscalizatório.

Invoca e reproduz o art. 18, II, do RPAF, que torna nulo os atos praticados com preterição ao direito de defesa, assim como o inciso IV do mesmo dispositivo normativo, que torna nulo o lançamento de ofício que não contiver elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração e o infrator.

Conclusivamente, em face ao exposto, requer a nulidade do Auto de Infração.

No mérito, consigna que caso reste superada a nulidade arguida, o que diz não acreditar, necessário verificar 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. Tece amplos comentários sobre a não cumulatividade do ICMS, invocando, neste sentido, entendimento do STF, a CF/88, ensinamentos de Roque Antônio Carrazza, bem como o regime de substituição tributária e a sua forma de apuração.

Conclusivamente, afirma que não é possível impor ao contribuinte uma carga mais pesada do que a prevista na Constituição Federal e na Resolução do Senado Federal, sendo, desse modo, totalmente desarrazoada a exigência fiscal imputada a empresa.

Reporta-se sobre a imposição de multa com caráter confiscatório, afronta às garantias constitucionais.

Alega que está sendo aplicada multa em valor nitidamente confiscatório na infração, em afronta direta às garantias constitucionais do contribuinte, configurando-se violação aos direitos mais básicos assegurados pela CF.

Assinala que atualmente já é reconhecida a ilegitimidade de multas absurdamente elevadas e as decisões do Poder Judiciário as tem reduzido, sendo, portanto, facultado ao julgador, diante do fato concreto, o poder de reduzir a multa excessiva aplicada ou até mesmo cancelá-la. Acrescenta que neste sentido o Supremo Tribunal Federal reconhece a autoaplicabilidade do princípio da vedação ao confisco no caso de multa moratória fiscal. Invoca e reproduz lição de Rui Barbosa Nogueira neste mesmo sentido.

Conclusivamente, diz que uma multa de 60% do valor do crédito fiscal em situação que não ensejou o descumprimento de obrigação principal mostra-se absolutamente excessiva, requerendo que seja revista por esse órgão julgador.

Finaliza a peça defensiva requerendo a nulidade ou, no mérito, a improcedência do Auto de Infração. Requer, ainda, caso não seja este o entendimento, o cancelamento ou revisão da multa imposta, por se mostrar excessiva, considerando que não houve descumprimento de obrigação principal, portanto, nenhum prejuízo ao Erário em termos de arrecadação.

Protesta por todos os meios de prova em direito admitidos, notadamente, a realização de diligência, juntada posterior de documentos comprobatórios, a fim de se determinar a improcedência do Auto de Infração.

Requer, por fim, que seja intimado a responder ou se manifestar sobre todas as diligências e manifestações do autuante, sob pena de cerceamento do direito de defesa.

O autuante prestou Informação Fiscal (fls. 40/41). Contesta a alegação defensiva de que não anexou notas fiscais comprometendo a autuação dizendo que referidas notas fiscais estão relacionadas no demonstrativo “SAÍDAS DE MERCADORIAS NÃO ENQUADRADAS NA SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA” com suas respectivas chaves de acesso. Acrescenta que o autuado se esquece que as notas fiscais eletrônicas são arquivos magnéticos e não mais de papel.

Quanto aos demais argumentos defensivos, afirma que são vagos e fogem da instância em que se

encontra o PAF.

No tocante ao mérito, observa que o autuado alega a não cumulatividade do ICMS e também de multas com caráter confiscatório.

Ressalta que a manutenção de crédito na escrita fiscal, sendo este indevido e ultrapassado o prazo decadencial, impede que o Fisco verifique a sua autenticidade e possibilita ao Contribuinte utilizá-lo para compensar o débito gerado em suas operações.

Finaliza a peça informativa opinando pela procedência do Auto de Infração.

## 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 científicação 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 inquinar 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 nº 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 constitucionalidade 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 constitucionalidade;*

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 269198.0022/22-6, lavrado contra **COMERCIAL CIRÚRGICA NOVO TEMPO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento da multa 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, 11 de julho de 2023.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE/RELATOR

LUÍS ROBERTO DE SOUSA GOUVÊA - JULGADOR

OLEGÁRIO MIGUEZ GONZALEZ - JULGADOR