

**A. I. Nº** - 300201.0001/12-6  
**AUTUADO** - TELEFÔNICA INTERNATIONAL WHOLESALE SERVICES BRASIL LTDA  
**AUTUANTES** - VÂNIA FERRARI RAMOS  
**ORIGEM** - IFEP SERVIÇOS  
**INTERNET** - 21/05/2013

### **3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

#### **ACÓRDÃO JJF Nº 0116-03/13**

**EMENTA: ICMS. 1. AUSÊNCIA DE REGISTRO FISCAL.** A falta do registro fiscal de notas fiscais decorrente de operações constitui infração. **2. DIFERENÇA DE ALÍQUOTA.** É devida a diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo do estabelecimento. **3. CRÉDITO INDEVIDO.** O Crédito fiscal de ICMS relativo a entrada de bem do ativo imobilizado deve ser apropriado de acordo com a legislação em vigor, não sendo permitido o ser uso em valor mensal superior a 1/48. Auto de Infração **PROCEDENTE.** Decisão Unânime.

#### **RELATORIO**

O Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 26/06/2012, faz o lançamento de crédito tributário de ICMS no valor de R\$1.343.931,05, acrescido da multa de 60%, em decorrência do cometimento da seguintes infrações:

Infração 01 : “deu entrada no estabelecimento de mercadoria não tributável sem o devido registro na escrita fiscal”; Notas fiscais identificadas através do CFAMT e do STGCB-Sintegra WEB.

Infração 02: “deu entrada no estabelecimento de mercadoria sujeita a tributação sem o devido registro na escrita fiscal”. Notas fiscais identificadas através do CFAMT – Controle de Fiscalização de Mercadorias em Trânsito. Anexos 3 e 6.

Infração 03: “deu entrada no estabelecimento de mercadoria sujeita a tributação sem o devido registro na escrita fiscal”. Notas fiscais identificadas através do STGCB-Sintegra WEB. Anexos 2 e 5.

Infração 04: “Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo do estabelecimento”. As notas fiscais capturadas através do CFAMT, não foram escrituradas, Anexos 9 e 10.

Infração 05: “Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo do estabelecimento”. As notas fiscais capturadas através do STGCB-Sintegra WEB, não foram escrituradas, Anexos 9 e 10. Anexo 8 e 11.

Infração 06: “Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo do estabelecimento”. As notas fiscais foram escrituradas nos Livros de Registro de Entradas com CFOP 2551. Anexos 14 e 15.

Infração 07: “Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao

ativo fixo do estabelecimento”. As notas fiscais foram escrituradas nos Livros de Registro de Entradas com CFOP 2552. Anexos 17,18,19 e 20.

Infração 08: “Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo do estabelecimento”. As notas fiscais foram escrituradas nos Livros de Registro de Entradas com CFOP 2556. Anexos 12,13 e 16.

Infração 09: “Utilizou crédito fiscal de ICMS relativo a entrada de bem do ativo imobilizado apropriando-se de valor superior ao permitido pela legislação” O contribuinte quando da escrituração do CIAP – Controle de Crédito de ICMS do Ativo Permanente – utilizou o crédito (1/48) em valor superior ao autorizado pelo RICMS. Anexo 21-A (2007), 21-B (2008) e 21 C(2009).

O contribuinte através de advogados legalmente habilitados, apresenta tempestivamente a sua impugnação e preliminarmente argui que o Auto de Infração é parcialmente nulo de pleno direito, *“por ter decaído o direito de lançar parte dos valores aqui debatidos”, pois, os fatos geradores ocorreram em 2007 e a sua cobrança foi regularmente efetuada em 12 de julho de 2012. “Por conseguinte, todos os (supostos) créditos anteriores a 12 de julho de 2007 foram fulminados pela decadência e, conseqüentemente, encontram-se extintos”*. Fundamenta seu argumento nos Artigos 146, III, “b” da CF/88 e 150, § 4º do CTN.

Quanto ao mérito em relação às Infrações 01, 02 e 03 - multa pelo descumprimento de obrigação acessória em virtude da não escrituração de diversas operações nos Livros de Entrada - e que resultou na aplicação das penalidades previstas no artigo 42, IX e XI da Lei nº 7.014/1996 argui que em concomitância à cobrança das multas, o Auto de Infração materializou a cobrança do ICMS propriamente dito em decorrência das mesmas operações, em evidente desrespeito ao § 5º do artigo 915 do RICMS/97 aprovado pelo Decreto Estadual nº 6.284/1997, que transcreve. Acrescenta que embora o artigo 915 tenha sido revogado pelo artigo 4º do Decreto Estadual nº 12.156/2010, cujos efeitos passaram a vigorar a partir de 1º. 06.2010, conclui-se que à época dos fatos geradores o § 5º transcrito ainda estava em vigor, sendo, pois, aplicável ao caso concreto. Observa ainda que nada obstante, o § 5º do artigo 42 da Lei nº 7.014/1996, ainda em vigor, também estabelecer que *“a multa pelo descumprimento de obrigação acessória será absorvida pela multa para o descumprimento da obrigação principal, sempre que se tratar de cometimento em que o descumprimento da obrigação principal seja uma conseqüência direta do descumprimento da obrigação acessória, servindo a infração relativa à obrigação acessória como circunstância agravante da relativa à falta de recolhimento do imposto devido em relação ao mesmo infrator.”* Anota que a jurisprudência firmada pelo CONSEF é no sentido de que a multa por descumprimento de obrigação acessória é absorvida pela multa estendida ao descumprimento da obrigação principal e cita como exemplo o AI nº 118973.2305/01-6, decidido pela 4ª/JJF e publicado no DJ: 17/09/2002. Entende que *“as penalidades objeto das Infrações 01, 02 e 03 não merecem prosperar, uma vez que o presente Auto de Infração também veicula a cobrança do ICMS decorrente das operações principais a elas veiculadas, devidamente acompanhada da multa de 60% (sessenta por cento) incidente sobre o débito principal, sob pena de se desconsiderar a ordem prevista nos § 5º do artigo 42 da Lei nº 7.014/1996 e do artigo 915 do Regulamento do ICMS, aprovado pelo Decreto Estadual nº 6.284/1997”*.

Prossegue em sua defesa acrescentando: *“o fato é que justamente em decorrência da não escrituração de determinadas operações nos livros fiscais a Impugnante deixou de se aproveitar dos créditos delas originados, pelo que o procedimento por ela levado a efeito não gerou prejuízo financeiro para o Estado da Bahia”*. E mais: *“a Fiscalização, ao lavrar o Auto de Infração ora impugnado, se restringiu à apuração dos débitos incidentes sobre a entrada de mercadorias no estabelecimento da Impugnante, olvidando-se de que tais operações geraram créditos que deixaram de ser aproveitados, eis que se tratava de mercadorias destinadas ao ativo fixo. É dizer: se a*

*Fiscalização materializa a cobrança de débitos decorrentes” da “aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo”, “deve também considerar os respectivos créditos no momento da lavratura do auto de infração. Na hipótese de se constatar que o valor dos débitos que supostamente deixaram de ser recolhidos supera os créditos advindos das operações realizadas durante o período fiscalizado, deve ser cobrada a diferença em desfavor do contribuinte”. E continua “Destarte, uma vez comprovado que as operações tributadas correspondem à “aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo”, o creditamento é medida de rigor face ao princípio da não-cumulatividade insculpido no inciso I do § 2º do artigo 155 da Constituição Federal”. Concluindo que: “Ao deixar de subtrair do imposto cobrado os créditos oriundos da entrada de bens destinados ao ativo fixo que deixaram de ser aproveitados, a Fiscalização nega à Impugnante um direito assegurado pela Constituição Federal.”*

Comenta a respeito do princípio da não-cumulatividade e diz que *“no caso concreto, o Fiscal, embora materialize a cobrança dos débitos incidentes sobre a entrada de bens destinados ao ativo permanente da Impugnante, desconsidera os créditos também de sua titularidade oriundos destas mesmas operações, em evidente afronta ao inciso I do § 2º do artigo 155 da Constituição Federal c/c artigo 20 da Lei Complementar nº 87/96”*. Em suma, o que se verifica da presente autuação é o nítido cerceamento ao direito constitucionalmente assegurado à Impugnante de aproveitamento dos créditos advindos das aquisições de bens destinados ao seu ativo permanente.

Chama atenção mais uma vez *“para o fato de que o procedimento levado a efeito pela Impugnante não gerou nenhum prejuízo financeiro ao Fisco Estadual”*.

Entende que *“é necessária uma recomposição dos cálculos, levando-se em consideração os créditos apurados em função da entrada de bens destinados ao ativo permanente no período autuado para se comprovar que não há valor efetivamente devido”* pois *“a manutenção do lançamento impugnado implicará na penalização da Impugnante, que tinha, incontestavelmente, direito ao aproveitamento dos créditos resultantes das operações tributadas” e mais: “Caso fosse possível defender a exigência de valores ignorando os créditos que efetivamente pertencem à Impugnante, o que se admite apenas para fins de argumentação, estar-se-ia imputando a duplicidade de pagamentos, o que configura evidente medida de caráter confiscatório, em manifesta afronta ao artigo 150, inciso IV da Magna Carta e também ao princípio constitucional da não-cumulatividade previsto no artigo 155, § 2º, I”*.

Cita decisão do Conselho Administrativo do Rio de Janeiro sobre a matéria e acrescenta que *“a autuação impugnada conflita diretamente com o princípio constitucional da proporcionalidade, que é amplamente acolhido pela jurisprudência vigente e possui força normativa vinculante”*

Sobre a infração 09 - uso do crédito de 1/48 (um quarenta e oito avos) em valor superior ao autorizado no RICMS – argumenta que *“o Fiscal não contesta o direito da Impugnante de se aproveitar dos créditos decorrentes da entrada de bens destinados ao ativo permanente, ao revés, discorda apenas da respectiva forma de fruição no tempo, o que, ressalta-se, nunca poderia ter ensejado a cobrança do ICMS propriamente dito”*. Observa que *“o Fiscal, para efetuar o lançamento tributário ora impugnado, se restringiu ao exame dos créditos aproveitados acima do limite de 1/48 (um quarenta e oito avos) isoladamente, quando deveria ter ampliado a análise contábil aos 48 (quarenta e oito) meses subsequentes contados do fato gerador, a fim de verificar se o desrespeito aos limites fixados em lei redundou no recolhimento a menor do ICMS”* *“Noutras palavras, partindo da premissa de que a diluição do valor dos créditos a serem aproveitados é consequência do próprio princípio da não-cumulatividade, a cobrança do ICMS deve advir da constatação de que, nos 48 (quarenta e oito) meses subsequentes ao fato gerador, a Impugnante se*

*apropriou de créditos em grandeza dissonante com as operações realizadas, gerando recolhimento a menor do ICMS“*

*“Enfatize-se: o Fiscal não diverge do somatório dos créditos apurados em razão da entrada de bens no estabelecimento da Impugnante destinados ao ativo imobilizado, ou seja, da grandeza numérica resultante das referidas operações, mas apenas da forma em que este resultado foi incorporado – acima do limite de 1/48 (um quarenta e oito avos) no mês.”* “Seguindo esse raciocínio, se o Fiscal não apontou nenhuma divergência entre o somatório dos débitos e dos créditos apurados pela Impugnante no período objeto do Auto de Infração Impugnado, é de se concluir que não houve recolhimento a menor do ICMS, mas, no máximo – *ad argumentandum tantum* -, um desrespeito à forma de aproveitamento do crédito que lhe pertencia.” “Por esse motivo é que se o inciso I do § 17º do artigo 93 do RICMS estabelece o limite de 1/48 (um quarenta e oito avos) por mês para fins de aproveitamento do crédito, devendo a primeira fração ser apropriada no mês em que ocorrer a entrada da mercadoria no estabelecimento. A cobrança do ICMS (obrigação principal) deve, necessariamente, levar em consideração os 48 (quarenta e oito) meses subsequentes ao fato gerador, e não se restringir à análise mensal.” “Logo, a análise mensal da contabilidade de forma isolada apenas serviria para respaldar a lavratura de auto de infração por descumprimento de obrigação acessória, se fazendo necessário, portanto, considerar a realidade vivenciada pelo contribuinte nos períodos subsequentes ao autuado”. “O lançamento sob discussão termina por penalizar a Impugnante, que tinha, incontestavelmente, direito ao aproveitamento do crédito apurado, mas o utilizou acima do limite de 1/48 (um quarenta e oito avos) no mês, sem que isto, contudo, repercutisse na falta de pagamento do ICMS por ela devido”. ”Sob este contexto, a desconsideração do creditamento, ainda que desatendida apenas uma norma de fruição prevista em legislação infraconstitucional, se mostra totalmente inaceitável, na medida em que restringe o direito ao creditamento, em evidente afronta aos princípios constitucionais anteriormente expostos (art. 155, § 2º, I da CF/88)”.

Sobre as penalidades aplicadas argui inicialmente que: “se não há que se cogitar de pagamento de tributo não é possível quantificar a multa de acordo com o montante do crédito tributário ficto”. Comenta a respeito do o princípio do não-confisco aplicável também às penalidades pecuniárias, trazendo a baila decisão do STF sobre a matéria. Traz comentários doutrinários e decisões de tribunais superiores sobre o princípio da razoabilidade e conclui: “A norma supracitada instituiu penalidade em patamar superior ao recomendado pelo princípio da razoabilidade e, com isto, violou o princípio do não-confisco, razão pela qual há de ser declarada a sua ilegitimidade a fim de prestigiar o Texto Constitucional”.

Conclui a sua defesa requerendo que seja acolhida a preliminar de decadência do Auto de Infração, com o cancelamento da exigência que ora se apresenta, com base no artigo 156, V do Código Tributário Nacional e no mérito, que seja julgada procedente a presente Impugnação para declarar a insubsistência dos lançamentos constantes do Auto de Infração, determinando seu imediato cancelamento, sob pena de se frustrar o direito ao creditamento oriundo do princípio da não-cumulatividade previsto no inciso I do § 2º do artigo 155 da Constituição Federal e no artigo 20 da Lei Complementar nº 87/96.

Subsidiariamente requer ainda que seja cancelado o Auto de Infração face à inexistência de prejuízo financeiro ao Fisco Estadual em decorrência do procedimento levado a efeito pela Impugnante e que seja exonerada do pagamento da multa a ela imposto, dada a sua flagrante inadequação, falta de razoabilidade e desproporcionalidade, sem esquecer do seu efeito confiscatório, em consonância com a jurisprudência dos Tribunais Superiores.

Protesta pela juntada posterior de atos constitutivos e de instrumento de mandato, a fim de regularizar sua representação processual, na forma do que dispõe o artigo 37 do Código de Processo Civil o que foi feito de acordo com a documentação posteriormente anexada ao presente PAF.

A Auditora Fiscal autuante apresenta sua informação fiscal onde argui: Quanto a extinção dos créditos tributários de ICMS por decadência entende que o art. 173, I do CTN o direito da Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se em 5 (cinco) anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado e que sendo assim, não procede a alegação da autuada de que os créditos apurados com datas anteriores a 12 de julho de 2007 encontram-se extintos, uma vez que o prazo deve ser contado a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, é o que preceitua o art. 28 §1º do Código Tributário do Estado da Bahia (COTEB) - Lei 3.956/81 e o art. 965 do RICMS/BA aprovado pelo Decreto nº 6.284/97. Portanto a interpretação da impugnante não prospera no caso em tela, visto que existe lei específica que estabelece o prazo de homologação, afastando a aplicação do dispositivo contido no art. 150, § 4º do CTN. Quanto a necessidade de afastamento da multa pelo descumprimento de obrigação acessória - não escrituração de operações nos livros de entrada, objeto das infrações 01, 02 e 03 diz que as multas imputadas são as previstas na Lei 7.014/96 no seu Art. 42, incisos IX e XI, e portanto não procede tal arguição, desde quando em nenhum momento a Autuada comprovou a escrituração das Notas Fiscais relacionadas nos demonstrativos.

Quanto a alegação da não observância do princípio da não-cumulatividade diz que a mesma não procede pois o mesmo foi observado inclusive com a aplicação do art. 69 do RICMS/BA, que normatiza como deve ser calculada a Diferença de Alíquota – DIFAL. Reafirma que o princípio da não-cumulatividade foi totalmente observado nas infrações 04, 05, 06, 07 e 08 deste AI. Quanto ao argumento do autuado de que não teria gerado nenhum prejuízo financeiro ao fisco estadual diz que este prejuízo decorre do cometimento da infração principal e acessória. Quanto a infração 09, que trata da utilização de crédito fiscal de ICMS relativo à entrada de bem do ativo imobilizado, apropriando-se de valor superior ao permitido pela legislação, tem a sua base legal no inciso II do §17 do art. 93 do RICMS/BA onde está disposto que não será admitido o creditamento sobre as saídas isentas ou não tributadas, motivo este que levou o Fisco Estadual a imputar esta cobrança. No que concerne aos comentários sobre os princípios do não-confisco e à razoabilidade, que estariam sendo violados pela aplicação da penalidade de 60% ressalta que a referida multa está estabelecida na Lei 7.014/96 no artigo 42, inciso II, “F”, portanto, dentro da legalidade.

Conclui sua informação fiscal ratificando os “os termos do Auto de Infração, uma vez que a Autuada não apresentou novos elementos que comprovasse a existência de erros e/ou equívocos do Autuante, razão pela qual espera que esse Colendo Conselho julgue totalmente procedente o processo administrativo fiscal, por está embasado na legislação que regulamenta a matéria.

É o relatório.

#### **VOTO**

Como visto no relatório acima versa o Auto de Infração em lide sobre exigência de ICMS e multa por descumprimento de obrigação acessória em razão do cometimento das seguintes infrações:

Infração 01: “deu entrada no estabelecimento de mercadoria não tributável sem o devido registro na escrita fiscal”. Notas fiscais identificadas através do CFAMT e do STGCB - Sintegra WEB.

Infração 02: “deu entrada no estabelecimento de mercadoria sujeita a tributação sem o devido registro na escrita fiscal”. Notas fiscais identificadas através do CFAMT – Controle de Fiscalização de Mercadorias em Transito. Anexo 3 e 6.

Infração 03: “deu entrada no estabelecimento de mercadoria sujeita a tributação sem o devido registro na escrita fiscal”. Notas fiscais identificadas através do STGCB - Sintegra WEB. Anexo 2 e 5.

Infração 04: “Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo do estabelecimento”. As notas fiscais capturadas através do CFAMT, não foram escrituradas, Anexos 9 e 10.

Infração 05: “Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo do estabelecimento”. As notas fiscais capturadas através do STGCB - Sintegra WEB, não foram escrituradas, Anexos 8 e 11.

Infração 06: “Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo do estabelecimento”. As notas fiscais foram escrituradas nos Livros de Registro de Entradas com CFOP 2551. Anexos 14 e 15.

Infração 07: “Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo do estabelecimento”. As notas fiscais foram escrituradas nos Livros de Registro de Entradas com CFOP 2552. Anexos 17,18,19 e 20.

Infração 08: “Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo do estabelecimento”. As notas fiscais foram escrituradas nos Livros de Registro de Entradas com CFOP 2556. Anexos 12,13 e 16.

Infração 09: “Utilizou crédito fiscal de ICMS relativo a entrada de bem do ativo imobilizado apropriando-se de valor superior ao permitido pela legislação” O contribuinte quando da escrituração do CIAP – Controle de Crédito de ICMS do Ativo Permanente – utilizou o crédito (1/48) em valor superior ao autorizado pelo RICMS. Anexo 21-A(2007), 21-B (2008) e 21 C(2009).

O contribuinte em sua impugnação inicialmente entende que o lançamento de ofício deve ser considerado parcialmente nulo de pleno direito, “por ter decaído o direito de lançar parte dos valores aqui debatidos”, pois, os fatos geradores ocorreram em 2007 e a sua cobrança foi regularmente efetuada em 12 de julho de 2012 e fundamenta seu pedido nos Artigos 146, III, “b” da CF/88 e 150, § 4º do CTN. A Auditora por seu turno entende que aplica-se o art. 173, I do CTN o qual dispõe sobre o direito da Fazenda Pública constituir o crédito tributário dentro de 5 (cinco) anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado. Refere-se também ao art. 28 §1º do Código Tributário do Estado da Bahia (COTEB) - Lei 3.956/81 e o art. 965 do RICMS/BA aprovado pelo Decreto nº 6.284/97. Entendo, que independente de possíveis questões judiciais que possam ser opostas à aplicação da Lei baiana, não há como afastarmos preliminarmente a aplicação dos seus artigos e portanto, de acordo com o disposto nas mencionadas normas, não decaiu o direito de a Fazenda Pública efetuar o lançamento. Afasto assim, a possível decadência do direito ao lançamento do crédito tributário.

Quanto ao mérito no que diz respeito às infrações descritas nos itens 01, 02, 03 o contribuinte argui que em concomitância, ocorreu a cobrança das multas, e que o Auto de Infração materializou a cobrança do ICMS propriamente dito em decorrência das mesmas operações, em evidente desrespeito ao § 5º do artigo 915 do RICMS/97. A Sra. Auditora diz que não procede tal arguição, desde quando em nenhum momento a Autuada comprovou a escrituração das Notas Fiscais relacionadas nos demonstrativos.

Entendo que nesta hipótese é inaplicável a absorção da multa pelo descumprimento da obrigação tributária acessória pela principal prevista no § 5º do artigo 42 da Lei nº 7.014/1996 pelo simples fato de não restar provado a existência da aplicação de tal penalidade. Ou seja em momento algum foi relatado e comprovado que o contribuinte foi autuado por descumprimento de obrigação tributária principal que estivesse diretamente vinculada a infração objeto do presente lançamento.

Quanto às infrações 4,5,6,7 e 8 o impugnante entende que o fato de não ter feito a apropriação do crédito significa que “não gerou prejuízo financeiro para o Estado da Bahia”. Entendemos que embora deva ser considerada que o crédito oriundo da aquisição de bens destinados ao ativo fixo da empresa devesse ser complementado com o pagamento da diferença de alíquota o fato é que ele constituir-se-ia num direito do contribuinte para usá-lo na proporção 1/48 observada no caso a saída de mercadorias ou prestação de serviço tributadas. Nada impede que regularizada a situação, ocorra a apropriação do crédito legalmente previsto.

Sobre a infração 09 - uso do crédito de 1/48 (um quarenta e oito avos) em valor superior ao autorizado no RICMS – como disse o contribuinte em sua impugnação “o Fiscal não contesta o direito da Impugnante de se aproveitar dos créditos decorrentes da entrada de bens destinados ao ativo permanente, ao revés, discorda apenas da respectiva forma de fruição no tempo.”

De modo diverso do que expõe o impugnante a Auditora autuante diz que se trata da utilização de crédito fiscal de ICMS relativo à entrada de bem do ativo imobilizado, apropriando-se de valor superior ao permitido pela legislação e que tem a sua base legal no inciso II do §17 do art. 93 do RICMS/BA onde está disposto que não será admitido o creditamento sobre as saídas isentas ou não tributadas, motivo este que levou o Fisco Estadual a imputar esta cobrança.

Não houve e não há “desconsideração do creditamento”. Entendo também que não houve desatendimento de uma norma de fruição prevista em legislação infraconstitucional, porém, como retro afirmamos o direito ao creditamento não foi restringido no sentido de proibir o seu uso e sim de limitá-lo a certa quantidade e em certo espaço de tempo. Diga-se de passagem que esta disciplina tendo como norma fundante a Lei Complementar 87/96 e não houve nenhuma afronta aos princípios constitucionais.

Sobre as possíveis penalidades aplicadas argui inicialmente que: “*se não há que se cogitar de pagamento de tributo não é possível quantificar a multa de acordo com o montante do crédito tributário ficto*”. Entendo que apesar de gravoso para o infrator as penalidades pecuniárias aplicadas decorrem da lei cabendo ao seu destinatário cumpri-la ou tomar as medidas legais necessárias a sua retirada do “mundo jurídico”. A aplicação do princípio do não-confisco às penalidades pecuniárias é matéria, como colocou o Autuado, que tem sido apreciada por Tribunais Superiores mas que ainda não foi consolidada e tampouco absorvida enquanto posicionamento político de tributação pelos legisladores. Quanto a vinculação deste princípio com o princípio da razoabilidade embora pertinente nos conduz à mesma conclusão: as manifestações jurisprudenciais a seu respeito ainda não ecoaram em nossas leis.

Inclino-me portanto no sentido de que o lançamento de ofício seja julgado PROCEDENTE em todos os seus itens e é assim que voto.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **300201.0001/12-6**, lavrado contra a **TELEFÔNICA INTERNATIONAL WHOLESALE SERVICES BRASIL LTDA**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$815.890,41**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso II, alínea “f”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das multas

por descumprimento de obrigação acessória no valor total de **R\$ 528.040,64**, previstas no art. 42 incisos IX, e XI mesmo diploma legal e dos acréscimos moratórios conforme estabelece a Lei 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 13 de maio de 2013.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE

HELCÔNIO DE SOUZA ALMEIDA – RELATOR

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS – JULGADOR