

PROCESSO - A. I. Nº 269135.0007/20-1
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e TELEFÔNICA BRASIL S/A.
RECORRIDOS - TELEFÔNICA BRASIL S/A. e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO- Acórdão 4ª JJF nº 0062-04/21-VD
ORIGEM - DAT METRO / IFEP SERVIÇOS
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 02/12/2021

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0317-12/21-VD

EMENTA: ICMS. CRÉDITO FISCAL. ESCRITURAÇÃO EXTEMPORÂNEA. UTILIZAÇÃO EM DESACORDO À NORMA REGULAMENTAR. A escrituração do crédito fora do prazo estabelecido na legislação, deverá ser realizada através de autorização da repartição fazendária e em tantas parcelas mensais, iguais e consecutivas, quantos tenham sido os meses em que o contribuinte deixou de se creditar. Comprovado que o crédito fiscal é indevido, no modo utilizado, submetendo-se o contribuinte à penalidade prevista para hipótese legal. Impropriade da aplicação apenas de multa por descumprimento dessa determinação regulamentar, já que tal ilícito importa também em descumprimento de obrigação principal. Restabelecido o crédito tributário original. Razões do Recurso Voluntário incapazes à reforma do Acórdão. Recurso de Ofício **PROVIDO**. Recurso Voluntário **NÃO PROVIDO**. Auto de Infração **Procedente**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 30/09/2020, exige ICMS no valor de R\$10.389.337,29, mais multa de 60%, relativo aos meses de janeiro, março a julho, setembro e novembro de 2019, sob a acusação de:

“Escriturou crédito fiscal fora do período em que se verificou a entrada da mercadoria, a aquisição de sua propriedade, a prestação do serviço por ele tomado, ou fora do período em que se verificou ou configurou o direito à utilização do crédito”.

Ainda consta da acusação que:

“Crédito extemporâneo lançado indevidamente na conta corrente (ajuste da apuração) sem que a empresa tenha apresentado a devida autorização do titular da repartição fazendária de sua circunscrição para a utilização dos mesmos conforme determina mandamentos dos Art. 314 e 315 do RICMS/BA. Ressalte-se que a procedência dos referidos créditos não foram objeto de análise desta fiscalização já que esta avaliação da procedência e direito aos referidos créditos deverá ser feita através de formulação de pedido formal a respectiva autoridade fazendária.”

A Decisão recorrida julgou o Auto de Infração Procedente em Parte, no valor de R\$6.233.602,38, com os seguintes fundamentos:

VOTO

[...]

Isto posto, tem-se que o foco da autuação está centrado eminentemente na inobservância, pelo autuado, de aspectos formais quanto a utilização do crédito extemporâneo, na medida em que os autuantes não analisaram a legitimidade do crédito, ficando evidenciado que, mesmo não ocorrendo descumprimento da obrigação principal, remanesce patente nos autos como ponto incontrovertido o inadimplemento, pelo autuado, de obrigação acessória expressamente estatuída na legislação tributária vigente, qual seja, a apropriação antecipada do uso do crédito em desacordo com o que estabelece os artigos 314 e 315 do RICMS/BA, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012, que a seguir destaco na sua inteireza, com redação à época dos fatos:

Art. 314. A escrituração do crédito fiscal será efetuada pelo contribuinte no próprio mês ou no mês subsequente em que se verificar:

- I - a entrada da mercadoria e a prestação do serviço por ele tomado ou a aquisição de sua propriedade;
- II - o direito à utilização do crédito.

Art. 315. A escrituração do crédito fora dos períodos de que cuida o art. 314 dependerá de autorização do titular da repartição fazendária da circunscrição do contribuinte. (Grifo acrescido)

§ 1º Formulado o pedido de autorização para escrituração extemporânea de crédito e não havendo deliberação no prazo de 180 (cento e oitenta) dias, contado da sua protocolização, o contribuinte poderá creditar-se, em sua escrita fiscal, do respectivo valor;

§ 2º Sobre vindo decisão contrária ao pleito, o contribuinte, no mês da respectiva notificação, procederá ao estorno dos créditos lançados com o pagamento dos acréscimos legais cabíveis.

§ 3º A escrituração dos créditos autorizada pelo fisco ou nos termos do § 1º deste artigo deverá ser realizada em tantas parcelas mensais, iguais e consecutivas, quantos tenham sido os meses em que o contribuinte deixou de se creditar. (Grifo acrescido)

§ 4º Na escrituração extemporânea do crédito fiscal autorizado pelo titular da repartição fazendária, o contribuinte deverá lançar cada documento fiscal no registro de entradas, salvo se o documento fiscal já tiver sido lançado.

Neste contexto, vejo que, como já dito acima, o foco da autuação, ou seja, objeto do Auto de Infração, é no sentido de que houve por parte do autuado inobservância de formalidade legal acessória, a qual, ao meu ver, não possui o condão de tornar ilegítimos os créditos de ICMS a que tem direito, eis que estes não foram alvo de qualquer análise pelos autuantes quanto a sua legitimidade, como assim expressaram na descrição dos fatos quando da constituição do lançamento.

Desta forma, considero não ser razoável a exigência de valor relacionado a crédito fiscal, onde a própria fiscalização destacou que a procedência dos créditos glosados não foram objeto de análise, sob a justificativa de que a avaliação da procedência e direito aos referidos créditos deve ser feita através de formulação de pedido formal à respectiva autoridade fazendária.

Ressalto, que a acusação foi no sentido de que se trata de crédito extemporâneo lançado indevidamente na conta corrente (ajuste da apuração), sem que a empresa tenha apresentado a devida autorização do titular da repartição Fazendária de sua circunscrição para a utilização dos mesmos. Portanto, a acusação se deu exclusivamente em relação a utilização de crédito fiscal extemporâneo, não havendo, conforme já dito, qualquer análise quanto a legitimidade dos créditos fiscais originários.

Convém também ressaltar, que não houve menção ou indicação por parte do autuante que o procedimento do autuado resultou em repercussão tributária, na medida em que, não foi contestada a legitimidade dos créditos fiscais que deixaram de ser utilizados à época própria, apenas, os utilizou de forma extemporânea, porém em desacordo com a norma regulamentar.

Todavia, vejo que restou evidenciado que o autuado se apropriou de crédito fiscal, porém, de forma não preconizada pela legislação, ou seja, faltou o pedido, e por conseguinte, a autorização do titular da repartição Fazendária da circunscrição do contribuinte ao uso do crédito; além do mais a escrituração dos créditos deve ser realizada em tantas parcelas mensais, iguais e consecutivas, quantos tenham sido os meses em que o contribuinte deixou de se creditar, o que não se sabe se assim procedeu; razão pela qual, tal procedimento fica sujeito, por descumprimento apenas de obrigação acessória, à sanção tipificada na alínea “a” do inciso VII, do art. 42 da Lei nº 7.014/96, in verbis:

Art. 42. Para as infrações tipificadas neste artigo, serão aplicadas as seguintes multas:

[...]

VII - 60% (sessenta por cento) do valor do crédito fiscal, que não importe em descumprimento de obrigação principal, sem prejuízo da exigência do estorno:

- a) quando da utilização indevida de crédito fiscal;

Registro, por oportuno, que o entendimento acima esposado já vem sendo admitido por este Conselho de Fazenda em outros julgados já realizados em situações similares, a exemplo do Acórdão JJF nº 0161-03/16, cuja decisão foi mantida, por unanimidade, pela 2ª CJF através do Acórdão nº 0186-12/17, com fundamento no voto proferido pelo i. Conselheiro Luiz Alberto Amaral Oliveira, bem assim, em decisão mais recente, o Acórdão JJF nº 0223-04/19, mantido pela 1ª CJF através do Acórdão nº 0096-11/20-VD, também por unanimidade, com base no voto proferido pelo i. Conselheiro Fernando Antônio Brito de Araújo, cujas ementas assim se apresentam:

2^a CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL
ACORDÃO CJF Nº 0186-12/17

EMENTA: ICMS. CRÉDITO FISCAL. ESCRITURAÇÃO FORA DO PERÍODO EM QUE SE CONFIGUROU O DIREITO À SUA UTILIZAÇÃO. A escrituração do crédito fiscal será efetuada pelo contribuinte no próprio mês ou no mês subsequente em que se verificar a entrada da mercadoria ou o direito à utilização do crédito e a escrituração do crédito fora do prazo estabelecido na legislação dependerá de autorização do titular da repartição fazendária da circunscrição do contribuinte. O não cumprimento das regras para a escrituração extemporânea estatuídas no RICMS/BA, não veda o uso de créditos legalmente permitidos, mas resulta na aplicação de multa por descumprimento de obrigação acessória. Convertida a exigência do imposto em multa de 60% do valor do crédito fiscal, sem prejuízo do estorno do crédito, se for o caso. Infração parcialmente subsistente. Mantida a Decisão recorrida. Recursos NÃO PROVIDOS. Decisão unânime.

1^a CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL
ACÓRDÃO CJF Nº 0096-11/20-VD

EMENTA: ICMS. CRÉDITO FISCAL EXTEMPORÂNEO. ESCRITURAÇÃO EM ÚNICO LANÇAMENTO. UTILIZAÇÃO EM DESACORDO COM NORMA REGULAMENTAR. A escrituração do crédito fora do prazo estabelecido na legislação deverá ser realizada em tantas parcelas mensais, iguais e consecutivas, quantos tenham sido os meses em que o contribuinte deixou de se creditar. Aplicação apenas de multa por descumprimento dessa determinação regulamentar, prevista no art. 42, II, "f" da Lei no 7.014/96, já que tal ilícito não importou em descumprimento de obrigação principal, visto que o contribuinte, ao deixar de recolher o imposto no valor equivalente ao crédito fiscal antecipado no mês, também recolheu a maior o mesmo valor no mês subsequente. Mantida a penalidade, porém, sob enquadramento diverso. Razões do Recurso Voluntário incapazes à reforma do Acórdão. Mantida a Decisão recorrida. Recursos NÃO PROVIDOS. Decisão unânime.

Assim, fica afastada a glosa dos créditos fiscais e mantida a aplicação da multa prevista no art. 42, inciso VII, alínea "a" da Lei 7.014/96, conforme demonstrativo abaixo:

[...]

Considerando o regramento contido no inciso VII, do art. 42, acima transscrito, que diz respeito à aplicação da multa de 60% (sessenta por cento), do valor do crédito fiscal, que não importe em descumprimento de obrigação principal, sem prejuízo da exigência do estorno, poderá a autoridade fazendária competente, observando o prazo decadencial, em conformidade com art. 21, do RPAF/BA, determinar a análise da legitimidade de tais créditos, para que, se for o caso, adotar a providência pertinentes.

Quanto ao pedido de cadastramento exclusivo do nome do advogado André Mendes Moreira, OAB/MG nº 87.017, com endereço na Alameda Oscar Niemeyer, nº 119, 13º andar, Vila da Serra, Nova Lima/MG, CEP 34.006056, endereço eletrônico vivo@sachacalmon.com.br, para fins de recebimento das intimações no presente feito, sob pena de nulidade, há de se registrar, que não existe nenhum óbice em acatar o pedido, exceto quanto à exclusividade; no entanto, o não atendimento a tal solicitação, não caracteriza nulidade processual do Auto de Infração, uma vez que a forma de intimação ou ciência do ato processual ao sujeito passivo, é efetivado na forma prevista no artigo 108 do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629 de 09/07/1999, em perfeita sintonia com o estabelecido no art. 127 do CTN.

Face ao exposto, voto pela **PROCEDÊNCIA PARCIAL** do Auto de Infração em tela, no valor de R\$6.233.602,38, consoante acima demonstrado.

Considerando que a desoneração ao sujeito passivo ultrapassava o limite previsto no art. 169, I, "a" do RPAF, a 4^a JJF recorreu de ofício de sua Decisão a uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF.

Inconformado com a Decisão proferida o contribuinte interpôs Recurso Voluntário visando a reapreciação da Decisão, no qual diz que, apesar o notório acerto no que tange à conclusão de que eventual inobservância do procedimento local para escrituração dos créditos fiscais não tem o condão de ensejar o lançamento, no Auto de Infração, de todos os valores creditados – na medida em que tal desrespeito consistiria em mero descumprimento de obrigação acessória -, motivo pelo qual essa questão não merece reparos em sede de Recurso de Ofício, em que pese o *decisum* merecer parcial reforma quanto à manutenção da multa isolada.

Em seguida, o recorrente sustenta que, ainda que o lançamento dos referidos créditos não tenha se dado no prazo previsto no art. 314 do Decreto nº 13.780/12 (RICMS/BA), tais créditos são materialmente legítimos, não podendo ser desconsiderados pela fiscalização, visto que advêm de

bens como modem, roteadores de internet banda larga e aparelhos de telefonia móvel (celulares), que foram adquiridos, inicialmente com a intenção de revenda (classificando-os, portanto, como mercadorias), motivo pelo qual recolheu o ICMS-ST e o ICMS operação própria sobre os mesmos quando de sua entrada no Estado da Bahia, conforme legislação estadual.

Sendo assim, para o ICMS-ST diz ter direito ao ressarcimento, nos termos do art. 300, I do RICMS e, em relação ao ICMS sobre operação própria, diz ter recolhido em duplicidade, sendo o primeiro quando da aquisição e o segundo quando da sua transposição para o ativo imobilizado (de modo indevido), razão pela qual o apelante diz ter direito ao ressarcimento do ICMS s/ OP, recolhido equivocadamente.

Como prova diz ter apresentado planilha descritiva da correlação entre notas fiscais de entrada e as notas fiscais de transposição dos bens para o ativo imobilizado que deram origem aos créditos glosados (doc. 4 da impugnação), informações que diz poder serem validadas pela fiscalização.

Outra parte se refere ao ressarcimento do ICMS-ST inerente à aquisição de equipamentos e aparelhos de telecomunicações que posteriormente deram saída para outras unidades federativas e, nos termos do art. 300, I do RICMS, faz jus ao crédito lançado, como também comprovado (doc. 4).

Assim, segundo o recorrente, comprovada a existência e a legitimidade do crédito tributário, não há que se falar em exigência de ICMS, motivo pelo qual a JJF concluiu que, eventual inobservância do procedimento local para escrituração dos créditos fiscais não veda o uso de tais créditos e, portanto, não tem o condão de ensejar o lançamento, no auto de infração, de todos os valores creditados.

Contudo, o recorrente sustenta razões para a reforma parcial do Acordão recorrido por entender flagrante excesso da penalidade por descumprimento de obrigação acessória, desde que cumprida a obrigação principal, do que tece considerações de que o sistema tributário brasileiro encontra sólidos alicerces voltados à proteção do contribuinte contra tributos com efeito de confisco e que violam a capacidade contributiva, pois, não obstante a ontológica distinção entre tributo e multa, inquestionável é a aplicabilidade do princípio do não confisco às penalidades fiscais, do que cita jurisprudência e doutrina.

Diz que, no caso presente, conforme reconhecido pela própria Decisão recorrida, não houve nenhum descumprimento de obrigação de recolher o tributo, mas apenas inobservância de formalidade, na medida em que a cobrança em espeque tem fulcro na suposta escrituração de créditos fiscais – os quais são legítimos, consoante devidamente comprovado nos autos - de forma extemporânea, motivo pelo qual resta inequívoca, *in casu*, a falta de prejuízo à Fazenda Estadual.

Desta forma, diz ser menor a gravidade do suposto descumprimento do dever de escriturar o crédito dentro do período exigido pela legislação, logo, nada mais razoável, então, do que entender pela diminuição da penalidade quando o contribuinte paga, de boa-fé, seus tributos, do que registra que a vedação do § 2º, do art. 108 do CTN, no sentido de que “o emprego da equidade não poderá resultar na dispensa do pagamento do tributo devido”, não abrange as penalidades.

Salienta que a obrigação acessória no CTN tem por finalidade exclusiva garantir o cumprimento da obrigação principal, na medida em que facilita a sua fiscalização. Inexistindo tributo a pagar a obrigação acessória transforma-se em simples formalidade, destituída de qualquer função, sendo desarrazoada a punição excessiva de seu descumprimento (que pode até justificar-se em valores módicos, como medida de caráter pedagógico), como ocorre no caso presente, em que a multa aplicada de 60% do crédito fiscal, no valor de R\$6.233.602,38, cuja penalidade, em função da equidade, há de ser totalmente relevada, ante a manifesta injustiça da exigência de tal vulto pela prática de infração formal destituída de contornos lesivos.

Defende a necessidade de cancelamento ou redução da multa isolada por ausência de dolo, fraude

ou simulação e recolhimento integral do imposto, consoante art. 42, § 7º da Lei nº 7.014/96, aplicável à época dos fatos geradores, em razão do excessivo valor histórico de R\$6.233.602,38, já que a revogação do dispositivo legal tem efeitos apenas a partir de 13.12.2019, tendo os fatos geradores ocorridos nos períodos de janeiro a novembro de 2019, sendo imperiosa a reforma parcial da Decisão recorrida para cancelar a multa aplicada ou, ao menos, reduzir a penalidade.

Subsidiariamente, o recorrente alega a existência de infração continuada, cujo entendimento do STJ é de aplicação de multa singular, apenas em relação à primeira infração apurada. Assim, segundo o recorrente, a multa deve ser reduzida, ante a manifesta inadequação da exigência de tal vulto pela prática de infração continuada.

Do exposto, requer a reforma do Acórdão da JJF para que seja extinta a multa isolada aplicada e, em consequência, o cancelamento do Auto de Infração, extinguindo-se o crédito tributário e, subsidiariamente, pela redução da multa isolada, nos termos do art. 42, § 7º da Lei nº 7.014/96, vigente à época dos fatos geradores, ou pelo reconhecimento de infração continuada, que enseja tão somente a aplicação de multa singular.

Requer, ainda, o cadastramento do advogado André Mendes Moreira, OAB/MG nº 87.017, endereço à Al. Oscar Niemeyer, 119, 13º andar, Vila da Serra, Nova Lima/MG, CEP 34.006-056, e endereço eletrônico “vivo@sachacalmon.com.br”, para fins de recebimento das intimações, sob pena de nulidade.

Registro a presença na sessão de julgamento da advogada do Autuado que efetuou a sustentação oral, Sra. Letícia Alves Silva - OAB/MG nº 140.149.

Este é o Relatório.

VOTO

Trata-se de Recurso de Ofício, por ter a Decisão recorrida exonerado parcialmente o sujeito passivo do débito originalmente exigido, em montante superior ao valor de R\$200.000,00, conforme previsto, à época, no art. 169, inciso I, alínea “a” do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, como também de Recurso Voluntário, interposto pelo contribuinte no sentido de modificar a Decisão da 1ª Instância.

Inicialmente, do exame das razões do Recurso de Ofício, a desoneração do débito original de R\$10.389.337,29, para R\$6.233.602,38, decorreu do entendimento da Junta de Julgamento Fiscal de que, no caso concreto, trata-se apenas de inobservância de uma formalidade legal relativa a legítimos créditos de ICMS a que tem direito o contribuinte, ou seja, de utilizar o crédito fiscal sem apresentar a devida autorização do titular da repartição fazendária, e em tantas parcela mensais, iguais e consecutivas, quantos tenham sido os meses em que o contribuinte deixou de se creditar, conforme excertos:

Neste contexto, vejo que, como já dito acima, o foco da autuação, ou seja, objeto do Auto de Infração, é no sentido de que houve por parte do autuado inobservância de formalidade legal acessória, a qual, ao meu ver, não possui o condão de tornar ilegítimos os créditos de ICMS a que tem direito, eis que estes não foram alvo de qualquer análise pelos autuantes quanto a sua legitimidade, como assim expressaram na descrição dos fatos quando da constituição do lançamento.

Desta forma, considero não ser razoável a exigência de valor relacionado a crédito fiscal, onde a própria fiscalização destacou que a procedência dos créditos glosados não foram objeto de análise, sob a justificativa de que a avaliação da procedência e direito aos referidos créditos deve ser feita através de formulação de pedido formal à respectiva autoridade fazendária.

Ressalto, que a acusação foi no sentido de que se trata de crédito extemporâneo lançado indevidamente na conta corrente (ajuste da apuração), sem que a empresa tenha apresentado a devida autorização do titular da repartição Fazendária de sua circunscrição para a utilização dos mesmos. Portanto, a acusação se deu exclusivamente em relação a utilização de crédito fiscal extemporâneo, não havendo, conforme já dito, qualquer análise quanto a legitimidade dos créditos fiscais originários.

Convém também ressaltar, que não houve menção ou indicação por parte do autuante que o procedimento do

autuado resultou em repercussão tributária, na medida em que, não foi contestada a legitimidade dos créditos fiscais que deixaram de ser utilizados à época própria, apenas, os utilizou de forma extemporânea, porém em desacordo com a norma regulamentar.

Assim, a JJF concluiu que tal procedimento, ficando sujeito à sanção tipificada na alínea “a”, do inciso VII, do art. 42 da Lei nº 7.014/96, que estabelece a multa de 60% do valor do crédito fiscal, que não importe em descumprimento de obrigação principal, sem prejuízo da exigência do estorno, quando da utilização indevida de crédito fiscal.

Contudo, vislumbro que no caso concreto não há como aplicar tal dispositivo legal, o qual estabelece, como condição “*sine qua non*” para aplicação apenas da penalidade, que o crédito fiscal utilizado irregularmente não importe em descumprimento de obrigação principal, o que, no caso em lide, não restou comprovado, principalmente por se tratar de créditos fiscais, que ao contrário do que consta na Decisão recorrida, sequer podemos certificar sobre a legitimidade de tais créditos fiscais, tanto em relação ao direito de utilização, no que diz respeito à legitimidade e documentação probatória, quanto à sua liquidez, visto que tais considerações nem ao menos foram submetidas ao crivo da autoridade competente para a devida avaliação, e se comprovada a consequente autorização pelo titular da repartição fiscal, como previsto no art. 315 do Decreto nº 13.780/12 (RICMS/BA), o qual estabelece ainda, que o uso dos créditos deverão se dar em tantas parcelas iguais e sucessivas quantos tenham sido os meses em que o contribuinte deixou de se creditar.

Sendo assim, ao contrário do afirmado na Decisão recorrida, vislumbro que a legitimidade do crédito fiscal sequer foi aventada ou analisada, pois é fato comprovado, que no modo utilizado **o crédito fiscal é indevido**, visto que o contribuinte descumpriu disposição legal prevista na legislação baiana, e em consequência, a procedência dos referidos créditos não foram objeto de análise, conforme consta da acusação fiscal, a seguir transcrita:

“Ressalte-se que a procedência dos referidos créditos não foram objeto de análise desta fiscalização já que esta avaliação da procedência e direito aos referidos créditos deverá ser feita através de formulação de pedido formal a respectiva autoridade fazendária.”

Sendo assim, entendo temerária a conclusão de se tratar de créditos legítimos, e que não tiveram repercussão no conta corrente do ICMS, de modo a aplicar **apenas** a multa prevista no art. 42, VII, “a” da Lei nº 7.014/96, como procedeu a decisão de piso, objeto deste Recurso de Ofício, mas sim a exigência do imposto acrescido da penalidade de 60%, prevista para o ilícito fiscal no art. 42, II, “f” da referida Lei nº 7.014/96, *abaixo transscrito*, cuja aplicação da penalidade cabível é apenas **proposta** pelo autuante, nos termos do art. 142 do CTN:

Art. 42. Para as infrações tipificadas neste artigo, serão aplicadas as seguintes multas:

[...]

II - 60% (sessenta por cento) do valor do imposto não recolhido tempestivamente:

[...]

f) quando ocorrer qualquer hipótese de infração diversa das previstas nesta Lei que importe descumprimento de obrigação tributária principal, em que não haja dolo, inclusive quando da utilização indevida ou antecipada de crédito fiscal; (grifei)

Diante de tais considerações, conlui pelo Provimento do Recurso de Ofício, para restabelecer o valor original do crédito tributário.

Inerente ao Recurso Voluntário, as razões recursais restringem-se as alegações de que:

- i) por ser o crédito legítimo e incontroverso, a multa aplicada é abusiva e de caráter confiscatório, razão pela qual, pede o cancelamento ou redução, por ausência de dolo, fraude ou simulação e recolhimento integral do imposto, consoante art. 42, § 7º da Lei nº 7.014/96, aplicável à época dos fatos geradores;
- ii) Subsidiariamente, a existência de infração continuada, cujo entendimento do STJ é de aplicação de multa singular, apenas em relação à primeira competência apurada.

Inicialmente, repise-se, que não se discute a legitimidade do crédito fiscal de R\$10.389.337,29, objeto da exação fiscal em análise, mas a **utilização irregular do crédito fiscal extemporâneo**, conforme planilha à fl. 6 dos autos, eis que a acusação é de que foi escriturado fora do período em que verificou a entrada da mercadoria, sem que a empresa tenha apresentada a devida autorização do titular da repartição fiscal, como previsto no art. 315 do Decreto nº 13.780/12 (RICMS/BA), o qual estabelece que o uso dos créditos deverão se dar em tantas parcelas iguais e sucessivas, quantos tenham sido os meses em que o contribuinte deixou de se creditar.

Porém, em que pese não se discutir a legitimidade do crédito fiscal, é fato comprovado que, no modo utilizado, **o crédito fiscal é indevido**, visto que o contribuinte descumpriu disposição legal prevista na legislação baiana, em especial o art. 315 do Decreto nº 13.780/12, e nos termos do art. 40 da Lei nº 7.014/96, submete-se à penalidade prevista para hipótese legal prevista no art. 42, II, "f" da dita Lei.

Assim sendo, quanto à alegação de que a multa de 60% é abusiva e confiscatória, há de registrar, que é a legalmente prevista para a infração apurada e à sua ocorrência, conforme vigência do ditame legal, cuja análise resta-nos prejudicada em decorrência do previsto no art. 125, III do COTEB (Lei nº 3.956/81), que estabelece não se incluir na competência dos órgãos julgadores a negativa de aplicação de ato normativo emanado de autoridade superior.

Inerente ao pedido de cancelamento ou redução da multa, por ausência de dolo, fraude ou simulação e recolhimento integral do imposto, conforme art. 42, § 7º da Lei nº 7.014/96, aplicável à época dos fatos geradores, devo dizer que por tratar de uma penalidade por descumprimento de obrigação tributária principal, tal dispositivo não se aplicaria ao caso em espécie. Ademais, temos de ressaltar, que o invocado dispositivo legal, por se tratar de norma processual, não caberia a aplicação à época dos fatos geradores, mas sim do seu pedido, ocorrido na peça recursal, em 20/09/2021, quando não mais vigia a referida norma, revogada pela Lei nº 14.183, de 12/12/19, com efeitos a partir de 13/12/19.

Quanto ao pleito de aplicação de multa singular, apenas quanto à primeira competência apurada, por se tratar de uma infração continuada, vislumbro que apesar de prejudicada a análise pelo que já foi dito, ou seja, trata-se de penalidade por descumprimento de obrigação tributária principal, ressalto o Parecer PROFIS-NCA, ínsito no Acórdão CJF nº 0172-11/20-VD, em caso de gradação da pena por descumprimento de obrigação tributária acessória, o que não é o caso, conforme excerto a seguir:

“A multa não pode ser gerada para um único exercício, uma vez que o descumprimento da obrigação acessória de escriturar, tem inequívocos reflexos na escrituração do exercício vindouro, existindo claramente uma continuidade delitiva.

Ademais, caso entendêssemos correto o argumento do contribuinte, estariamos diante duma flagrante violação ao Princípio da Proporcionalidade, pois o contribuinte que deixou de escriturar num único exercício ou período teria penalidade daquele que persistiu na conduta infracional por vários períodos.

Com efeito, aquele que cometeu por maior período de tempo determinada ilicitude teria tratamento igual ao que, por menos tempo, cometeu a ilegalidade.

Neste ponto, pode nos socorrer do instituto do crime continuado do direito Penal em que se considera presente uma continuidade delitiva, quando existentes várias infrações vinculadas uma a outra por condições de tempo, lugar, maneira de execução, vicejando a aplicação de penalidades maiores.

Por obvio, não se pode punir de igual forma alguém que comete uma infração, doutro que comete várias infrações nas mesmas circunstâncias, garantindo-se, assim sendo, a aplicação proporcional da pena.

Diante do exposto, entendemos que a penalidade deve ser afigida para cada exercício fiscal.”

Diante de tais considerações, mesmo assim, a penalidade seria por cada competência.

Por fim, recomenda-se atender o pleito de cadastramento do patrono André Mendes Moreira, OAB/MG nº 87.017, endereço eletrônico “vivo@sachacalmon.com.br”, para fins de recebimento das intimações.

Em consequência, concluo que as razões recursais são insuficientes à reforma da Decisão recorrida.

Do exposto, voto pelo PROVIMENTO dos Recursos de Ofício e NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, para modificar a Decisão recorrida e julgar o Auto de Infração PROCEDENTE.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER** o Recurso de Ofício interposto e **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado, para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **269135.0007/20-1**, lavrado contra **TELEFÔNICA BRASIL S/A.**, devendo ser intimado o recorrente, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$10.389.337,29**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “f” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 21 de outubro de 2021.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS – PRESIDENTE

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAUJO – RELATOR

VICENTE OLIVA BURATTO – REPR. DA PGE/PROFIS