

A. I. N º - 274068.0010/09-7
AUTUADO - STEMAR TELECOMUNICAÇÕES LTDA.
AUTUANTES - EDINALDO AVELINO DE PAIVA, CARLOS ALBERTO BARRETO MIRANDA,
CRYSTIANE MENEZES BEZERRA e PAULO ROBERTO CAMPOS MATOS
ORIGEM - IFEP SERVIÇOS
INTERNET - 09.06.10

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF N° 0149-04/10

EMENTA: ICMS. 1. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO REGISTRO DE ENTRADAS. **a)** MERCADORIA NÃO SUJEITA A TRIBUTAÇÃO. **b)** MERCADORIA SUJEITA À TRIBUTAÇÃO. Descumprimento de obrigações acessórias. Multas de 1% e de 10% do valor comercial das mercadorias não escrituradas. Infrações 01 e 02 caracterizadas. 2. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. **a)** AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS DESTINADAS AO ATIVO FIXO DO ESTABELECIMENTO. **b)** AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS DESTINADAS AO CONSUMO DO ESTABELECIMENTO. O pedido de redução das multas não pode ser apreciado por esta Junta, porquanto oriundas de descumprimento de obrigações tributárias principais. Infrações 03 e 04 caracterizadas. Rejeitada a preliminar de decadência. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 17/12/2009, traz a exigência de ICMS e de penalidades por descumprimento de obrigações acessórias no valor histórico de R\$ 1.026.000,24, tendo em vista a constatação das irregularidades abaixo citadas.

01 – Entrada de mercadorias sujeitas à tributação no estabelecimento sem o devido registro na escrita fiscal. Demonstrativo no Anexo 01 do Auto de Infração. Multa de 10%, no valor de R\$ 143.770,09, prevista no art. 42, IX da Lei nº 7.014/96.

02 - Entrada de mercadorias não sujeitas à tributação no estabelecimento sem o devido registro na escrita fiscal. Demonstrativo no Anexo 02 do Auto de Infração. Multa de 1%, no valor de R\$ 13.490,29, prevista no art. 42, XI da Lei nº 7.014/96.

03 – Falta de recolhimento do imposto decorrente da diferença entre as alíquotas internas e as interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação e destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento. Demonstrativo no Anexo 04 do Auto de Infração. Valor exigido de R\$ 213.062,86. Multa de 60%, prevista no art. 42, II, “f” da Lei nº 7.014/96.

04 – Falta de recolhimento do imposto decorrente da diferença entre as alíquotas internas e as interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação e destinadas ao consumo do próprio estabelecimento. Demonstrativo no Anexo 03 do Auto de Infração. Valor exigido de R\$ 655.677,00. Multa de 60%, prevista no art. 42, II, “f” da Lei nº 7.014/96.

A sociedade empresária CLARO S/A ingressa com impugnação às fls. 263 a 279, através de advogados regularmente constituídos, nos termos da procuraçāo e dos substabelecimentos de fls. 300 a 302.

Informa ser pessoa jurídica de direito privado, que sempre esteve em regularidade com os Fiscos das três esferas de poder, e que tem por objeto a implantação, operação e manutenção de telecomunicações no Brasil e exterior, em conformidade com o que foi outorgada.

De acordo com o seu entendimento, o lançamento impugnado é descabido, em face da extinção dos créditos tributários relativos a fatos geradores ocorridos há mais de 05 (cinco) anos, da ilegalidade da multa cominada e da necessária proporcionalidade entre esta e a infração cometida.

Citando ensinamentos de Hugo de Brito Machado, Sacha Calmon Navarro Coelho e de Eurico Marcos Diniz de Santi, bem como transcrevendo o art. 129-A do Código Tributário do Estado da Bahia (Lei nº 3.956/1981), no que tange à decadência, diz que a mesma ocorreu “para todas as infrações”, com fundamento nos arts. 150, §§ 1º e 4º, c/c 156, incisos V e VII, ambos do CTN, relativamente ao direito do Fisco lançar quantias concernentes ao período compreendido entre 1º de janeiro e 20 de dezembro de 2004, já que a ciência da autuação ocorreu no dia 21 de dezembro de 2009.

No tocante às multas aplicadas, sustenta que são ilegais, já que o período autuado está compreendido entre janeiro e dezembro de 2004, que é anterior à data de incorporação designada no Anexo 02 da peça de defesa. Afirma isso com arrimo no art. 132 do precitado Código, que diz que a pessoa jurídica de direito privado que resultar de fusão, transformação ou incorporação de outra ou em outra é responsável pelos tributos devidos até a data do ato pelas pessoas jurídicas fusionadas, transformadas ou incorporadas. Assim, defende a tese de que a sucessão se opera em ralação aos tributos, que não se confundem com multas.

Com supedâneo em decisões judiciais e administrativas, assim como no art. 3º do CTN, também sustenta que não há que se falar na exigência de multas relativas às supostas infrações ocorridas até 31 de dezembro de 2005, por possuirem caráter confiscatório, sancionatório, pessoal e subjetivo.

Em seguida, com base em jurisprudência do STF e no art. 3º do CTN, pondera que mesmo sendo ultrapassada a “preliminar de ilegalidade” supra, não poderia ser aplicada multa no patamar de 60% (relativa às infrações 03 e 04), que, como dito, entende ser confiscatória, pois desconsidera as circunstâncias dos fatos, da situação do sujeito passivo e de sua atividade, bem como qualquer outro parâmetro para bazilar o cálculo do apenamento. Assim como o tributo não pode ser usado para punir, a multa não pode se transformar em instrumento de arrecadação.

Pede a diminuição da penalidade para o percentual máximo de 2%.

Devido à apontada decadência, requer o “cancelamento” do Auto de Infração. Em pedidos subsidiários, pleiteia o afastamento da multa, já que a Stemar Telecomunicações Ltda. restou incorporada por si, ou a redução da mesma para 2%.

Protesta pela ulterior juntada de documentos e solicita que as intimações sejam endereçadas exclusivamente ao seu patrono.

Na informação fiscal de fls. 314 a 318, os autuantes registram que “o Estado da Bahia estipula” o prazo de decadência através da Lei nº 3.956/1981 (COTEB), que, no seu art. 28, com dispositivo correspondente no art. 965, I do RICMS/BA, determina que o lançamento está sujeito a posterior homologação, a ocorrer em até 05 (cinco) anos, contados a partir de 1º de janeiro do ano seguinte ao do lançamento efetuado pelo contribuinte.

No tocante à suposta ilegalidade da multa, aduzem que a argumentação defensiva – baseada no fato de a impugnante ser sucessora do autuado -, não procede, pois este último é a sociedade empresária sucedida, incorporada, que inclusive está com o processo de baixa suspenso.

Com relação à proporcionalidade e ao caráter confiscatório das multas, dizem estarem previstas na legislação, pelo que concluem mantendo a autuação, no valor de R\$ 1.026.000,24, e requerendo a “procedência parcial” do lançamento.

Intimado da informação fiscal (fl. 320), o contribuinte junta manifestação às fls. 323 a 327, onde reitera a argumentação relativa à decadência e à multa.

O fato de o Auto de Infração ter sido lavrado contra a sociedade contra a defendant (sucessora), no seu entender, não deve se

exigência fiscal. Isso porque o autuado, apesar de ainda possuir inscrição estadual, não mais está em operação, em razão da incorporação ocorrida no dia 31/12/2005.

Por fim, repete os pedidos da impugnação.

VOTO

Quanto ao período de homologação, deve ser observado que o CONSEF/BA, apesar do entendimento que já se pode reputar reiterado do STJ, até posicionamento em contrário da Procuradoria do Estado, vem decidindo que a decadência do direito de constituir crédito relacionado ao ICMS se opera de acordo com o art. 173 do CTN.

Em que pese o fato de parte da doutrina conceber que tal fixação somente se dá para estabelecer prazos menores do que o do art. 150, parágrafo 4º, é oportuno ressaltar que esse mesmo artigo do CTN, confere à Lei competência para fixar prazo de homologação, o que no Estado da Bahia foi feito no art. 28 da Lei nº 3.956/81 (COTEB - Código Tributário do Estado da Bahia), que, no seu parágrafo 1º, determina o início da contagem a partir de 1º de janeiro do ano seguinte ao da efetivação do lançamento pelo contribuinte, com dispositivo correspondente nos artigos 90 e 965, I do RICMS/BA.

O art. 107-B da Lei nº 3.956/1981 (COTEB), que incorporou o art. 150 do CTN, no seu parágrafo 5º dispõe que se considera ocorrida a homologação tácita do lançamento e definitivamente extinto o crédito, após 05 (cinco) anos, contados a partir de 1º de janeiro do ano seguinte ao da ocorrência do fato gerador, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.

Quanto à alegação de ilegalidade da legislação estadual que reflete o art. 173, I do CTN, não cabe a este Conselho agraciá-la, por falta de competência.

Por conseguinte, fica rejeitada a preliminar de decadência.

Os alegados fatos de o sujeito passivo da presente relação jurídica processual ter cessado suas operações e ter sido incorporado em 31/12/2005 não traz, nesta fase do contencioso, qualquer consequência, pois, como dito pelos autuantes, o lançamento foi efetuado contra o sucedido, que está inscrito no Cadastro desta Secretaria da Fazenda.

Creio que a questão da responsabilidade dos sucessores (que sequer foi ventilada no Auto de Infração), caso o lançamento venha a ser definitivamente constituído em sede administrativa, é controvérsia a ser apreciada quando da execução fiscal.

Assim, fica igualmente rejeitado o pedido de declaração de nulidade das multas.

No que se refere à alegada abusividade das multas aplicadas (por serem desproporcionais, confiscatórias, sancionatórias, pessoais e subjetivas) e à consequente agressão ao princípio da proibição do confisco, verifico que as mesmas estão devidamente previstas nos dispositivos legais mencionados no Auto de Infração (art. 42, II, "f", IX e XI da Lei nº 7.014/96). Portanto, a exigência encontra fundamento na legislação. Eventual inconstitucionalidade de norma legal não pode ser apreciada por este Conselho, por inexistência de atribuição legal para tanto, nos termos do art. 167, I do RPAF/99.

Quanto ao pedido de redução das multas, não pode ser apreciado por esta Junta, no que tange àquelas relativas às infrações 03 e 04, porquanto oriundas de descumprimento de obrigações tributárias principais. De acordo com o art. 159 do RPAF/99, poderão ser requeridas à Câmara Superior do CONSEF a dispensa ou a redução de multa por infração de obrigação principal ao apelo de eqüideade.

Já as multas por descumprimento de obrigações acessórias poderão ser reduzidas ou canceladas pelas Juntas de Julgamento Fiscal ou pelas Câmaras do CONSEF, desde que fique provado que as infrações tenham sido praticadas sem dolo, fraude ou simulação

falta de recolhimento de tributo, nos termos do art. 158 do RPAF/99.

Entretanto, esta Junta de Julgamento Fiscal, em processos dos quais constaram infrações semelhantes às de números 01 e 02, decidiu que a situação não enseja cancelamento ou redução de multa, por ser evidente que o cometimento dos ilícitos implicou em falta de recolhimento do tributo.

Aliás, não é demais consignar, o fato de a escrituração indicar a existência de entrada de mercadorias não contabilizadas autoriza a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto (art. 4º, parágrafo 4º da Lei nº 7.014/96).

Negado o pedido de redução das multas das infrações 01 e 02.

Com relação às infrações 03 e 04, o autuado pode se beneficiar da norma do art. 45-A da Lei nº 7.014/96.

Caracterizadas as infrações 01 a 04.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 274068.0010/09-7, lavrado contra **STEMAR TELECOMUNICAÇÕES LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 868.739,86**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “f” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das multas por descumprimento de obrigações acessórias totalizando o valor de **R\$ 157.260,38**, previstas no art. 42, IX e XI da Lei nº 7.014/96, com os acréscimos moratórios estabelecidos na Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 27 de maio de 2010.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE

PAULO DANILLO REIS LOPES – RELATOR

FRANCISCO ATANÁSIO DE SANTANA - JULGADOR