

A. I. Nº - 274068.0007/09-6
AUTUADO - STEMAR TELECOMUNICAÇÕES LTDA.
AUTUANTES - CRYSTIANE MENEZES BEZERRA, EDINALDO AVELINO DE PAIVA, PAULO ROBERTO CAMPOS MATOS e CARLOS ALBERTO BARRETO MIRANDA
ORIGEM - IFEP SERVIÇOS
INTERNET - 05.07.2010

1^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0161-01/10

EMENTA: ICMS. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO. SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO. 1. ALÍQUOTA. ERRO NA SUA DETERMINAÇÃO. IMPOSTO RECOLHIDO A MENOS. Fato comprovado. Autuado diz na peça impugnatória que irá recolher o valor relativo aos débitos correspondentes aos meses de outubro a dezembro de 2004. Quanto às parcelas relativas aos meses de janeiro a setembro de 2004 foram impugnadas sob o argumento de extinção do crédito tributário, por homologação tácita do lançamento pelo transcurso do prazo de 05 anos. Não acolhido o argumento defensivo, por não ter ocorrido a decadência argüida. Infração subsistente. 2. REMESSA DE BENS PARA CONSENTO SEM O DEVIDO RETORNO. Diligência para que o autuado apresentasse os documentos de retorno não foi atendida, apesar de intimado. Infração subsistente. Não acolhida argüição de decadência por extinção do crédito tributário por homologação tácita do lançamento. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 22/10/09, exige do autuado o valor de R\$ 497.616,22, em decorrência do cometimento das seguintes infrações à legislação do ICMS:

1. Recolheu a menos o ICMS relativo a prestação de serviço de comunicação, nos meses de janeiro a dezembro de 2004, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 496.162,78, acrescido da multa de 60%. Consta que o contribuinte recolheu o ICMS relativo a Prestação de Serviço de Comunicação com alíquota de 25%, quando o correto seria a alíquota de 27%. Consta ainda que o contribuinte infringiu o inciso II do art. 51-A c/c alínea “I” do inciso II do art. 51, do RICMS/BA e a Portaria 133/02, com seu anexo único, inciso II, alínea “I”. Tudo conforme “Resumo de Valores com Alíquota de 25%” – Anexo 1; “Demonstrativo dos Itens do Registro 77 com dos Itens do Registro 60R com Alíquota de 25%” - Anexo 4, que fazem parte do Auto de Infração e cujas cópias foram entregues ao contribuinte;
2. Deixou de recolher ICMS em razão de remessa de bens para conserto, sem o devido retorno, nos meses de janeiro, fevereiro, abril, maio, julho a dezembro de 2004, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 1.453,44, acrescido da multa de 60%. Consta que o contribuinte efetuou remessa de bens para conserto e não comprovou o seu retorno, caracterizando a desincorporação. Tudo apurado conforme Demonstrativo de Notas Fiscais sem Retorno – Exercício 2004 – Anexo 5, que faz parte do Auto de Infração, cuja cópia foi entregue ao contribuinte.

Através de advogados legalmente constituídos a Claro S/A, na qualidade de sucessora por incorporação da empresa autuada Stemar Telecomunicações Ltda., apresentou defesa às fls. 229 a 247, esclarecendo que se trata de pessoa jurídica de direito privado implantação, operação e prestação de serviços de telecomunicações

acordo com os termos da concessão que lhe foi outorgada, mantendo-se sempre em situação regular junto aos Fiscos Federal, Estadual e Municipal.

Registra que os débitos de ICMS relativos aos períodos de apuração de outubro a dezembro de 2004 serão pagos, motivo pelo qual protesta pela posterior juntada das respectivas guias comprobatórias do recolhimento.

No respeitante aos demais períodos indicados no Auto de Infração sustenta que demonstrará a inexigibilidade dos débitos, uma vez que já se encontram definitivamente extintos em razão da homologação tácita do lançamento efetuado, e consequente decadência do direito do Fisco de lançar, nos termos do artigo 156, VII c/c artigo 150, § 4º, ambos do Código Tributário Nacional (CTN).

No que concerne à infração 02, afirma que os débitos lançados são indevidos, uma vez que se referem a operações que não configuraram fato gerador do ICMS.

Assevera que por tais motivos deve a defesa ser julgada totalmente procedente, com o cancelamento da integralidade dos supostos débitos de ICMS acima relacionados.

Prosseguindo, alega a extinção dos débitos de ICMS impugnados em razão da homologação tácita do lançamento e consequente decadência do direito do Fisco de lançar.

Invoca o artigo 156, inciso VII do CTN, reproduzindo-os, para salientar que dentre as hipóteses de extinção de débitos fiscais, está o pagamento antecipado com a posterior homologação do lançamento.

Cita e transcreve também o artigo 150, §§ 1º e 4º do CTN, que dispõe sobre o lançamento por homologação, para afirmar que se a lei não fixar prazo à homologação, será ele de 5 (cinco) anos, contados da ocorrência do fato gerador.

Aduz que nos termos do referido artigo 150, § 4º, nas hipóteses de lançamento por homologação, o Fisco dispõe, em regra, do prazo de 5 (cinco) anos, contado da ocorrência do fato gerador, para homologar a atividade de lançamento de competência dos contribuintes. Referido prazo, contudo, pode ser alterado pelas legislações de cada ente tributante, desde que respeitado o limite máximo estabelecido, qual seja: 5 (cinco) anos contados da ocorrência do fato gerador. Transcreve nesse sentido lição de Alberto Xavier.

Salienta que, em que pese o Código Tributário da Bahia dispor em seu artigo 28, § 1º, que se considera ocorrida a homologação tácita do lançamento após 5 (cinco) anos, contados a partir do 01 de janeiro do ano seguinte ao da efetivação do lançamento pelo contribuinte, este prazo não pode ser validamente aplicado no caso em tela, na medida em que extrapola os limites previstos pelo mencionado artigo 150, § 4º do CTN, com a indevida extensão do prazo máximo concedido à Fazenda Pública para realizar a homologação em comento.

Diz que nos termos do artigo 146, inciso III, alínea 'b' da Constituição Federal, "cabe à lei complementar estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre decadência, sendo que o atual CTN (Lei nº 5.172/66), conforme sedimentado entendimento jurisprudencial sobre a matéria, foi recepcionado pela Constituição Federal justamente como o veículo normativo que contém as normas gerais em matéria de legislação atualmente vigentes, de sorte que suas disposições não podem ser ignoradas pelas legislações locais. Evoca sobre a matéria entendimento do Superior Tribunal de Justiça, reproduzindo o AgRg no Ag 1093264/SP, 1ª Turma, Min. Rel. Denise Arruda, DJe de 15/04/09; (REsp 673162/RJ, 2ª Turma, Min. Rel. Castro Meira, DJ de 16/05/05, p. 319.

Alega que o CTN veicula normas hierarquicamente superiores e que o Código Tributário da Bahia, ao dispor sobre o lançamento por homologação, extrapolou os limites do CTN não restando dúvida de que o regime jurídico aplicável ao caso em questão deva ser o do artigo 150 do CTN, ou seja, há de ser considerado o prazo de 5 (cinco) anos contados da ocorrência do fato gerador (e não o prazo de 5 anos contados do primeiro dia do exercício). ACÓJJF N° 0161-01/10

fato gerador), para efeitos de verificação da homologação tácita aplicável às hipóteses de lançamento por homologação.

Aduz que em conformidade com o artigo 156, inciso VII do CTN, o pagamento antecipado acompanhado da homologação do lançamento é causa extintiva da obrigação tributária, sendo que, conforme o artigo 150 do CTN, a homologação do lançamento pode ser realizada expressamente pela autoridade administrativa ou ocorrer tacitamente, com o decurso do prazo de 5 (cinco) anos contados da ocorrência do fato gerador, sem que a Fazenda Pública tenha se pronunciado a respeito nesse período.

Consigna que no caso em discussão, o que se verifica é exatamente a extinção dos débitos de ICMS impugnados, em razão do decurso do referido prazo de 5 (cinco) anos, haja vista que referem-se a fatos geradores ocorridos no período compreendido entre 01/2004 a 09/2004.

Alega que considerando ser o ICMS espécie de tributo sujeito ao denominado lançamento por homologação e tendo em vista que somente foi cientificado da autuação no dia 26/10/09, constata-se que, entre as datas da ocorrência dos fatos geradores dos débitos de ICMS e a notificação do Auto de Infração, houve indiscutivelmente o decurso do prazo de 5 (cinco) anos previsto pelo artigo 150, § 4º do CTN.

Diz que de acordo com o artigo 129-A do Código Tributário da Bahia, cabe aos contribuintes a realização do ato de constituição dos débitos ICMS, atividade esta que, posteriormente, fica sujeita a posterior homologação pela autoridade administrativa competente.

Salienta que, com fundamento no referido dispositivo da legislação vigente, em relação aos meses de 01/2004 a 09/2004, entregou ao Fisco as competentes Declarações e Apurações Mensais do ICMS (DMA), constituindo, dessa forma, os débitos de ICMS devidos nos referidos períodos de apuração, bem como efetuou o pagamento dos respectivos valores, o que caracterizou a hipótese de pagamento antecipado sujeito à ulterior homologação pela autoridade administrativa competente.

Frisa que uma vez ultrapassados os 5 (cinco) anos contados da ocorrência dos fatos geradores do ICMS e não tendo havido nenhum pronunciamento da fiscalização estadual a respeito das declarações entregues, houve a homologação tácita dos lançamentos realizados, com a extinção de todos os débitos de ICMS eventualmente devidos. Exemplifica: adotando o fato gerador ocorrido no mês de 09/2004, cujo marco temporal é o dia 30/09/04, o prazo de 5 (cinco) anos previsto pelo artigo 150, § 4º do CTN esgotou-se em 30/09/09. Considerando que somente foi cientificado do Auto de Infração em 26/10/09, todos os débitos de ICMS devidos foram definitivamente extintos em razão da homologação tácita do lançamento.

Assevera que por ocasião da homologação tácita, operou-se consequentemente a decadência do direito da fiscalização estadual de efetuar o lançamento de ofício de eventuais valores não pagos, em razão de com a homologação tácita prevista pelo artigo 150, § 4º do CTN, todas as obrigações tributárias relacionadas aos fatos geradores ocorridos há mais de 5 (cinco) anos são tidas por extintas, não mais podendo a fiscalização tributária pretender criar outras obrigações mediante o lançamento de ofício de novos débitos fiscais. Invoca e reproduz nesse sentido o entendimento manifestado pelo Tribunal de Impostos e Taxas de São Paulo.

Continuando, diz que não pode ser alegado que na hipótese em questão, não seria aplicável o prazo de 5 anos previsto pelo artigo 150, § 4º do CTN, sob a equivocada alegação de que agira de forma dolosa, fraudulenta ou simulada, pois, no caso, não restou demonstrada pela fiscalização tributária a ocorrência dessas agravantes, as quais, nos termos do referido dispositivo do CTN, devem ser devidamente comprovadas.

Assevera restar evidente que os débitos de ICMS questionados não são ~~devidos, nois já se encontram~~ definitivamente extintos em virtude da homologação tácita do lançamento.

decadência do direito da fiscalização estadual de lançar, nos termos do artigo 156, inciso VII c/c artigo 150, § 4º do CTN.

No que concerne à infração 02, sustenta que o entendimento do Fisco não procede, pois, para fins de incidência do ICMS, é de fundamental importância saber a natureza jurídica da operação com mercadorias ou bens realizada, uma vez que somente as operações que se enquadram dentro da previsão constitucional relativa ao ICMS é que podem ser tratadas como fato gerador do imposto, sob pena de inconstitucionalidade.

Cita e transcreve o artigo 155, inciso II da Constituição Federal, para dizer que este atribui aos Estados e ao Distrito Federal competência para instituir o ICMS, sendo que, no caso vertente, o suposto fundamento constitucional para a exigência do ICMS em questão somente poderia ser a previsão da incidência do imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias, isto é, remessa de bens para fora do estabelecimento, com o fim único de serem reparadas.

Assevera que a saída de bens do estabelecimento para fins de conserto não implica operação de circulação a ensejar a incidência do ICMS, sendo que, as operações que configuram fato gerador do ICMS devem ser entendidas em seu sentido jurídico e ter por finalidade a circulação de mercadorias, ou seja, promover, mediante sucessivos contratos mercantis, a transferência de sua titularidade.

Frisa ser esta a essência do ICMS incidente sobre operações de circulação de mercadorias, pois somente as operações reguladas pelo ordenamento jurídico vigente que tenham por fim provocar a transferência da mercadoria, com mudança de sua titularidade, de seu produtor para o consumidor final, é que configuram o fato gerador do imposto. Invoca e reproduz nesse sentido o entendimento manifestado pela doutrina pátria, nas lições de Roque Antônio Carrazza e José Eduardo Soares de Melo.

Sustenta que, no caso em tela, a saída de bens para conserto não configurou operações de circulação de mercadorias, na medida em que a saída realizada do estabelecimento não teve por finalidade a transferência de titularidade dos bens, mas somente o seu trânsito físico, tendo sido destinados a reparos e consertos, o que não constitui alteração de sua propriedade. Acrescenta que, em razão de a remessa de bens para conserto não implicar a transferência de sua titularidade, não há que se cogitar na incidência do ICMS sobre tais operações, de sorte que a parcela dos supostos débitos em comento merece ser cancelada.

Com relação à ilegalidade da exigência da multa aplicada por supostas infrações praticadas por Stemar Telecomunicações Ltda., quando ainda desempenhava suas atividades, antes de ser sucedida por BCP S/A, diz que considerando que os períodos autuados estão compreendidos entre janeiro e dezembro de 2004, resta nítido que os supostos créditos tributários decorrem de período anterior à ocorrência da incorporação da empresa sucedida por parte da empresa sucessora (Doc. 01), o que ocorreu em 31 de dezembro de 2005.

Invoca e transcreve o art. 132 do Código Tributário Nacional, que trata da responsabilidade tributária nas hipóteses de sucessão, para afirmar que a sucessão ocorre apenas em relação aos tributos, que não se confundem com multas, uma vez que estas necessariamente decorrem de ato ilícito, sendo cediço, nos termos do artigo 3º do Código Tributário Nacional que também transcreve que não se admite a exigência de tributo como sanção de ato ilícito.

Assevera que não há que se falar na exigência de multa contra suposta infração que não praticou, inclusive porque se trata de exigência de caráter sancionatório pessoal e subjetivo. Invoca nesse sentido a jurisprudência tanto na esfera judicial quanto na esfera administrativa, citando e transcrevendo o entendimento do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, por ocasião de julgamento unânime do Recurso de Apelação nº 9001001017, DJ 12/12/1991; do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, quando do julgamento também unânime do Reci 15/09/2004; do Conselho de Contribuintes do Ministério da Fazenda nº 101-93579, Acórdão 103-20948, Acórdão 103-20172, Acórdão 101-92734.

Afirma que deve ser cancelada a multa que está lhe sendo imposta, no que toca às infrações ocorridas até 31 de dezembro de 2005, praticadas por Stemar Telecomunicações Ltda., por estar flagrantemente inquinada pelo vício da ilegalidade, uma vez que sua exigência viola expressamente o artigo 3º e o artigo 132 do Código Tributário Nacional, além de contrariar a jurisprudência consolidada dos Tribunais Regionais Federais da 1ª e da 4ª Regiões e do Conselho de Contribuintes do Ministério da Fazenda.

No respeitante a necessária proporcionalidade entre a multa aplicada e a infração cometida, diz que ainda que seja ultrapassada a preliminar de ilegalidade da multa que está lhe sendo imposta por infração cometida pela Stemar Telecomunicações Ltda. e prevaleça a exigência, o que admite apenas para argumentar, não poderiam ser exigidos valores decorrentes da aplicação de multa no percentual de 60%, conforme pretende a autuação, com suposto fundamento no artigo 42, II, "a", da Lei 7.014/96, que reproduz.

Alega que a imposição de multa de 60% do valor do crédito do imposto demonstra que o critério utilizado desconsidera as circunstâncias do fato, da situação do contribuinte e de sua atividade, bem como qualquer outro parâmetro razoável para balizar o cálculo da penalidade.

Afirma que há que se considerar que o artigo 3º do Código Tributário Nacional estabelece que o tributo é uma prestação pecuniária que não constitui sanção por ato ilícito, motivo pelo qual o tributo não pode ser utilizado para punir, da mesma forma que as sanções não podem ser utilizadas como instrumento de arrecadação disfarçado.

Diz que a severidade das sanções visa proteger a arrecadação do Estado e estimular, por vias oblíquas, o pagamento de tributos devidos, contudo, deve haver proporcionalidade entre as penalidades aplicadas e as infrações cometidas; deve existir uma graduação razoável entre o que se paga e o que se recebe, bem como entre o que se recebe em decorrência do que não se paga pontualmente. A punição deve guardar relação direta entre a infração cometida e o mal causado, assim como com o bem jurídico que se deseja proteger.

Argumenta que as multas, em geral, que são utilizadas não apenas com finalidade punitiva, servem também como reparação do Estado pelo descumprimento de obrigação tributária por parte do contribuinte, quando for este o caso, porém, a penalidade, no presente caso, além de indevida, é tão elevada a ponto de implicar verdadeiro confisco.

Aduz que em não havendo intenção de fraudar, a multa deve ter simplesmente o condão de advertir e orientar o contribuinte e não, como se verifica no caso em apreço, a efetiva punição mediante carga pecuniária elevadíssima. Deve imperar a proporcionalidade entre a suposta infração e a aplicação da multa correspondente.

Evoca o entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal ao apreciar a Ação Direta de Inconstitucionalidade 551-1 RJ, ajuizada pelo Governador do Estado do Rio de Janeiro, argüindo a inconstitucionalidade dos §§ 2º e 3º do art. 57 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias do Estado do Rio de Janeiro, cuja ementa transcreve, dizendo que a referida Ação Direta de Inconstitucionalidade trata de caso semelhante ao discutido no presente feito em que se constata a tentativa de imposição de multas abusivas e revestidas de caráter confiscatório. Reproduz trecho do voto proferido pelo Ministro relator Ilmar Galvão, por ocasião de julgamento da ADIn 551-1.

Frisa que para afastar a natureza confiscatória das penalidades, a jurisprudência mais recente passou a fixar a multa no patamar máximo de 2%, transcrevendo texto nesse sentido.

Assevera que pelo exposto, resta demonstrada a impertinência da multa aplicada no lançamento fiscal impugnado, devendo ser diminuída ao patamar máximo de 2%, uma vez que a multa de 60% configura exigência abusiva e confiscatória, a qual não respeita os limites impostos pela Constituição Federal.

Conclui a sua peça impugnatória requerendo que seja dado integral provimento à defesa, com o cancelamento dos supostos débitos de ICMS impugnados, uma vez que já se encontram definitivamente extintos em razão da homologação tácita do lançamento realizado e consequente decadência do direito do Fisco de lançar, nos termos do artigo 156, inciso VII c/c artigo 150 do CTN.

Requer, ainda, que caso assim não se entenda, seja dado provimento à defesa, a fim de que relativamente à infração 02, sejam cancelados os débitos de ICMS lançados, haja vista que tais operações não configuram fato gerador do ICMS, bem como sejam afastadas todas as multas aplicadas, uma vez que se referem a supostas infrações praticadas pela empresa Stemar Telecomunicações Ltda.

Pede também que seja afastada a aplicação das multas diante de sua manifesta natureza confiscatória ou, a redução de seu valor para o patamar máximo de 2% (dois por cento).

Protesta pela produção de provas por todos os meios em direito admitidos, assim como pela realização de sustentação oral por ocasião do julgamento.

Por fim, requer que as intimações relativas ao presente processo sejam realizadas exclusivamente em nome do advogado Marcelo Neeser Nogueira Reis, inscrito na OAB/BA sob o nº 9.398, vinculado ao escritório Nogueira Reis Advogados S/C, com endereço na Avenida França, nº 164, Ed. Futurus, 7º andar, CEP 40010-000, Comércio, Salvador/BA.

Os autuantes prestaram informação fiscal às fls. 273 a 278, na qual contestam o argumento defensivo referente à extinção de parte dos créditos tributários de ICMS, sustentando que o Estado da Bahia estipula o prazo de homologação, através da Lei 3.956/81, conforme o art. 28, §1º e o art. 965 do RICMS/BA, que reproduzem.

Dizem ser incabível a alegação defensiva de que os créditos existentes até a data de 09/2004 encontram-se extintos, haja vista que o direito da Fazenda Pública de constituir o crédito tributário tem amparo no Código Tributário do Estado da Bahia (COTEB) - Lei 3.956/81 e também através do RICMS/BA.

Aduzem que efetuaram o lançamento referente a operações registradas no exercício de 2004, período de janeiro a dezembro, sendo os trabalhos de fiscalização concluídos em 22/10/2009, portanto, dentro do prazo previsto no Código Tributário do Estado da Bahia (COTEB) e RICMS-BA.

Dizem que não lhes cabe no âmbito de suas atribuições, a discussão sobre entendimento judicial, tendo em vista que devem obediência ao RICMS/BA por responsabilidade funcional.

Relativamente à alegação defensiva sobre à infração 02, esclarecem que a autuação não decorreu do simples fato de enviar bens para conserto, e sim, pelo não retorno dos mesmos, o que caracteriza uma desincorporação que é fato gerador do ICMS conforme determina o art. 83 inciso I do RICMS-BA.

Quanto à alegação defensiva de ilegalidade da exigência da multa aplicada contra a Defendente por supostas infrações praticadas por Stemar Telecomunicações Ltda., afirmam que não procede, haja vista que o Auto de Infração foi lavrado contra a Stemar Telecomunicações Ltda e não contra a Defendente (sucessora).

Salientam que, conforme mencionado na defesa, a Stemar Telecomunicações Ltda. foi sucedida pela BCP S/A., antiga denominação da Defendente, em 31 de dezembro de 2005, sendo que, no Estado da Bahia a inscrição de nº 59.805.850 da Stemar Telecomunicações Ltda., ainda não foi baixada, visto que se encontra suspenso o processo de baixa, portanto, não se pode falar em ilegalidade.

Com relação à alegação defensiva da necessária proporcionalidade entre a multa aplicada e a infração cometida, afirmam que não procede a alegação de ser a multa ~~confiscatória~~ tendo em vista que está prevista na Lei 7.014/96 no artigo 42, inciso II, “a”, portanto, de

Consignam que mesmo não existindo dolo, fraude ou simulação, ainda persiste o prejuízo ao Erário e no caso operação ou prestação tributada como não tributada, em caso de erro na aplicação da alíquota e erro na apuração dos valores do imposto a legislação prevê no artigo acima citado a multa de 60%.

Finalizam mantendo integralmente a autuação.

A 1^a JJF, considerando as alegações defensivas relativas à infração 02, converteu o processo em diligência (fl.288), a fim de que fosse intimado o contribuinte para que comprovasse mediante os lançamentos contábeis, que os bens remetidos para conserto objetos da autuação, foram incorporados ao ativo permanente do estabelecimento, inclusive, elaborando demonstrativo no qual fossem identificados os bens remetidos para conserto com menos de 01 (um) ano de uso no estabelecimento e outro demonstrativo identificando os bens remetidos para conserto com mais de 01 (um) ano de uso no estabelecimento, levando-se em consideração a data da incorporação ao ativo permanente. Foi solicitado ainda que, caso o contribuinte atendesse a intimação deveria ser dada ciência aos autuantes, a fim de que verificassem e elaborassem demonstrativo, com a exclusão daqueles bens que tivessem mais de 01 (um) ano de uso no estabelecimento, se fosse o caso.

Intimado o impugnante para atendimento da solicitação contida na diligência, este se manifestou às fls. 307 a 309, dizendo que diante do elevado número de operações registradas diariamente, fato este que decorre de seu ramo de atuação que é a prestação de serviços de telecomunicação, e considerando que as operações de remessa de conserto questionadas dizem respeito a período de apuração ocorrido há mais de 5 (cinco) anos contados da data de intimação da autuação fiscal, não será possível dar cumprimento à solicitação fiscal.

Alega que por se referirem os débitos de ICMS a período de apuração anterior a mais do que 5 (cinco) anos da data de intimação do Auto de Infração, já se encontram abrangidos pela decadência (artigo 150, § 4º do Código Tributário Nacional), hipótese esta que, por caracterizar uma das causas de extinção da obrigação tributária (artigo 156, V do Código Tributário Nacional), lhe desobrigaria de manter sob sua guarda a documentação correlata.

Diante disso, requer que seja dado regular prosseguimento ao presente feito, com o acolhimento das alegações de defesa, para julgar integralmente improcedente o Auto de Infração.

VOTO

Versa o Auto de Infração em lide sobre o cometimento de 02(duas) infrações à legislação do ICMS imputadas ao autuado.

No que concerne à infração 01 - Recolheu a menos o ICMS relativo à prestação de serviço de comunicação-, verifico que diz respeito à aplicação da alíquota de 25% quando o correto seria a alíquota de 27%, nas prestações de serviço de comunicação realizadas pelo contribuinte.

Observo que o impugnante diz relativamente aos débitos de ICMS apurados nos meses de outubro a dezembro de 2004, que os valores serão recolhidos.

Quanto aos demais períodos apontados no Auto de Infração, no caso, janeiro a setembro de 2004, noto que o impugnante alega que os débitos não podem ser exigidos, uma vez que já se encontram definitivamente extintos em razão da homologação tácita do lançamento efetuado, e consequente decadência do direito do Fisco de lançar, nos termos do artigo 156, VII c/c artigo 150, § 4º, ambos do Código Tributário Nacional (CTN).

Cabe-me, portanto, apreciar a argüição defensiva de que o direito da Fazenda Pública de constituir o crédito tributário já houvera decaído, conforme faço a seguir.

As disposições do artigo 173, I, do CTN, que são as mesmas previstas na legislação tributária do Estado da Bahia - COTEB (Lei 3.956/81) e no art. 965, ii que o direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário ext

contados a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

Já o § 5º do artigo 107-B do mesmo COTEB acima referido, estabelece que se considera ocorrida a homologação tácita do lançamento e definitivamente extinto o crédito, após 5 (cinco) anos, contados a partir de 01 de janeiro do ano seguinte ao da ocorrência do fato gerador, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.

Portanto, o prazo para constituição do crédito tributário ou homologação do lançamento tem a sua contagem iniciada a partir do primeiro dia do exercício seguinte, conforme os artigos 173, I, do CTN e 107-B do COTEB acima citados, não podendo prosperar a argüição defensiva, haja vista que, no presente caso, o período autuado alcança o exercício de 2004, valendo dizer que a contagem iniciou-se em 01/01/2005, com termo final em 31/12/2009.

Assim, como o contribuinte tomou conhecimento da ação fiscal em **19/03/2009**, conforme Termo de Intimação e, posteriormente, da lavratura do Auto de Infração em 22/10/2009, portanto, dentro do prazo de 05 anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, não há que se falar em homologação tácita do lançamento e, por consequência, em decadência do direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário, conforme arguido pelo impugnante.

Vale consignar que esse tem sido o entendimento deste CONSEF em reiteradas decisões, a exemplo dos Acórdãos CJF 0102/12-05, 0113/12-05 e 0192-11-05, e mais recentemente o Acórdão CJF 0144-11/09, cujo trecho do voto proferido pela ilustre Conselheira Sandra Urânia Silva Andrade é reproduzido abaixo, a título ilustrativo:

“VOTO

Inicialmente no que toca à preliminar de mérito de ocorrência de decadência quanto ao período de janeiro a novembro de 2002, entendemos, comungando com a JJF, que não se vislumbra a decadência arguida pelo sujeito passivo, diante da regra disposta no inciso I do art. 173 do Código Tributário Nacional – CTN, cujo prazo inicial para contagem da decadência é o primeiro dia do exercício seguinte ao da ocorrência do fato gerador, determinação esta repetida no art. 107-B do Código Tributário Estadual – COTEB – Lei nº 3.956/81, abaixo transcrito, *in verbis*:

“Art. 107-B

§ 5º - Considera-se ocorrida a homologação tácita do lançamento e definitivamente extinto o crédito, após 5 (cinco) anos, contados a partir de 01 de janeiro do ano seguinte ao da ocorrência do fato gerador, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.” Grifos nossos

Do exposto, como o Auto de Infração foi lavrado em 17/12/2007, e se reporta a fatos geradores ocorridos no exercício de 2002, tinha a Fazenda Pública prazo até 01/01/2008 para efetuar o referido lançamento. Quanto à menção por parte do recorrente da Súmula Vinculante nº 08 do STF - aprovada na sessão plenária de 12/06/2008, e publicada no DO de 20/06/2008 – a mesma declara a inconstitucionalidade de legislação federal que disciplina a decadência e a prescrição do crédito tributário vinculado às contribuições previdenciárias, explicitando o entendimento de que deverá ser aplicado o prazo quinquenal previsto no CTN e reconhecendo que apenas lei complementar pode dispor sobre normas gerais em matéria tributária. Eis o texto da referida Súmula: “*São inconstitucionais o parágrafo único do artigo 5º do Decreto- lei nº 1.569/1977 e os artigos 45 e 46 da Lei nº 8.212/1991, que tratam de prescrição e decadência de crédito tributário.*”

Entendemos data *venia*, que a referida Súmula não se aplica ao ICMS e, em reforço a esta tese, os próprios doutrinadores que estão a se debruçar sobre a matéria cingem sua aplicabilidade à esfera da Administração Pública Federal, a qual compete gerir as contribuições previdenciárias. Ressaltamos, no entanto, e aí comungando com o último Parecer proferido pela PGE/PROFIS, que a questão deverá ser aprofundada no âmbito da Administração Tributária Estadual, mormente diante da posição externada pela Procuradoria Geral da Fazenda Nacional – PGFN – que através do Parecer nº 1617/2008, proferido após a edição da Súmula Vinculante nº 08 e em vista desta, expressamente adotou entendimento quanto à fixação do termo *a quo* do prazo decadencial que comunga com o externado pelo recorrente, além de entendimento em sentido idêntico também adotado pela Procuradoria Estadual do Rio de Janeiro, através do Parecer CFS nº 02/2008, embora deva ser também ressaltado que ambos não vinculam a Administração Estadual baiana ou o Conselho de Fazenda Estadual, mormente diante da disposição expressa da nossa legislação, acima citada.”

Diante do exposto, não acolho a argüição de extinção do crédito tributário por homologação tácita do lançamento e consequente decadência.

Assim, considerando que relativamente ao débito exigido nos demais Infração – janeiro a setembro de 2004 -, o impugnante apenas argüiu Fazenda Pública estadual de constituir o crédito tributário, o que fo

infração 01é integralmente subsistente, haja vista que a exigência está em conformidade com a legislação do ICMS, pois alíquota aplicável às prestações de serviço de comunicação objeto da autuação é de 27% e não 25%, conforme praticado pelo contribuinte. Mantida a infração.

Quanto à infração 02, apesar de esta 1ª JJF haver convertido o processo em diligência, a fim de que o autuado pudesse comprovar documentalmente a sua alegação de que os bens foram desincorporados com mais de 01 (um) ano de uso no estabelecimento, este ao responder a intimação, apresentou manifestação na qual consigna a impossibilidade de atendimento, contudo, reitera a ocorrência da decadência do direito de constituição do crédito tributário pela Fazenda Pública estadual.

No que diz respeito à decadência, vale para esta infração o mesmo que foi dito acima com relação à infração 01, ou seja, o prazo para constituição do crédito tributário ou homologação do lançamento tem a sua contagem iniciada a partir do primeiro dia do exercício seguinte, conforme os artigos 173, I, do CTN e 107-B do COTEB, não podendo prosperar a argüição defensiva, haja vista que, no presente caso, o período autuado alcança o exercício de 2004, valendo dizer que a contagem iniciou-se em 01/01/2005, com termo final em 31/12/2009, sendo o Auto de Infração lavrado em 22/10/2009.

Quanto à alegação de que a saída de bens para conserto não configurou operações de circulação de mercadorias, na medida em que a saída realizada do estabelecimento não teve por finalidade a transferência de titularidade dos bens, mas somente o seu trânsito físico, tendo sido destinados a reparos e consertos, o que não constitui alteração de sua propriedade, certamente, assistiria razão ao impugnante se comprovado o retorno dos bens, o que de fato não ocorreu, mesmo com a realização de diligência, conforme dito linhas acima.

Diante do exposto, considero a infração 02 integralmente subsistente.

No que concerne ao argumento defensivo de ilegalidade da exigência da multa aplicada contra a defendant por infrações praticadas por Stemar Telecomunicações Ltda., vejo que não assiste razão ao impugnante, haja vista que a sucessão por incorporação ocorreu em 31/12/2005, e os fatos geradores da infração ocorreram no exercício de 2004.

Ora, sabe-se que nos casos de sucessão o sucessor adquire os ativos e passivos do sucedido, valendo dizer que não há transferência de multa, haja vista que esta continua a integrar o passivo da empresa que é incorporada, portanto, adquirida pelo sucessor.

Convém nesse sentido reproduzir parcialmente lição do mestre Sacha Calmon Navarro Coelho: “*Nas hipóteses ora versadas, em verdade, inexiste sucessão real, mas apenas legal. O sujeito passivo é a pessoa jurídica que continua total ou parcialmente a existir juridicamente, sob outra roupagem institucional. Portanto, a multa não se transfere, simplesmente continua a integrar o passivo da empresa que é:... b) incorporada. Assim, se o crédito correspondente à multa fiscal já está constituído, formalizado, à data da sucessão, o “sucessor” – um sob-rogado nos débitos e créditos (ativo e passivo) das sociedades incorporadas, naturalmente absorve o passivo fiscal existente, inclusive as multas.*” (Manual de Direito Tributário-2ª edição-pág. 388).

No que diz respeito à argüição de que as multas são confiscatórias, observo que estas foram corretamente aplicadas ao caso da lide, estando previstas na Lei 7.014/96, não tendo este órgão julgador competência para negar a aplicação de ato normativo emanado de autoridade superior, a teor do art. 125 do Código Tributário do Estado da Bahia – COTEB, abaixo reproduzido:

“*Art. 125. Não se incluem na competência dos órgãos julgadores:*

I - a declaração de inconstitucionalidade;

II - questão sob a apreciação do Poder Judiciário ou por este já decidida.

III - a negativa de aplicação de ato normativo emanado de autoridade superior.”

Por derradeiro, no que concerne ao pedido do impugnante para que as intimações relativas ao presente feito sejam realizadas exclusivamente em nome do advogado

Reis, inscrito na OAB/BA sob o nº 9.398, vinculado ao escritório Nogueira

endereço na Avenida França, nº 164, Ed. Futurus, 7º andar, CEP 40010-000, Comércio, Salvador/BA, ressalto que nada obsta o atendimento de seu pleito e que o órgão competente da Secretaria da Fazenda possa enviar as intimações e demais comunicações concernentes ao andamento deste processo para o endereço apontado. Observo, contudo, que o não atendimento da solicitação não caracteriza nulidade do Auto de Infração, uma vez que as situações previstas para intimação ou ciência da tramitação dos processos ao contribuinte estão disciplinadas no art. 108 do RPAF/99.

Voto pela PROCÊDENCIA 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 n. **274068.0007/09-6**, lavrado contra **STEMAR TELECOMUNICAÇÕES LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ R\$497.616,22**, acrescido da multa de 60%, previstas no art. 42, inciso, II, "a", da Lei n. 7014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 16 de junho de 2010.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS - PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO – JULGADOR

VALMIR NOGUEIRA DE OLIVEIRA - JULGADOR