

A. I. Nº - 274068.0002/11-6
AUTUADO - STEMAR TELECOMUNICAÇÕES LTDA.
AUTUANTES - EDINALDO AVELINO DE PAIVA, CRYSTIANE MENEZES BEZERRA e PAULO ROBERTO CAMPOS MATOS
ORIGEM - IFEP SERVIÇOS
INTERNET - 06/09/2011

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0190-03/11

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. APARELHOS DE TELEFONIA CELULAR. MERCADORIAS EXISTENTES EM ESTOQUE SEM COMPROVAÇÃO DE PAGAMENTO DA ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Autuado comprova que recolheu o imposto exigido, antes da ação fiscal, ficando caracterizada a insubsistência do lançamento. Auto de Infração **IMPROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 24/02/2011, refere-se à exigência de R\$614.762,42 de ICMS, acrescido da multa de 60%, em razão da falta de recolhimento do imposto relativo ao ajuste do estoque, decorrente da inclusão das mercadorias comercializadas pelo autuado (aparelhos de telefonia celular) nas regras da substituição tributária. De acordo com a descrição dos fatos, o autuado não recolheu os valores relativos às parcelas 3 e 4 previstas no art. 3º do Decreto 9.786/10. As parcelas 1 e 2 tiveram o crédito tributário reclamado por meio do Auto de Infração nº 274068.0005/06-9.

Consta à fl. 18, Autorização para lavratura de mais de um Auto de Infração, conforme o disposto no art. 40 do RPAF/BA, apresentando a justificativa de facilitar o exercício da ampla defesa e o deslinde da questão, tendo em vista o valor reclamado.

A empresa Claro S/A, sucessora por incorporação do autuado, apresentou impugnação (fls. 23 a 33), alegando que a empresa sucedida não está mais em operação, tendo sua inscrição baixada perante o Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica em razão de sua incorporação ocorrida em 31/12/2005. Assim, considerando a extinção da personalidade jurídica da empresa autuada, em virtude de sua incorporação pela Claro S/A, a defesa entende que é insubsistente a exigência fiscal, porque não poderia conter em seu pólo passivo pessoa jurídica inexistente no mundo jurídico. Assim, por estar extinta desde 31/12/2005, a defesa alega que a STEMAR TELECOMUNICAÇÕES LTDA. é parte ilegítima para figurar no pólo passivo do presente Auto de Infração. Neste sentido, cita decisões proferidas pelo Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF). O defendente alega que o presente Auto de Infração deve ser cancelado para que, sendo o caso, seja efetuada nova autuação. Diz que não se pode admitir é o prosseguimento do processo administrativo em questão, sendo nula a autuação fiscal, em face de pessoa jurídica inexistente. O defendente também alega que a ausência de menção do Convênio aplicável ao caso, por si só, já é causa de nulidade do Auto de Infração. O impugnante diz que supõe tratar-se do Convênio ICMS nº 135/06 e que a regra estabelecida na Cláusula primeira do mencionado Convênio foi internalizada pelo Estado da Bahia por meio do Decreto nº 9.786/06. Diz que em virtude da inclusão dos aparelhos de telefonia celular na sistemática da substituição tributária, foi editado o Decreto nº 9.786/06 pelo Estado da Bahia, o qual determinou, em seu artigo 3º, que os contribuintes distribuidores, atacadistas ou revendedores, inclusive varejistas, desses produtos ajustassem seus estoques às novas regras. Inconformado com a inclusão dos produtos por ela comercializados na sistemática da substituição tributária, o defendente informa que se insurgiu por meio de ação judicial. Todavia, em 29 de setembro de 2006 recolheu os valores relativos a todo o período autuado, conforme se pode depreender da cópia do DAE que acostou aos autos (Doc. 03 – fl. 58 do PAF). Assegura que os quadros constantes dos Autos de Infração de números

274068.0002/11-6 e 274068.0003/11-2 especificam os valores correspondentes a cada parcela e as respectivas datas de vencimento. Tais valores podem ser identificados no quadro que elaborou nas razões de defesa, reproduzindo as informações elencadas nos mencionados Autos de Infração (Docs. 02 – fls. 53/56 e 04 – fls. 60/63 do PAF), totalizando R\$3.073.813,09. Assim, o defendente afirma que resta evidente que não assiste razão ao fisco estadual, posto que os valores exigidos por meio da presente autuação já foram devidamente recolhidos. Salienta que embora o citado recolhimento tenha sido efetuado inicialmente em um código de receita incorreto – 1145 (ICMS Ant Trib Prod Anexo 88 – RICMS), tal equívoco foi posteriormente corrigido, passando os valores a serem imputados no código da receita 1755 (ICMS – Auto de Infração / Denúncia Esp. / Nota Fiscal), tal como se pode depreender do extrato de pagamentos anexo (Doc. 05 – fl. 65 do PAF). Portanto, o defendente reafirma que os valores exigidos no presente Auto de Infração já foram devidamente recolhidos, fazendo-se necessária a sua imediata extinção, nos termos do artigo 156, I do Código Tributário Nacional, com a conseqüente baixa no sistema de informações da Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia. Prosseguindo, o defendente alega que, na remota hipótese de não ser cancelado o presente Auto de Infração, em virtude da ilegitimidade passiva do autuado, não pode a CLARO S/A, sucessora por incorporação da Autuada, ser responsabilizada pelas multas aplicadas em decorrência de suposta infração praticada pela empresa sucedida. Diz que a aplicação da multa se deve a supostas infrações praticadas pela empresa STEMAR TELECOMUNICAÇÕES LTDA., quando ainda desempenhava suas atividades, antes de ser sucedida pela BCP S/A, antiga denominação da CLARO S/A. Que a autuação foi lavrada em momento posterior ao da ocorrência da incorporação da empresa sucedida por parte da empresa sucessora, o que ocorreu em 31 de dezembro de 2005. Transcreve os arts. 3º e 132 do CTN e assegura que a sucessão ocorre apenas em relação aos tributos, que não se confundem com multas. Que não há que se falar na exigência de multa por infração não praticada pela Claro S/A. Neste sentido, apresenta o entendimento do Tribunal Regional Federal, por ocasião de julgamento do Recurso de Apelação nº 9001001017, DJ 12/12/1991. Entende que merece ser cancelada a multa aplicada no que toca às supostas infrações praticadas pela empresa STEMAR TELECOMUNICAÇÕES LTDA., pessoa jurídica extinta por incorporação e que tal exigência está flagrantemente inquinada pelo vício da ilegalidade, uma vez que sua exigência viola expressamente o artigo 3º e o artigo 132 do CTN, além de contrariar a jurisprudência consolidada dos Egrégios Tribunais Regionais Federais da 1ª e da 4ª Regiões e do Conselho de Contribuintes do Ministério da Fazenda. Por fim, o defendente requer seja reconhecida a extinção dos débitos exigidos no presente lançamento em virtude do seu pagamento. Protesta pela produção de provas por todos os meios em direito admitidos, assim como pela realização de sustentação oral por ocasião do julgamento do PAF. Pede que as intimações relativas ao feito sejam realizadas exclusivamente em nome do advogado Marcelo Neeser Nogueira Reis no endereço indicado nas razões de defesa.

Os autuantes prestaram informação fiscal às fls. 72 a 74 dos autos, dizendo que de acordo com o documento da Receita federal à fl. 69 do PAF, apresentado na defesa, o CNPJ nº 05.341.951/0002-29 da Stemar Telecomunicações S.A, foi baixado em 31/12/2005, porém em seus registros fiscais e documentos apresentados a fiscalização, suas operações, no Estado da Bahia, só foram encerradas em 31/08/2006. Portanto, não procede a alegação do autuado de inexistência da empresa no período de 01/01/2006 a 31/08/2006, e não é a baixa no Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas do Ministério da Fazenda que delimita o fim da empresa. Informam que analisaram os documentos de pagamentos apresentados pela impugnante em sua defesa (fl 58, 65 a 67), relativos aos valores exigidos no auto de infração, constataram que os mesmos foram quitados antes da lavratura do presente Auto de Infração. Diante da quitação do valor exigido, dizem que não cabe a referida exigência fiscal. Finalizam, pedindo que o presente lançamento, no valor de R\$614.762,42, seja considerado improcedente, visto que o mesmo foi quitado antes da lavratura do Auto de Infração.

Intimado da informação fiscal, o defendente se manifestou às fls. 77/78 dos autos, aduzindo que os autuantes reconhecem a improcedência da autuação, uma vez que os valores exigidos foram

adimplidos em momento anterior à lavratura do Auto de Infração. O defendente reitera seus argumentos de defesa, em especial quanto à extinção dos débitos exigidos, em virtude do pagamento. Também reitera o pedido para que as intimações relativas ao presente feito 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.

VOTO

Inicialmente, a empresa Claro S/A, sucessora por incorporação do autuado, alegou nas razões de defesa, que a empresa sucedida não está mais em operação e, considerando a extinção da personalidade jurídica da empresa autuada, em virtude de sua incorporação pela Claro S/A, a defesa entende que há ilegitimidade passiva na exigência fiscal, porque não poderia conter em seu pólo passivo pessoa jurídica inexistente no mundo jurídico, não estando apta a integrar a relação jurídico-tributária. Assim, por estar extinta desde 31/12/2005, a defesa entende que a Stemar Telecomunicações Ltda. é parte ilegítima para figurar no pólo passivo deste Auto de Infração.

Observo que no caso do presente processo, foi apurado o imposto tendo como datas de ocorrência 20/07/2006 e 20/08/2006, e somente em novembro de 2006 é que foi baixada a inscrição estadual junto à SEFAZ/BA. Como se trata de exigência de imposto, a responsabilidade tributária é atribuída à pessoa vinculada ao fato gerador da respectiva obrigação. Assim, foi lavrado corretamente o Auto de Infração contra o estabelecimento autuado, inexistindo a ilegitimidade passiva, alegada nas razões de defesa.

Constato que o presente PAF está revestido das formalidades legais, e não se encontram no presente processo os motivos elencados na legislação, inclusive os incisos I a IV do art. 18 do RPAF/99, para se determinar a nulidade do presente lançamento.

No mérito, o presente Auto de Infração refere-se à exigência de ICMS, em razão da falta de recolhimento do imposto relativo ao ajuste do estoque, decorrente da inclusão das mercadorias comercializadas pelo autuado (aparelhos de telefonia celular) nas regras da substituição tributária, conforme demonstrativo à fl. 05 do PAF, constando na descrição dos fatos que o imposto exigido se refere às parcelas 3 e 4 previstas no art. 3º do Decreto 9.786/10, e que as parcelas 1 e 2 tiveram o crédito tributário reclamado por meio do Auto de Infração nº 274068.0005/06-9.

Em sua impugnação, o autuado alegou que em 29 de setembro de 2006 recolheu os valores relativos a todo o período autuado, conforme se pode depreender da cópia do DAE que acostou aos autos (fl. 58 do PAF). Assegura que os quadros constantes dos Autos de Infração de números 274068.0002/11-6 e 274068.0003/11-2 especificam os valores correspondentes a cada parcela e as respectivas datas de vencimento, e que tais valores totalizam R\$3.073.813,09.

Na informação prestada às fls. 72/74 dos autos dizem que analisaram os documentos de pagamentos apresentados pela impugnante em sua defesa (fl 58, 65 a 67), relativos aos valores exigidos no auto de infração, e constataram que os mesmos foram quitados. Diante da quitação do valor exigido, não cabe a referida exigência fiscal. Pedem que o presente lançamento, no valor total de R\$614.762,42 seja considerado improcedente.

Considerando a comprovação apresentada pelo autuado, de que recolheu o imposto exigido no presente lançamento em 29 de setembro de 2006, antes da ação fiscal, e a concordância dos autuantes quanto à comprovação apresentada, inexistente controvérsia após a impugnação do autuado e a informação fiscal prestada pelos autuantes, ficando comprovada a insubsistência da exigência do imposto.

Por fim, o autuado requer que toda intimação alusiva ao feito seja encaminhada ao seu representante, subscritor da peça defensiva. Não há impedimento para que tal providência seja

tomada. Porém, observo que de acordo com o art. 26, inciso III, do RPAF/99, a intimação deve ser efetuada por escrito, endereçada ao contribuinte, seu preposto ou responsável, e a forma de intimação ou ciência da tramitação dos processos ao sujeito passivo encontra-se prevista nos arts. 108/109 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal do Estado da Bahia – RPAF/BA, inexistindo qualquer irregularidade se a intimação for endereçada diretamente ao contribuinte.

Face ao exposto, voto pela IMPROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº 274068.0002/11-6, lavrado contra **STEMAR TELECOMUNICAÇÕES LTDA.**

Esta Junta recorre, de ofício, desta decisão, para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/00, com efeitos a partir de 10/10/00.

Sala das Sessões do CONSEF, 22 de agosto de 2011

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO - JULGADOR

OSMIRA FREIRE DE CARVALHO RIBEIRO DA SILVA - JULGADORA