

A. I. Nº - 274068.0010/11-9
AUTUADO - STEMAR TELECOMUNICAÇÕES LTDA.
AUTUANTES - EDINALDO AVELINO DE PAIVA e CRYSTIANE MENEZES BEZERRA
ORIGEM - IFEP SERVIÇOS.
INTERNET - 09.08.2011

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0208-2/11

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. MULTA PERCENTUAL DE 60% SOBRE O IMPOSTO QUE DEVERIA TER SIDO PAGO POR ANTECIPAÇÃO. Uma vez comprovada a tributação regular nas operações subsequentes, torna-se inexigível o tributo, convertendo-se a exigência relativa ao imposto não antecipado e em multa equivalente a 60% do ICMS não antecipado. Infração parcialmente elidida. Superadas as preliminares suscitadas. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

O Auto de Infração em lide foi lavrado em 27/04/2011, para exigência de multa de 60% sobre a parcela do imposto (ICMS) que deixou de ser paga por antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, adquirida com fins de comercialização e devidamente registrada na escrita fiscal, com saída posterior tributada normalmente, no período de fevereiro, março, maio a agosto de 2006, no valor de R\$98.810,06.

O Autuado às fls. 25/47, através de advogado, procuração fl. 62, impugnou tempestivamente o auto de infração, inicialmente traçando um resumo dos fatos que geraram o presente PAF, solicitando em preliminar a nulidade da autuação por ilegitimidade passiva. Afirmar que o auto de infração foi lavrado contra a STEMAR TELECOMUNICAÇÕES LTDA, inscrita no CNPJ nº 05.341.951/0002-29, incorporada pela empresa CLARO S.A., que não se encontra em operação desde 31/12/2005, tendo inclusive sua inscrição baixada perante o Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica da Receita Federal do Brasil, conforme documento que anexa, fl. 70.

Afirmar que tendo em vista a extinção da personalidade jurídica da empresa autuada, em virtude de sua incorporação pela CLARO S.A., a exigência fiscal não poderia conter em seu polo passivo pessoa jurídica inexistente no mundo jurídico.

Como reforço de sua argumentação cita e transcreve posicionamento de órgãos administrativos a respeito da questão, proferidas pelo Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – CARF.

Aduz que os supostos débitos de ICMS impugnados estão extintos em razão da homologação tácita do lançamento e consequente decadência do direito do Fisco de lançar, visto que os fatos geradores ocorridos nos meses de fevereiro e março/2006, não mais poderiam ser exigidos, uma vez que já teria decorrido o prazo de 05(cinco) anos. Transcreve os artigos 156 e 150 do CTN sobre a questão. Nesse sentido, cita e transcreve lições doutrinárias do professor Sacha Calmon Navarro Coelho.

Ressalta que o artigo 129-A do Código Tributário do Estado da Bahia (COTEB), determina aos contribuintes, a competência para realizar o ato de constituição dos créditos de ICMS, atividade esta, sujeita a homologação pela autoridade competente e que o artigo 28, §1º, considera homologação tácita do lançamento após 05(cinco) anos, contados a partir de 01 de janeiro do ano seguinte, ao da efetivação do lançamento pelo contribuinte. Transcreve lições de diversos doutrinadores, como Alberto Xavier, Eurico Marcos Diniz de Santi, Hugo de Brito Machado, que defendem a impossibilidade de se ampliar tal prazo, e aduz que como a ciência da autuação

fiscal se deu em 29 de abril de 2011, ocorreu a extinção do crédito tributário relativo aos créditos reclamados para o período de fevereiro a março de 2006.

Salienta que as notas fiscais de nº 20590, 20596, 20598, e 20853, não se referem a operação de vendas, mas a simples remessas de mercadorias por ele adquiridas, em operações de compra a ordem e que o ICMS por antecipação foi recolhido por ocasião das aquisições dos aparelhos celulares, por meio das notas fiscais 7307, 7309, 7346 e 7373 e que pode se verificar que os documentos de nº 7346 e 7373, foram relacionados no anexo que relaciona a operação de simples remessa e, no entanto, foram objeto da autuação ora combatida.

Descreve a operação citada, dizendo que adquire aparelhos de diversas empresas, como por exemplo, a Sony Ericsson. Em alguns casos, no momento da aquisição a empresa determina que se remeta à empresa Flextronics Tecnologia Ltda, para que se conclua a montagem antes de enviá-los ao autuado. Afirma que na primeira parte da operação - venda das mercadorias à Autuada (destinatária) - a Sony Ericsson (adquirente original) emitiu notas fiscais com o destaque do ICMS, com CFOP 6120 – Vendas de mercadorias adquiridas de terceiros entregue ao destinatário pelo vendedor remetente, em venda à ordem, conforme norma expressa da legislação de ICMS do Estado de São Paulo. Em seguida a Sony emite uma segunda nota fiscal em favor da Flextronics - remessa para industrialização -, a fim de que o serviço contratado seja efetuado.

Diz que após a prestação de serviços, a Flextronics emite duas notas fiscais, uma a favor da Sony Ericsson – adquirente original, com destaque do imposto, se devido, e a outra nota fiscal para acompanhar o transporte da mercadoria, sem destaque do valor do imposto, indicando CFOP 6923 – Remessa de mercadorias por conta e ordem de terceiros, - venda à ordem.

Ressalta que as notas fiscais que acobertam as operações de remessa de aparelhos celulares Flextronics para a Autuada fazem expressa menção às notas fiscais de aquisição dessas mercadorias, no campo “Dados Adicionais”. Elabora um demonstrativo onde afirma evidenciar de forma clara a operação em questão com a respectiva tributação, fl. 39.

Aduz que, conforme exposto, impõe-se o cancelamento da penalidade exigida em razão da não antecipação do ICMS, relativamente às notas fiscais 20590, 20596, 20798 e 20853, que se referem a operações que sequer estão sujeitas à incidência do imposto em questão.

Argumenta que na remota hipótese de não ser cancelado o lançamento impugnado por ilegitimidade passiva do autuado, a multa não pode ser imputada à CLARO S.A., empresa sucessora, transcrevendo Artigos 3º (descrição de tributo) e 132 do CTN que dispõe sobre a responsabilidade tributária nas hipóteses de sucessão. Ainda sobre o assunto transcreve entendimento do Egrégio Tribunal Regional Federal da 1ª e 4ª Região exarados em Recurso de Apelação.

Assevera ser inaplicável a penalidade estampada no auto de infração por estar com a capitulação incorreta e em razão de seu caráter confiscatório. Diz que o a letra “f”, Inciso II do art. 42 da Lei 7.014/96, refere-se a falta de recolhimento de imposto, o que não ocorreu considerando que não houve descumprimento de obrigação tributária principal, visto que esta foi adimplida, ainda que em atraso.

Argui que as multas em geral, são utilizadas não apenas com finalidade punitiva, servem também como reparação do Estado pelo descumprimento de obrigação tributária por parte do contribuinte, entretanto, a penalidade que lhe foi imposto no presente caso, além de indevida, é tão elevada a ponto de implicar verdadeiro confisco. Reforça seu entendimento com transcrição do art. 150, VI da Constituição Federal, e a jurisprudência que diz ter fixado a multa no patamar máximo de 2% (processo nº 62935 – 200; 2ª Vara Cível da Comarca de Ijuí /RS).

Conclui requerendo seja julgada procedente a defesa.

Os autuantes em informação fiscal, fls.80/83, rebatem cada uma as alegações defensivas. Sobre a ilegitimidade passiva afirmam que não é a baixa do Cadastro Nacional de Pessoas jurídicas do

Ministério da Fazenda que determina a extinção da personalidade jurídica da empresa. Da própria Certidão de Baixa fornecida pela Receita Federal consta a ressalva de que permanece aos órgãos convenientes o direito de cobrar quaisquer créditos tributários posteriormente apurados. Afirmam ainda que o CNPJ 05.341.951/0001-48 da matriz do autuado estabelecida no Rio de Janeiro encontra-se ativa no estado do Rio de Janeiro, que o CNPJ 05.341.951/0002-298, filiada sediada na Bahia encontrava-se com registro ativo na Junta Comercial do Estado da Bahia – JUCEB, em 10.05.2011. Dizem que só após o arquivamento do Ato Societário se dá a extinção da empresa, conforme registrado em correspondência da própria impugnante (fls.14 a 18) cuja legalização não se deu em 31.12.2005, conforme letra “F” do referido Ato Societário que transcrevem.

Salientam que pelos registros fiscais e documentos apresentados a fiscalização suas operações no estado da Bahia, só foram encerradas em 01.09.2006, o que pode ser confirmado pelas notas fiscais anexadas pela impugnante, fls. 71/77, constando os dados da autuada, IE 59.805.850, o que prova definitivamente que o contribuinte se encontrava em atividade no período autuação.

Relativo a extinção dos créditos tributários pelos efeitos da decadência ou homologação tácita para o período de fevereiro e março de 2006, afirmam que o próprio CTN no art. 173, I estabelece que o direito da fazenda Pública constituir o crédito tributário (decadência) extingue-se após 5 anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, e neste mesmo sentido dispõem os incisos I e II do art. 965 do RICMS. Registram que como efetuaram o lançamento fiscal referente as operações de 2006, meses fevereiro a agosto e contribuinte tomou ciência em 28/04/2011, está dentro do prazo previsto no COTEB/BA e RICMS/BA, visto que considerando a existência que estabelece o prazo de homologação, não se aplica o dispositivo do art. 150, § 4º da CF. Desta forma a homologação tácita dos fatos geradores de 2006 só estariam decaídos em 01.01.2012, o que não é o caso desta autuação.

Afirmam que relativo a alegação defensiva sobre as operações de Simples Remessa, o autuado foi intimado para analisar os dados do Anexo I – Demonstrativo da Antecipação Parcial através da 15ª intimação de 04.04.2011, como não se pronunciou o auto foi lavrado contendo todas as notas fiscais ali relacionadas. Considerando a apresentação da prova de não incidência do imposto referente as notas fiscais de simples remessa relacionadas na defesa, o cálculo relativo ao mês de fevereiro/2006, foi feito conforme demonstrativo da antecipação parcial – Anexo 02. Dizem que nada mais há a reclamar sobre os fatos geradores referentes ao mês de fevereiro de 2006, ficando mantidos os demais valores.

Argumentam que a respeito da ilegalidade da exigência de multa por suposta infração cometida pela empresa sucedida, não tem procedência, pois a inscrição da empresa autuada ainda não foi baixada do cadastro da SEFAZ no estado da Bahia.

Quanto a inaplicabilidade da multa em razão de seu caráter confiscatório asseveram que está prevista em lei. Afirmam que o auto em lide não cobra obrigação principal e sim multa por cumprimento de obrigação principal com atraso, já que a impugnante não recolheu o imposto tempestivamente.

Concluem mantendo parcialmente a infração 01, sugerindo a redução de R\$ 98.810,06 para R\$ 39.316,97 conforme apurado nos anexos I e II dos autos, fl.90.

Ciente da Informação fiscal, autuado volta a manifestar-se, fls. 95/96, afirmando que mediante as considerações apresentadas pelos autuantes e com os ajustes realizados nos anexos 01 e 02, reconhece a procedência parcial da autuação e que providenciou o recolhimento do crédito reclamado relativo ao valor remanescente. Reitera que as intimações relativas a este PAF sejam exclusivamente em nome de seu procurador.

Consta do PAF, fls.99/100, relatório do SICRED com pagamento parcial do PAF no valor de R\$38.728,98.

VOTO

A princípio, verifico que o lançamento de ofício em lide foi realizado em conformidade com a Lei nº 7.014/96 e o RICMS/BA, como também observou as disposições do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF/99, especialmente as contidas no seu art. 39, estando claramente identificada a infração, o infrator, o montante da base de cálculo, o que permitiu o exercício do direito de ampla defesa e do contraditório do contribuinte.

Do exame das peças que compõem o presente processo, verifico que o impugnante alega, em caráter preliminar, que a parcela do débito referente aos meses de fevereiro e março/2006, não é devida, uma vez que já se encontra definitivamente extinta 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, inicialmente, apreciar a arguição 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 no art. 107-A, I, do Código Tributário do Estado da Bahia - COTEB (Lei 3.956/81) e no art. 965, inciso I, do RICMS/97, prevêem que o direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, 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 arguição defensiva, haja vista que, no presente caso, o período autuado alcança o exercício de 2006, valendo dizer que a contagem iniciou-se em 01/01/2007, com termo final em 31/12/2011.

Assim, como o contribuinte tomou ciência do auto de infração em 29 de abril de 2011, 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.

Diante do exposto, não acolho a arguição de extinção do crédito tributário por ocorrência de decadência ou homologação tácita do lançamento.

No que concerne ao argumento defensivo sobre a legalidade da exigência da multa aplicada contra a defendente, arguindo a ilegitimidade passiva em função da incorporação da empresa autuada, Stemar Telecomunicações Ltda., pela Claro S.A., vejo que não assiste razão ao impugnante, haja vista que da própria Certidão de Baixa fornecida pela Receita Federal consta a ressalva de que permanece aos órgãos convenientes o direito de cobrar quaisquer créditos tributários posteriormente apurados. Ademais, pelos registros fiscais e documentos apresentados a fiscalização suas operações no estado da Bahia, só foram encerradas em 01.09.2006, o que pode ser confirmado pelas notas fiscais anexadas pela impugnante, fls. 71/77, constando os dados da autuada, IE 59.805.850, o que prova definitivamente que o contribuinte se encontrava em atividade no período autuado.

Quanto ao pedido do impugnante 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, 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.

Trata o auto de infração da cobrança de multa em função do pagamento do imposto fora do prazo regulamentar, deixando de recolher o ICMS que deveria ter sido pago por antecipação parcial, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, relativo a mercadorias provenientes de outra unidade da Federação, adquiridas para fins de comercialização e devidamente registradas na escrita fiscal, com saída posterior tributada normalmente. Consta que foi aplicada a multa percentual de 60% sobre o valor do imposto apurado, correspondente aos meses de fevereiro, março e maio a agosto de 2006, conforme demonstrativo anexos I e II, fls.06 a 08.

Uma vez comprovada a tributação regular nas operações subsequentes, torna-se inexigível o tributo, convertendo-se a exigência relativa ao imposto não antecipado e ao crédito indevido em multa equivalente a 60% do ICMS não antecipado.

Observo que a alegação defensiva sobre as operações de Simples Remessa foi acatada pelos autuantes que ante a comprovação através das notas fiscais anexadas como prova, pela defesa, ajustaram os valores reclamados excluindo o item relativo ao mês de fevereiro/2006, conforme demonstrativo da antecipação parcial – Anexo 02, fl.90, mantendo os demais valores. Autuado reconhece o cometimento da irregularidade apontada, após os ajustes devidos, recolhendo parcialmente o valor reclamado conforme constato nos autos, relatório do SICRED, fls.99/100, com pagamento parcial do PAF no valor de R\$38.728,98.

Ante o exposto voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do auto de infração devendo ser homologado valores pagos.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE**, o Auto de Infração nº **274068.0010/11-9**, lavrado contra **STEMAR TELECOMUNICAÇÕES LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento da multa no valor de **R\$39.316,97**, prevista no art. 42, II, “f” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologado valores pagos.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente 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, 28 de julho de 2011.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS - RELATORA

ÂNGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO – JULGADOR