

A. I. Nº - 274068.0006/11-1
AUTUADO - STEMAR TELECOMUNICAÇÕES LTDA.
AUTUANTES - EDINALDO A. PAIVA, CRYSTIANE M. BEZERRA e PAULO R. CAMPOS MATOS
ORIGEM - IFEP SERVIÇOS
INTERNET - 21.09.2011

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0254-04/11

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO NÃO VINCULADO A PRESTAÇÃO SEGUINTE DA MESMA NATUREZA. Infração reconhecida. 2. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. RECOLHIMENTO DO IMPOSTO EFETUADO A MENOS. Nas aquisições interestaduais de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, não havendo convênio ou protocolo que preveja a retenção do imposto pelo remetente, é devido o pagamento do tributo no posto fiscal de fronteira, cabendo ao destinatário efetuar a antecipação do imposto no prazo regulamentar. Deferido o pedido de diligência. Insuficiência de prova para elidir a infração. Infração subsistente. Rejeitada preliminar de nulidade por ilegitimidade passiva Auto de Infração **PROCEDENTE. Decisão unânime.**

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 29.03.2011, exige ICMS no montante de R\$ 866.530,29, pelas seguintes infrações:

Infração 01: Utilizou indevidamente crédito fiscal no valor de R\$ 10.348,49, referente a serviço de comunicação não vinculado a prestação seguinte da mesma natureza tributada pelo imposto. Período: março a agosto de 2006. Multa de 60%;

Infração 02: Efetuiu recolhimento a menos de ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e/ou do exterior relacionadas nos anexos 88 e 89. Período: março, maio, julho e agosto de 2006. Valor R\$ 856.181,80. Multa: 60%.

A Claro S/A, sucessora por incorporação da autuada, através de seu advogado devidamente habilitado, apresenta defesa às fls. 103 a 112 dos autos. Impugna a infração 02 argumentando as seguintes razões de fato e de direito:

Os fatos: Diz que a autuada tinha como objeto social a implantação, operação e prestação de serviços de telecomunicações, no Brasil e no exterior, compreendendo, ainda, a compra, a venda, a locação, a cessão de uso de meios e equipamentos a qualquer título, a importação e a exportação de equipamentos e outros produtos, bem como a prestação de serviços correlatos. Sempre zelou pelo adimplemento de suas obrigações e foi surpreendida pela autuação em comento. Reconhece a procedência da infração 01 para recolher os valores nela exigidos com os descontos legais, comprometendo-se a posteriormente comprovar o recolhimento. Em seguida, diz que ao calcular os supostos débitos, verificou que os autuantes incorreram em equívocos e desconsideraram parte dos recolhimentos já efetuados.

O Direito: Argui ilegitimidade passiva por estar extinta desde 31/12/2005. Nesse sentido transcreve ementas de decisões proferidas pelo Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – CARF.

Aduz existência de equívocos dos autuantes relativamente à infração 02, pois além dos recolhimentos levados em conta na apuração do valor devido existem outros que não foram considerados. Observa que atendendo a legislação sempre recolheu o ICMS relativo à espécie de operação autuada no dia 25 do mês subsequente. Desse modo, o DAE com vencimento em 25/07/2006 (Doc. 09) se refere a operações de junho 2006 e se refere, entre outras, à nota fiscal 277253 que foi autuada como se fosse referente a uma operação ocorrida em julho de 2006. Alega que se isso fosse verdade o recolhimento poderia ser feito até 25/08/2006, não havendo razões para antecipar o recolhimento do tributo, afirmando que a fiscalização errou não apenas por considerá-la ocorrida em julho de 2006, mas também por ter desconsiderado o recolhimento relativo a esse documento fiscal em 25/07/2006.

Salienta que, apesar de esta ser a única nota fiscal indicada no campo “Informações complementares” do DAE no valor de R\$ 391.564,72, o valor recolhido é muito maior que R\$ 3.183,04, relativo à nota fiscal nele mencionada.

Aduz que se nota no mesmo anexo, que foram autuadas diversas notas fiscais emitidas pelo fornecedor TELET S/A, cujas mercadorias ingressaram no estabelecimento autuado na mesma data e cujos valores são idênticos ou aproximados (NFs 277247 a 277260), acrescentando que o valor do DAE (R\$ 391.564,72) é quase o valor apurado como devido em julho de 2006 (R\$ 391.749,19), havendo indícios de que o valor relativo às demais notas fiscais foi recolhido junto ao valor da nota fiscal 277253.

Já no tocante ao DAE de R\$ 105.803,84 (Doc. 08), recolhido em 30/05/2006 com acréscimos moratórios, indica as notas fiscais 7705 e 41485, cujas mercadorias ingressaram no estabelecimento autuado em maio de 2006. Assim, o ICMS, relativo a essas notas que poderia ser recolhido até 25/06/2006 foi recolhido antecipadamente juntamente com os valores devidos a título de antecipação relativos a abril de 2006. Frisa que o ICMS relativo às notas fiscais citadas foi recolhido antecipadamente em razão de a entrada das mercadorias no estabelecimento autuado ter se dado anteriormente à data de recolhimento do ICMS relativo ao período anterior.

Diz restar evidente os equívocos da fiscalização por não considerar a totalidade dos recolhimentos do autuado e, a fim de apurar a integralidade dos recolhimentos, requer diligência fiscal para análise da documentação disponível.

Requerendo que as intimações sejam exclusivamente em nome do advogado que subscreve a defesa, pede seja o auto de infração julgado improcedente.

Os autuantes, na informação fiscal às fls. 146 a 153 dos autos dizem que a ilegitimidade passiva não procede, pois não é a baixa no Cadastro do Ministério da Fazenda que determina a extinção da personalidade jurídica da empresa e que consta na certidão de baixa da inscrição informação de ressalva de direito dos órgãos convenientes o direito de cobrar quaisquer créditos tributários posteriormente apurados. Além disso, a matriz da Stemar se encontrava com registro ativo e o campo “término de atividades” estava em branco na JUCEB em 17/05/2011 e a filial sediada na Bahia se encontrava ativa na JUCEB em 10/05/2011.

Traduz parte de correspondência da autuada em que esta admite que a legalização dos atos societários não se deu em 31/12/2005, só encerrando as operações na Bahia em 01/09/2006.

Aduzem que a alegação defensiva também pode ser descaracterizada pelos DAE's anexados pelo Impugnante (fls. 138 a 143), pois neles consta como contribuinte a Stemar Telecomunicações.

Com relação às notas fiscais que cita informando pagamento do ICMS por antecipação a elas relativo, informa: a) Com relação aos meses de março e agosto de 2006: reclamou recolhimento de ICMS a menor por antecipação referente aos meses 03, 05, 07 e 08/2006 e o Impugnante não mencionou a irregularidade e nem apresentou evidência da irregularidade da reclamação do recolhimento a menor do ICMS por antecipação nos meses 03/2006 e 08/2006, pelo que confirma o valor exigido para os meses 03 e 08/2006; b) Com relação a maio/2006: o mês de abril tem 40 notas fiscais sujeitas a ST e a indicação de apenas 15 notas fiscais é uma informação inconsistente para

definir a que notas fiscais o pagamento se refere. O valor do Doc. 8 (fl. 14), mês referência 04/2006, só pode ser utilizado para pagamento das notas fiscais registradas no Livro de Registro de Entrada do mês de abril de 2006 e não pode ser utilizado para pagamento de notas fiscais registradas no livro no mês de maio/2006. As notas fiscais 7.705 e 41.485 não constam do LRE no mês de abril/2006, e sim no LRE do dia 02/05/2006, fl. 154 do livro nº 06 (fl. 90 do livro em meio magnético). Portanto, não é correto incluir esta nota fiscal no DAE do mês 04/2006, razão pela qual mantêm a exigência fiscal; c) Com relação ao mês de julho/06: este mês tem 60 notas fiscais sujeitas a ST e a indicação de apenas uma nota fiscal é informação inconsistente para definir a que notas o pagamento se refere. O valor do doc. 9 (fl. 143), com referência 06/2006, só pode ser utilizado para pagamento das notas registradas no LRE do mês de junho/2006 e não pode ser utilizado para pagamento de notas fiscais nele registradas em julho/2006. A nota fiscal 277.253, bem como as de número 277.247 a 277.260 não constam do LRE em junho/2006, mas em 01/07/2006 (fl. 258), não sendo correto incluir a nota fiscal 277.253 no DAE de 06/2006. Com relação a aproximação dos valores do DAE com o valor reclamado para o mês 07/2006, diz se tratar de mera coincidência. O DAE de ref. 06/2006 não pode ser utilizado para quitar a diferença reclamada para o mês 07/2006, pois se assim for, o débito do mês 06/2006 ficará sem quitação, pelo que entendem não ser verdadeira a tese de que não houve prejuízo ao Erário, pelo que também mantêm a cobrança.

Acrescenta que o Impugnante não apresentou relação das notas fiscais que compõem os recolhimentos dos meses de abril e junho/2006 para comprovar que as notas fiscais questionadas constam nos referidos recolhimentos e tal ausência impossibilita a validação das informações prestadas pelo Impugnante.

Afirmam não haver erro na apuração do ICMS por antecipação. Os dados das notas fiscais estão de acordo como o arquivo magnético estabelecido no Convênio 57/95 e LRE, ambos do contribuinte autuado. Ratificam o valor total exigido e não concordam com a solicitação de diligência, pois constam dos autos os elementos necessários para dirimir a lide.

Concluem pedindo o julgamento procedente do auto de infração.

Às fls. 160/1 consta pedido de diligência para as seguintes providências:

1. Intimar o sujeito passivo para apresentar demonstrativo com cálculo dos valores recolhidos pelos DAEs de R\$105.803,84 (fl. 142) e R\$391.564,72 (fl. 143), indicando as notas fiscais a que se referem, acompanhadas de suas respectivas cópias;
2. Caso o contribuinte atenda ao solicitado comprovando que nos recolhimentos citados contenham ICMS relativo a notas fiscais que se exige neste lançamento, ajustar o levantamento fiscal excluindo-as do auto de infração;
3. Caso seja efetuado o ajuste indicado, cientificar o contribuinte do resultado da diligência fiscal fornecendo-lhe cópias dos demonstrativos elaborados, indicando-lhe o prazo de 10 (dez) dias para que, querendo, se manifestar.

O contribuinte foi intimado na forma solicitada (fl. 163), pediu prorrogação de prazo para atender a intimação (fl. 172), pretensão que foi indeferida conforme fl. 174. Tomou ciência do indeferimento de seu pedido, conforme fl. 174, verso.

Às fls. 175/6, os autuantes informam que em face do não atendimento da intimação fiscal, a diligência pedida ficou prejudicada.

VOTO

Compulsando os autos, 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 identificadas as infrações, o infrator, o montante da base de cálculo, o que permitiu o exercício do direito de ampla defesa e do contraditório do contribuinte.

Não acolho a arguição de nulidade do auto de infração por ilegitimidade passiva em função da incorporação da empresa autuada, Stemar Telecomunicações Ltda., pela Claro S.A., pelas seguintes razões:

Uma, porque nos autos não há prova cabal da incorporação citada. Ademais, de acordo com o art. 227 da Lei 6.404, de 15/12/1976, “a incorporação é a operação pela qual uma ou mais sociedades são absorvidas por outra, que lhes sucede em todos os direitos e obrigações”. No aspecto tributário, a própria certidão de baixa de inscrição fornecida pela Receita Federal contém a ressalva de que permanece aos órgãos convenientes o direito de cobrar quaisquer créditos tributários posteriormente apurados. Portanto, a incorporadora sucede a incorporada em todos os seus direitos e obrigações, sendo a incorporação considerada uma das formas de extinção de uma empresa, e deverá ser deliberada na forma prevista para a alteração dos respectivos estatutos ou atos constitutivos das sociedades.

Duas, porque o caso em exame apura imposto relativo ao período março a agosto de 2006 e somente em novembro de 2006 é que foi baixada a sua inscrição estadual junto à SEFAZ/BA, conforme se vê no próprio documento fornecido pelo Impugnante aos autuantes (fls. 94/96). Assim, para que alguém seja considerado responsável tributário há necessidade da existência de uma ligação entre o sujeito responsável e o fato impositivo, ou seja, uma relação pessoal entre a pessoa do contribuinte e a situação descrita como fato gerador da obrigação tributária. Neste aspecto, os documentos que sustentam o lançamento confirmam a plena atividade da empresa no período compreendido pela autuação (fls. 27 a 80), inclusive os anexados pelo impugnante (fls. 138/43), constando os dados e inscrição do estabelecimento 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.

Com relação ao mérito do caso, de logo observo que a infração 01, sustentada nos documentos fiscais relacionados no demonstrativo de fls. 23 a 26 resta caracterizada, inclusive por expresse reconhecimento da sua procedência pelo impugnante noticiando que recolheria o valor nela exigido.

Com relação à infração 02, o Impugnante fez o seguinte protesto: 01) sobre a ocorrência de 31/07/2006, no valor de R\$391.749,19: Embora reconhecendo que no DAE de R\$391.564,72 (fl. 143), com vencimento em 25/07/2006, relativo às operações de junho 2006, mencione apenas a nota fiscal 277253, cujo imposto devido de R\$3.183,04, autuada como se fosse referente a uma operação ocorrida em julho de 2006 (fl. 84), o valor recolhido seria relativo também a outras notas fiscais, acrescentando que outras notas fiscais em situação semelhante do mesmo emitente da de nº 277253, ou seja, com imposto autuado como relativo a operações de julho possivelmente tiveram recolhimento em junho, inclusive em razão do valor exigido para julho (R\$391.749,19) ser muito próximo ao recolhido para as operações de junho de 2006; 02) Já no tocante ao DAE de R\$ 105.803,84 (Doc. 08 – fl. 142), recolhido em 30/05/2006, indica, entre outras, as notas fiscais 7705 e 41485, cujas mercadorias ingressaram no estabelecimento autuado em maio de 2006. Assim, o ICMS relativo a essas notas foi recolhido antecipadamente juntamente com os valores devidos a título de antecipação relativos a abril de 2006.

Disse que os autuantes se equivocaram por não considerar a totalidade dos recolhimentos do autuado e, a fim de apurar a integralidade dos recolhimentos, pediu diligência fiscal para análise da documentação disponível.

Por sua vez, os autuantes afirmam não haver erro na apuração do ICMS por antecipação, pois os dados das notas fiscais estão de acordo com o arquivo magnético fornecido ao fisco pelo contribuinte autuado, conforme estabelecido no Convênio 57/95 e retratando o livro Registro de Entradas.

Observam que não há impugnação em relação às ocorrências de março e agosto.

Com relação a maio/2006, dizem relacionadas 40 notas fiscais sujeitas a ST em abril/2006 e a indicação de apenas 15 notas fiscais no DAE é uma informação inconsistente para definir a que notas fiscais o pagamento se refere e o valor do Doc. 8 (fl. 14), mês referência 04/2006, só pode ser utilizado para pagamento das notas fiscais registradas no livro de Registro de Entrada do mês de abril de 2006 e não para pagamento de notas fiscais registradas no livro no mês de maio/2006. As notas fiscais 7.705 e 41.485 não constam do LRE no mês de abril/2006, e sim no LRE do dia 02/05/2006, fl. 154 do livro nº 06 (fl. 90 do livro em meio magnético).

Com relação ao mês de julho/06, dizem relacionadas 60 notas fiscais sujeitas a ST em junho/2006 e a indicação de apenas uma nota fiscal é informação inconsistente para definir a que notas o pagamento se refere. O valor do doc. 9 (fl. 143), com referência 06/2006, só pode ser utilizado para pagamento das notas registradas no LRE do mês de junho/2006 e não pode ser utilizado para pagamento de notas fiscais nele registradas em julho/2006. A nota fiscal 277.253, bem como as de número 277.247 a 277.260 não constam do LRE em junho/2006, mas em 01/07/2006 (fl. 258), não sendo correto incluir a nota fiscal 277.253 no DAE de 06/2006.

Pois bem, considerando que, de fato, o lançamento em lide decorre de informações fornecidas ao fisco pelo contribuinte autuado em que, cumprindo obrigações tributárias acessórias, deve retratar a verdade material de sua atividade com repercussão no ICMS, tratando-se o mérito da lide de uma questão de fato que apenas pode ser elidida mediante provas que, em existindo, estão na posse do autuado (mais especificamente quais as notas fiscais que compõem os recolhimentos questionados, obrigação acessória que se converte na indicação das mesmas nos DAE's), ponderando as alegações de acusação e defesa e considerando que os elementos contidos nos autos não eram suficientes para certificar as alegações defensivas, atendendo ao pedido do impugnante os autos foram baixados em diligência para intimar o contribuinte no sentido de comprovar a quais notas fiscais se referem os valores recolhidos pelos DAE's nos valores de R\$105.803,84, mês referência 04/2006 e R\$391.564,72, mês referência 06/2006, inclusive demonstrando os cálculos dos valores recolhidos, acompanhado de cópias dos respectivos documentos fiscais.

Conforme intimação de fl. 163, o contribuinte autuado foi intimado com o estabelecimento do prazo regulamentar previsto no § 1º do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal - RPAF para apresentar as provas documentais de suas alegações e, conforme documento de fl. 165, solicitou adição de prazo em 20 dias para atender a Intimação Fiscal, o que, conforme fl. 173, lhe foi negado por falta de previsão legal.

Tendo em vista que o PAF acha-se composto com atendimento do devido processo legal, foi instaurado o contraditório com obediência ao princípio da ampla defesa com oportunidade de apresentação de possíveis provas capazes de sustentar as alegações defensivas (inclusive com deferimento da diligência solicitada pelo Impugnante), não tendo esta vindo aos autos, entendo o caso subsumir-se nas situações previstas nos artigos 142 e 143 do RPAF, pois, podendo, não comprovou o fato controverso com elemento probatório de que necessariamente dispõe e a simples negativa do cometimento da infração não o desonera de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal.

Na assentada de julgamento o representante legal do contribuinte solicitou nova diligência para exclusão das notas fiscais citadas nos DAE's e que estão relacionadas na exigência fiscal. Indefiro tal pedido, pois, além dos DAE's serem cópias reprográficas dos originais, esta questão foi objeto da diligência cuja intimação não foi atendida pelo autuado.

Assim, considerando que o impugnante protestou apenas com relação às exigências fiscais

relativas aos meses maio e julho sem apresentação de provas suficientes para elidi-las, entendendo caracterizada a infração 02 no valor original.

Diante do exposto, voto pela PROCEDENCIA do Auto de Infração.

VOTO COMPLEMENTAR

Acompanho o relator no que concerne à questão da legitimidade passiva, não pelos fundamentos que expôs, mas pelas razões a seguir aduzidas.

Primeiramente, não cabe a este órgão imputar responsabilidade por sucessão, mas ao Poder Judiciário. No processo administrativo fiscal, o julgamento deve se ater à questão de se é ou não o autuado pessoa legítima para figurar no pólo passivo.

Em se tratando de instituto de direito processual civil, a legitimidade é verificada quando da lavratura do ato administrativo auto de infração, e não nas datas dos fatos geradores.

Muito bem, se não há nos autos prova da extinção da personalidade jurídica por incorporação, e tal prova só pode ser o pertinente registro dos atos desconstitutivos na Junta Comercial, não se pode afirmar que a sociedade empresária STEMAR TELECOMUNICAÇÕES LTDA. já não mais existe para efeitos jurídicos.

Portanto, não porque a incorporadora sucede a incorporada, ou pelo fato de, à época das ocorrências, esta última ainda possuía inscrição estadual e CNPJ, como disse o relator, a legitimidade passiva se mantém, mas por inexistir no PAF prova da incorporação.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **274068.0006/11-1**, lavrado contra **STEMAR TELECOMUNICAÇÕES LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 866.530,29**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, incisos VII, “a” e II, “d” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 13 de setembro de 2011.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE

JORGE INÁCIO DE AQUINO – RELATOR

PAULO DANILO REIS LOPES – JULGADOR/VOTO COMPLEMENTAR