

A. I. N° - 269135.0012/11-6
AUTUADO - TIM NORDESTE S. A.
AUTUANTE - JOSÉ MARIA BONFIM COSTA, GILSON DE ALMEIDA ROSA JÚNIOR e
ROSALVO RAMOS VIEIRA FILHO
ORIGEM - IFEP SERVIÇOS
INTERNET - 10/12/2012

3^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0277-03/12

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. FALTA DE EXIBIÇÃO AO FISCO DO DOCUMENTO COMPROBATÓRIO DO CRÉDITO FISCAL. Autuado não comprovou nos autos o lançamento regular no livro RAICMS do Título FAZCULTURA e não apresentou a comprovação solicitada quando intimado. Infração subsistente. 2. LIVROS FISCAIS. RECOLHIMENTO DO IMPOSTO EFETUADO A MENOS. DIVERGÊNCIA ENTRE OS VALORES RECOLHIDOS E LANÇADOS NO REGISTRO DE APURAÇÃO. Autuado comprova que os créditos tributários em questão encontram-se com a sua exigibilidade suspensa, por força de depósito judicial realizado nos autos do Mandado de Segurança em trâmite no Juízo da 1^a Vara de Fazenda Pública de Comarca de Salvador. Infração insubstancial. 3. ACRÉSCIMOS TRIBUTÁRIOS. ACRÉSCIMOS MORATÓRIOS. PAGAMENTO EXTEMPORÂNEO DO IMPOSTO. O pagamento de débito tributário fora do prazo legal, mesmo espontâneo, está sujeito a acréscimos moratórios. Mantida a exigência fiscal. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 23/12/2011, refere-se à exigência de R\$2.163.281,36 de ICMS, acrescido da multa de 60%, em decorrência das seguintes infrações:

Infração 01: Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS sem a apresentação do competente documento comprobatório do direito ao referido crédito. O contribuinte foi intimado sucessivas vezes, não apresentou o Título de Incentivo do Programa Fazcultura, para comprovação do direito ao crédito fiscal, sendo exigido o estorno dos créditos, nos meses de janeiro a dezembro de 2007. Valor do débito: R\$1.810.951,69. Multa de 60%.

Infração 02: Recolhimento do ICMS efetuado a menos no mês 08/2007, em decorrência do desencontro entre os valores do imposto recolhido e o escriturado no livro Registro de Apuração do ICMS. Recolheu imposto a menos, correspondente ao alegado depósito judicial que não foi comprovado através da apresentação de documento comprobatório, como foi feito em outros meses do mesmo exercício. Valor do débito: R\$309.472,48. Multa de 60%.

Infração 03: Deixou de recolher os acréscimos moratórios referentes ao ICMS devido, pago intempestivamente, porém espontâneo, nos meses de janeiro a outubro de 2007. O contribuinte efetuou o pagamento da primeira parcela do ICMS estabelecida no Decreto 9.250/04 e suas alterações, em valor menor do que o correspondente a 80% do saldo devedor do mês anterior e completou o pagamento junto com o imposto pago no dia 20 do mês subsequente, sem recolher

os acréscimos moratórios referentes ao valor da primeira parcela recolhida a menos. Valor do débito: R\$42.857,19. Multa de 60%.

A TIM Celular S/A, sucessora da TIM Nordeste S/A, apresentou impugnação (fls. 37 a 57), comentando inicialmente sobre a tempestividade da defesa. Com relação à infração 01, alega que de acordo com a legislação estadual, o aproveitamento dos créditos de ICMS relacionados ao Programa Estadual de Incentivo à Cultura - Fazcultura não estão condicionados à apresentação do Título de Incentivo, até porque a Secretaria da Fazenda sempre mantém uma via desse documento em seus arquivos. Mesmo assim, o defendanté diz que aproveita a oportunidade para apresentar os Títulos de Incentivos relacionados ao Programa Fazcultura, os quais supostamente não teriam sido entregues à Fiscalização Estadual, que ensejou a lavratura do presente auto de infração, fazendo prova inequívoca da liquidez e certeza dos créditos por ela aproveitados e, por conseguinte, da total improcedência dos lançamentos fiscais apontados na infração 01. Também alega que não se revela aplicável a esta infração, a multa prevista no artigo 42, inciso VII, alínea "a", da Lei Estadual nº 7.014/96, na medida em que não houve aproveitamento indevido de créditos.

Quanto à infração 02, o defendanté alega que é nítido o equívoco cometido pela Fiscalização, na medida em que deixou de considerar para a realização do lançamento fiscal, o depósito judicial efetuado nos autos do Mandado de Segurança nº 14002888648-3/2002, no montante equivalente aos débitos de ICMS ora exigidos, o que, além de ser causa suspensiva da exigibilidade do crédito tributário, na forma do artigo 151, inciso II, do Código Tributário Nacional, afasta a aplicação das penalidades de juros e multa.

Com relação à infração 03, diz que é manifestamente descabida a cobrança pretendida pela Fiscalização Estadual, na medida em que o impugnante promoveu o regular recolhimento dos correspondentes débitos de ICMS, em observância aos respectivos prazos de vencimento.

O defendanté afirma que se verifica a total improcedência de todas as penalidades aplicadas no presente auto de infração, posto que estas jamais poderiam ter sido cobradas, haja vista que, em decorrência da incorporação da TIM NORDESTE S/A, ocorrida em 30.12.2009, apenas as obrigações quanto ao recolhimento de tributos supostamente devidos podem ser a ela atribuídas, na qualidade de sucessora universal de direitos e obrigações.

O defendanté volta a se manifestar quanto à infração 01, alegando que é totalmente descabida a glosa dos créditos de ICMS relacionados ao Programa Fazcultura em caso de não apresentação dos Títulos de Incentivo pois, quando da emissão desse documento, uma via é obrigatoriamente destinada à Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia para controle do aproveitamento dos créditos em questão, tal como determina o artigo 11, inciso II, alínea "d", do Decreto Estadual nº 10.361/2007, que transcreveu. Diz que não tem o menor cabimento a glosa dos referidos créditos pela simples não apresentação desse documento por parte do contribuinte, e que a legislação estadual pertinente não traz previsão quanto à obrigatoriedade de o contribuinte apresentar o Título de Incentivo para garantir o aproveitamento dos créditos de ICMS em questão, sendo totalmente ilegítima e arbitrária a glosa realizada pela Fiscalização Estadual do presente caso. Salienta que o Decreto Estadual nº 10.361/2007, que trata da concessão de incentivos fiscais para a realização dos projetos culturais a que se refere a Lei Estadual nº 7.015/96, não trouxe nenhuma disposição acerca da impossibilidade de aproveitamento dos créditos em questão, quando as empresas patrocinadoras de eventos culturais deixarem de apresentar os referidos Títulos de Incentivo à Fiscalização Estadual. Afirma que, uma vez emitido o Título de Incentivo, o contribuinte já está autorizado a valer-se do benefício fiscal independentemente da futura apresentação desse documento à Fiscalização Estadual, conforme se extrai do artigo 27, do Decreto Estadual nº 10.361/2007. Assegura que a legislação estadual não estabelece a apresentação dos Títulos de Incentivo como um requisito legal para o aproveitamento dos créditos de ICMS em questão, e que a entrega desse documento específico não se trata sequer de obrigação tributária de natureza acessória, nos termos do artigo 113, § 2º, Código Tributário Nacional. Diz que se

revela totalmente descabida a glosa procedida por meio do presente auto de infração, na medida em que a Secretaria de Fazenda mantém em seu poder uma via dos Títulos de Incentivo em questão, o que torna despicada a sua apresentação pelo contribuinte, sendo certo que não há nada na legislação condicionando o aproveitamento dos créditos de ICMS relacionados ao Programa Fazcultura à apresentação desse documento à Fiscalização Estadual. Mesmo assim, em demonstração de boa-fé e sempre no intuito de cooperar com a Fiscalização, o defendantediz que apresenta, juntamente com a defesa, os Títulos de Incentivos relacionados aos créditos de ICMS glosados pela Fiscalização Estadual (doc. nº 03 – fls. 87 a 95 do PAF).

O defendantediz que os títulos em questão foram emitidos em favor da sociedade MAXITEL S/A, a qual, em 30.12.2006, incorporou a TIM NORDESTE TELECOMUNICAÇÕES S/A, e nessa mesma oportunidade alterou a sua denominação social para TIM NORDESTE S/A. Posteriormente, em 30.12.2009, a TIM CELULAR S/A incorporou a TIM NORDESTE S/A (doc. nº 01 – fls. 59 a 71 do PAF). Apresenta o entendimento de que é completamente descabida a alegação de que houve a utilização indevida de créditos presumidos de ICMS, porque a não apresentação posterior dos correspondentes Títulos de Incentivo, por si só, não pode impedir a utilização do benefício fiscal em questão, tal como exaustivamente demonstrado no item anterior. Diz que a multa aplicada no percentual de 60% (sessenta por cento) sobre o “imposto creditado em desacordo com as normas estabelecidas na legislação”, e diante do fato de que o ICMS foi creditado pela Impugnante com estrita observância da legislação estadual, a multa em questão só poderia equivaler a zero, ou seja: nada pode ser exigido a esse título.

Quanto à infração 02, o defendantediz que os créditos tributários em questão encontram-se com a sua exigibilidade suspensa, por força de depósito judicial realizado nos autos do Mandado de Segurança nº 0013497-98.2002.8.05.0001, em trâmite no Juízo da 1ª Vara de Fazenda Pública de Comarca de Salvador (doc. nº 04 – fl. 97 do PAF). Informa que o mandado de segurança em questão foi impetrado objetivando o reconhecimento do direito líquido e certo ao não recolhimento de créditos tributários relativos ao adicional ao Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza, impedindo-se a prática de qualquer ato tendente à cobrança de tais créditos, tendo o impugnante, para tanto, realizado depósito judicial no valor dos débitos exigidos, conforme faz prova o correspondente comprovante (doc. nº 05 – fls. 99/100 do PAF). Diz que é manifestamente improcedente o lançamento em questão, considerando que a realização de depósito judicial provoca a suspensão da exigibilidade do crédito tributário, conforme prevê o artigo 151, inciso II, do Código Tributário Nacional, que transcreveu. Salienta que a Fiscalização Estadual encontra-se impedida de praticar qualquer ato tendente à cobrança de tais créditos tributários, bem como à constituição de débitos de multa de ofício, juros de mora e correção monetária deles decorrentes, na medida em que o depósito judicial em tela representa garantia do adimplemento da obrigação tributária, caso, ao final da medida judicial, seja proferida sentença favorável aos interesses do Estado da Bahia. A esse respeito, cita decisão do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado da Bahia e conclui que confia no cancelamento total dos débitos reclamados neste item do Auto de Infração, tendo em vista que estes estão com a sua exigibilidade suspensa por força do depósito judicial realizado pelo impugnante nos autos do Mandado de Segurança nº 0013497-98.2002.8.05.0001.

Infração 03: O defendantediz que apresenta o entendimento de que cobrança do imposto neste item tem que ser cancelada, alegando que no período em questão o impugnante recolheu o imposto em absoluta observância à legislação estadual pertinente, não havendo razão para subsistir a cobrança de quaisquer débitos a título de acréscimos moratórios.

O defendantediz que em virtude de supostas infrações cometidas, a Fiscalização Estadual aplicou as multas previstas no artigo 42, inciso II, alínea “b”, inciso VII, alínea “a”, e inciso VIII, da Lei nº 7.041/96, que são manifestamente indevidas, porque todos os débitos ora exigidos decorrem de supostas infrações cometidas pela TIM NORDESTE S/A, que foi incorporada pelo impugnante. Diz que os documentos societários acostados aos autos junto com a impugnação (doc. nº 01) demonstram que a TIM NORDESTE S/A (CNPJ/MF nº 01.009.686/0001-44) foi

incorporada pela TIM CELULAR S/A (CNPJ/MF nº 04.206.050/0001-80), ora impugnante, em 30.12.2009. Transcreve o disposto no artigo 132, do Código Tributário Nacional, e diz que, pela simples leitura do referido dispositivo legal, tem-se que a incorporadora responde apenas pelos tributos devidos pela sociedade incorporada, não havendo qualquer responsabilidade em relação às penalidades aplicadas posteriormente a essa data e que sejam decorrentes de infrações praticadas pela incorporada. Reproduz ensinamentos de Luciano Amaro e o entendimento dos Tribunais Administrativos Pátrios acerca dessa matéria. Entende que diante da interpretação restritiva a ser conferida ao artigo 132, do Código Tributário Nacional, dúvidas não restam quanto à impossibilidade de que seja imputada ao impugnante a penalidade em questão.

Por fim, o defendant requer sejam julgados totalmente improcedentes os lançamentos dos créditos tributários de ICMS impugnados, com o consequente cancelamento de quaisquer exigências fiscais a eles relativas. Também requer que todas as intimações sejam direcionadas à Avenida Rio Branco, nº 110, 14º andar, Centro, Rio de Janeiro, RJ, CEP: 20040-0001, telefone (21) 2132-1855, aos cuidados do Dr. André Gomes de Oliveira, OAB/RJ nº 85.266.

Os autuantes prestaram informação fiscal às fls. 122 a 127 dos autos. Quanto aos argumentos defensivos referentes à infração 01, dizem que a Fazenda Estadual detém todos os títulos de benefícios fiscais concedidos aos contribuintes, porém o autuado não informou o número do título utilizado como crédito em seu livro Registro de Apuração do ICMS, o que impossibilitou a validação do crédito. Informam que em sua defesa o defendant apresentou títulos do FazCultura, mas não apresentou a composição mês a mês, indicando a que título se refere o valor creditado, impossibilitando a apuração e validação do referido crédito. No livro Registro de Apuração do ICMS o autuado não faz referência a nenhum título do FazCultura, apenas descreve que se refere a esse benefício, em desacordo com o que estabelece o art. 27 do Decreto nº 10.361/2007, que aprovou o Regulamento do Programa Estadual de Incentivo ao Patrocínio Cultural – FAZCULTURA. Afirmam que a validação dos créditos só é possível com a indicação por parte do defendant do número e valor do título utilizado em cada mês.

Infração 02: Informam que a autuação foi efetuada porque não foi apresentado, após solicitação, o respectivo documento de depósito judicial referente ao mês de agosto de 2007, a exemplo do que foi feito nos outros meses do mesmo exercício. Acatam a comprovação acostada aos autos pelo defendant, dizendo que foi apresentado o respectivo documento correspondente ao débito apurado neste item da autuação fiscal.

Infração 03: Apresentam o entendimento de que a alegação defensiva não deve prosperar, salientando que o autuado optou pelo recolhimento de 80% do saldo devedor do mês anterior, que deve ser recolhido até o antepenúltimo dia do mês, porém os valores recolhidos de janeiro a outubro de 2007 foram menores do que os devidos, conforme fl. 12.

Quanto ao argumento do autuado de que deve ser cancelada a penalidade aplicada, diante da incorporação da TIM NORDESTE S/A pelo impugnante, transcrevem o entendimento do Superior Tribunal de Justiça. Finalizam pedindo a procedência das infrações 01 e 03.

Intimado da informação fiscal, o defendant se manifestou às fls. 132 a 137 dos autos. Quanto à infração 01 o defendant entende que diante das informações e documentos apresentados durante a ação fiscal, e dos Títulos de Incentivo ao Programa FazCultura, a fiscalização já possui todos os elementos necessários para homologar o aproveitamento dos créditos de ICMS em questão, revelando-se absolutamente desnecessária a solicitação de fl. 127 do PAF. Caso se entenda de maneira diferente, o defendant requer lhe seja concedido novo prazo de trinta dias para apresentar tais documentos, contados a partir da data de recebimento da intimação sobre a decisão que deferir o pedido.

Quanto à infração 03, o defendant afirma que recolheu o imposto em absoluta observância à legislação estadual pertinente, não havendo razão para subsistir a cobrança de quaisquer débitos a título de acréscimos moratórios. Também alega que a fiscalização deveria considerar a

ocorrência de denúncia espontânea, a fim de afastar a exigência de qualquer penalidade, nos termos do art. 138 do CTN.

O defensor reproduz as alegações apresentadas na impugnação inicial referentes à multa aplicada no presente Auto de Infração, citando o art. 132 do CTN. Reitera todos os argumentos e pedidos formulados em sua impugnação, para que seja reconhecida a improcedência do presente Auto de Infração, e que seja concedido novo prazo de trinta dias para apresentar documentos relacionados à infração 01.

À fl. 160 esta JJF converteu o presente processo em diligência à Infaz de origem para as seguintes providências pelos autuantes:

1. Quanto à infração 01, intimar o defensor a apresentar a comprovação referente aos títulos do FAZCULTURA utilizados mensalmente, indicando a que título se refere cada valor creditado, conforme estabelece o art. 27 do Regulamento do FAZCULTURA.
2. Em relação à infração 03, o autuado alegou que promoveu o regular recolhimento dos correspondentes débitos de ICMS, em observância aos respectivos prazos de vencimento, e que a fiscalização deveria considerar a ocorrência de denúncia espontânea. Foi solicitado que os autuantes intimassem o defensor a apresentar e juntasse aos autos a necessária comprovação da alegação defensiva, conforme prevê o art. 123 do RPAF/BA.

Sendo apresentados os documentos solicitados, que os autuantes prestassem informação fiscal acerca dos referidos documentos.

Os autuantes prestaram informação fiscal às fls. 162/163, dizendo que o autuado foi intimado a apresentar as informações solicitadas por esta JJF, atendeu a intimação, protocolando resposta em 22/08/2012, conforme fl. 165, processo SIPRO 1622992012-9. Informam que a fiscalização teve acesso à resposta apresentada pelo contribuinte somente no dia 03/09/2012. Dizem que o autuado, em sua resposta à intimação não apresentou nenhum dos elementos de prova solicitados, limitando-se a alegar que as provas produzidas nos autos são suficientes para o julgamento do feito. Que em sua defesa o autuado não produziu nenhuma prova para elidir as infrações cometidas, mas simplesmente fez alegações que teria feito os recolhimentos do ICMS de forma correta, o que em nenhum momento foi comprovado durante a fiscalização e na diligência fiscal também não o fez. Finalizam pedindo a procedência do presente Auto de Infração.

Intimado da informação fiscal, o defensor se manifestou às fls. 179/181, alegando que os autuantes não analisaram os documentos anexados ao presente PAF, sob o argumento de que o autuado teria deixado de apresentar documentos suplementares que lhe foram requeridos por meio de intimação. O defensor reitera suas alegações constantes nas petições apresentadas em 05/06/2012 e 21/07/2012. Requer sejam julgados improcedentes os lançamentos impugnados e o consequente cancelamento de quaisquer exigências fiscais a eles relativas. Assegura que possui inequívoco direito ao aproveitamento de créditos de ICMS decorrentes do patrocínio ao Programa Fazcultura (infração 01). Quanto ao crédito tributário relativo à infração 02, afirma que a cobrança encontra-se com a sua exigibilidade suspensa, nos termos do art. 151, inciso II do CTN. Que são indevidos os débitos decorrentes do suposto atraso no recolhimento do imposto (infração 03), e em relação à penalidade aplicada, que ao menos seja determinado o seu cancelamento integral em virtude da incorporação da TIM Nordeste pela TIM Celular S/A.

Na sessão de julgamento do dia 26/11/2012, o autuado, por intermédio de sua advogada, solicitou juntada aos autos, de um “Memorial”, contendo as mesmas alegações apresentadas na impugnação inicial e manifestação posterior. Quanto à primeira infração, alega que apesar de entender que a juntada aos autos dos títulos já seria totalmente descabida, em demonstração de boa-fé e com o intuito de cooperar com a Fiscalização Estadual, apresentou os Títulos de Incentivo relacionados aos créditos de ICMS glosados. Entende que o aproveitamento dos referidos créditos não está condicionado à apresentação dos Títulos de Incentivo, e mesmo após a sua apresentação, as Autoridades Fiscais continuam sustentando a procedência da cobrança do

imposto relacionado na infração 01, sob a alegação de que a validação dos créditos somente é possível com a indicação por parte do autuado do número e valor do título utilizado em cada mês. Salienta que esta não é a informação indicada pela fiscalização quando da lavratura do Auto de Infração, quando foi informado que o lançamento fiscal decorreu da não apresentação dos Títulos de Incentivo ao Programa Fazcultura. O defensor entende que a exigência fiscal revela-se absolutamente desnecessária, e que já apresentou todos os elementos necessários para homologar o aproveitamento dos créditos fiscais em questão. Repete as alegações quanto às infrações 02 e 03 e requer a improcedência do presente Auto de Infração.

Considerando que a representante legal do autuado mencionou a possibilidade de apresentar novos elementos, inclusive a correlação dos títulos apresentados com os valores creditados mensalmente esta 3^a Junta de Julgamento Fiscal **deliberou pelo adiamento do julgamento** para a sessão seguinte, nos termos dos artigos 66 e 67 do Regimento Interno do CONSEF. Entretanto, não houve a juntada de qualquer elemento novo pelo defensor.

VOTO

A infração 01 trata da utilização indevida de crédito fiscal de ICMS por falta de apresentação do competente documento comprobatório do direito ao referido crédito, constando a informação de que o autuado foi intimado sucessivas vezes, não apresentou o Título de Incentivo do Programa Fazcultura, para comprovação do direito ao crédito fiscal, sendo exigido o estorno dos créditos, nos meses de janeiro a dezembro de 2007.

O autuado alegou que o aproveitamento dos créditos de ICMS relacionados ao Programa Estadual de Incentivo à Cultura - Fazcultura não estão condicionados à apresentação do Título de Incentivo, até porque a Secretaria da Fazenda sempre mantém uma via desse documento em seus arquivos. Mesmo assim, o defensor diz que aproveitou a oportunidade para apresentar os Títulos de Incentivos relacionados ao Programa Fazcultura, os quais supostamente não teriam sido entregues à Fiscalização Estadual, que ensejou a lavratura do presente auto de infração.

Na informação fiscal, os autuantes esclareceram que o autuado não informou o número do título utilizado como crédito em seu livro Registro de Apuração do ICMS, o que impossibilitou a validação do crédito. Informam que em sua defesa o defensor juntou os títulos do FazCultura, mas não apresentou a composição mês a mês, indicando a que título se refere o valor creditado, impossibilitando a apuração e validação do referido crédito. No livro Registro de Apuração do ICMS o autuado não faz referência a nenhum título do FazCultura, apenas descreve que se refere a esse benefício.

O Decreto nº 10.361, de 23/05/2007, aprovou o Regulamento do Programa Estadual de Incentivo ao Patrocínio Cultural – FAZCULTURA. O mencionado Programa tem por finalidade promover a pesquisa, o estudo, a edição de obras e a produção das atividades artístico-culturais, aquisição, manutenção, conservação, restauração, produção e construção de bens móveis e imóveis de relevante interesse artístico, histórico e cultural, campanhas de conscientização, difusão, preservação e utilização de bens culturais e instituição de prêmios em diversas categorias.

O art. 24 do referido Programa prevê que o Patrocinador que apoia financeiramente projetos aprovados pela Comissão Gerenciadora poderá abater até 5% do valor do ICMS a recolher, e a escrituração do abatimento está regulamentada no art. 27 do citado Regulamento, a seguir reproduzido:

Regulamento do FAZCULTURA

...

Art. 27. De posse do Título de Incentivo, o Patrocinador deverá:

I - escriturar no livro Registro de Apuração do ICMS - RAICMS, na coluna relativa ao imposto devido, o valor do abatimento utilizado no período de

apuração do imposto, fazendo consignar o seguinte: "Incentivo Cultural Lei nº 7.015/96 - Título de Incentivo nº_____"; e

II - preencher o Documento de Arrecadação Estadual (DAE), contendo o valor líquido do ICMS a recolher, fazendo menção, no campo "Observações", à inscrição prevista no inciso anterior.

O defensor juntou aos autos diversas cópias de Títulos de Incentivo concedido à Maxitel S/A no exercício de 2007, indicando os respectivos valores. Entretanto, conforme salientaram os autuantes na informação fiscal, o autuado não informou o número do título utilizado como crédito em seu livro Registro de Apuração do ICMS, o que impossibilitou a validação do crédito. Informam que em sua defesa o defensor apresentou títulos do FazCultura, mas não apresentou a composição mês a mês, indicando a que título se refere o valor creditado, impossibilitando a apuração e validação do referido crédito.

Na busca da verdade material e ao cumprimento do disposto no art. 27, inciso I do Regulamento do FAZCULTURA, esta Junta de Julgamento Fiscal deliberou por converter o presente processo em diligência solicitando que os autuantes intimassem o defensor a apresentar a comprovação referente aos títulos do FAZCULTURA utilizados mensalmente, indicando a que título se refere cada valor creditado.

Em sua resposta à intimação, o defensor não apresentou nenhum dos elementos de prova solicitados, limitando-se a alegar que as provas produzidas nos autos são suficientes para o julgamento do feito. Na manifestação apresentada em relação ao resultado da diligência fiscal, o autuado alegou que os autuantes não analisaram os documentos anexados ao presente PAF, sob o argumento de que o autuado teria deixado de apresentar documentos suplementares que lhe foram requeridos por meio de intimação.

Entendo que apesar de a autuação se referir à falta de apresentação do documento comprobatório do direito ao crédito fiscal utilizado, não se trata de analisar apenas e isoladamente os Títulos de Incentivo apresentados com a impugnação, considerando a previsão regulamentar de que no livro Registro de Apuração do ICMS - RAICMS, na coluna relativa ao imposto devido, deve constar o valor do abatimento utilizado no período de apuração do imposto, e a seguinte observação: "Incentivo Cultural Lei nº 7.015/96 - Título de Incentivo nº_____".

Vale salientar que o próprio autuado informou que os títulos em questão foram emitidos em favor da sociedade MAXITEL S/A, a qual, em 30.12.2006, incorporou a TIM NORDESTE TELECOMUNICAÇÕES S/A, e nessa mesma oportunidade alterou a sua denominação social para TIM NORDESTE S/A. Posteriormente, em 30.12.2009, a TIM CELULAR S/A incorporou a TIM NORDESTE S/A.

Portanto, considero indispensável o cumprimento ao que determina o art. 27 do Regulamento do FazCultura, estabelecendo o vínculo entre os valores creditados e o respectivo Título, e não se trata de negar o direito à utilização dos créditos fiscais, e sim a comprovação de forma correta, como determina a legislação.

Como não foi comprovado nos autos o lançamento regular no livro RAICMS, e o defensor não apresentou a comprovação solicitada na intimação encaminhada em atendimento à diligência solicitada por esta Junta de Julgamento Fiscal, concluo pela subsistência desta infração, haja vista que se trata de documento e prova que está na posse do autuado e sua apresentação deveria ser efetuada nos termos do art. 123 do RPAF/BA.

Infração 02: Recolhimento do ICMS efetuado a menos no mês 08/2007, em decorrência do desencontro entre os valores do imposto recolhido e o escriturado no livro Registro de Apuração do ICMS. Recolheu imposto a menos, correspondente ao alegado depósito judicial que não foi comprovado através da apresentação de documento comprobatório, como foi feito em outros meses do mesmo exercício.

O defendente alegou que os créditos tributários em questão encontram-se com a sua exigibilidade suspensa, por força de depósito judicial realizado nos autos do Mandado de Segurança nº 0013497-98.2002.8.05.0001, em trâmite no Juízo da 1ª Vara de Fazenda Pública de Comarca de Salvador (fl. 97 do PAF). Que foi realizado depósito judicial no valor dos débitos exigidos, conforme faz prova o correspondente comprovante (fls. 99/100 do PAF).

Considerando a comprovação apresentada pelo impugnante, os autuantes informaram que a autuação foi efetuada porque não foi apresentado, após solicitação, o respectivo documento de depósito judicial referente ao mês de agosto de 2007, a exemplo do que foi feito nos outros meses do mesmo exercício. Acatam a comprovação apresentada pelo defendente, dizendo que foi apresentado o respectivo documento correspondente ao débito apurado neste item da autuação fiscal.

Constatou que após a impugnação do autuado e a informação fiscal prestada pelos autuantes, inexiste controvérsia, considerando a comprovação acostada ao presente PAF, relativamente ao imposto exigido neste item da autuação fiscal. Infração insubstancial.

Infração 03: Deixou de recolher os acréscimos moratórios referentes ao ICMS devido, pago intempestivamente, porém espontâneo, nos meses de janeiro a outubro de 2007. O contribuinte efetuou o pagamento da primeira parcela do ICMS estabelecida no Decreto 9.250/04 e suas alterações, em valor menor do que o correspondente a 80% do saldo devedor do mês anterior e completou o pagamento junto com o imposto pago no dia 20 do mês subsequente, sem recolher os acréscimos moratórios referentes ao valor da primeira parcela recolhida a menos.

Nas razões de defesa, o autuado alegou que no período em questão o impugnante recolheu o imposto em absoluta observância à legislação estadual pertinente, não havendo razão para subsistir a cobrança de quaisquer débitos a título de acréscimos moratórios. Disse que promoveu o regular recolhimento dos correspondentes débitos de ICMS, em observância aos respectivos prazos de vencimento.

Consta na descrição dos fatos que o autuado efetuou o pagamento da 1ª parcela do ICMS em valor menor do que o saldo devedor e completou o pagamento junto com o imposto pago no dia 20 do mês subsequente sem recolher os acréscimos moratórios da parcela recolhida a menos.

Este item também foi objeto de diligência encaminhada por esta Junta de Julgamento Fiscal, tendo em vista a alegação do autuado de que recolheu o imposto nos prazos regulamentares e que a fiscalização deveria considerar a ocorrência de denúncia espontânea, a fim de afastar a exigência de qualquer penalidade, nos termos do art. 138 do CTN.

Foi solicitado que o autuado comprovasse as alegações defensivas. Entretanto, o defendente alegou que são indevidos os débitos decorrentes do suposto atraso no recolhimento do imposto, e que, em relação à penalidade aplicada, ao menos seja determinado o seu cancelamento integral em virtude da incorporação da TIM Nordeste pela TIM Celular S/A.

Entendo que ficou caracterizada a intempestividade do recolhimento do imposto existindo base legal para exigência dos acréscimos, tendo em vista que o autuado não observou o prazo previsto na legislação para recolher o imposto pertencente a este Estado.

Não acato o argumento defensivo de que deve ser cancelada a exigência fiscal neste item da autuação, em virtude da incorporação da TIM Nordeste pela TIM Celular S/A, tendo em vista que houve descumprimento de obrigação principal e, neste caso, o presente lançamento se refere aos acréscimos tributários em razão da intempestividade do recolhimento do imposto. Mantida a exigência fiscal, considerando que o pagamento de débito tributário fora do prazo legal, mesmo espontâneo, está sujeito a acréscimos moratórios.

Quanto aos referidos acréscimos moratórios e às multas exigidas no presente lançamento, concordo com a informação dos autuantes de que o sucessor é responsável pelo pagamento de tributos e eventuais multas, considerando que a incorporação constitui uma operação pela qual

uma ou mais sociedades são absorvidas por outra, que lhes sucede em todos os direitos e obrigações (art. 1116 do Código Civil), existindo decisões judiciais neste sentido, como citado pelos autuantes.

Por outro lado, as obrigações acessórias constituem instrumentos da fiscalização, tendo por objetivo tornar possível a realização da obrigação principal, ou seja, proporcionar a verificação do adequado cumprimento da obrigação tributária principal. Se a obrigação acessória não é cumprida, a penalidade pecuniária converte-se em obrigação principal, conforme estabelece o art. 113, § 3º, do Código Tributário Nacional, e o Fisco pode inscrever o débito relativo à multa em dívida ativa, e cobrá-la por meio de execução fiscal. Portanto, as multas por descumprimento de obrigações tributárias principal e acessória não desaparecem com a incorporação das empresas.

Ademais, o lançamento foi efetuado por falta de pagamento tempestivo do imposto, o que implica na exigência dos valores devidos com os acréscimos tributários e multas, e de acordo com o art. 39 do RPAF/BA, o Auto de Infração conterá, dentre outros dados importantes, o percentual de multa cabível, inexistindo possibilidade de sua lavratura sem a indicação de multa decorrente da falta de cumprimento da obrigação principal.

Por fim, o autuado requer que todas as intimações sejam direcionadas à Avenida Rio Branco, nº 110, 14º andar, Centro, Rio de Janeiro, RJ, CEP: 20040-0001, telefone (21) 2132-1855, aos cuidados do Dr. André Gomes de Oliveira, OAB/RJ nº 85.266. 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 PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, devendo ser homologados os valores já recolhidos.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 269135.0012/11-6, lavrado contra **TIM NORDESTE S. A.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$1.853.808,88**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, incisos VII, “a” e VIII, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologados os valores já recolhidos.

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”, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537/11, com efeitos a partir de 20/12/11.

Sala das Sessões do CONSEF, 28 de novembro de 2012

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - JULGADOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS - JULGADORA