

PROCESSO - A. I. Nº 269135.0012/11-6
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e TIM NORDESTE S.A.
RECORRIDOS - TIM NORDESTE S.A. e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JJF nº 0277-03/12
ORIGEM - IFEP SERVIÇOS
INTERNET - 04.07.2013

3ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C.JF Nº 0246-13/13

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 1ª Vara de Fazenda Pública de Comarca de Salvador. Infração insubsistente. 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. Mantidas as decisões recorridas. Recursos NÃO PROVIDOS. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recursos de Ofício e Voluntário, nos termos do art. 169, I, “a” e “b”, do RPAF/99, interpostos pela 3ª Junta de Julgamento Fiscal (3ª JJF) e pelo sujeito passivo, respectivamente, contra a Decisão que julgou Procedente em Parte - Acórdão JJF Nº 0277-03/12 - o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 23/12/11, para exigir ICMS no valor R\$2.163.281,36, em decorrência das seguintes irregularidades:

INFRAÇÃO 1 - Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS sem a apresentação do competente documento comprobatório do direito ao referido crédito. Consta que o contribuinte, apesar de intimado sucessivas vezes, não apresentou o Título de Incentivo do Programa Fazcultura, para comprovação do direito ao crédito fiscal, sendo, portanto, exigido o estorno dos créditos. Período: de janeiro a dezembro de 2007. Valor do débito: R\$1.810.951,69. Multa de 60%.

INFRAÇÃO 2 - 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. Consta que foi recolhido 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 3 - Deixou de recolher os acréscimos moratórios referentes ao ICMS devido, pago intempestivamente, porém espontâneo, nos meses de janeiro a outubro de 2007. Foi consignado que 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 defesa e, referindo-se à Infração 1, alega que o aproveitamento dos créditos de ICMS relacionados ao Programa Estadual de Incentivo à Cultura - Fazcultura não está condicionado à apresentação do Título de Incentivo. Apresentou Títulos de Incentivos relacionados ao Fazcultura e destacou que não era cabível a multa indicada na autuação.

Quanto à Infração 2, aduz que não foi considerado o depósito judicial efetuado nos autos do Mandado de Segurança nº 14002888648-3/2002, no montante equivalente ao débito ora exigidos.

Com relação à Infração 3, diz que a exigência fiscal é indevida, pois efetuou o recolhimento dos correspondentes débitos, observando os respectivos prazos de vencimento.

Afirma que as multas indicadas no Auto de Infração não procedem, tendo em vista a incorporação da TIM Nordeste S/A, ocorrida em 30/12/09.

Na informação fiscal, quanto à Infração 1, os autuantes explicaram que o autuado não informou o número do título utilizado como crédito, o que impossibilitou a validação desse crédito.

Relativamente à Infração 2, acatam o argumento defensivo, pois consideram que foi apresentado o respectivo documento correspondente ao débito apurado neste item da autuação fiscal.

No que tange à Infração 3, mantêm a exigência fiscal, conforme o demonstrativo anexado à fl. 12.

Quanto ao argumento defensivo atinente ao cancelamento das multas diante da incorporação da TIM Nordeste S/A pelo impugnante, mantêm as penalidades indicadas.

Ao se pronunciar sobre a informação fiscal, o autuado reiterou os argumentos já expendidos. Os autuantes, por seu turno, repetem as explicações aduzidas na informação fiscal.

O processo foi convertido em diligência à IFEP SERVIÇOS, para que os autuantes intimassem o autuado para: quanto à Infração 1, apresentasse a comprovação referente aos títulos do Fazcultura utilizados, indicando a que título se refere cada valor creditado; quanto à Infração 3, a apresentar a comprovação de que tinha efetuado o regular recolhimento dos débitos.

Em atendimento à diligência, os autuantes informaram que o autuado não apresentou nenhum dos elementos de prova, limitando-se a alegar que as provas dos autos já eram suficientes.

Ao se pronunciar acerca da diligência, o autuado afirmou que não foram analisados os documentos anexados ao processo. Reiterou os argumentos anteriores.

Na sessão de julgamento, considerando que a representante do autuado mencionou a possibilidade de apresentar demonstrativo correlacionando os títulos com os valores creditados, a 3ª JF adiou o julgamento para a sessão seguinte, porém não houve a juntada de qualquer prova.

Por meio do Acórdão JF Nº 0277-03/12, a Infração 1 foi julgada Procedente, tendo ilustre relator fundamentado o seu voto, em, síntese, da seguinte forma:

[...]

O defendente 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 defendente 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.

[...]

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 _____".

[...]

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 defendente 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.

A Infração 2 foi julgada Improcedente, sob a seguinte fundamentação:

[...]

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.

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

Decidiu a primeira instância pela Procedência da Infração 3, tendo em vista que o recorrente não comprovou o regular recolhimento do imposto.

Considerando que o valor da desoneração do contribuinte ultrapassava o limite previsto no art. 169, I, “a”, do RPAF/99, a 3ª JF recorreu de ofício para uma das Câmaras do CONSEF.

Inconformado com a decisão contida no Acórdão JF Nº 0277-03/12, o contribuinte apresenta Recurso Voluntário, no qual afirma que a Decisão recorrida merece ser reformada.

Quanto à Infração 1, diz que com a apresentação dos títulos do Fazcultura, a fiscalização já possui todos os elementos necessários para a homologação das operações de compensação dos créditos de ICMS, o que diz revelar o quanto a manutenção da exigência fiscal é despropositada.

Discorre sobre o Programa Fazcultura, transcreve dispositivos da Lei nº 7.015/96 e, em seguida, afirma que junto com a defesa foram apresentados os títulos do Fazcultura e, portanto, cai por terra a acusação que lhe foi imputada. Diz que, no entanto, os autuantes continuaram sustentando a exigência fiscal sob a alegação de que “a validação dos créditos só é possível com a indicação por parte da Impugnante do número e valor do título utilizado em cada mês”. Ressalta que, como não foi esse o fundamento que motivou a lavratura do Auto de Infração, a manutenção da exigência fiscal extrapolar o lançamento tributário, o que frisa ser inadmissível.

Assegura que, com base nas informações e documentos apresentados durante a ação fiscal e nos títulos trazidos na defesa, a fiscalização dispunha de todos os elementos necessários para homologar o aproveitamento dos créditos de ICMS em questão.

Acrescenta que não há na legislação aplicável ao caso, especialmente no Decreto nº 10.361/07 que regulamenta o Programa Fazcultura, qualquer dispositivo que condicione o aproveitamento do referido benefício fiscal à apresentação dos documentos exigidos pela fiscalização. Destaca que, cumpridas as obrigações acessórias de que trata esse diploma legal, a Secretaria de Cultura está autorizada a conceder aos contribuintes o citado benefício fiscal de ICMS. Diz que o não atendimento das intimações para apresentação de planilha ou de títulos não pode impedir o aproveitamento do benefício fiscal, já que essa exigência não é requisito legal para a concessão do incentivo em comento.

Reitera que a apresentação dos referidos títulos não possui a natureza de obrigação acessória, posto que não possui previsão legal, conforme dispõe o art. 113, §2º, do CTN. Frisa que a Secretaria da Cultura lhe concedeu o direito à fruição do benefício fiscal em decorrência do patrocínio dos eventos culturais.

Assevera que a 3ª JF, no acórdão recorrido, não apreciou o argumento da incompatibilidade da exigência dos débitos decorrentes da multa, o que é causa de nulidade da Decisão recorrida.

Afirma que a multa prevista no art. 42, VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, não é aplicável à infração em comento, pois não houve aproveitamento indevido de crédito fiscal, já que o benefício fiscal foi expressamente concedido pela Secretaria de Cultura. Acrescenta que essa referida multa não poderia ser aplicada em virtude da não apresentação de documento à fiscalização, especialmente quando o contribuinte não está obrigado a fazê-lo.

Após afirmar que essa multa possui o caráter punitivo, sustenta que é descabida a acusação de que aproveitado indevidamente créditos presumidos de ICMS previstos na Lei nº 7.015/96, já que a não apresentação dos documentos exigidos pela fiscalização não pode impedir a utilização do referido benefício fiscal. Destaca que não houve qualquer hipótese de transgressão à lei tributária, o que diz afastar a possibilidade de imposição de penalidade. Solicita que, caso seja mantida a exigência fiscal, a multa seja cancelada.

No que tange à Infração 3, sustenta que a exigência fiscal é descabida, pois efetuou o regular recolhimento dos citados débitos de ICMS, em observância aos respectivos prazos de vencimento.

Diz que não procede a aplicação das penalidades indicadas na autuação, haja vista que em decorrência da incorporação da Tim Nordeste S/A, ocorrida em 30/12/09, apenas lhe pode ser atribuída a obrigação quanto ao recolhimento de tributo, na qualidade de sucessor universal de direitos e obrigações.

Afirma que os documentos societários acostados na defesa demonstram que a TIM Nordeste S/A foi incorporada pela TIM Celular S/A, ora recorrente, em 30/12/09. Argumenta que, a teor do disposto no art. 132 do CTN, responde apenas pelos tributos deixados pelo incorporado, não havendo qualquer responsabilidade quanto às penalidades aplicadas posteriormente a essa data e que sejam decorrentes de infrações praticadas pelo incorporado. Cita doutrina e jurisprudência.

Ao finalizar, solicita que seja decretada a nulidade da Decisão recorrida por falta de apreciação de argumentos trazidos na defesa. No mérito, requer que as Infrações 1 e 3 sejam canceladas. Sucessivamente, pede que sejam canceladas as multas indicadas na autuação.

Ao exarar o parecer de fls. 239 a 241, a ilustre representante da PGE/PROFIS ressalta que as acusações imputadas ao recorrente estão tipificadas e alicerçadas na legislação tributária estadual, de forma que o lançamento atende aos requisitos descritos no art. 39 do RPAF/99.

Posiciona-se pelo afastamento da preliminar de nulidade da Decisão recorrida, pois não vislumbra a presença de falha capaz de gerar prejuízo ao direito de defesa do recorrente. Pontua que consta no Acórdão recorrido motivação expressa acerca do cabimento das penalidades indicadas no lançamento tributário de ofício. Registra que as alegações referentes à ilegalidade de multa não podem ser apreciadas pelo CONSEF, a teor do disposto no art. 167, II, do RPAF/99.

No mérito, afirma que as provas materiais colacionadas aos autos servem para demonstrar que os títulos de incentivos concedidos à Maxitel S/A, no exercício de 2007, não cumpriram as determinações do Decreto nº 10.361/07, que aprovou o Regulamento do Programa Estadual de Incentivo ao Patrocínio Cultural – FAZCULTURA.

Diz que, em consonância com o disposto no art. 27, inc. I, do Regulamento do Fazcultura, no livro Registro de Apuração de ICMS (RAICMS), na coluna relativa ao imposto devido, deverá constar o valor do abatimento utilizado no período de apuração do imposto, com a seguinte observação: “*Incentivo Cultural Lei nº 7.015/96 – Título de Incentivo nº ...*” e preencher o Documento de Arrecadação Estadual (DAE) com o valor líquido do ICMS a recolher, fazendo menção, no campo “Observações”, à inscrição prevista no inciso anterior.

Ressalta que não há dúvida acerca da obrigatoriedade do preceito contido no art. 27 do Regulamento do Fazcultura, estabelecendo o vínculo entre o valor creditado e o respectivo título de incentivo. Diz que o recorrente não comprova o lançamento regular dos créditos no RAICMS, pois não informou os números dos títulos utilizados como créditos, o que inviabilizou a validação do crédito fiscal. Diz que a exigência fiscal em comento deve ser mantida.

Referindo-se à Infração 3, afirma que o recorrente não apresenta elemento material capaz de descaracterizar a intempestividade do recolhimento do imposto. Diz que a exigência fiscal não carece de reparo, uma vez que o pagamento de débito tributário fora do prazo legal, mesmo que espontâneo, está sujeito a acréscimos moratórios.

No que tange às multas indicadas no Auto de Infração, explica 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, em consonância com o art. 1.116 do Código Civil. Diz que na sucessão, o sucessor adquire o ativo e o passivo fiscal do sucedido, ou seja, a multa continua a integrar o passivo da empresa incorporada, na hipótese do crédito já estar formalizado na data da sucessão.

Opina pelo Não Provimento do Recurso Voluntário.

Após apreciação em pauta suplementar, por unanimidade, decidiu a 3ª CJF que o processo estava em condições de julgamento.

VOTO

Preliminarmente, foi suscitada a nulidade da Decisão recorrida sob a alegação de que a primeira instância não apreciou o argumento defensivo da impossibilidade da exigência dos débitos decorrentes da aplicação de multa.

Afasto essa preliminar de nulidade, pois, ao contrário do sustentado pelo recorrente, a citada questão foi abordada na Decisão recorrida. As conclusões a que chega o relator demonstram que todos os pontos trazidos na defesa foram analisados e rechaçados pela Primeira Instância. Esse fato fica claro quando o relator explica que, nos termos do artigo 39 do RPAF/99, inexistia a possibilidade de lavratura de Auto de Infração sem a indicação de multa decorrente de descumprimento de obrigação principal. Essa explicação deixa evidente que o argumento defensivo quanto à impossibilidade da aplicação de multa não podia prosperar por falta de respaldo legal. Corroborando esse entendimento, peço vênia transcrever trecho do voto proferido no Acórdão CJF 0143-13/13, da relatoria do Conselheiro Rafael Barbosa de Carvalho Figueiredo, por meio do qual foi afastada preliminar de nulidade idêntica a que se encontra em análise:

Quanto ao Recurso Voluntário, verifico que não tem cabimento o pedido de nulidade da Decisão recorrida por, supostamente, não ter enfrentado expressamente argumentos defensivos. Entendo que Decisão de primeiro grau enfrentou o mérito da questão, apreciando sim os argumentos defensivos. Note-se que o julgador não precisa se manifestar expressamente sobre todas as alegações defensivas, rebatendo, um a um, todos os argumentos, se já tiver encontrado fundamentação para a sua Decisão. Neste sentido a jurisprudência pacífica do STJ:

PREVIDENCIÁRIO. VIOLAÇÃO DO ART. 535, II, DO CPC. INEXISTÊNCIA.

INCLUSÃO DO NOME DO CÔNJUGE COMO DEPENDENTE. NECESSIDADE DE ANÁLISE DE LEI LOCAL. SÚMULA 280/STF.

1. Não há omissão na Decisão recorrida que tivesse por consequência a violação do art. 535, II, do CPC. As questões apresentadas na apelação não foram decididas conforme objetivava o recorrente, uma vez que foi aplicado entendimento diverso.

2. Dessarte, o juiz não fica obrigado a manifestar-se sobre todas as alegações das partes, nem a ater-se aos fundamentos indicados por elas, ou a responder, um a um, a todos os seus argumentos quando já encontrou motivo suficiente para fundamentar a Decisão, o que de fato ocorreu.

3. O recorrente pretende a interpretação da Lei Complementar Estadual n. 12/99 e da Lei Estadual n. 13.875/2007; todavia, o exame de normas de caráter local é inviável na via do Recurso especial, em face da vedação prevista na Súmula 280 do STF, segundo a qual "por ofensa a direito local não cabe Recurso extraordinário".

Agravo regimental improvido.

(AgRg no AREsp 260.318/CE, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 05/03/2013, DJe 14/03/2013) (grifamos)

Assim, rejeito a preliminar de nulidade da Decisão recorrida.

Adentrando ao mérito, passo a apreciar a decisão de primeira instância quanto à Infração 1, a qual trata de utilização indevida de crédito fiscal de ICMS em razão da falta de apresentação do competente documento comprobatório do direito ao referido crédito. Complementando essa descrição, consta que apesar de regularmente intimado, o recorrente não apresentou o título de incentivo do Programa Fazcultura. Na informação fiscal, os autuantes afirmaram que o recorrente não informou o número do título de incentivo utilizado como crédito no livro Registro de Apuração de ICMS, impossibilitando, assim, a validação do crédito.

Sustenta o recorrente que a legislação não condiciona o aproveitamento do benefício fiscal do Fazcultura à apresentação dos títulos de incentivos que foram exigidos pela fiscalização.

Essa tese recursal não merece acolhimento, pois um dos princípios que fundamentam a escrituração fiscal – assim como a contábil – prevê que lançamento realizado na escrita fiscal deverá ser efetuado com base em documento que lhe dê respaldo. O disposto no artigo 319, do RICMS-BA/97, vigente à época dos fatos, deixava claro esse princípio quando previa que a “*escrituração dos livros fiscais será feita com base nos documentos relativos às operações ou prestações realizadas pelo contribuinte*”. Não seria razoável admitir que um contribuinte efetuasse lançamentos em sua escrita fiscal sem qualquer documento que respaldasse e explicasse esse registro.

O Regulamento do Programa Fazcultura, aprovado pelo Dec. 10.361/07, no seu art. 2º, inc. XII, seguindo esse princípio basilar de escrituração fiscal, prevê que é o título de incentivo do Programa Fazcultura, emitido pela Secretaria de Cultura, “*que especifica as importâncias que o Patrocinador poderá utilizar para abater do valor a recolher do ICMS*”.

Por sua vez, o disposto no art. 27 desse citado Decreto, ao tratar da escrituração do abatimento no livro Registro de Apuração de ICMS, assim dispõe:

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.

Examinando as cópias do livro Registro de Apuração de ICMS do recorrente, acostadas aos autos no CD-ROM de fl. 25, verifica-se que não há ali qualquer informação acerca dos abatimentos lançados pelo recorrente quanto ao Programa Fazcultura, tendo o recorrente se limitado a registrar “DEDUÇÕES FAZCULTURA – LEI 7.015 – (5%)” e o valor que foi abatido. Dessa forma, está claro que o procedimento adotado não seguiu as determinações contidas na legislação do referido Programa, impedido, assim, que os prepostos fiscais aferissem a regularidade das deduções efetuadas pelo recorrente em seu livro Registro de Apuração de ICMS.

O recorrente afirma que, com a apresentação dos títulos anexados à defesa, a fiscalização tinha todos os elementos necessários à homologação dos referidos créditos de ICMS.

Efetivamente, na defesa, o recorrente apresentou os títulos de fls. 102 a 118, porém a análise desses documentos mostra que não há como correlacioná-los aos valores lançados no Registro de Apuração de ICMS, pois os títulos são em valores totalmente diversos dos que foram lançamentos. Além disso, para os meses de janeiro, março, abril, junho, julho, agosto, outubro e novembro, nos quais o recorrente usufruiu do benefício fiscal, não foi apresentado qualquer título. Dessa forma, esses documentos não se mostram capazes de elidir a infração em comento.

Com fulcro no princípio da busca da verdade material, o processo foi convertido em diligência, para que o recorrente fosse intimado a apresentar os títulos e demonstrativos mensais dos valores lançados quanto ao Fazcultura. Todavia, o recorrente não apresentou qualquer comprovação, limitando-se a afirmar que os elementos já existentes nos autos eram suficientes para o deslinde da questão. Dessa forma, fica caracterizada a não apresentação da documentação comprobatória

dos valores lançados a crédito no seu Registro de Apuração de ICMS, bem como a escrituração em desacordo com as determinações legais, impedindo a validação dos valores escriturados.

No que tange à multa indicada na autuação, saliento que nos termos do art. 41, §§ 1º e 2º, do Decreto nº 10.361/07, o patrocinador que utilizar indevidamente dos benefícios da Lei nº 7.015/96 ficará sujeito à aplicação de multa prevista na legislação do ICMS, mediante a lavratura de Auto de Infração. O procedimento irregular adotado pelo recorrente se subsume ao previsto nesse dispositivo legal e, portanto, agiram de forma acertada os autuantes quando decidiram pela imposição da multa indicada no Auto de Infração.

O pedido para que a multa indicada na infração em tela seja cancelada não pode ser acolhido, pois como se trata de multa por descumprimento de obrigação principal, a apreciação de tal pedido é da competência da Câmara Superior deste CONSEF, nos termos do art. 159 do RPAF/99.

Quanto à Infração 3 – falta de recolhimento de acréscimos moratórios referentes a ICMS devido, pago intempestivamente, porém espontâneo – o recorrente afirma que efetuou o regular recolhimento dos débitos de ICMS, porém não apresenta qualquer prova do alegado.

O processo foi convertido em diligência, tendo sido o recorrente intimado a comprovar que efetuou os alegados recolhimentos dentro do prazo regulamentar, porém nada foi apresentado.

Nos termos do art. 143 do RPAF/99, “a simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal”. Dessa forma, a infração em comento subsiste em sua totalidade, pois o recorrente não trouxe ao processo qualquer elemento probante capaz de elidir a acusação que lhe foi imputada.

O recorrente sustenta que as multas indicadas na autuação não podem ser exigidas, tendo em vista que a TIM Nordeste S/A foi incorporada pela TIM Celular em 30/12/09. Para corroborar sua tese, discorre sobre o conceito de crédito tributário, cita doutrina e reproduz jurisprudência.

Sobre tal matéria, o entendimento assente neste CONSEF, na hipótese de sucessão por incorporação, tem sido que o sucessor assume a responsabilidade pelo tributo e pela multa punitiva ou moratória, sendo que essa responsabilidade abrange os créditos tributários definitivamente constituídos, em curso de constituição ou constituídos após a sucessão, desde que relativos a fatos geradores ocorridos até a referida data. Esse entendimento está em conformidade com o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, conforme ementas transcritas a seguir, como exemplos:

RECURSO ESPECIAL Nº 923.012 - MG (2007/0031498-0)

Data do Julgamento: 09 de junho de 2010

RELATOR : MINISTRO LUIZ FUX

EMENTA

TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. RESPONSABILIDADE POR INFRAÇÃO. SUCESSÃO DE EMPRESAS. ICMS. BASE DE CÁLCULO. VALOR DA OPERAÇÃO MERCANTIL. INCLUSÃO DE MERCADORIAS DADAS EM BONIFICAÇÃO. DESCONTOS INCONDICIONAIS. IMPOSSIBILIDADE. LC N.º 87/96. MATÉRIA DECIDIDA PELA 1ª SEÇÃO, NO RESP 1111156/SP, SOB O REGIME DO ART. 543-C DO CPC.

1. A responsabilidade tributária do sucessor abrange, além dos tributos devidos pelo sucedido, as multas moratórias ou punitivas, que, por representarem dívida de valor, acompanham o passivo do patrimônio adquirido pelo sucessor, desde que seu fato gerador tenha ocorrido até a data da sucessão. (Precedentes: REsp 1085071/SP, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 21/05/2009, DJe 08/06/2009; REsp 959.389/RS, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 07/05/2009, DJe 21/05/2009; AgRg no REsp 1056302/SC, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 23/04/2009, DJe 13/05/2009; REsp 3.097/RS, Rel. Ministro GARCIA VIEIRA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 24/10/1990, DJ 19/11/1990)

2. "(...) A hipótese de sucessão empresarial (fusão, cisão, incorporação), assim como nos casos de aquisição de fundo de comércio ou estabelecimento comercial e, principalmente, nas configurações de sucessão por transformação do tipo societário (sociedade anônima transformando-se em sociedade por cotas de responsabilidade limitada, v.g.), em verdade, não encarta 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 fiscal não se transfere, simplesmente continua a integrar o passivo da empresa que é: a) fusionada; b) incorporada; c) dividida pela cisão; d) adquirida; e) transformada. (Sacha Calmon Navarro Coelho, in Curso de Direito Tributário Brasileiro, Ed. Forense, 9ª ed., p. 701)

RECURSO ESPECIAL Nº1085071/SP (2008/0187767-4)

Data do Julgamento: 21 de maio de 2009

RELATOR : MINISTRO BENEDITO GONÇALVES

EMENTA

TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL EM EMBARGOS À EXECUÇÃO. RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA DO SUCESSOR EMPRESARIAL POR INFRAÇÕES DO SUCEDIDO. ARTIGO 133 DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL. PRECEDENTES.

1. Em interpretação ao disposto no art. 133 do CTN, o STJ tem entendido que a responsabilidade tributária dos sucessores estende-se às multas impostas ao sucedido, sejam de natureza moratória ou punitiva, pois integram o patrimônio jurídico-material da sociedade empresarial sucedida.

2. “Os arts. 132 e 133, do CTN, impõem ao sucessor a responsabilidade integral, tanto pelos eventuais tributos devidos quanto pela multa decorrente, seja ela de caráter moratório ou punitivo. A multa aplicada antes da sucessão se incorpora ao patrimônio do contribuinte, podendo ser exigida do sucessor, sendo que, em qualquer hipótese, o sucedido permanece como responsável. E devida, pois, a multa, sem se fazer distinção se é de caráter moratório ou punitivo; é ela imposição decorrente do não-pagamento do tributo na época do vencimento” (REsp n. 592.007/RS, Rel. Min. José Delgado, DJ de 22/3/2004).

3. Recurso especial provido

Em face ao acima exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

Trata o Recurso de Ofício da decisão de primeira instância que julgou Improcedente a Infração 2, referente a recolhimento a menos de ICMS, no valor de R\$ 309.472,48, em decorrência de desconcontro entre o valor recolhido e o escriturado no Registro de Apuração de ICMS.

Na defesa, o recorrido afirmou que a diferença exigida decorria de depósito judicial efetuado nos autos do Mandado de Segurança nº 14002888648-3/2002, conforme os documentos de fls. 87 a 100. Ao prestar a informação fiscal, os autuantes acolheram o argumento e provas trazidos na defesa.

Não há reparo a fazer na decisão de primeira instância, pois os documentos trazidos na defesa, especialmente o de fl. 97, comprovam que a diferença que estava sendo exigida na Infração 2 era decorrente do depósito judicial citado na defesa, o qual não tinha sido considerado pelos autuantes no momento da ação fiscal.

Voto, portanto, pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício, para homologar a Decisão recorrida, a qual não carece de qualquer reparo.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** os Recursos de Ofício e Voluntário apresentados, para manter inalterada a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **269135.0012/11-6**, lavrado contra **TIM NORDESTE S.A.**, devendo ser intimado o recorrente 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.

Sala das Sessões do CONSEF, 12 de junho de 2013.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – RELATOR

MARIA OLÍVIA TEIXEIRA DE ALMEIDA - REPR. DA PGE/PROFIS