

A. I. N° - 2328820007064
AUTUADO - MMDS BAHIA LTDA.
AUTUANTE - EDINALDO AVELINO DE PAIVA
ORIGEM - IFEP SERVIÇOS
INTERNET - 13/12/2006

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0390-03/06

EMENTA: ICMS. 1. BASE DE CÁLCULO. SERVIÇOS DE COMUNICAÇÕES. REDUÇÃO INDEVIDA. O contribuinte perdeu a fruição do benefício da redução da base de cálculo do ICMS, por descumprimento de obrigações legais. Infração subsistente. 2. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. É devido o recolhimento do imposto relativo as diferenças entre alíquotas internas e interestaduais. Infração caracterizada. Preliminar de nulidade rejeitada. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, em lide, foi lavrado em 25/09/2006, no valor total de R\$ 61.642,74, pelo cometimento das seguintes irregularidades:

INFRAÇÃO 1: Deixou de recolher o ICMS no prazo regulamentar referente a prestações de serviço de comunicação escrituradas nos livros fiscais próprios, apurado conforme DMA de junho a agosto de 2006 dos valores lançados e não recolhidos, com prazo de pagamento previsto nos Decretos 9307/04 e 9250/04. Consta na descrição dos fatos, que o contribuinte tem direito à redução de base de cálculo conforme prevê o RICMS- BA, contudo está sujeito ao cumprimento de obrigações tributárias, de acordo com o Artigo 86, V, “b” do mencionado diploma legal. O contribuinte vem descumprindo as obrigações legais e perdeu o direito ao benefício de redução de base cálculo, a partir de julho de 2006, por solicitação do preposto da fiscalização, acordado pelo supervisor e Inspetor, conforme comunicado interno de 30/06/2006, anexo. Total do débito: R\$ 36.638,81 com multa aplicada de 50%.

INFRAÇÃO 2- Deixou de recolher no prazo regulamentar o imposto declarado na DMA, relativo à transferências de bens para outro Estado nos meses de julho e agosto de 2006; de outras saídas tributadas e diferencial de alíquotas referente a agosto de 2006, tudo conforme demonstrativo dos valores de ICMS lançados e não recolhidos e livro Registro de Entradas de agosto de 2006, com prazo de pagamento previsto nos Decretos 9307/04 e 9250/04. Total do débito R\$ 25.003,93, com multa aplicada de 50%.

O autuado apresenta impugnação, tempestivamente (fl. 27/37), arguindo que o impugnante é pessoa jurídica pertencente ao Grupo Televisão Cidade. Discorre sobre a infração imputada e diz que a perda do benefício previsto no artigo 86, V, “c”, configura verdadeiro ilícito administrativo ao vincular sanção administrativa ao descumprimento de norma tributária. Acrescenta que o crédito tributário constituído deixou de considerar os créditos que a impugnante faz jus na modalidade de apuração do ICMS pretendida pela fiscalização, denotando falta de certeza e liquidez do valor ora exigido. Salaria que a multa aplicada constitui inequívoco bis in idem, uma vez que penaliza duplamente o defendente a partir do descumprimento de dever instrumental e que, portanto, deve ser anulado por conter vícios insanáveis. Salaria que de acordo com o disposto no artigo 86, V, “c” do RICMS-BA, o contribuinte que deixar de efetuar o adimplemento da obrigação tributária principal perderá o direito à fruição deste benefício. Entende que a perda do benefício fiscal desta forma implica em verdadeira sanção administrativa

vinculada ao descumprimento de uma obrigação tributária, isto é, o contribuinte é coagido a efetuar o adimplemento do tributo sob a ameaça da perda da vantagem fiscal concedida pela autoridade administrativa. Ressalta que ao deixar de efetuar o recolhimento do tributo devido, não pode o contribuinte ser penalizado pela perda do benefício concedido, porquanto, tem ele o direito de constituir o processo de discussão de uma obrigação fiscal que lhe está sendo imposta, assim como, de uma decisão acerca dos argumentos invocados na defesa. Diz que tanto na esfera administrativa como na judicial devem ser obedecidas as garantias individuais elementares ao processo fiscal, uma vez que representam as implicações jurídicas mais diretas do princípio constitucional do devido processo legal. Declara que uma vez estabelecido o litígio judicial ou administrativo acerca da obrigação tributária exigida, não pode a fiscalização tomar qualquer medida punitiva contra o contribuinte. Cita diversas Súmulas do STF para fortalecer suas argumentações. Salienta que não obstante a inconstitucionalidade apresentada no Auto de Infração, a fruição deste benefício foi condicionado à impossibilidade de que o contribuinte pudesse efetuar o aproveitamento de quaisquer créditos apurados enquanto estivesse sujeito ao benefício da redução da base de cálculo. Reproduz o artigo 86 do RICMS-BA, argüindo que conforme se verifica na peça acusatória o contribuinte havia perdido o benefício da redução de base de cálculo a partir do mês de junho de 2006, em decorrência do inadimplemento da obrigação tributária principal, e que, se admitindo a exclusão do impugnante do regime de tributação estabelecido pelo aludido dispositivo legal, automaticamente estar-se-ia admitindo o seu retorno ao regime normal de tributação de ICMS, o qual determina a plena possibilidade de aproveitamento de créditos, nos termos do próprio regulamento. Entende que a fruição do benefício fiscal ora analisado caracteriza-se como uma faculdade do contribuinte, e não uma imposição. Teremos por um lado, as empresas que prestam serviços de televisão por assinatura, usufruem do benefício fiscal concedido e não estão autorizadas a apurar ou aproveitar créditos do ICMS, ou, por outro lado, também teremos as empresas que igualmente prestam serviços de televisão por assinatura, contudo não fazem uso do benefício fiscal concedido, mas que estão autorizadas a apurar e aproveitar créditos de ICMS. Acrescenta que em decorrência desta situação, a partir de junho de 2006, a impugnante estaria autorizada a efetuar o aproveitamento de quaisquer créditos que porventura tenham sido apurados em razão do exercício de suas atividades, e que não seria razoável por parte da autoridade fiscal estadual, exigir que o autuado se sujeite ao regime tributário comum, recolhendo imposto com base em uma alíquota mais elevada, e ao mesmo tempo esteja impedido de apurar e efetuar o aproveitamento dos créditos que lhe são cabíveis, de acordo com a legislação vigente. Quanto à multa aplicada diz que a regra sancionadora é a perda do próprio benefício. Cita entendimento do Professor Paulo de Barros Carvalho sobre a questão. Salienta que o agente fiscal de forma arbitrária exigiu a exclusão do contribuinte como ato sancionatório e acrescentou outra pena ao contribuinte descrita no artigo 42, I da Lei 7014/96. Declara que, considerando o próprio dispositivo legal que permite o benefício com a respectiva multa sancionatória pelo descumprimento das exigências legais, não haveria que se falar em outra pena, verificando-se a total inexigibilidade da multa exigida no art. 42, I da referida Lei, pois, assim, haveria duplicidade na cobrança de penalidades. Conclui, requerendo a improcedência da autuação, ou caso mantida, seja concedido o benefício da redução da base de cálculo, reduzindo o valor do débito ora exigido, e que também, seja refeita a conta gráfica do autuado, a fim de possibilitar o aproveitamento dos créditos de ICMS a que faz jus na modalidade de compensação débito/crédito. Requer, também, que seja totalmente relevada a multa cominada, pois que, a aplicação da mesma, constitui bis in idem.

O autuante, por sua vez, presta informação fiscal às folhas 51/53, reproduzindo o pleito do autuado, e informando que o benefício da redução da base de cálculo é uma concessão do Estado, contudo é uma opção do contribuinte, que ao fazê-la tem conhecimento das exigências legais constantes das alíneas b e c do artigo 86 do RICMS-BA. Diz que a perda do benefício fiscal foi aplicada em função do não cumprimento dos requisitos essenciais para a sua fruição. Salienta que em nenhum momento o contribuinte foi impedido de utilizar os créditos aos quais tem direito e que não consta nos documentos apresentados a essa Sefaz os referidos créditos. Entende

que os créditos fiscais citados pela impugnante (combustíveis e energia elétrica) não podem ser aproveitados por empresas que prestam serviços de comunicação, além dos citados créditos não estarem escriturados. Ressalta que a perda do benefício de redução de base de cálculo por falta de cumprimento da obrigação principal não extingue a penalidade prevista no artigo 914 do RICMS-BA. Conclui, opinando pela Procedência total do Auto de Infração.

VOTO

Inicialmente, rejeito a preliminar de nulidade suscitada pelo autuado, tendo em vista que o Auto de Infração foi lavrado em atendimento às formalidades legais e encontra-se revestido de todos os pressupostos de validação do processo. Foram observadas as exigências regulamentares, notadamente o Regulamento do Processo Administrativo Fiscal - RPAF, em seu artigo 18.

No mérito, o Auto de Infração, em lide, reclama a falta de recolhimento do ICMS no prazo regulamentar referente a prestações de serviço de comunicação escrituradas nos livros fiscais próprios e pela falta de recolhimento do ICMS no prazo regulamentar do imposto declarado na DMA, relativo à transferências de bens para outro Estado no mês de julho e agosto de 2006 e de outras saídas tributadas e diferencial de alíquotas referente a agosto de 2006.

Constato que o defendente apenas apresenta seu protesto em relação à infração 01, portanto, considero procedente a infração 02, por inexistência de controvérsias.

Da análise das peças processuais, quanto à infração 01, verifico que se trata de exigência de ICMS relativo ao período de junho a agosto de 2006 em razão de o autuado estar descumprindo o disposto no artigo 86, V, “b”, do RICMS-BA que condiciona a fruição do benefício fiscal ao adimplemento regular da obrigação tributária principal, o qual reproduzo abaixo:

Art. 86: É reduzida a base de cálculo:

V- das prestações de serviço de televisão por assinatura, de tal forma que na incidência do imposto resulte numa carga tributária de 10% (dez por cento), a partir de 01/01/2001, sendo que:

- a) a redução da base de cálculo será aplicada, opcionalmente, pelo contribuinte, em substituição ao sistema de compensação do imposto (débito/crédito), hipótese em que deverá renunciar a utilização de quaisquer créditos fiscais, no período considerado*
- b) o contribuinte ficará obrigado ao cumprimento regular da obrigação tributária principal*
- c) o descumprimento da condição prevista na alínea "b" implicará na perda do benefício a partir do mês subsequente àquele em que se verificar o inadimplemento, ficando a reabilitação à fruição do benefício condicionada ao recolhimento do débito fiscal remanescente ou ao pedido de seu parcelamento, a partir do mês subsequente ao da regularização*

O autuante informa que o defendente iniciou um procedimento de atraso nos recolhimentos do ICMS através de comunicado interno nº 002/06, acostados aos autos (fl. 16), que resultou na lavratura de diversos autos de infração. Esse fato não foi contestado pelo impugnante na sua peça defensiva, conseqüentemente perdeu o direito à fruição da redução da base de cálculo prevista no supramencionado diploma legal, devendo recolher o imposto pela alíquota de 27%, prevista para prestações de serviços de televisão por assinatura. Quanto ao aproveitamento de créditos fiscais, em razão do retorno à sistemática normal de apuração do imposto, pelo sistema de débitos e créditos, apurada neste Auto de Infração, não acato as alegações defensivas, tendo em vista que o autuado não acostou ao processo as provas da existência dos referidos créditos fiscais, tais como: notas fiscais, documentos, escrituração nos livros fiscais próprios, o que ensejaria a sua análise e a realização de novos cálculos. No que tange as alegações da ocorrência de bis in idem, verifico que o autuante aplicou corretamente a penalidade prevista no artigo 42, I, “a”, da Lei 7.014/96,

como também em razão do disposto no artigo 914, I e III, do RICMS-BA. Ressalto, que não é da competência deste relator da JJF, apreciar a redução ou cancelamento de multa por descumprimento de obrigação principal, nos termos do artigo 159, do RPAF.

Concluo, pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **2328820007064**, lavrado contra **MMDS BAHIA LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento de imposto no valor de **R\$61.642,74**, acrescido da multa de 50%, prevista no artigo 42, inciso I, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 29 de novembro de 2006.

ARIVALDO SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE

OLAVO JOSÉ GOUVEIA OLIVA - RELATOR

EDUARDO RAMOS DE SANTANA - JULGADOR