

A. I. Nº - 269280.0015/06-2
AUTUADO - CABLE BAHIA LTDA.
AUTUANTES - MAURÍCIO COSTA GOMES e MARIA CRISTINA DE OLIVEIRA ALMEIDA
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
INTERNET - 19.12.06

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0399-02/06

EMENTA: ICMS. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO. SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO. IMPOSTO LANÇADO E NÃO RECOLHIDO NOS PRAZOS REGULAMENTARES. VALORES DECLARADOS NA DMA. Nas prestações de serviço de televisão por assinatura, há previsão, na legislação, da incidência do ICMS, sendo reduzida a base de cálculo, e condicionada ao adimplemento da obrigação tributária principal sob pena da perda do referido benefício fiscal. Restando caracterizada a infração, o débito foi calculado sem a redução da base de cálculo. Com a perda do direito à redução da base de cálculo, o autuado requereu a utilização dos créditos fiscais decorrentes de sua atividade, porém não apresentou comprovação dos mesmos. Mantida a exigência fiscal. Não foi apreciada a alegação de constitucionalidade do art. 86 do RICMS/97. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 25/09/2006, exige ICMS no valor de R\$ 1.874.334,80, acrescido da multa de 50%, sob acusação de omissão de recolhimento do ICMS nos prazos regulamentares, decorrente da prestação de serviço de comunicação escriturada nos livros fiscais próprios, referente aos meses de junho, julho e agosto de 2006, conforme documentos às fls. 05 a 12. Consta na descrição do fato que o contribuinte tem direito à redução da base de cálculo, porém, como vem descumprindo o disposto no art. 86, inciso V, alínea “c”, perdeu o direito ao referido benefício fiscal a partir do mês de dezembro de 2005, já tendo, inclusive, sido autuado em outros períodos e continuou com o mesmo procedimento.

O autuado, através de advogado, em 26/10/2006 protocolou sua defesa (docs. fls. 16 a 26), onde inicialmente descreveu os fatos e os dispositivos tidos como infringidos (art. 4º, 9º, 51, II, “i”, 66, 86, 124 e 132-A do RICMS/97), e da multa aplicada (art. 42, I, “a” da Lei nº 7.014/96), e em seguida, argüiu a nulidade da autuação, por considerar que o lançamento está eivado de vícios insanáveis, com base nas seguintes preliminares.

a) Inconstitucionalidade da utilização de sanções administrativas para exigir o adimplemento de obrigação tributária. Argumenta que a perda do benefício nos termos previstos no artigo 86, inciso V, alínea “c”, do RICMS/97 configura verdadeiro ilícito administrativo ao vincular uma sanção administrativa ao descumprimento de uma norma tributária. Aduz que ao deixar de efetuar o recolhimento do tributo devido, não pode ser penalizado pela perda do benefício concedido, ressaltando que qualquer medida que vise coagir o contribuinte a cumprir obrigação tributária, fere o princípio constitucional do devido processo legal, pois viola os princípios da ampla defesa e do contraditório. Citou as Súmulas nº 70, 323 e 547, originadas do Supremo Tribunal Federal.

b) Direito ao aproveitamento dos créditos do ICMS. Esclarece que o estabelecimento presta serviços de televisão por assinatura no Estado da Bahia, e que se estivesse sendo beneficiada pela redução da base de cálculo prevista no art. 86, inciso V, do RICMS/97, não teria direito ao

aproveitamento de crédito de ICMS no período de apuração. Sustenta que com a perda do benefício da redução da base de cálculo, em virtude do não recolhimento do ICMS relativo à prestação de serviço de comunicação, automaticamente foi admitido o retorno ao regime normal de tributação do ICMS, ensejando o aproveitamento de créditos fiscais oriundos do exercício de sua atividade, nos termos do RICMS/BA. No caso, diz que o crédito tributário constituído deixou de considerar os créditos que faz jus na modalidade de apuração do ICMS pretendida pela fiscalização – débito e crédito – o que no seu entendimento denota a falta de certeza e liquidez da exigência fiscal. Nesse sentido, pede que seja reconhecido o seu direito de apurar e efetuar o aproveitamento de seus créditos de ICMS, a partir do momento em que foi decretada a perda do benefício fiscal, conforme documentos de aquisição de mercadorias e energia elétrica, que diz ter juntado à impugnação, por amostragem.

c) Não aplicação da multa de 50%. Alega que a multa aplicada constitui inequívoco bis in idem, uma vez que, penaliza duplamente a empresa a partir do mesmo alegado descumprimento de dever instrumental, ou seja, descumprimento do disposto no art. 86, V, “c” do RICMS/97, e multa por descumprimento de obrigação principal.

Por fim, pede que seja possibilitado efetuar o aproveitamento dos créditos de ICMS nos termos da legislação vigente (1) e seja considerada inexigível a multa cominada pelo art. 42, inciso I, da Lei nº 7.014/96.

Os autuantes prestam a informação fiscal às fls. 42 a 44, e após esclarecerem os fatos e o direito aplicável ao caso, rebateram os argumentos defensivos dizendo que:

1. o benefício da redução da base de cálculo é uma concessão do Estado, e que o contribuinte ao fazer a opção tem conhecimento das exigências legais constantes das alíneas “b” e “c” do inciso V do art. 86 do RICMS/97. Salientam que a perda do benefício da redução da base de cálculo foi aplicada em função do não cumprimento dos requisitos essenciais para a fruição do benefício.
2. não houve qualquer impedimento do autuado utilizar os créditos fiscais que legalmente teria direito. Destacam que não constam nas informações prestadas pelo autuado à SEFAZ os respectivos valores dos créditos fiscais, além de não terem sido juntados aos autos. Quanto ao crédito de energia elétrica suscitado na defesa, os prepostos fiscais ressaltam que este não gera direito ao crédito para empresas que prestam serviços de comunicação.
3. de acordo com o artigo 914, I a IV, do RICMS/97, a perda do benefício de redução da base de cálculo por falta de pagamento da obrigação principal, não extingue a aplicação da multa.

Concluindo, pugnam pela procedência total do Auto de Infração.

VOTO

O fulcro da autuação é de que o contribuinte autuado deixou de recolher o ICMS, nos meses de junho a agosto de 2006, referente a prestações de serviço de comunicação (televisão por assinatura) escrituradas nos livros fiscais próprios, e que por ter descumprido o disposto no art. 86, inciso V, alínea “b”, do RICMS/97, perdeu o direito ao benefício da redução da base de cálculo.

O débito encontra-se devidamente demonstrado na fl. 6, e a base de cálculo foi determinada através da divisão da base de cálculo reduzida declarada na DMA – Apuração e Informações Complementares (fls. 09 a 11) pelo coeficiente 0,40, e sobre este resultado aplicada a alíquota de 27% obtendo o débito de cada período, cujos valores utilizados para a apuração do débito não foram questionados pelo autuado.

A Lei Estadual do ICMS, Lei nº 7.014/96, com suas alterações, inclui no campo de incidência do ICMS, a prestação onerosa de serviços de comunicação (art. 2º, VII). Na defesa fiscal, não nega a sua obrigação em efetuar o pagamento do ICMS sobre os serviços de comunicação, e admitiu que realmente deixou de recolher o imposto que apurou e informou à Secretaria da Fazenda através

da DMA, porém, argüiu a constitucionalidade do art. 86, inciso V, alínea “b”, do RICMS/97, por entender que houve vinculação de uma sanção administrativa ao descumprimento de uma norma tributária, e violação aos princípios da ampla defesa e do contraditório; que a partir do momento que perdeu o direito ao benefício fiscal teria direito aos créditos decorrentes de sua atividade; e que não seria cabível a multa de 50%, por se constituir bis in idem, uma vez que, penaliza duplamente a empresa a partir do mesmo alegado descumprimento de dever instrumental.

Quanto a alegação de constitucionalidade de norma da legislação tributária estadual, de acordo com o artigo 167, inciso I, do RPAF/99, não se inclui na competência deste órgão julgador a declaração de constitucionalidade ou negativa de aplicação de lei, decreto ou ato normativo.

Por se tratar de serviço de televisão por assinatura, o contribuinte tem direito ao benefício da redução da base de cálculo previsto no art. 86, inciso V, do RICMS/97, e ao optar por esta metodologia de cálculo, em substituição ao sistema de compensação do imposto (débito-crédito), renunciou a utilização de quaisquer créditos no período considerado.

Neste processo, ao perder o direito à redução da base de cálculo, em razão do não cumprimento dos requisitos essenciais para a fruição do benefício, qual seja, por inadimplemento da obrigação principal (art. 86, V, “c”), considero legítima a pretensão do contribuinte autuado de utilizar os créditos fiscais decorrente de sua atividade, no período em que perdeu o benefício. Contudo, para que fosse avaliado o seu pedido seria necessário que fossem comprovados quais os créditos fiscais que teria direito, haja vista que não foi trazido aos autos qualquer elemento de prova pelo autuado, apesar de ter alegado que juntou tal comprovação por amostragem.

Finalmente, sobre a multa de 50% que foi aplicada, a mesma está prevista no artigo 42, inciso I, alínea “a”, da Lei nº 7.014/96, sendo que a alegação de ela se constitui inequívoco bis in idem, por penalizar duplamente a empresa a partir do mesmo alegado descumprimento de dever instrumental, não há como prosperar, visto que, de acordo com o artigo 914, I a IV, do RICMS/97, pelas infrações à legislação do ICMS serão aplicadas, isolada ou cumulativamente, as penalidades inerentes a multa; sujeição a regime especial de fiscalização e pagamento; cancelamento de benefícios fiscais; e cassação de regime especial para pagamento, emissão de documentos fiscais ou escrituração de livros fiscais.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 269280.0015/06-2, lavrado contra **CABLE BAHIA LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 1.874.334,80**, acrescido da multa de 50%, prevista no art. 42, I, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 05 de dezembro de 2006.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO – JULGADOR

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS – JULGADOR