

A. I. N° - 281213.0013/07-8
AUTUADO - MMDS BAHIA LTDA.
AUTUANTE - AFONSO CUNHA DE CARVALHO
ORIGEM - IFEP SUL
INTERNET - 23.11.2007

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0324-02/07

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 exigido 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. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, em lide, foi lavrado em 07/05/2007, sob acusação da falta de recolhimento do ICMS no total de R\$34.149,96, nos prazos regulamentares, referente a prestações de serviço de comunicação escrituradas nos livros fiscais próprios, dos valores lançados e não recolhidos do imposto declarado na DMA – Declaração e Apuração Mensal do ICMS, referente ao período de março de 2006 e março de 2007, conforme documento à fl. 07.

O autuado representado por advogado legalmente constituído, apresenta impugnação, tempestivamente (fls. 12 a 20), na qual, esclarece que o impugnante é pessoa jurídica pertencente ao Grupo Televisão Cidade. Descreveu a infração que lhe foi imputada, o enquadramento legal e a multa aplicada, e suscitou a nulidade da autuação, argüindo que o auto de infração está eivado de vício insanável, com base nas seguintes preliminares:

1. Ausência de requisitos formais essenciais para a constituição do crédito tributário, referente a:
a) ausência de indicação das situações em que o débito fiscal poderá ser pago com multa reduzida, conforme previsto no art.39, VII, do RPAF/99; b) falta de assinatura do autuado ou de seu representante ou preposto, com a data de ciência, ou a declaração de sua recusa, conforme previsto no art. 39, X, do RPAF/99.
2. Incongruência entre a descrição fática apresentada e o enquadramento legal. Transcreveu o art.333, do RICMS/97, tido com infringido, para argumentar que este dispositivo legal não condiz com a realidade dos fatos, pois entregou a Declaração e Apuração Mensal do ICMS referente ao período questionado no lançamento. Aduz que a falta de clareza e precisão na descrição da infração acarreta a impossibilidade de conhecer os dados necessários do lançamento para efeito de defesa ou até de pagamento do crédito, caracterizando cerceamento de defesa em afronta ao art.5º, LV, da CF/88. Nesse sentido, citou a jurisprudência do Conselho de Contribuintes.

3. Do direito ao aproveitamento dos créditos fiscais – alega que na constituição do crédito tributário não foram considerados os créditos fiscais que diz fazer 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 do valor exigido. Argumenta que a partir do momento que conforme decisão proferida pela 3ª JF do CONSEF/Ba, Acórdão nº 0390-03/06, perdeu o direito à fruição da redução da base de cálculo prevista no art.86, V, alíneas “a” e “b” do RICMS/97, a partir de junho de 2006, ficando obrigado a recolher o imposto à alíquota de 27% prevista para prestações de serviços de televisão por assinatura, automaticamente foi admitido o seu retorno ao regime geral de tributação do ICMS, com a possibilidade de aproveitamento dos créditos fiscais. Nestes termos, pede que seja reconhecido o seu direito de aproveitamento dos créditos fiscais que diz possuir durante o período de março/06 a junho/07. Aduz que nos seus livros fiscais encontram-se escriturados créditos de ICMS relativamente às seguintes operações: 1.301 – aquisição de serviço de comunicação para execução de serviço da mesma natureza; e 1.552 – transferência de nem do ativo imobilizado. Juntou cópias do livro de apuração do imposto (fls. 21 a 46). Com esse argumento, reafirma que o lançamento não contém todos os requisitos de liquidez e certeza na constituição do crédito tributário, citando decisão do Conselho de Contribuintes.

Por fim, caso não acatada a preliminar de nulidade, pede que seja refeita a conta gráfica de apuração do ICMS, a fim de possibilitar o aproveitamento dos créditos fiscais a que faz jus na modalidade de compensação débito/crédito em respeito ao princípio da não-cumulatividade.

Na informação fiscal às fls.59 a 60, o autuante rebate a primeira preliminar de nulidade dizendo que a indicação das situações em que o débito poderia ser pago com multa reduzida, conforme prevê o art.39, VII, do RPAF/99, consta do Anexo do Demonstrativo de Débito, que faz parte integrante do Auto de Infração (fl. 05). Quanto a questão relacionada com a falta de assinatura no auto de infração e data de ciência, o preposto fiscal esclareceu que o mesmo foi enviado por AR através dos Correios, entregues no endereço da empresa em 17/05/07 e recebido por Maria Helena M. Souza (fl. 06).

Quanto a alegação de incongruência entre a descrição fática e o dispositivo legal indicado (art. 333 do RICMS/97), o autuante invocando o art.19 do RPAF/99, diz que não implica em nulidade do lançamento pois a descrição dos fatos torna evidente o enquadramento legal no art. 124, I, do RICMS/97.

Com relação a alegação de que os créditos fiscais não foram considerados no presente lançamento, o autuante argumenta que em momento algum o autuado ficou impedido de utilizar tais créditos fiscais. Mostra que na cópia do livro Registro de Apuração do ICMS juntado à defesa, no período de março de 2006 a março de 2007, não existe registro de escrituração de créditos fiscais. Diz não ter acolhido o pedido do contribuinte em razão de não terem sido anexadas ao processo cópias das notas fiscais e documentos que comprovem a existência dos créditos fiscais pretendido pelo autuado.

Conclui pela manutenção integral do Auto de Infração.

Considerando a inexistência no processo da intimação acerca da lavratura de Auto de Infração, especificando os documentos a ela anexados, haja vista que consta apenas à fl. 10, o AR dos Correios, que embora no campo destinado a declaração do conteúdo especifique a entrega do auto de infração em questão, não faz referência ao Demonstrativo de Débito e ao seu Anexo, foi decidido por esta Junta de Julgamento Fiscal, na Pauta Suplementar desta data, em converter o processo em diligência à Infaz de origem, para que fosse intimado o sujeito passivo, reabrindo-se o prazo de defesa por **30 (trinta) dias** para o exercício da ampla defesa e do contraditório, e no ato da intimação fossem anexadas as cópias dos documentos: Auto de Infração/Termo de

Encerramento – Modelo 3 – (fls. 01 e 02); Demonstrativo de Débito – (fls. 03 e 04); Anexo do Demonstrativo de Débito – (fls. 05); e Cópia do despacho da diligência.

Conforme AR dos Correios à fl. 65, foram entregues ao sujeito passivo cópias do Auto de Infração, Demonstrativo de Débito e seu Anexo, e despacho da diligência da 2ª JJF (fl. 64).

À fl. 66, consta uma Perecer do Inspetor Fazendário da Infaz Vitória da Conquista, informando que, cumprindo a diligência solicitada por esta Junta, foram encaminhados ao autuado os documentos especificados à fl. 64, e que transcorrido o prazo de 30 (trinta) dias, o mesmo não ingressou com novo recurso.

Corroborou as informações prestadas pelo autuante, no sentido de que o lançamento fiscal em julgamento refere-se a ICMS lançado e não recolhido, cujos saldos devedores foram declarados pelo próprio autuado nas DMA's mensais. Portanto, frisa que não há porque se falar na negativa de créditos fiscais, pois os valores foram apurados mediante o cotejo entre créditos e débitos na escrita fiscal..

Ressalta que acaso não se tratasse de fiscalização vertical, que implica em homologação de exercício, o crédito tributário seria reclamado através do competente débito declarado, que constitui confissão irretratável da dívida, nos termos do § 3º do art. 48 do RPAF/99, hipótese em que o PAF seria encaminhado diretamente para a Profis/Controle da Legalidade, para inscrição do débito em dívida ativa, independentemente de ciência prévia ao autuado.

VOTO

O fulcro da acusação fiscal diz respeito à falta de recolhimento do ICMS no total de R\$34.149,96, nos prazos regulamentares, referente a prestações de serviço de comunicação escrituradas nos livros fiscais próprios, dos valores lançados e não recolhidos do imposto declarado na DMA – Declaração e Apuração Mensal do ICMS.

Inicialmente, ficam rejeitadas as preliminares de nulidade suscitadas na defesa, por não se enquadrar em nenhum dos incisos do artigo 18, do RPAF/99, tendo em vista que:

- a) Quanto a alegada ausência de indicação das situações em que o débito fiscal poderá ser pago com multa reduzida, conforme previsto no art. 39, VII, do RPAF/99, considerando a inexistência no processo da intimação acerca da lavratura de Auto de Infração, especificando os documentos a ela anexados, haja vista que consta apenas à fl. 10, o AR dos Correios, que embora no campo destinado a declaração do conteúdo especifique a entrega do auto de infração em questão, não faz referência ao Demonstrativo de Débito e ao seu Anexo, o processo foi baixado em diligência, sendo reaberto o prazo de defesa por trinta dias, mediante a entrega do Auto de Infração, Demonstrativo do Débito e seu Anexo, e cópia do despacho de diligência à fl. 64, providência essa, que foi devidamente cumprida pela Infaz Vitória da Conquista, conforme AR dos correios à fl. 65, sendo, desta forma, possibilitado ao autuado conhecer a tabela de redução da multa para fins de pagamento do débito.
- b) Sobre a falta de assinatura do autuado ou de seu representante ou preposto, com a data de ciência, no Auto de Infração, de acordo com o inciso II do artigo 108 do RPAF aprovado pelo Decreto nº 7.629 de 09/07/1999, *in verbis*: Art. 108 – A intimação do sujeito passivo ou de pessoa interessada acerca de qualquer ato, fato ou exigência fiscal quando não for prevista forma diversa pela legislação, será feita: I - II – mediante remessa, por via postal ou qualquer outro meio ou via, com aviso de recebimento (“AR”) ou com prova de entrega, ao sujeito passivo ou interessado, de cópia do instrumento ou de comunicação de decisão ou circunstância constante de expediente. Conforme comentado na alínea

anterior, foi obedecido o previsto no citado dispositivo regulamentar, ressaltando-se que com a intimação expedida a pedido desta Junta, o autuado teve todas as condições de exercer com plenitude a ampla defesa e o contraditório.

- c) No tocante a preliminar de incongruência entre a descrição do fato e o enquadramento legal (art. 333, do RICMS/97), observo que o equívoco cometido pela fiscalização não impossibilitou o autuado de conhecer os dados necessários do lançamento para efeito de impugnação, não caracterizando cerceamento de defesa. Além do mais, não deve prosperar esta preliminar, uma vez que pela descrição dos fatos ficou claro o enquadramento legal, sendo observado o que dispõe o art. 19 do RPAF aprovado pelo Decreto 7.629 de 09 de julho de 1999, e o defendente compreendeu perfeitamente a infração que lhe foi imputada, tendo apresentado impugnação contestando a exigência fiscal.
- d) Relativamente à alegação de que falta precisão do lançamento, sob o fundamento de que na constituição do crédito tributário não foram considerados os créditos fiscais que diz fazer jus na modalidade de apuração do ICMS, deixo para apreciá-la por ocasião de análise do mérito da autuação.

Assim, concluo que o procedimento fiscal não violou a regra de nenhum dos incisos do artigo 18, do RPAF/99, pois a infração foi descrita com clareza e está embasada nos valores declarados pelo próprio contribuinte na DMA.

No mérito, na análise das peças processuais constato que os valores lançados no auto de infração encontram-se discriminados no Resumo Fiscal Completo à fl. 07. Esta informação, por si só, seria insuficiente para comprovar a origem da exigência fiscal. Porém, o próprio autuado traz ao processo cópias das folhas do Registro de Apuração do ICMS (docs.fls. 21 a 46), nas quais, os saldos do imposto a recolher declarados correspondem exatamente com os valores que foram exigidos.

Trata-se de empresa que opera com prestação de serviços de comunicação. 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, o sujeito passivo não nega a sua obrigação em efetuar o pagamento do ICMS sobre os serviços de comunicação, nem que tenha deixado de recolher o imposto que apurou e informou à Secretaria da Fazenda através da DMA, porém, foi alegado que na constituição do crédito tributário não foram considerados os créditos fiscais que diz fazer jus na modalidade de apuração do ICMS pretendida pela fiscalização - débito e crédito, alegando que perdeu o direito à fruição da redução da base de cálculo prevista no art.86, V, alíneas “a” e “b” do RICMS/97, a partir de junho de 2006, ficando obrigado a recolher o imposto à alíquota de 27% prevista para prestações de serviços de televisão.

Observo que 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, conforme alegado, ao perder o direito à redução da base de cálculo, em razão do não cumprimento dos requisitos essenciais para a fruição do benefício, 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 pelo autuado qualquer elemento de prova, e os valores constantes nas folhas do livro de apuração não especificam a natureza dos créditos 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 **281213.0013/07-8**, lavrado contra **MMDS BAHIA LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento de imposto no valor de **R\$34.149,96**, 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, 06 de novembro de 2007.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE/RELATOR

ANTÔNIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA - JULGADOR

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO – JULGADOR