

PROCESSO - A. I. Nº 281213.0013/07-8
RECORRENTE - MMDS BAHIA LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 2ª JJF nº 0324-02/07
ORIGEM - IFEP - DAT/SUL
INTERNET - 07/04/2008

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0049-12/08

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. Impossibilidade do uso dos créditos fiscais sem comprovação. Mantida a exigência fiscal. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário contra a Decisão da JJF que julgou Procedente o Auto de Infração, interposto pelo o contribuinte através de advogado habilitado com o fito de reformá-la.

O lançamento de ofício foi lavrado em 07/05/2007 por ter o contribuinte deixado de recolher o ICMS no total de R\$34.149,96, nos prazos regulamentares, referente a prestações de serviço de comunicação escrituradas nos livros fiscais próprios, os 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(fl. 07).

A JJF levando em consideração 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, decidiu converter o processo em diligência à INFAZ de origem, para que fosse intimado o sujeito passivo, reabrindo-se o prazo de defesa, e no ato da intimação fossem anexadas as cópias dos referidos documentos.

Cumprida a diligência (fl. 66) o inspetor fazendário da INFAZ Vitória da Conquista, informou que, após o cumprimento da diligência e transcorrido o prazo de 30 (trinta) dias não houve manifestação do contribuinte.

Em seu voto o Sr. relator, inicialmente rejeita as preliminares de nulidade suscitadas na defesa, por não se enquadrar em nenhum dos incisos do artigo 18, do RPAF/99, pois: 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, tendo sido 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. 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, que transcreve, 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. Quanto a preliminar de incongruência entre a descrição do fato e o enquadramento legal (art. 333, do RICMS/97), observou 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 e mais, na descrição dos fatos ficou claro os enquadramentos legais, sendo observado o que dispõe o art. 19 do RPAF/99, e o defendente compreendeu perfeitamente a infração que lhe foi imputada, tendo apresentado impugnação contestando a exigência fiscal por fim quanto a 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, passou a apreciá-los por ocasião da análise do mérito da autuação. Concluiu 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.

Quanto ao mérito constatou que os valores lançados no Auto de Infração encontram-se discriminados no Resumo Fiscal Completo à fl. 07 e embora tenha entendido que esta informação, por si só, seria insuficiente para comprovar a origem da exigência fiscal diz que o próprio autuado trouxe 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.

Observa que 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 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, tendo em vista 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.

Observou 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.

Acrescenta que 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, considerou legítima a pretensão do contribuinte autuado de utilizar os créditos fiscais decorrente de sua atividade, no período em que perdeu o benefício.

Conclui o seu voto, no que foi acompanhado pelos demais membros da JJF que *“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”* e desta forma o lançamento deve ser considerado procedente.

O contribuinte como retroafirmamos, representado por advogado legalmente constituído, apresenta tempestivamente seu Recurso Voluntário (fls. 83 a 100), no qual volta a mencionar que o impugnante é pessoa jurídica pertencente ao Grupo Televisão Cidade. Descreve a infração que lhe foi imputada, o enquadramento legal e o valor que lhe está sendo exigido e reapresenta preliminarmente os argumentos já expostos quando da impugnação quais sejam: 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. Volta a transcrever o art.333, do RICMS/97, tido com infringido, para argumentar outra vez 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 novamente 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 e volta a citar e transcrever a jurisprudência do Conselho de Contribuintes da Receita Federal.

Em seguida, mantendo a mesma “ladainha”, repete que tem o 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. Volta a argumentar que a partir do momento que conforme Decisão proferida pela 3ª JJF 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, ficou 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. Retoma a pretensão de que sejam aproveitados os créditos fiscais que diz possuir durante o período de março/06 a junho/07. Mantém o seu argumento que os aludidos créditos encontram-se escriturados em seu livro de apuração e dizem respeito às seguintes operações: 1.301 – aquisição de serviço de comunicação para execução de serviço da mesma natureza; e 1.552 – transferência de bem do ativo imobilizado. Cita a Lei Complementar nº 87/96 como fundamento de tal pretensão.

Em conclusão, pede a reforma da Decisão ou que seja refeita a conta gráfica, 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.

A PGE/PROFIS através da sua representante emite Parecer opinativo, onde, após apertada síntese, manifesta-se em acordo à JJF no sentido de que inexistente nulidade a ser declarada. Quanto ao argumento da incongruência entre a descrição fática e o enquadramento legal entendeu que não impossibilitou ao recorrente entender qual a exigência que lhe estava sendo imposta nem tampouco impugnar a ação fiscal, pois conforme está posto na Decisão recorrida, a descrição dos fatos é clara.

Quanto ao mérito diz que melhor sorte não tem o recorrente e observa que o mesmo não nega a sua obrigação tributária e apenas aduz que tem direito ao aproveitamento dos créditos, ocorre entretanto, diz a Sra. procuradora, que o mesmo não logrou êxito demonstrar, quais créditos faria jus e aí cumpre ressaltar que o lançamento tributário em apreço refere-se a ICMS lançado e não recolhido, cujos saldos devedores foram declarado pelo próprio recorrente através de suas DMAs mensais e conclui : *“não tendo o recorrente demonstrado a insubsistência da ação fiscal que está pautada em informações fornecidas pelo próprio, opino pelo improvimento do apelo”*

VOTO

Como vimos, no relatório acima, 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, valores lançados e não recolhidos do imposto declarado na DMA – Declaração e Apuração Mensal do ICMS.

O recorrente repete os argumentos já apresentados quando da impugnação e, tendo sido ali devidamente analisados, merecem, neste Recurso Voluntário, o mesmo tratamento senão vejamos:

A rejeição das preliminares de nulidade suscitadas na defesa devem ser mantidas, pois como bem salientou o Sr. relator, na JJF não se enquadram em nenhum dos incisos do artigo 18, do RPAF/99. A alegada irregularidade quando da intimação foi devidamente corrigida através de outra que obedeceu rigorosamente às exigências legais (fl. 65), tendo, desta forma, o recorrente, todas as possibilidades de exercer com plenitude a ampla defesa e o contraditório. Quanto a alegada incongruência entre a descrição do fato e o enquadramento legal (art. 333, do RICMS/97), concordo com as observações feitas pelo relator na JJF, bem como pela Sra. Procuradora, 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 e mais, na descrição dos fatos ficou claro o enquadramento legal, sendo observado o que dispõe o art. 19 do RPAF/99, tendo o oro recorrente compreendido perfeitamente a infração que lhe foi imputada, tendo inclusive apresentado impugnação contestando a exigência fiscal.

Desta forma, concordo com a Decisão da JJF e acompanho o Parecer da JJF no sentido de 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 que concerne ao mérito constato, como já o fizera o Sr. relator na JJF, que os valores lançados no Auto de Infração encontram-se discriminados de forma correta no Resumo Fiscal Completo à fl. 07, fato por sinal comprovado pelo próprio autuado que não nega a sua obrigação em efetuar o pagamento do ICMS sobre os serviços de comunicação.

Entendo que o deslinde da questão não oferece maiores dificuldades, pois ao perder o direito à redução da base de cálculo, em razão do não cumprimento dos requisitos essenciais para a fruição do benefício, havia a legítima pretensão do recorrente de utilizar os créditos fiscais decorrentes de sua atividade, porém lhe faltou o mais importante, que era a comprovação de tais créditos o que, apesar das oportunidades que lhe foram dadas, isto não aconteceu.

Concluo, como o fez o Sr. relator e na linha opinativa da PGE/PROFIS, que a Decisão deve ser mantida, pois não está maculada de vício formal e, quanto ao mérito não foram trazidos aos autos qualquer elemento de prova a respeito de possíveis créditos constantes nas folhas do livro de apuração.

Voto, portanto, pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **281213.0013/07-8**, lavrado contra **MMDS BAHIA LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento de imposto no valor de **R\$34.149,96**, acrescido da multa de 50%, prevista no art. 42, I, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 17 de março de 2008.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

HELCONIO DE SOUZA ALMEIDA – RELATOR

ANA PAULA TOMAZ MARTINS – REPR. PGE/PROFIS