

A. I. N° - 232882.0003/07-7
AUTUADO - MMDS BAHIA LTDA.
AUTUANTE - EDINALDO AVELINO DE PAIVA
ORIGEM - IFEP SERVIÇOS
INTERNET - 19. 02. 2008

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0032-01/08

EMENTA: ICMS. 1. PERDA DO BENEFÍCIO DE REDUÇÃO DE BASE DE CÁLCULO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. A legislação prevê a exigência do imposto sem a redução da base de cálculo em decorrência do inadimplemento pelo contribuinte. Infração caracterizada. 2. BENS DO ATIVO IMOBILIZADO. DESINCORPORAÇÃO. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. Fato não contestado. 3. LIVROS FISCAIS. IMPOSTO LANÇADO E NÃO RECOLHIDO. Infração subsistente. 4. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS DESTINADAS AO ATIVO IMOBILIZADO DO ESTABELECIMENTO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Infração caracterizada. 5. BASE DE CÁLCULO. REDUÇÃO INDEVIDA. RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. OPERAÇÕES REGULARMENTE ESCRITURADAS. Comprovado nos autos a incorreção dos procedimentos adotados pelo sujeito passivo. Infração subsistente. Rejeitadas as nulidades argüidas. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 05/09/2007, exige ICMS no valor de R\$ 26.083,81, em decorrência do cometimento das seguintes irregularidades imputadas ao autuado:

1. deixou de recolher o ICMS nos prazos regulamentares referente a prestações de serviço de comunicação escrituradas nos livros fiscais próprios, nos meses de abril a junho de 2007, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 10.392,69, acrescido da multa de 50%. Consta na “Descrição dos Fatos” que o contribuinte tem direito à redução de base de cálculo conforme prevê o RICMS/BA, contudo, está condicionado ao cumprimento das obrigações tributárias, de acordo com o artigo 86, inciso V, alínea “b”. Consta, ainda, que o contribuinte vem descumprindo o previsto no RICMS, e, portanto, como prevê o artigo, inciso V, perdeu o direito ao benefício da redução de base de cálculo, a partir do mês de janeiro de 2007. Há ainda o registro que o contribuinte informou na DMA o imposto calculado com base reduzida, sem considerar a perda do benefício, sendo exigido no presente Auto de Infração os valores referentes a perda do benefício, fundamentado no não recolhimento de ICMS relativo ao período de janeiro a março de 2007, já autuado;
2. deixou de recolher ICMS nas saídas decorrentes de desincorporação de bens do ativo imobilizado do estabelecimento, no mês de abril de 2007, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 39,25, acrescido da multa de 60%;
3. deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento, no mês de abril de 2007, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 29,47, acrescido da multa de 60%;

4. deixou de recolher o ICMS no prazo regulamentar referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios, no mês de junho de 2007, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 35,39, acrescido da multa de 50%. Consta que a apuração foi feita com base nos livros fiscais e que o prazo de recolhimento está previsto nos Decretos nº.s 9.037/04, 9.250/04 e 9.818/06.

5. falta de recolhimento do ICMS na prestação de serviço de comunicação, por escrituração de valores tributados como não tributados, nos meses de abril a junho de 2007, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 15.587,01, acrescido da multa de 60%.

O autuado, através de advogado legalmente constituído, apresentou peça impugnatória ao lançamento de ofício às fls. 41 a 57, esclarecendo, inicialmente, que é uma pessoa jurídica pertencente ao Grupo Televisão Cidade S. A. Após, transcreve as infrações que lhe são imputadas. Prosseguindo, argúi a nulidade do Auto de Infração, alegando a ausência de requisitos essenciais de regularidade formal, por não haver congruência entre a descrição fática apresentada e o dispositivo legal no qual a impugnante restou enquadrada; por não ter sido considerado no Auto de Infração os créditos fiscais a que jus, por integrar o regime normal de tributação, o que denota falta de certeza e liquidez do valor exigido. Sustenta que, mesmo admitindo para fins argumentativos a conduta do impugnante como infração, a multa sancionada além de configurar *bis in idem*, é desproporcional e manifestamente confiscatória.

Referindo-se à incongruência entre a descrição fática e o enquadramento legal, afirma que o preenchimento dos requisitos formais é condição essencial para exigibilidade do Auto de Infração, o que não foi observado na peça fiscal guerreada. Evoca o artigo 113, § 1º, do CTN, ensinamentos de Paulo de Barros Carvalho, para sustentar que o Auto de Infração contém imprecisões e fundamentações em diversos dispositivos do RICMS/BA, sem especificação dos incisos e fundamenta mais de uma infração no mesmo artigo 9º do RICMS/BA, o que implica em vício formal do lançamento e inviabiliza a ampla defesa do contribuinte, conforme art. 5º, LV da Constituição Federal de 1988. Cita e reproduz julgados do Conselho de Contribuintes, Rec. 117445; Rec.127082 e Rec. 124.841, para reforçar os seus argumentos.

Reportando-se ao seu direito ao aproveitamento dos créditos de ICMS, diz que por ter perdido o benefício fiscal de redução da base de cálculo do ICMS, desde janeiro de 2007, foi automaticamente reenquadrada no regime geral de tributação do ICMS – crédito/débito – o que assegura a plena possibilidade de aproveitamento de créditos, em respeito ao princípio constitucional da não-cumulatividade. Acrescenta que, no período exigido na autuação estava autorizada a efetuar o aproveitamento dos créditos de ICMS. Aduz não ser razoável que a autoridade fiscal possa impedir a apuração e efetuar o aproveitamento dos créditos que lhe são cabíveis. Pede que seja reconhecido o direito de apurar e efetuar o aproveitamento de seus créditos fiscais de ICMS, em conformidade com a legislação do ICMS. Invoca o art. 142, do CTN; julgado da Primeira Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, e o artigo 2º, da Lei nº. 9.784/99, transcrevendo-o, para arguir a nulidade do Auto de Infração, por ofensa ao direito a ampla defesa do contribuinte.

Prosseguindo, afirma a existência de *bis in idem* por ser a multa desproporcional e confiscatória. Acrescenta que a multa aplicada mostra-se excessivamente desproporcional, configurando verdadeiro *bis in idem*, já que foi apenado com a perda do benefício da redução da base de cálculo.

Alega que o autuante exigiu a exclusão do impugnante do regime diferenciado como uma penalidade e atribuiu outra pena ao contribuinte, que é a multa aplicada, existindo aí o *bis in idem* da pena aplicada. Aduz que uma multa de 50% ou de 60% do valor do imposto, representa um verdadeiro insulto aos princípios constitucionais da proporcionalidade, da razoabilidade e do não confisco. Invoca o artigo 5º, LIV, da Constituição Federal; o artigo 2º da Lei nº. 9.784/99, para fundamentar as suas alegações sobre tais princípios. Acrescenta que, apesar de ter ficado inadimplente por três meses como revela o próprio Auto de Infração, prestou todas as informações ao Fisco, escriturando todas as entradas e saídas, bem como entregando toda a documentação prevista em lei, não havendo dolo ou fraude, para justificar a aplicação de uma multa em percentual tão elevado, como de 60%. Cita e reproduz entendimento do Tribunal de Impostos e Taxas de São

Paulo, nos termos do AIIM nº. 3.010.155-4. Invoca o princípio do não confisco, inserto no inciso IV, art. 150, da Constituição Federal, bem como ensinamento doutrinário de José Cretella Júnior, e entendimento do Supremo Tribunal Federal, reproduzindo-os.

Assevera que, frente a tais argumentos fica evidente a necessidade de o julgador reconsiderar a aplicação da multa referida, observando os limites estabelecidos constitucionalmente às normas sancionatórias.

Finaliza pedindo a nulidade do Auto de Infração, e se assim não for entendido, que seja refeita a sua conta gráfica, a fim de possibilitar o aproveitamento dos créditos de ICMS a que faz jus, bem como o cancelamento ou, a redução da multa aplicada.

O autuante prestou informação fiscal às fls. 74 a 78, contestando as razões defensivas quanto à falta de correlação da tipificação da infração com o fato, afirmando que atendeu as exigências regulamentares, citando e reproduzindo o artigo 39 do RPAF/99.

Rechaça, também, a nulidade argüida, sustentando que o lançamento não se enquadra nas hipóteses previstas no artigo 18, mais seus incisos e alíneas, todos do RPAF/99. Acrescenta que em nenhum momento o contribuinte foi impedido de utilizar os créditos fiscais aos quais tem direito, contudo, não consta nos documentos apresentados à SEFAZ a escrituração dos respectivos valores para se apurar esses créditos.

Assevera que não existiu glosa de crédito fiscal, mesmo porque não se pode glosar o que não foi lançado. Diz que o autuado pode lançar o crédito extemporaneamente, conforme manda o artigo 101 do RICMS/BA. Salienta que a perda do benefício de redução da base de cálculo, por falta de cumprimento de obrigação principal, não extingue a aplicação da multa prevista no art. 914, do RICMS/97, que reproduziu.

Reportando-se ao entendimento do Tribunal de Impostos e Taxas de São Paulo invocado pelo autuado, afirma que a decisão não pode ser imposta ao Estado da Bahia. Assevera que não houve confisco, por estar a multa prevista no artigo 42, da Lei n. 7.014/96.

Comenta sobre o expediente que o contribuinte vem adotando para não recolhimento do imposto nos prazos regulamentares, esclarecendo que já existem diversos Autos de Infração nesse mesmo sentido.

Conclui mantendo integralmente a autuação.

VOTO

Inicialmente, rejeito as nulidades argüidas, haja vista que as infrações estão descritas claramente no Auto de Infração, permitindo uma perfeita compreensão das acusações, e, conseqüentemente, o exercício do direito de ampla defesa e do contraditório. Verifica-se que, além das descrições das infrações há indicação dos demonstrativos e documentos utilizados acostados aos autos, bem como dos dispositivos regulamentares infringidos e das multas aplicadas. Também, o cálculo apresentado representa o montante do tributo devido, tendo em vista que o sujeito passivo apenas alega a existência de crédito fiscal, contudo, não demonstra a sua existência e legitimidade, não sendo caso de nulidade da autuação.

No mérito, relativamente à infração 01 - que cuida da falta de recolhimento do ICMS referente a prestações de serviço de comunicação escrituradas nos livros fiscais próprios -, constato que o levantamento levado a efeito pelo autuante apurou a infração com base nos livros Registro de Entradas, Registro de Saídas e Registro de Apuração do ICMS, escriturados pelo próprio contribuinte. Vale dizer que o contribuinte apurou o imposto devido, contudo, não efetuou o recolhimento. Verifico ainda que, conforme escriturado pelo autuado nos referidos livros fiscais e com os valores declarados nas DMAs de abril a junho de 2007, este utilizou a redução da base de cálculo prevista no artigo 86, inciso V, alínea “c”, do RICMS/97, que dispõe:

“Art. 86. É reduzida a base de cálculo:

V - das prestações de serviço de televisão por assinatura, de tal forma que a incidência do imposto resulte numa carga tributária de 5% (cinco por cento), de 01/09/99 até 31/12/99, 7,5% (sete inteiros e cinco décimos por cento), de 01/01/00 até 31/12/00 e de 10% (dez por cento), a partir de 01/01/01, sendo que (Conv. ICMS 57/99):

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."

Ocorre que, por não estar cumprindo a obrigação tributária principal na forma prevista na alínea "b" do artigo acima transcrito, o autuado perdeu o direito de fruição do benefício, consoante determina a alínea "c", do mesmo dispositivo regulamentar.

Noto que o autuado não rechaça a perda do benefício em decorrência da inadimplência, ou seja, não impugnou os valores constantes no demonstrativo elaborado pelo autuante, que está de acordo com as DMAs apresentadas pelo contribuinte. Na realidade, alega que inexistente possibilidade de utilização de sanções para exigir o adimplemento de obrigação tributária. Efetivamente, a alegação do autuado não pode prosperar, haja vista que o art. 86, do RICMS/97, acima reproduzido, estabelece que a redução da base de cálculo é uma opção do contribuinte, ficando este obrigado ao cumprimento regular da obrigação tributária principal, sob pena de perda do benefício a partir do mês subsequente àquele em que se verificar o inadimplemento. Assim, não resta dúvida que a exigência do imposto sem a redução da base de cálculo em decorrência do inadimplemento da obrigação tributária principal, está prevista na legislação do ICMS, sendo de pleno conhecimento do contribuinte.

Constato, também, que o autuado alega ter direito ao aproveitamento dos créditos de ICMS, por respeito ao princípio da não-cumulatividade, o que não foi considerado na autuação. Realmente, no caso de exigência do imposto com base no regime normal de apuração, devem ser computados no cálculo do imposto a recolher, os créditos fiscais, para compensação com o tributo devido. Contudo, nas DMAs apresentadas pelo autuado não há qualquer indicação de entradas tributadas, constando apenas registro de operações sem incidência do imposto. Ademais, o autuado não apresentou nenhuma prova de existência e legitimidade dos créditos fiscais alegado, para justificar a inclusão no cálculo do imposto devido.

Cumpra registrar que, em respeito ao princípio da não-cumulatividade, no momento em que a apuração do imposto passa a ser feita mediante o regime normal de apuração (crédito/débito), os créditos fiscais porventura existentes - desde que devidamente comprovados e legitimados-, devem ser compensados, aliás, conforme alega o autuado.

Contudo, no presente caso, o contribuinte apenas alega a existência de créditos fiscais, não trazendo aos autos quaisquer elementos de prova sua existência. Poder-se-ia alegar que a realização de diligência supriria a ausência de tais elementos probantes.

Ocorre que, o autuado teve lavrado contra si o Auto de Infração nº. 232882.0007/06-4, no qual foi exigido o imposto em decorrência da mesma irregularidade apontada no Auto de Infração em exame - evidentemente que em período diferente -, tendo apresentado as mesmas alegações de

existência de créditos fiscais, tanto na defesa inicial quanto no Recurso Voluntário, porém, sem apresentar quaisquer elementos de prova de suas alegações.

A propósito, a 1ª Câmara de Julgamento Fiscal, através do Acórdão CJF Nº 0189-11/07, ao julgar o Auto de Infração acima referido, decidiu pela procedência da autuação, inclusive, rechaçando a alegação do contribuinte sobre os pretendidos créditos fiscais. Transcrevo abaixo, a título de ilustração, parte do referido acórdão.

“ VOTO

A análise do presente PAF tem por objetivo investigar o lançamento fiscal contido na infração nº 01, executado sob a acusação de que o recorrente deixou de recolher o ICMS relativo aos meses de junho, julho e agosto de 2006, relativo a prestações de serviços de comunicações (televisão por assinatura), conforme escriturado nos livros próprios.

O direito à redução de base de cálculo, conforme prevê o regulamento do ICMS/BA, condiciona-se ao recolhimento regular do imposto nos vencimentos aprazados, consoante art. 86 inciso V, “c”; entretanto, como o recorrente não recolheu o ICMS relativo ao período anterior, de março, abril e maio/2006, e por isso fora autuado, consubstanciou-se assim seu afastamento do direito ao benefício, nos termos das determinações legais já indicadas.

No que tange ao pretendido aproveitamento de créditos fiscais, por retorno à sistemática normal de apuração do imposto em conta-corrente, dado que não foram apensadas aos autos provas das quais decorreria a existência desses créditos fiscais, tais como: notas fiscais, documentos, escrituração nos livros fiscais próprios, não é possível acatar o pleito formatado.”

Assim, este item da autuação é integralmente subsistente.

No que concerne à infração 02 - falta de recolhimento do ICMS nas saídas decorrentes de desincorporação de bens do ativo imobilizado do estabelecimento – verifico que o autuante apurou a infração com base nos livros fiscais escriturados pelo próprio contribuinte. Vejo, também, que o autuado silenciou sobre o mérito deste item da autuação. Mantida a infração.

Quanto à infração 03 – falta de recolhimento do ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo imobilizado do próprio estabelecimento - verifico que o imposto devido no valor de R\$ 29,47 indicado no Auto de Infração foi escriturado pelo próprio autuado no livro Registro de Apuração do ICMS, na coluna “002 – OUTROS DÉBITOS” - “Diferencial de alíquotas”, conforme cópia acostada à fl. 16 dos autos, assim como declarado na DMA do mês de abril de 2007, conforme cópia à fl. 10 dos autos. Vejo, também, que o autuado silenciou sobre o mérito deste item da autuação. Mantida a infração.

No respeitante à infração 04 - que cuida da falta de recolhimento do ICMS referente a prestações de serviço de comunicação escrituradas nos livros fiscais próprios - constato que o levantamento levado a efeito pelo autuante apurou a infração com base nos livros Registro de Entradas, Registro de Saídas e Registro de Apuração do ICMS, escriturados pelo próprio contribuinte. Vale dizer que o contribuinte apurou o imposto, contudo, não recolheu o ICMS devido. Mantida a infração.

No tocante à infração 05 - falta de recolhimento do ICMS na prestação de serviço de comunicação, por escrituração de valores tributados como não tributados – observo que este item da autuação tem relação direta com a infração 01.

Na infração 01, o contribuinte efetuou a apuração do imposto devido utilizando a redução da base de cálculo prevista no artigo 86, V, sem considerar a perda do benefício, em decorrência do descumprimento da obrigação tributária principal, conforme previsto na alínea “b” do mesmo artigo acima referido.

Já na infração 05, está sendo exigido o imposto relativo à parcela da base de cálculo não oferecida à tributação, em decorrência da redução da base de cálculo.

Vale dizer que, os mesmos fundamentos utilizados na análise da infração 01 são aplicáveis a este item da autuação, ou seja, o levantamento levado a efeito pelo autuante apurou a infração com base nos livros Registro de Entradas, Registro de Saídas e Registro de Apuração do ICMS, escriturados pelo próprio contribuinte, que escriturou os valores exigidos na autuação como não tributados, por considerar indevidamente a redução da base de cálculo prevista no artigo 86, inciso V, alínea “c”, do RICMS/97.

Também, o alegado direito ao aproveitamento dos créditos de ICMS, por respeito ao princípio da não-cumulatividade, não pode prosperar neste item da autuação, por total ausência de prova da existência e legitimidade dos aludidos créditos.

Noto que nas DMAs apresentadas pelo autuado não há qualquer indicação de entradas tributadas, constando apenas registro de operações sem incidência do imposto. Vale aqui o mesmo registro feito na infração 01, ou seja, o autuado teve lavrado contra si o Auto de Infração nº. 232882.0007/06-4, no qual foi exigido o imposto em decorrência da mesma irregularidade apontada no Auto de Infração em exame - evidentemente que em período diferente -, tendo apresentado as mesmas alegações de existência de créditos fiscais, tanto na defesa inicial quanto no Recurso Voluntário, porém, sem apresentar quaisquer elementos de prova de suas alegações. Assim, fica mantida esta infração integralmente.

Em relação às multas indicadas no presente lançamento, também questionada pelo defendente, a sua aplicação é consequência da falta de recolhimento espontâneo do imposto, o que resultou na lavratura do presente Auto de Infração, tendo sido indicadas corretamente, na forma do artigo 42, da Lei 7.014/96, falecendo competência a este julgador para analisar ou determinar o seu caráter confiscatório. Também, a apreciação de pedido de dispensa ou redução da multa por infração de obrigação principal, compete a Câmara Superior deste CONSEF, consoante o § 1º, do art. 169, do RPAF/99.

Quanto à alegação do autuado de ocorrência de “*bis in idem*”, também esta não pode prosperar, haja vista que, a autuação corretamente indica as penalidades previstas no artigo 42, da Lei nº 7.014/96.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **232882.0003/07-7**, lavrado contra **MMDS BAHIA LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$ 26.083,81**, acrescido das multas de 50%, sobre R\$ 10.428,08, 60% sobre R\$ 15.655,73, previstas no artigo 42, I, “a”, II, “a”, “f” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 30 de janeiro de 2008.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS - PRESIDENTE/RELATOR

ÂNGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO - JULGADOR

VALMIR NOGUEIRA DE OLIVEIRA – JULGADOR