

A. I. N° - 232882.0004/07-3
AUTUADO - MMDS BAHIA LTDA.
AUTUANTE - EDINALDO AVELINO DE PAIVA
ORIGEM - IFEP SERVIÇOS
INTERNET - 06.05.08

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF N° 0089-04/08

EMENTA: ICMS. PRESTAÇÕES DESERVIÇO DE COMUNICAÇÃO. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. **a)** IMPOSTO LANÇADO E NÃO RECOLHIDO. Falta de recolhimento do imposto referente a operações escrituradas no livro próprio. Não comprovado o recolhimento do imposto. Infração caracterizada. **b)** OPERAÇÃO TRIBUTÁVEL ESCRITURADA COMO NÃO TRIBUTÁVEL. O contribuinte perdeu a fruição do benefício da redução da base de cálculo do ICMS, por descumprimento de obrigações legais. Infração subsistente. Rejeitada a nulidade suscitada. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 07/12/2007, exige ICMS no valor de R\$22.792,92 acrescido das multas de 50% e 60% relativos às seguintes infrações:

01. Deixou de recolher o ICMS nos prazos regulamentares, referente prestações de serviços de comunicação escrituradas nos livros fiscais próprios. Consta na descrição dos fatos que tudo foi apurado com base nos livros de Registros Fiscais (Registro de Saídas, Registro de Apuração) e demonstrativos dos valores de ICMS lançados e não recolhidos (Anexo II) - R\$9.117,42.

02. Falta de recolhimento do ICMS na prestação de serviços de comunicação por escrituração de valores tributados como não tributados. Consta ainda que o contribuinte calculou o imposto com base reduzida de acordo com o artigo 86, V, sem considerar a perda do benefício em função do não cumprimento do referido artigo. Tudo apurado com base nos livros de registros (Registro de Saídas, Registro de Apuração) e demonstrativo dos valores tributados lançados como isentos/não tributados (Anexo I) – R\$13.675,50.

O autuado, na defesa apresentada (fls. 34 a 48), através do seu representante legalmente constituído (fl. 49), inicialmente esclarece que pertence ao Grupo Televisão Cidade S.A. e diz que não pode se conformar com o referido Auto de Infração, tendo em vista que não estão presentes alguns requisitos essenciais de regularidade formal, a exemplo de não congruência entre a descrição dos fatos e dos dispositivos legais do enquadramento; não ter considerado os créditos fiscais de direito a que faz jus, já que integra o regime normal de tributação, o que no seu entendimento acarreta sua nulidade insanável e caso seja admitido o enquadramento da conduta da impugnante como infração fiscal, o que se admite apenas para fins argumentativos, tal infração não poderia ser sancionada com multa.

Alega que o Auto de Infração fundamenta cada uma das duas alegadas infrações em diversos dispositivos do RICMS/BA, entre os quais os artigos 4º, 49, 66, 68, 111 e 124 do RICMS/BA, não especificando, em muitos deles, qual o inciso aplicável, mencionando apenas o caput do artigo, o que impossibilita à impugnante sua ampla defesa, por não saber exatamente em qual infração está sendo enquadrada.

Com relação ao fundamento da primeira infração no art. 9º do RICMS/BA, argumenta que autuar a impugnante descrevendo fatos omissivos de recolhimento de tributo e, ao mesmo tempo,

fundamentar a autuação em dispositivo legal que afasta a incidência do respectivo imposto, é incongruência que não só prejudica a defesa da impugnante, como a inviabiliza, e confunde a autuação do contribuinte, que fica sem parâmetros em relação à sua conduta, frente aos critérios utilizados pela fiscalização fazendária.

Cita o art. 5º, LV da Constituição Federal e afirma que para que o contribuinte possa exercer sua defesa de forma ampla e completa são necessárias certeza, clareza e congruência entre os fatos e fundamentos legais que embasam o Auto de Infração, o que não se verifica na peça fiscal combatida. Alega ainda que a incompatibilidade entre os fatos e o enquadramento legal gera confusão e cerceamento ao direito de defesa.

Faz transcrições de diversas ementas de julgamentos efetuados pelos Conselhos de Contribuintes às fls. 38 e 39, que decidiram pela nulidade da autuação e requer a nulidade do Auto de Infração ora combatido.

Ressalta que a impugnante, por ter perdido o benefício fiscal de redução da base de cálculo do ICMS, foi automaticamente, reenquadrada no regime geral de tributação do ICMS – crédito e débito – o qual garante a plena possibilidade de aproveitamento de créditos, respeitando o princípio constitucional da não-cumulatividade, nos termos do próprio RICMS/BA.

Explica que desta forma, durante todo o período compreendido na autuação (julho a setembro de 2007), a impugnante estaria autorizada a efetuar o aproveitamento dos créditos de ICMS a que tem direito pela legislação fiscal vigente e que porventura tenham sido apurados, em razão do exercício de suas atividades.

Afirma ser determinante que seja reconhecido o direito de a impugnante apurar e efetuar o aproveitamento de seus créditos de ICMS, em conformidade com a legislação fiscal pertinente, de todo o período referente ao Auto de Infração impugnado.

Diz ainda que o lançamento ora efetuado não contém os requisitos de liquidez e certeza necessários para a constituição do crédito tributário e que a ausência de liquidez do auto de lançamento impede que se conheça o valor exato do crédito tributário, o que acarreta em sua total nulidade.

Cita o art. 42 do CTN e complementa que no Auto de Infração ora impugnado, o cálculo apresentado não representa o montante do tributo devido, o que afeta a liquidez do lançamento, gerando sua nulidade, por ausência de requisito essencial intrínseco.

Transcreve à fl. 41 a sentença do Acórdão 101-94.323 cuja Relatora foi a Conselheira Sandra Maria Farone, no qual foi acatada a preliminar de nulidade do Auto de Infração – arguição de iliquidez do crédito.

Transcreve à fl. 42 o art. 2º, da Lei 9.784/99 e comenta que no parágrafo único do supracitado dispositivo, o legislador ordinário explicitou o conteúdo do princípio da ampla defesa. Complementa que toda vez que não houver indicação dos pressupostos de fato e de direito que determinaram a edição do ato administrativo ou que tenha sido adotado critério equivocado que prejudique a certeza e segurança dos administrados às decisões administrativas. Requer que seja declarada a nulidade do ato administrativo e que o Auto de Infração em comento não deve prosperar devendo ser declarada a sua nulidade.

Afirma que a multa aplicada mostra-se manifestadamente excessiva e desproporcional. Alega ainda que a perda do benefício seja regra sancionatória que penaliza o contribuinte optante pelo regime da base de cálculo reduzida pelo inadimplemento do tributo. Todavia o Fisco costuma aplicar outra sanção pecuniária – multa em razão do descumprimento da obrigação tributária. A multa aplicada configura nítido *bis in idem*, pois penaliza novamente o contribuinte por um mesmo ato, em virtude do descumprimento da mesma obrigação tributária.

Invoca o princípio constitucional da proporcionalidade citando o art. 5º da CF/88. Também menciona o art. 2º da Lei 9.784/99 acerca do princípio da razoabilidade da Administração Pública.

Transcreve parte da decisão contida no julgamento do AIIM 3.010.155-4 (fl. 45), no qual o Tribunal de Impostos e Taxas de São Paulo decidiu ser irrazoável a aplicação de multa legalmente prevista e determinou a sua redução.

Menciona o princípio do não confisco ao transcrever o art. 150, IV da CF/88. Nesse sentido, destaca entendimento do doutrinário José Cretella Junior, fazendo outras citações à fl. 47.

Finaliza requerendo que seja julgado totalmente improcedente o Auto de Infração.

O autuante na informação fiscal prestada nas fls. 75 a 79, inicialmente transcreve as infrações e o art. 86 do RICMS/BA que trata da redução da base de cálculo nas prestações dos serviços de televisão por assinatura.

Faz um resumo das alegações apresentadas pelo autuado e passa a contestá-las com os argumentos que passou a expor.

Transcreve o art. 39 do RPAF/BA e afirma que o Auto em referência está revestido de todos elementos necessários para seu entendimento. E quanto à existência de nulidade, diz que não procede, visto que, não atende o que determina o art. 18 do RPAF, transcrevendo-o. Informa que as infrações foram descritas de forma clara, com referências aos demonstrativos e documentos utilizados.

Afirma que em nenhum momento o contribuinte foi impedido de utilizar os créditos aos quais tem direito. Não consta, nos documentos apresentados, a escrituração dos respectivos valores dos créditos.

Explica que não existe glosa de créditos, mesmo porque não se pode glosar o que não foi lançado. E que o autuado pode lançar o crédito conforme art. 101 do RICMS/BA.

Expõe 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 do art. 86, V, “b”, e “c” do RICMS/BA. Transcreve o art. 914 do RICMS/BA, que trata das penalidades aplicadas pelas infrações à legislação do ICMS. Ressalta que o entendimento do TIT/SP não pode ser considerado como paradigma neste caso, devido às operações praticadas serem regulamentadas pelo RICMS/BA.

Afirma que não houve confisco, pois a multa está estabelecida na Lei nº 7.014/96, art. 42.

Alega que a empresa vem se utilizando de um expediente de não recolher o ICMS nos prazos regulamentares, nem mesmo dos valores cobrados dos clientes e informa que já existem diversos outros autos de lançamento de imposto declarado e não recolhido, a exemplo dos de nºs 232.882.0002/07-0; 232.882.001/07-4; 232882.007/06-4 já julgados e outros que citou que estão sendo ajuizado.

Finaliza mantendo a ação fiscal e requer julgamento pela procedência do Auto de Infração.

VOTO

O autuado suscitou a nulidade do Auto de Infração, sob o argumento de que não foram cumpridas as formalidades legais, a exemplo de não congruência entre a descrição dos fatos e dos dispositivos legais do enquadramento e não ter considerado os créditos fiscais de direito a que faz jus. Não acato estas alegações tendo em vista que as infrações foram descritas com clareza (falta de recolhimento no prazo regulamentar referente à prestação de serviços de comunicação escriturados em livros próprios e por escrituração de serviços tributados como não tributados), complementada no item da descrição dos fatos, suportada por demonstrativos, bem como pela indicação dos dispositivos que regulamentam a apuração do ICMS.

Com relação à não compensação dos créditos, tal reflexo ocorre na segunda infração em decorrência da primeira, tendo em vista que o contribuinte ao não cumprir a obrigação principal,

incidiu em cancelamento de benefício fiscal. Isso não constitui vício formal de procedimento, nos termos do art. 18 do RPAF/BA, motivo pelo qual não acato a nulidade suscitada, o que será apreciado quando do mérito.

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 em decorrência da perda do benefício fiscal da redução da base de cálculo.

Com relação à infração 01, na defesa apresentada, o autuado não adentrou ao mérito da acusação, limitando-se a questionar a falta de clareza da infração. Da análise das peças processuais, verifico que se trata de exigência de ICMS relativo ao período de julho a setembro de 2007, em razão do não recolhimento do ICMS mensal apurado pelo impugnante. Constatado que os valores exigidos estão consubstanciados na apuração feita pelo próprio autuado, conforme cópia das folhas do livro de RAICMS juntadas pelo autuante às fls. 17, 19 e 21. Logo, não tendo o recorrente comprovado que houve qualquer erro na apuração do imposto apurado por ele mesmo, e nem comprovado o seu recolhimento, considero correto o procedimento fiscal. Infração subsistente.

Com relação à segunda infração, o impugnante foi acusado de descumprir o disposto no artigo 86, V, “b”, do RICMS-BA que condiciona a fruição do benefício fiscal ao adimplemento regular da obrigação tributária principal, conforme transcrevo 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.

Conforme apreciado na primeira infração, o defendente não recolheu no prazo regulamentar o ICMS relativo aos meses de julho, agosto e setembro de 2007. Consequentemente, perdeu o direito à fruição do benefício 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, apurado neste Auto de Infração, não acato as alegações defensivas, tendo em vista que o autuado não carrega ao processo qualquer prova da existência dos referidos créditos fiscais, relativos ao período fiscalizado, o que ensejaria a compensação com o débito fiscal apontado. Ressalto que tendo sido exigido o ICMS pelo regime normal, relativo às operações de prestação de serviços de comunicação no período fiscalizado é assegurado o direito ao crédito, o que pode ser feito pelo recorrente, se comprovado, dentro do período de prescrição e decadência, não havendo qualquer impedimento, como afirmou o recorrente na sua defesa.

No que tange as alegações da ocorrência de “*bis in idem*”, verifico que a exigência do ICMS sem a redução da base de cálculo é prevista no art. 86, V, “c” do RICMS/BA e a multa aplicada está em conformidade com o disposto no artigo 42, I, “a”, da Lei nº 7.014/96, portanto é legal. Com relação ao pedido de redução ou cancelamento da multa aplicada, ressalto que não é da competência desta JJF, apreciar a redução ou cancelamento de multa por descumprimento de obrigação principal, nos termos do artigo 159, do RPAF, podendo ser requerida à Câmara Superior do

CONSEF, desde que fundamentada nas circunstâncias e acompanhado das provas, na forma prevista, obedecido o disposto no § 2º do mencionado diploma legal. Infração caracterizada.

Por tudo que foi exposto, concluo, pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **232882.0004/07-3**, lavrado contra **MMDS BAHIA LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento de imposto no valor total de **R\$ 22.792,92**, acrescido das multas de 50% sobre R\$9.117,42 e 60% sobre R\$13.675,50, previstas no artigo 42, I “a” e II, “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 15 de abril de 2008.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA - PRESIDENTE/RELATOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO – JULGADORA

FRANCISCO ATANASIO DE SANTANA - JULGADOR