

A. I. N° - 281213.0004/07-9
AUTUADO - MMDS BAHIA LTDA.
AUTUANTE - AFONSO CUNHA DE CARVALHO
ORIGEM - IFEP SUL
INTERNET - 28.05.2008

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0124-02/08

EMENTA: ICMS. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO. SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO. IMPOSTO LANÇADO E RECOLHIDO A MENOR 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. Rejeitadas as preliminares de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, em lide, foi lavrado em 04/10/2007, sob acusação de recolhimento a menor do ICMS no valor de R\$5.595,64, no prazo regulamentar, referente a prestações de serviço de comunicação escrituradas nos livros fiscais próprios, do valor lançado do imposto declarado na DMA – Declaração e Apuração Mensal do ICMS, referente ao mês de agosto de 2007, conforme documentos às fls.05 a 09.

O autuado representado por advogado legalmente constituído, apresenta impugnação, tempestivamente (fls. 13 a 28), na qual, esclarece que o impugnante é pessoa jurídica pertencente ao Grupo Televisão Cidade. Descreveu a infração que lhe foi imputada, e suscitou a nulidade da autuação, arguindo que o auto de infração está eivado de vício insanável, com base nas seguintes preliminares:

1. Incongruência entre a descrição fática apresentada e o enquadramento legal. Fala que os preenchimentos formais é condição essencial para a exigibilidade do auto de infração; que a obrigação tributária nasce com a ocorrência do fato gerador jurídico tributário (art. 113, § 1º, do CTN); que o ato administrativo é ato vinculado; que a administração tem o dever de fundamentar e comprovar a acusação fiscal; e cita lição de renomado tributarista sobre princípio da legalidade, para argumentar que o auto de infração fundamenta a infração em diversos dispositivos do RICMS/Ba, sem especificar qual o inciso aplicável, mencionando apenas o caput do artigo, entendendo que isto gerou um vício formal ao lançamento tributário, o que inviabiliza a ampla defesa, porque não sabe exatamente em qual infração está sendo enquadrado. 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, caracterizando cerceamento de defesa em

afronta ao art.5º, LV, da CF/88. Nesse sentido, citou a jurisprudência do Conselho de Contribuintes em que foram julgados nulos autuações por incompatibilidade entre a descrição dos fatos e o enquadramento tipificado no auto de infração.

2. 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 afirmou o autuante, 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 agosto de 2007. Aduz que não seria razoável ser penalizado com a exclusão do regime especial de tributação do ICMS (base de cálculo reduzida), e ainda ser impedido de apurar e efetuar o aproveitamento dos créditos que lhe são devidos por força da legislação aplicável. 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. Sustenta que a não declaração da nulidade pretendida, viola o artigo 2º da Lei nº 9.784/99, sob pena de violação de direitos fundamentais do contribuinte. Juntou fotocópias das folhas do livro Registro de Apuração do ICMS do mês de agosto de 2007 (fls. 29 a 34).

3. Do bis in idem da multa desproporcional e confiscatória. Considerou a multa excessiva e desproporcional, dizendo que já foi penalizado com a perda do benefício da redução da base de cálculo, se configurando em bis in idem, porque foi penalizado pelo mesmo ato em virtude de um descumprimento da mesma obrigação tributária. Invocou os princípios da proporcionalidade (artigo 5º, inciso LIV, da CF/88) e da razoabilidade (artigo 2º da Lei nº 9.784/99), para arguir que o fato de ter ficado inadimplente durante três meses, não justifica a imposição da multa de 60%, porque prestou todas as informações ao Fisco, escriturando todas as entradas e saídas, bem como entregando toda a documentação prevista em lei. Citou o entendimento do Tribunal de Impostos e Taxa de São Paulo, que em um processo administrativo fiscal, adotando os princípios citados, considerou irrazoável a aplicação de multa, reduzindo-a. Teceu considerações sobre o princípio do não confisco, à luz do artigo 150, IV, da CF/88, e sobre sua vedação, citando lição de renomado tributarista.

Por fim, requer:

- a) a nulidade da autuação;
- b) caso não sejam acatadas as preliminares de nulidade, que seja refeita a conta gráfica da conta corrente fiscal, a fim de possibilitar o aproveitamento dos créditos de ICMS a que faz jus na modalidade de compensação débito/crédito, em respeito ao princípio da não-cumulatividade;
- c) o cancelamento, ou a redução da multa aplicada, enquadrando-a aos limites impostos constitucionalmente.

Na informação fiscal às fls. 47 a 49, o autuante rebate a primeira preliminar de nulidade dizendo que a incongruência entre a descrição fática e o enquadramento legal alegada pelo autuado não se sustentam por entender que o dispositivo infringido foi o artigo 86, inciso V, alínea “b”, do RICMS/97 (transcrito), conforme indicado na descrição dos fatos no auto de infração. Sobre a questão relacionada com a alegação de que foi utilizada no AI a expressão ou, como exemplo

“558 ou 569”, indicada no enquadramento legal, 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.86, inciso V, alínea “b”, 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 Entradas do mês agosto/2007 (fls. 30/31), não há registro de escrituração de créditos fiscais, bem assim, no livro Registro de Apuração do ICMS juntado à defesa (fls. 33/34), no período de 01 a 31/08/2007, 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.

Além disso, esclarece que no cálculo do montante do tributo devido fica evidente no Demonstrativo do ICMS, anexado ao Auto de Infração (fl. 09), onde os valores correspondentes ao Valor Contábil, Base de Cálculo reduzida e o ICMS apurado foram extraídos da própria DMA entregue pelo contribuinte (fls. 05/07), tendo ressaltado que nas cópias do RAICMS (fls. 33/34), os valores do saldo do imposto a recolher, valor contábil das saídas totais e base de cálculo (reduzida) correspondem exatamente aos valores que constam do Demonstrativo de Cálculo do ICMS anexado ao auto de infração (fl. 09).

No que tange a arguição defensiva de que a multa aplicada mostra-se excessiva e desproporcional, o autuante não acolheu tal alegação, dizendo que a penalidade aplicada está prevista no artigo 42, inciso I, alínea “a”, da Lei nº 7.014/96 (reproduzida).

Conclui pela manutenção integral do Auto de Infração, observando que em relação a mesma matéria em autos de infração lavrados contra o mesmo contribuinte, o CONSEF já manifestou pela procedência da autuação conforme Acórdãos JF nº 0390-03/06 e JF nº 0324-02/07, cujas cópias foram anexadas ao processo (fls. 50/58).

VOTO

O fulcro da acusação fiscal diz respeito à falta de recolhimento do ICMS no total de R\$5.595,64, no prazo regulamentar (09/09/2007), 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 mês de agosto de 2007.

Em síntese as preliminares de nulidades argüidas pelo sujeito passivo são as seguintes:

1.que no auto de infração não estão presentes alguns requisitos essenciais de regularidade formal, o que acarreta a nulidade insanável, a saber:

1.1 – não há congruência entre a descrição fática apresentada e o dispositivo legal no qual a impugnante restou enquadrada;

1.2 – o AI não considerou os créditos a que faz jus, já que integra o regime normal de tributação, o que denota a falta de certeza e liquidez do valor exigido.

2. caso seja admitido o enquadramento da conduta da impugnante como infração fiscal, tal infração não poderia ser sancionada com multa, que além de configurar inegável bis in idem, é desproporcional e manifestamente confiscatória.

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) No tocante a preliminar de incongruência entre a descrição do fato e o enquadramento legal, 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.
- b) 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 a base de cálculo utilizada para o cálculo da exigência fiscal está demonstrada no corpo do auto de infração, e corresponde exatamente com o montante das saídas declaradas pelo contribuinte na DMA – Declaração e Apuração Mensal do ICMS do período de referência 09/2007 (fl. 05), inclusive o próprio autuado trouxe ao processo cópias das folhas do Registro de Apuração do ICMS, Registro de Entradas e de Saídas (fls. 29 a 34).

Observo que consta na descrição dos fatos no auto de infração que houve descumprimento do disposto no artigo 86, inciso V, alínea “b”, do RICMS/97, o que implicou na perda do benefício da redução da base de cálculo.

O autuado 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 e no livro de entradas apresentados na defesa não especificam a natureza dos créditos fiscais. Entendo que para ser analisada a possibilidade de concessão dos créditos fiscais neste processo, o autuado deveria ter juntado as cópias dos documentos fiscais que originaram os lançamentos no livro de entrada.

Por fim, apreciando a alegação de que a multa de 60% é desproporcional e confiscatória, observo que a sua aplicação pelo descumprimento da obrigação principal é prevista no artigo 42, inciso II, “a”, da Lei nº 7.014/96, sendo que as alegações concernentes ao seu caráter confiscatório não devem ser apreciadas em face do disposto no artigo 167, I do RPAF/99, *que retira do órgão julgador administrativo a competência para a declaração de inconstitucionalidade ou negativa de aplicação de Lei, decreto ou ato normativo.*

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 **281213.0004/07-9**, lavrado contra **MMDS BAHIA LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento de imposto no valor de **R\$5.595,64**, acrescido da multa de 60%, prevista no artigo 42, inciso I, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

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

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE/RELATOR

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA - JULGADOR

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO – JULGADOR