

A. I. Nº - 274068.0021/10-2
AUTUADO - STEMAR TELECOMUNICAÇÕES LTDA.
AUTUANTES - EDINALDO AVELINO DE PAIVA, CRYSTIANE MENEZES BEZERRA e PAULO ROBERTO CAMPOS MATOS
ORIGEM - IFEP – SERVIÇOS
INTERNET12.07.2011

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0179-05/11

EMENTA: ICMS. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO. **a)** DESENCONTRO ENTRE OS VALORES RECOLHIDOS E OS ESCRITURADOS. RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. Infração não contestada; **b)** IMPOSTO RECOLHIDO FORA DO PRAZO. EXIGÊNCIA DE ACRÉSCIMOS MORATÓRIOS. Uma vez comprovado o recolhimento intempestivo do imposto, sem os devidos acréscimos legais, é passível a exigência dos acréscimos moratórios através de lançamento de ofício. Infração parcialmente subsistente, após retificação. Rejeitadas as preliminares de nulidade. Aplicada a multa legalmente prevista. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 17.12.2010, refere-se à exigência do ICMS, no montante de R\$ 3.105.554,92, inerente aos meses de abril, maio, junho e agosto de 2006, em decorrência de desencontro entre os valores do imposto recolhido e o escriturado no livro Registro de Apuração do ICMS (infração 1), como também exige os acréscimos moratórios, no montante de R\$ 854.246,13, relativo aos meses de janeiro a agosto de 2006, referente ao ICMS pago intempestivamente, porém espontâneo, uma vez que o contribuinte efetuou o pagamento da primeira parcela estabelecida pelo artigo 1º do Decreto nº. 9.250/04 em valor menor ao estabelecido e complementou o pagamento junto com o imposto pago no dia 20 do mês subsequente, sem recolher os acréscimos moratórios referente à primeira parcela (infração 2).

A Claro S/A, sucessora por incorporação da autuada, através de seu advogado devidamente habilitado, apresenta tempestivamente sua defesa, às fls. 107 a 122 dos autos, onde aduz que tem como objeto social a implantação, operação e prestação de serviços de telecomunicações, no Brasil e no exterior, compreendendo, ainda, a compra, a venda, a locação, a cessão de uso de meios e equipamentos a qualquer título, a importação e a exportação de equipamentos e outros produtos, bem como a prestação de serviços correlatos.

Informa que, no tocante à primeira infração, efetuará o recolhimento integral. Já em relação ao segundo item, reconhece parcialmente sua procedência, pelo que providenciará, quanto a esta parte, o recolhimento dos valores que admite devidos, pois é certo que a autuação não merece prosperar em sua inteireza.

Em seguida, arguiu a nulidade ocasionada pela insegurança na determinação da infração, visto que os cálculos efetuados pela fiscalização apresentam uma série de inconsistências, atestadas, inclusive pelos anexos ao Auto de Infração que o instruem. Atenta que o Decreto nº. 9.250/04 traz em seu bojo dois regimes distintos de recolhimento, quanto a um dos quais o contribuinte dos setores alcançados pelo diploma deveria optar, sendo que o primeiro regime de recolhimento previa que o ICMS devido seria recolhido em duas parcelas, ou seja, até o antepenúltimo dia útil do mês, o valor do imposto incidente nas operações e prestações realizadas no período de 1 a 20; e até o dia 20 do mês subsequente, o valor do imposto mensal apurado na forma prevista no capítulo XIII do título I do RICMS, deduzindo-se a parcela recolhida anteriormente.

Aduz que o cômputo dos pagamentos, para se mensurar eventual atraso, deveria ter obedecido ao que prescreve a legislação, considerando-se apenas as operações ocorridas no período de 01 a 20 de cada mês, visto que operações ocorridas no período de 21 a 31 de cada mês devem ser consideradas apenas quando do recolhimento da segunda parcela, no mês subsequente.

Diz a sucessora do autuado que, para atestar tal inconsistência da lavratura, basta que se verifique o Anexo 6B do Auto de Infração, intitulado “Demonstrativo de Nota Fiscal de Saída”, no qual podem ser identificadas, em todos os meses, operações ocorridas entre os dias 21 e 31 e que erroneamente integraram os cálculos dos fiscais para chegar ao valor da parcela exigível quanto ao período de 01 a 20.

Assim, sustenta o defensor que tal incerteza na delimitação da infração mostra-se prejudicial ao impugnante, na medida em que lhe imputa infração que não condiz com a verdade dos fatos, posto que, se considerada a primeira sistemática de recolhimento, os valores tanto poderiam ser considerados pontualmente recolhidos, o que só se poderia afastar comparando-se as operações realizadas do dia 01 ao dia 20 com o montante recolhido na primeira parcela, como poderiam ser considerados apenas parcialmente atrasados, pois que o imposto incidente sobre as operações efetuadas entre os dias 20 e 30 de um dado mês realmente teriam por vencimento o dia 20 do mês subsequente.

De todo modo, nenhuma das hipóteses autoriza que a fiscalização tome por base os valores cheios de cada mês e os considere em atraso, já que, como visto, um terço das operações teria seu prazo de recolhimento previsto em lei como sendo o dia 20 do mês subsequente e, logo, teriam sido adimplidas pontualmente. Nesse contexto, as distorções provocadas pela autuação acabariam por criar um atraso fictício, o que não se pode admitir, já que a relação fisco-contribuinte deve se dar no plano da estrita legalidade e da persecução da verdade material, jamais naquele das ficções.

Assim aduz que todas essas impropriedades atestam que a lavratura não cuidou de traduzir fidedignamente a realidade fática que permeia o histórico tributário da sociedade, especificamente no tocante ao recolhimento do ICMS no exercício de 2006.

Diz, ainda que o Anexo 6A, intitulado de “Demonstrativo do Resumo de Nota Fiscal de Saída”, também está inquinado por erro material que se reflete no montante utilizado para apuração dos valores exigidos, uma vez que a fiscalização efetuou incorretamente a somatória do mês de março em todas as colunas, posto que incluiu na soma os valores do total do mês de fevereiro, total este localizado na coluna imediatamente acima.

Salienta que surpreende a total imprecisão na descrição dos fatos que ensejaram a lavratura do Auto de Infração, de sorte que é impossível pontuar qual a infração praticada, já que a descrição realizada pelos autuantes não define precisamente as supostas infringências cometidas, limitando-se a afirmar genericamente que “*o contribuinte deixou de recolher os acréscimos moratórios referentes ao ICMS devido, pago intempestivamente porém espontâneo*”.

Alega, ainda, que a autoridade fiscal não logrou êxito sequer em definir, com segurança, quais os dias de atraso e os valores que se sujeitariam ao suposto atraso que motivaria a cobrança de tais acréscimos, pois, como visto, a legislação de regência do recolhimento de ICMS pelas empresas de telecomunicações prevê duas modalidades de recolhimento e, sob a ótica da primeira delas, jamais poderia ser considerada em atraso a totalidade das operações efetuadas em determinado mês, posto que aquelas efetuadas entre os dias 20 e 30 estariam sujeitas ao recolhimento no dia 20 do mês subsequente. Assim, não há como estabelecer se efetivamente haveriam valores devidos pela impugnante e, principalmente, quais seriam esses valores, devido à imprecisão dos elementos fáticos e legais indicados para fundamentar a exigência de acréscimos moratórios, o que, segundo o apelante, ensejou na violação ao princípio do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, do que aduz que o Auto de Infração deve ser declarado nulo.

Em seguida, alega existência de erro material no momento de apurar os supostos atrasos que ensejaram a cobrança de acréscimos moratórios, conforme verificado no Anexo 6A. Assim, no mínimo, há de se reconhecer a necessidade de alteração do Auto de Infração, a fim de serem refeitos os cálculos para se computar devidamente os valores, como de direito.

Aduz, ainda, sobre a impossibilidade de cominação de multas de qualquer natureza em razão da denúncia espontânea, consignada no próprio Auto de Infração, uma vez que, não fossem os vícios que inquinam a lavratura, é certo que a exigência dos valores, que se resumem à cobrança de multas de mora e de ofício, mostra-se indevida, porque tal como admitido pelos próprios autuantes, o recolhimento foi feito espontaneamente pelo contribuinte.

Salienta que, considerando-se o pequeno lapso transcorrido entre a data de vencimento e a do efetivo recolhimento pelo contribuinte, vê-se que o atraso havido não alcança o período de 30 dias, logo não haveria que se falar em incidência de juros, mas tão somente na multa de mora, cuja cobrança restou obstada pelo recolhimento espontâneo levado a efeito pelo contribuinte.

Registra que, muito embora a fiscalização tenha fundamentado a lavratura nos artigos 138, inciso I, e 138-A, tais dispositivos mostram-se inaplicáveis ao presente caso, seja porque o art. 138 disciplina os acréscimos moratórios incidentes até 31 de dezembro de 2000, seja porque o art. 138-A foi revogado pelo art. 10 do Decreto nº. 10.459/07.

Destaca que, em verdade, a sistemática de cobrança de eventuais acréscimos moratórios, atinente ao presente caso, é aquela prevista pelo art. 138-B do RICMS/BA, o qual prescreve onze centésimos por dia de acréscimos moratórios, limitados a 10%, os que, segundo o apelante, têm nítido caráter de multa moratória, sejam porque foram distinguidos dos juros calculados pela SELIC, igualmente previstos no mesmo dispositivo, seja porque superam em muito tal taxa que, como sabido, deve balizar a cobrança de juros entre o fisco e contribuinte.

Diz que o art. 138 do CTN afasta a incidência de multa moratória ou punitiva, prevendo apenas a inclusão de juros moratórios na hipótese de denúncia espontânea de tributo não recolhido pontualmente. Afirma que o contribuinte foi beneficiado pela exclusão da multa moratória, consoante determina o art. 138 do CTN, porque pagou integralmente o tributo devido, não havendo que se falar na incidência de juros moratórios a serem calculados pela SELIC, uma vez que não se completou o trintídio indispensável à sua incidência. Cita doutrina e jurisprudência.

Por fim, requer que seja reconhecida a nulidade da autuação, em razão da precariedade na determinação da infração, em especial das datas e valores que permitiriam provar os atrasos alegados pela fiscalização e apurar devidamente eventuais acréscimos moratórios incidentes sobre tais supostos atrasos, e, se superada tal nulidade, requer que seja dado provimento à defesa, com o cancelamento dos supostos débitos de ICMS impugnados. E, por outro fundamento, requer que seja dado provimento à defesa, a fim de que sejam cancelados os supostos débitos lançados para a cobrança de supostos acréscimos moratórios, seja porque não se completou o trintídio que justificaria a incidência da taxa SELIC, tal como previsto na legislação, seja porque quaisquer multas devem ser prontamente afastadas em razão da denúncia espontânea reconhecida pela fiscalização, a teor o art. 138 do CTN. Também requer que as intimações relativas ao presente feito sejam realizadas exclusivamente em nome do advogado Marcelo Neeser Nogueira Reis.

Na informação fiscal às fls. 135 a 141 dos autos, quanto à alegação da sucessora do autuado de que houve erro na soma das notas fiscais do Anexo 6B, que deveriam levar em consideração o período de 1 a 20 e não de 1 a 30, os autuantes reconhecem o equívoco cometido quando não excluiu o período de 21 a 30 (31), procedendo à retificação do referido Anexo, consoante demonstrativo à fl. 136 dos autos.

Também os autuantes entendem improcedente a alegação de que os motivos ensejadores da infração não foram devidamente apurados e descritos, pois o Auto de Infração obedeceu a todos os requisitos exigidos no art. 18 do RPAF, cuja descrição contém todos os elementos necessários para compreensão da autuação.

Quanto à alegação defensiva de que as autoridades fiscais não lograram êxito em definir, com segurança, quais os dias de atraso e os valores que se sujeitariam ao suposto atraso que motivaria a cobrança de tais acréscimos, também os autuantes entendem não prosperar, pois estes dados foram demonstrados com precisão no Demonstrativo do Valor dos Acréscimos Moratórios Até o Dia 20 – Anexo 4 (fl.9).

No tocante à alegação de erro material, em função da somatória do mês de março, que incluiu o total do valor de fevereiro, os prepostos fiscais, ao verificarem o Anexo 6-A, reconheceram o equívoco e retificaram o valor de março do Anexo 6-A (fl. 144). Assim, após a correção da soma das notas fiscais até o dia 20 do Anexo 6-B (fls. 145 a 153) e da correção da soma do mês de março, foram refeitos os anexos: “Demonstração da Diferença entre o Valor Devido e o Valor Recolhido Até o Dia 20 – Anexo 3” (fl. 142) e o “Demonstrativo do Valor dos Acréscimos Moratórios Até o Dia 20 – Anexo 4” (fl. 143) que, após as correções, ainda manteve a diferença entre o valor devido e o valor recolhido, passando o valor reclamado de R\$ 854.246,14 para R\$ 538.252,15 (fl. 139).

Quanto à alegação de que, de acordo com o art. 138 do CTN, em caso de denúncia espontânea não se deve exigir multa, mas, apenas os juros, sustentam os autuantes que o pagamento do principal foi intempestivo, porém não foram recolhidos os acréscimos moratórios devidos e que, conforme previsto no art. 95, II, “b”, do RPAF, a denúncia espontânea será instruída, quando for o caso, com o comprovante do recolhimento do tributo, *acrescido da atualização monetária e dos acréscimos moratórios cabíveis*. Registram que, segundo o art. 98, I, do RPAF, *a denúncia espontânea exclui a aplicação de multa* por infração a obrigação tributária principal ou acessória a que corresponda a falta confessada, desde que acompanhada, se for o caso, *do pagamento do débito e seus acréscimos*. Por fim, o art. 99, § 1º, do RPAF determina que recebida a denúncia espontânea, a fiscalização efetuará a simples conferência do débito recolhido pelo contribuinte e, se for constatada posteriormente diferença a favor do fisco, entre o débito apurado e o recolhido, o valor da diferença será cobrado mediante Auto de Infração. Portanto, se os acréscimos moratórios não foram recolhidos na época devida, eles devem ser reclamados através de Auto de Infração.

Inerente à alegação de que não se deve aplicar a incidência da taxa SELIC, pois não se completou o trintídio que a justificaria, aduzem os autuantes que o Demonstrativo do Valor dos Acréscimos Moratórios – Anexo 4 (fl. 9), comprova que não foi aplicada a incidência da SELIC.

Por fim, quanto à referência a decisão do STJ, os autuantes aduzem não caber, no âmbito de suas atribuições, a discussão sobre entendimentos legais, pois devem obediência ao RICMS/BA por responsabilidade funcional.

Diante de tais considerações, concluem mantendo integralmente a infração 1 e parcialmente a infração 2 no valor de R\$ 538.252,15, conforme apurado no Anexo 4, à fl. 143, após retificado.

Intimado a tomar ciência da informação fiscal, a sucessora do autuado apresenta nova manifestação na qual aduz que, embora reconheçam o erro material perpetrado e que a questão teria sido retificada, o que a fiscalização apresenta é apenas um resumo do mencionado Anexo 6-B, não tendo sido juntado o inteiro teor do documento, impossibilitando saber se a retificação contemplou todos os períodos que fora objeto do “equívoco” reconhecido, inviabilizando a aferição da correção dos novos cálculos. Assim, segundo a defendente, persiste a insegurança na determinação da infração, suficiente a acarretar sua nulidade.

Reitera que, ante o pequeno lapso transcorrido de 30 dias entre a data de vencimento e a do efetivo recolhimento, o atraso havido não enseja a incidência de juros, mas, tão-somente a multa de mora, cuja cobrança restou obstada pelo recolhimento espontâneo. Assim, mostra-se descabida a cobrança de quaisquer outros acréscimos que terão a natureza de multa moratória.

Às fls. 166 e 167 dos autos, a sucessora do autuado informa que efetuou o recolhimento parcial do débito fiscal exigido, no valor de R\$ 6.077.080,30, conforme comprovantes anexos às fls. 168/169, com desconto de 70% sobre o valor da multa, nos termos do art. 45, I, da Lei nº 7.014/96, uma vez

que quitou o débito no prazo de 30 dias contados da ciência da autuação, do que requer que seja reconhecida a extinção do referido débito, nos termos do art. 156, I, do CTN.

Às fls. 171 e 172 dos autos, foi anexado o extrato “Detalhes de Pagamento PAF” do SIGAT (Sistema Integrado de Gestão da Administração Tributária).

VOTO

Trata-se de Auto de Infração, lavrado para exigir do sujeito passivo o ICMS no montante de R\$ 3.105.554,92, recolhido a menos nos meses de abril, maio, junho e agosto de 2006, em decorrência do desencontro entre o imposto recolhido e o escriturado no livro Registro de Apuração do ICMS, infração esta reconhecida pela sucessora do autuado, como também para exigir os acréscimos moratórios no montante de R\$ 854.246,13, relativos aos meses de janeiro a agosto de 2006, referente ao ICMS pago intempestivamente, porém espontâneo, haja vista que o contribuinte efetuou o pagamento da primeira parcela, estabelecida pelo artigo 1º do Decreto nº. 9.250/04, em valor menor ao devido e complementou o pagamento, junto com o imposto pago no dia 20 do mês subsequente, sem recolher os acréscimos moratórios referentes à primeira parcela.

Inicialmente, quanto ao pedido de que as intimações sejam efetuadas exclusivamente em nome do seu advogado, há de se ressaltar que o art. 108 do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, determina que a intimação seja feita pessoalmente ao sujeito passivo ou interessado, seu representante ou preposto, como também através de via postal ou por meio eletrônico, independentemente da ordem, ou através de edital publicado no Diário Oficial do Estado, quando não forem possíveis as formas anteriores.

Em seguida, em relação à segunda infração, exigência objeto da impugnação, rejeito a preliminar de nulidade do Auto de Infração sob a arguição de existência de insegurança na determinação da infração, pois verifico que no Processo Administrativo Fiscal foram cumpridas todas as formalidades legais previstas, não ensejando em qualquer violação ao devido processo legal e à ampla defesa do contribuinte, sendo autoexplicativos os anexos que fundamentam a acusação fiscal, tendo o contribuinte demonstrado o perfeito entendimento de tais demonstrativos, inclusive apresentando equívocos cometidos pelos autuantes no Anexo 6-A, ao efetuarem, incorretamente, a soma dos valores totais do mês de fevereiro com os valores do mês de março, como também no Anexo 6-B, ao considerarem as saídas do período de 1 a 30 e não de 1 a 20 de cada mês, equívocos esses reconhecidos e corrigidos pelos prepostos fiscais, saneando o processo, resultando na redução da exigência para o valor de R\$ 538.252,15, do que foi cientificado o sujeito passivo, fornecendo-lhe cópia das novas planilhas, vindo o mesmo a se manifestar. Portanto, restou claro o devido processo legal e o pleno exercício do direito de defesa, não procedendo a alegação do apelante de insegurança ou de atraso fictício, razão para se rejeitar a preliminar de nulidade do Auto de Infração, sob esses argumentos.

Inerente à alegação da impossibilidade de cominação de multas de qualquer natureza em razão da denúncia espontânea, como também de que o art. 138 do CTN afasta a incidência de multa moratória ou punitiva, prevendo apenas a inclusão de juros moratórios na hipótese de denúncia espontânea de tributo não recolhido pontualmente, devo ressaltar que os cálculos apurados, consoante demonstrativo dos acréscimos moratórios, à fl. 143 dos autos, estão corretos e de acordo com o que determina o art. 138-B, I, do RICMS, aprovado pelo Decreto nº. 6.284/97, citado na acusação fiscal, ou seja, “sobre os débitos denunciados espontaneamente, incidirão apenas acréscimos moratórios equivalentes 0,11% (onze centésimos por cento) ao dia, limitados a 10% (dez por cento), mais a taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia (SELIC) para títulos federais, acumulada mensalmente até o último dia do mês anterior ao do pagamento, e 1% (um por cento) relativo ao mês em que o pagamento estiver sendo efetuado”. No caso em tela, se verifica índices de acréscimos moratórios de: 3,31%, 3,42%, 3,53% e 3,75% sobre o valor inadimplido, conforme os dias em atraso.

Portanto, conforme anteriormente visto, não cabe a alegação sobre a aplicação da taxa SELIC, pois a mesma não incidiu nos cálculos apurados pelos autuantes.

Quanto ao artigo 138 do CTN que afasta a incidência de multa moratória ou punitiva na hipótese de denúncia espontânea, não é cabível ao caso concreto, pois a denúncia espontânea não foi precedida dos recolhimentos dos acréscimos moratórios, sendo os mesmos reclamados através deste Auto de Infração, e, em consequência, aplicada a multa de 60% do valor dos acréscimos tributários que não foram pagos com o imposto, em caso de recolhimento intempestivo, porém espontâneo, conforme previsto no art. 42, VIII, da Lei nº. 7.014/96.

Com referência à decisão do STJ, citada pelo defendente à fl. 120 dos autos, a mesma não se aplica ao caso presente, pois, conforme se pode constatar em seu texto (fl. 120), naquele caso, a denúncia espontânea ocorreu “*com o recolhimento do tributo e acréscimos devidos*”, o que afastou a imposição da multa.

No mérito, verifica-se que a exigência de R\$854.246,13, foi acertadamente retificado para o valor de R\$538.252,15, apurado através do “DEMONSTRATIVO DO VALOR DOS ACRÉSCIMOS MORATÓRIOS ATÉ O DIA 20 – ANEXO 4 retificado” (fl.143), decorreu a partir da conta-corrente do ICMS, intitulado de “DEMONSTRATIVO DE DIFERENÇA ENTRE O VALOR DEVIDO E O VALOR RECOLHIDO ATÉ O DIA 20 - Anexo 3 retificado” (fl. 142), no qual foi comparado o valor da 1ª parcela efetivamente recolhida com o valor do imposto devido, apurando-se a diferença não recolhida e calculando-se os acréscimos moratórios entre a data do inadimplemento até o pagamento.

Diante do exposto, voto PARCIALMENTE PROCEDENTE o Auto de Infração, no valor de R\$ 3.643.807,07, sendo R\$ 3.105.554,92, relativo à primeira infração, e R\$ 538.252,15, à segunda infração (fl. 143), devendo homologar-se os valores já recolhidos.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **274068.0021/10-2**, lavrado contra **STEMAR TELECOMUNICAÇÕES LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$3.105.554,92**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, I, “b”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, com os acréscimos moratórios no valor de **R\$538.252,15**, acrescidos da multa de 60%, prevista no art. 42, VIII, da citada lei, devendo ser homologados os valores recolhidos.

Esta Junta recorre de ofício, desta decisão, para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/00, com efeitos a partir de 10/10/00.

Sala das Sessões do CONSEF, 28 de junho de 2011.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO – JULGADOR

ILDEMAR JOSÉ LANDIN - JULGADOR