

A. I. N° - 298633.3000/16-7
AUTUADO - CABLE BAHIA LTDA.
AUTUANTE - ÂNGELA MARIA MENEZES BARROS
ORIGEM - IFEP SERVIÇOS
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 27.12.2016

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0211-05/16

EMENTA: ICMS. BENEFÍCIO FISCAL. SUSPENSÃO DO BENEFÍCIO. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. FALTA DE PAGAMENTO NO PRAZO REGULAMENTAR. É reduzida a base de cálculo do ICMS, em opção à utilização de quaisquer outros créditos fiscais das prestações de serviço de comunicação por meio de veiculação de mensagem de publicidade e propaganda na televisão por assinatura, de forma que a carga tributária efetiva seja de 10%, sendo que a falta de recolhimento do imposto implicará na perda do benefício a partir do mês subsequente àquele em que se verificar o inadimplemento. Razões de defesa, com as documentações acostadas, elidem parcialmente a acusação fiscal. Infração subsistente parcialmente. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Auto de Infração lavrado, em 27/06/2016, para exigir o débito no valor de R\$1.780.190,18, em decorrência da constatação da seguinte irregularidade no âmbito do ICMS:

INFRAÇÃO 1- 02.08.38: Falta de recolhimento do ICMS na prestação de serviço de comunicação por escrituração de valores tributados como não tributados no ano de 2014. Lançado ICMS no valor de R\$1.780.190,18, com enquadramento no art. 1º, inc. III; art. 2º, inc. VII; e art. 32, da Lei 7.014/96, mais multa de 60% tipificada no artigo 42, inc. II, alínea “a”, do mesmo diploma legal.

Às fls. 21 a 25 dos autos, o autuado apresenta sua defesa, na qual diz que a leitura da fundamentação acima exposta, utilizada pelo fisco como a base legal do presente auto de infração, leva à equivocada conclusão de que deixou de recolher o imposto devido no período de janeiro a dezembro de 2014, decorrente da prestação de serviço de comunicação.

Tal entendimento, contudo, diz que não poderia ser mais equivocado e lesivo à sociedade empresária, pois a empresa tem direito ao benefício da redução de base nos serviços de TV a CABO e a penalidade aplicada está equivocada e abusiva, como passa a demonstrar.

Destaca que faz jus ao benefício fiscal da redução de base de cálculo prevista no RICMS/BA, introduzida pelo Convênio nº 09/2008 CONFAZ para reduzir a alíquota do imposto a recolher a 10%, mediante a vedação ao uso de créditos fiscais, sendo que não há que se falar em utilização do sistema normal de apuração, nos termos em que descreve a autuante.

Isto porque o RICMS/BA prevê no art. 267, que na prestação de serviços de televisão por assinatura a base de cálculo poderá ser reduzida. Desta forma, diz que tem direito a redução de base de cálculo e efetuou sua escrituração fiscal nos termos do artigo citado, levando em consideração o direito que possui.

Portanto, diz que resta claro que a autuação ora impugnada não pode prosperar, uma vez que sequer logrou demonstrar qualquer comprovação da perda do benefício legal, desconsiderando indevidamente a redução da base de cálculo, na medida em que não demonstrou haver o descumprimento pela impugnante de quaisquer dos requisitos necessários para usufruir de tal benefício não ficando comprovado nos autos, portanto, a caracterização da perda deste benefício.

Nesse sentido, aduz que impõe o reconhecimento do benefício em prol da impugnante de utilizar a redução da base de cálculo do ICMS, pelo fato de ser prestadora do serviço de Televisão a

Cabo, desvinculando qualquer outra condição para seu usufruto, pois o Convênio nº 09/2008, não impõe condição somente regulamenta o direito. Logo, destaca que o ICMS ora pretendido pelo Fisco não está correto, já que procedeu de forma correta.

Outro fato importante a referir, é que se utilizou da redução da base de cálculo, benefício a que faz jus, e deixou de utilizar créditos de ICMS que o Convênio nº 09/2008 veda.

Diz verificar, contudo, que o entendimento das autoridades fiscais é que não mais teria direito ao benefício da redução da base de cálculo, procedeu ao recálculo do valor principal com base na alíquota cheia vigente no Estado, sem proceder ao abatimento dos créditos de ICMS que a impugnante faz jus.

Portanto, diz que, se este Fisco entende que não poderia utilizar o benefício da redução da base de cálculo do ICMS para 10%, necessário se faz que recalcule o valor principal mediante o abatimento dos créditos de ICMS a que a Impugnante faz jus.

Por outro lado, diz que a presente impugnação está cobrando os meses de novembro e dezembro de 2014, onde destaca que os mesmos foram quitados, conforme diz demonstrar os comprovantes de pagamentos em anexo.

Assim, destaca que o presente auto de infração deve ser retificado, uma vez que os meses de novembro e dezembro/2014 estão sendo cobrados em duplicidade, já que a empresa quitou e novamente o Fisco estadual está cobrando.

Diz, também, que não bastasse a equivocada cobrança, outro aspecto que está totalmente equivocado e abusivo é a aplicação da multa no percentual de 60%. Observa que a multa aplicada serve para penalizar o contribuinte ao não recolhimento de ICMS - diferencial de alíquota, conforme estipulado pela Legislação.

Diz que há uma dissociação da aplicação de multa no presente caso com relação ao que a legislação prevê, uma vez que não houve qualquer crime ou dolo por parte do contribuinte que ensejasse aplicação de multa tão elevada. No caso em questão o não recolhimento do imposto deu-se devido a não ocorrência de fato gerador, mas caso fosse a multa pelo não recolhimento deveria ser de 20% referente a multa de mora.

Aduz que o forçado enquadramento da conduta como infração reflete afronta aos princípios e desideratos constitucionais, bem como desrespeito à norma insculpida no Código Tributário Nacional, em seu artigo 112, o qual impõe ao julgador a necessidade de interpretação mais favorável ao contribuinte.

Diz que uma multa desproporcional, além de caracterizar confisco, de tão distante do caráter educativo e punitivo que deveria ter, pode levar o contribuinte a uma condição de total impossibilidade de cumprir com a quitação de seu passivo, causando sérios danos a empresa e, também, ao Estado, pois a impossibilita de adimplir com os impostos.

Observa que a atividade fiscal do Estado não pode ser onerosa a ponto de se dissociar da proporcionalidade que deve existir entre a suposta violação da norma tributária e a aplicação da multa por consequência. Destaca que se configura no presente a contrariedade ao dispositivo constitucional elencado no artigo 150, IV, da Carta Magna, que o destaca.

Traz, ainda, aos autos, considerações de Bonavides quanto ao aspecto da proporcionalidade e da vedação ao confisco. Aduz, também, que o Supremo Tribunal Federal estende o Princípio da Vedaçāo ao Confisco de modo a abranger também as multas confiscatórias, pois tendo este o escopo de preservar a propriedade dos contribuintes, frente à voracidade fiscal do Estado, resta evidente que a cobrança de multas em valores desarrazoados estaria também sob o seu amparo.

Assim, requer-se a redução da multa aplicada para o percentual de 20%, com base nos argumentos citados.

Por fim, resta esclarecido que a impugnante faz jus ao benefício da redução de base de cálculo do ICMS TV a Cabo. Assim, tendo agido de acordo com o que determina o Convênio nº 09/2008 -

CONFAZ requer a anulação e improcedência do presente Auto de Infração, bem como sejam acolhidas as razões da presente impugnação para que:

- (1) Seja julgado, o auto de Infração, improcedente, uma vez que totalmente indevidos os valores apurados, já que, faz jus ao benefício da redução de base de cálculo do ICMS TV a Cabo, devendo ser canceladas as penalidades correspondentes;
- (2) Caso, na remota hipótese subsistir a cobrança do Auto de Infração, requer o recálculo do débito com o abatimento dos créditos de ICMS que a Impugnante faz jus, a anulação da cobrança de ICMS dos meses de novembro e dezembro 2014 que foram quitados, bem como a redução da multa, para que somente seja aplicada uma multa no percentual de 20%;
- (3) Por fim, requer a juntada da procuração em anexo, e que seja efetuada a regularização processual com a inclusão do procurador outorgado Felipe Franchi de Lima, inscrito na OAB/RS 87.674 e Rosangela Silva Martins, inscrita na OAB/RS 70.475, que têm escritório profissional na Rua Mostardeiro, 366 conj. 501, Bairro Moinhos de Vento, em Porto Alegre/RS, telefones (51)92731420 e (51) 82649190;
- (4) Requer, ainda que todas as intimações sejam feitas exclusivamente em nome dos advogados outorgados Felipe Franchi de Lima e Rosangela Silva Martins.

Às fls. 61 a 62, a Fiscal Autuante desenvolve informação fiscal nos termos a seguir:

Diz que, em 27/06/2016 foi lavrado Auto de Infração nº 2986333000/16-7, contra a empresa CABLE BAHIA LTDA, CNPJ 04.110.695/0001-15 e IE 054.202.917, por ter deixado de recolher ICMS na prestação de serviço de comunicação por escrituração de valores tributados como não tributados, relativo a perda do benefício de Redução da Base de Cálculo, no exercício de 2014, na prestação de Serviços de Comunicação.

Destaca que a autuada em sua defesa alega que faz jus ao benefício fiscal da redução de base de cálculo prevista no RICMS/BA, introduzida pelo Convênio nº 09/2008, para reduzir a alíquota do imposto a recolher a 10%, mediante a vedação ao uso de créditos fiscais, sendo que não há que se falar em utilização do sistema normal de apuração, nos termos em que descreve o autuante.

Diz que a Autuada lançou os débitos do ICMS conforme a legislação, porém não recolheu o ICMS devido referente aos meses de janeiro a outubro de 2014. Por sua vez, o ICMS referente aos meses de novembro e dezembro de 2014 foi recolhido um ano após, em novembro e dezembro de 2015 respectivamente.

Então, pelo fato de não ter recolhido o ICMS por dez (10) meses consecutivos tem como consequência a perda do benefício na redução da base de cálculo, fundamentando assim a lavratura do Auto de Infração em lide.

Destaca que a autuação é fundamentada no Art. 267 do RICMS/BA, aprovado pelo Decreto nº 13.780/12, onde reza a perda do benefício de redução de base de cálculo, como dito em seu inciso "V", Alínea "b", visto que a autuada não recolheu o ICMS devido no período de janeiro a outubro de 2014, permanecendo dez meses sem recolhimento. Conforme reza a legislação do ICMS do Estado da Bahia, RICMS/2012.

Art. 267. É reduzida a base de cálculo do ICMS, em opção à utilização de quaisquer outros créditos fiscais:

V - das prestações de serviço de comunicação por meio de veiculação de mensagem de publicidade e propaganda na televisão por assinatura, de forma que a carga tributária efetiva seja de 10% (dez por cento), sendo que (Conv. ICMS 09/08):

b) a falta de recolhimento do imposto 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;

Diz que, conforme legislação supracitada, a autuada perdeu a fruição do benefício de redução de base de cálculo, por não ter recolhido o ICMS referente aos meses de janeiro a outubro de 2014, comprovado pelo sistema de arrecadação da SEFAZ, conforme comprovante anexo.

Destaca, também, que a autuada alega que está cobrando os meses de novembro e dezembro de 2014 em duplicidade, vez que estes valores já foram quitados, conforme demonstra por comprovantes de pagamentos em anexo, já que a empresa quitou e novamente o Fisco estadual está cobrando.

Diz, então que não está cobrando em duplicidade, pois o valor do ICMS referente a novembro e a dezembro de 2014 recolhidos em novembro e dezembro de 2015 respectivamente é o valor escriturado usufruindo do benefício da redução da base de cálculo. E o cálculo do ICMS que consta no demonstrativo, relativo aos meses supracitados, é o valor do ICMS a ser recolhido referente a perda do benefício de Redução da Base de Cálculo.

Observa que o demonstrativo do cálculo do ICMS a recolher referente a perda do benefício da Redução da Base de Cálculo está acostado ao processo, fls. 10 a 14. O enquadramento da multa é Legal, conforme Artigo 42, Inciso II, Alínea “a”, da Lei 7.014/96. Com relação à solicitação da letra “b” do pleito da defesa, diz que não há possibilidade de atendimento de recálculo do débito do ICMS com o abatimento dos créditos, visto que não há créditos escriturados.

VOTO

Inicialmente constato que o presente Processo Administrativo Fiscal está revestido das formalidades legais no que preceitua o RPAF/99, onde não foi constatada violação ao devido processo legal, sendo os impostos, as multas e suas bases de cálculo apurados consoante os levantamentos e documentos acostados aos autos, em que considero suficientes para formação de minha convicção e dos julgadores na análise da lide, não ensejando qualquer outra produção de prova na forma do que dispõe o art. 147, inciso I, alínea “a” do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629 de 09/07/99, tendo o autuado demonstrado total entendimento da acusação, inclusive apresentando razões de mérito.

Trata-se de Auto de Infração lavrado para exigir o ICMS no montante de R\$1.780.190,18, relativo a infração descrita e relatada na inicial dos autos, que diz respeito a falta de recolhimento do ICMS, na prestação de serviço de comunicação, por escrituração de valores tributados como não tributados, com perda da fruição do benefício de redução da base de cálculo, na forma do art. 267, inc. V, “b”, do RICMS/BA, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012, decorrente da falta de recolhimento do imposto nos meses de janeiro a outubro de 2012.

Assim dispõe o art. 267, inc. V, “b”, do RICMS/BA, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012:

Art. 267. É reduzida a base de cálculo do ICMS, em opção à utilização de quaisquer outros créditos fiscais: (Grifo acrescido)

V - das prestações de serviço de comunicação por meio de veiculação de mensagem de publicidade e propaganda na televisão por assinatura, de forma que a carga tributária efetiva seja de 10% (dez por cento), sendo que (Conv. ICMS 09/08): (Grifos acrescidos)

b) a falta de recolhimento do imposto 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; (Grifos acrescidos)

Como tal, à luz das documentações acostadas aos autos, não se vê qualquer registro que se possa identificar que, de fato, a defendant houvera recolhido o imposto devido, decorrente da prestação de serviço de comunicação por meio de veiculação de mensagem de publicidade e propaganda na televisão por assinatura, relativo ao período de janeiro a dezembro de 2014, na forma da descrição dos fatos da autuação.

Isto posto, não logra êxito a afirmação do defendant de que a autuação não pode prosperar, sob a perspectiva de que a d. Fiscal Autuante não houvera demonstrado o descumprimento de quaisquer dos requisitos necessários a usufruir do benefício fiscal da redução da base de cálculo.

Na realidade, o que se constata da leitura do demonstrativo de apuração do débito constitutivo da infração, objeto em análise, acostado, em CD, à fl. 14 dos autos, é de que não houvera qualquer recolhimento do ICMS devido, decorrente da prestação de serviço de comunicação, recolhido aos

Cofres do Estado da Bahia, no período de janeiro a dezembro de 2014, seja ou não com a fruição do benefício esculpido no art. 267, inc. V, “b”, do RICMS/BA, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012.

Reforça essa nossa constatação, quando, na defesa, o defendante diz que está sendo cobrados os meses de novembro e dezembro de 2014, e tais competências demonstram que foram quitados antes da lavratura do presente Auto de Infração, o que, mantendo tais meses na autuação estaria cobrando em duplicidade.

Sobre tais competências, vê-se, à luz de verificação no Sistema INC – *relação de DAE's quitados junto a SEFAZ* – o registro do pagamento dessas duas competências no dia 29/12/2015, portanto bem antes da data de lavratura do presente Auto de Infração ocorrida em 27/06/2016.

Em sede de Informação Fiscal (fls. 61/62), ao manifestar sobre tal recolhimento diz que, relativamente às datas de ocorrência 30/11/2014 e 31/12/2014, não estaria cobrando em duplicidade, pois o valor do imposto recolhido refere-se ao valor escriturado usufruindo do benefício da redução da base de cálculo; por sua vez, o cálculo do imposto que consta do demonstrativo é o valor a ser recolhido relativo a perda do benefício de Redução da Base de Cálculo.

Compulsando detidamente o demonstrativo de apuração do débito constitutivo da infração, acostado aos autos em CD à fl. 14, vê-se que, os valores levantados dizem respeito ao ICMS a recolher decorrente da apuração do imposto, devido pelo defendante, sem a fruição do benefício da Redução da Base de Cálculo (art. 267, inc. V, “b”). Isso para todos os meses de 2014, o que não é negado pela d. Fiscal Autuante, nem tampouco o defendantе.

Por sua vez, no Sistema INC – *relação de DAEs quitados junto a SEFAZ* – consta os registros dos pagamentos das competências dos dias 30/11/2014 e 31/12/2014 nos valores de R\$136.489,81 e R\$145.756,30, respectivamente, efetuados pelo defendantе no dia 29/12/2015.

Ora, dizer que esses valores recolhidos referem-se apenas àqueles recolhidos espontaneamente, usufruindo o benefício da redução da base de cálculo, e que os valores cobrados no Auto de Infração, relativo a esses meses de competências, referem-se ao valor do ICMS a ser recolhido por perda do benefício de redução da base de cálculo, tornar-se-ia necessário que o demonstrativo de apuração do débito constitutivo da infração, que diz respeito à apuração de débito do ICMS por perda do benefício da redução da base de cálculo, apresentar o valor na coluna “ICMS_A_RECOLHER” um montante que suplantasse os dois valores, ou seja, o valor lançado no demonstrativo de débito da infração R\$138.822,32 (30/11/2014) e R\$137.573,27 (31/12/2014); e os valores recolhidos pelo defendantе de R\$136.489,81 (30/11/2014) e de R\$145.756,30 (31/12/2014), o que não se observa.

Em sendo assim, relativamente às competências de 30/11/2014 e 31/12/2014 nos valores de R\$138.822,32 e R\$137.573,27, respectivamente, à luz do demonstrativo de apuração do débito constitutivo da infração, já foram pagos de forma espontânea antes da lavratura do Auto de Infração em tela, sendo, portanto necessário as suas exclusões do demonstrativo de débito da infração, sob pena de estar cobrando em duplicidade tais competências.

Desta forma, entendo subsistente parcialmente a infração, devendo ser alterado o débito no valor de R\$1.780.190,18 para o valor de R\$1.503.794,59 na forma do demonstrativo de débito à fl. 4 dos autos, com a exclusão dos valores relativos às competências de 30/11/2014 e 31/12/2014.

Sobre o efeito confiscatório das multas aplicadas na autuação aventada pelo sujeito passivo, saliento que a este foro administrativo não cabe discutir a constitucionalidade da legislação posta, bem como apreciação de qualquer decisão do Poder Judiciário conforme assim preconiza o art. 167, I e II do RPAF/BA, aprovado pelo Decreto nº 7.629 de 09/07/99.

Do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração em tela.

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 298633.3000/16-7, lavrado

contra **CABLE BAHIA LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$1.503.794,59**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, incisos II, "a", da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, inc. I, alínea "a", do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537/11, com efeitos a partir de 20/12/11.

Sala das Sessões do CONSEF, 29 de Novembro de 2016.

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO – PRESIDENTE

JOÃO VICENTE COSTA NETO – RELATOR

TOLSTOI SEARA NOLASCO – JULGADOR