

A. I. N° 298620.0013/18-7
AUTUADO CABLE BAHIA LTDA.
AUTUANTE LUIZ CLÁUDIO CONCEIÇÃO REGO
ORIGEM DAT METRO / IFEP SERVIÇOS
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 06/12/2023

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**ACORDÃO JJF N° 0187-01/23-VD**

EMENTA: ICMS. BENEFÍCIO FISCAL. SUSPENSÃO DO GOZO. FALTA DE RECOLHIMENTO NO PRAZO REGULAMENTAR. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. Verificado nos autos que o autuante imputa ao autuado o cometimento de infração que diverge dos demonstrativos que embasaram a autuação. Erro de fulcro em relação ao real objeto da acusação fiscal. Tal vício implica em decisão de ofício pela nulidade com espeque nos incisos II e IV, alínea “a”, ambos do art. 18 do RPAF-BA/99. Auto de Infração NULO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Auto de Infração lavrado em 20/09/2018, para exigir crédito tributário no valor histórico de R\$ 658.080,58 (seiscentos e cinquenta e oito mil, oitenta reais e cinquenta e oito centavos), mais multa de 60%, com a seguinte imputação:

INFRAÇÃO 01 – 03.09.21 – “Recolheu a menor o ICMS relativo a prestação de serviços de comunicação. Usou redução de base de cálculo quando não tinha os requisitos (está inscrito na dívida ativa). Art. 267, V, b), do RICMS 13.780 de março de 2012”.

Fatos geradores ocorridos nos meses de janeiro a setembro de 2017.

Enquadramento legal: art. 1º, III e art. 2º, VII C/C artigos 15, 16 e 16-A da Lei nº 7.014/96.

Multa Aplicada: art. 42, II, “a” da Lei nº 7.014/96.

O Contribuinte foi notificado do Auto de Infração, por meio de AR (Aviso de Recebimento) em 08/10/2018 e ingressou tempestivamente com defesa administrativa em 07/11/2018, peça processual que se encontra anexada às fls. 23/26. A impugnação foi formalizada através de petição subscrita por seus advogados, os quais possuem os devidos poderes, conforme instrumentos de procuração e substabelecimento constantes nos autos às fls. 38/40.

Na peça impugnatória, a Impugnante registra que o presente auto de infração fora lavrado em razão dela supostamente ter recolhido a menor o ICMS relativo à prestação de serviços de comunicação, em razão de ter também supostamente utilizado a redução de base de cálculo quando não tinha os requisitos para tanto, ao teor do que dispõe o art. 267, V, “b”, do RICMS/BA (Decreto nº 13.780/2012).

Diz que o referido dispositivo determina que a falta de recolhimento do imposto implicará na perda do benefício, a partir do mês subsequente àquele em que se verificar o inadimplemento. Replica o dispositivo citado.

Aduz que, pela análise literal do dispositivo mencionado, o contribuinte que desfrutar do referido benefício, perderá o direito à redução da base de cálculo caso seja constatada a existência de débito perante o Fisco Estadual por não pagamento de ICMS.

Reclama que a perda do benefício fiscal configura sanção administrativa, vinculada ao descumprimento de uma obrigação tributária, já que o contribuinte que não recolher o tributo no prazo correto, será penalizado com o tolhimento de usufruir da redução da base de cálculo. E que, dessa forma, esta penalização passou a ser uma forma de coagir o contribuinte ao

pagamento de seus tributos, em manifesta violação aos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório.

Defende que se o contribuinte estabelece litígio judicial ou administrativo no tocante à obrigação tributária exigida, não pode o Fisco tomar qualquer medida punitiva sumariamente. E que qualquer medida que vise coagir o contribuinte no tocante ao cumprimento de uma obrigação tributária, sem que haja decisão definitiva em processo administrativo viola a garantia fundamental do devido processo legal.

Requer, finalmente, que a Impugnação seja julgada procedente para extinguir o auto de infração, tendo em vista a inexistência de processo administrativo impondo a perda do benefício de redução da base de cálculo do ICMS.

Em Informação Fiscal às fls. 43/44, o Autuante, inicia transcrevendo os itens 6 e 7, contidos na peça impugnatória (fls. 24), *in verbis*:

(...)

6. *No entanto, a perda do benefício fiscal configura-se como sanção administrativa, vinculada ao descumprimento de uma obrigação tributária. Ou seja, o contribuinte que não recolher o tributo no prazo correto, será penalizado com o tolhimento de usufruir da redução da base de cálculo.*

7. *Dessa forma, essa penalização passou a ser uma forma de coagir o contribuinte ao pagamento de seus tributos, em manifesta violação aos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório.*

(...)

Na sequência, afirma que a alegação do contribuinte não procede, visto que este foi autuado por não atender o que determina o artigo 267, V, “b”. Transcreve o dispositivo citado.

Sobre a alegação do impugnante de que houvera perdido o benefício fiscal, esclarece que tal perda somente ocorre quando há cancelamento do benefício. Aduz que, no caso presente, não houve cancelamento do benefício, e que o contribuinte continuou usufruindo do mesmo.

Explica que, em verdade, o contribuinte não fez jus ao benefício nos meses considerados na autuação, em virtude da falta de recolhimento do débito fiscal existente ou do pedido de seu parcelamento. Transcreve trecho do ACÓRDÃO CJF N° 0424-13/13.

Ressalta que enviou, via DTE, a planilha de cálculo para que a Autuada se manifestasse previamente, mas que não obteve resposta nem por e-mail e nem por meio das ligações telefônicas que insistentemente tentou para a matriz em Niterói e para contatos de fiscalizações anteriores.

Ao final, ratifica e solicita a procedência para o Auto de Infração em lide.

Na assentada de Julgamento, em sessão de 31/01/2019, a 6^a JJF, observando que: (i) no Termo de Início de Fiscalização, acostado à fl. 16, não foi colhida a assinatura do contribuinte, seu representante legal ou preposto (no próprio instrumento ou em recibo); ou (ii) comprovação de que tenha sido transcrita diretamente em livro do próprio com a indicação da página do livro em que foi lavrado o termo original; ou ainda (iii) a Intimação Para Apresentação de Livros e Documentos, que supriria a ausência do mencionado Termo, contendo a assinatura do sujeito passivo, seu representante legal ou preposto, ou recibo/documento que comprove a cientificação do contribuinte quanto ao início do procedimento fiscal, decidiu converter o presente processo em diligência à IFEP SERVIÇOS, para que o autuante anexasse aos autos:

1. O Termo de Início de Fiscalização, lavrado na forma do art. 28, I e §4º do RPAF/BA (Decreto n° 7.629/1999), ou;

2. A Intimação Para Apresentação de Livros e Documentos, que supre a ausência do Termo de Início de Fiscalização conforme art. 28, II do RPAF/BA (Decreto n° 7.629/1999), contendo a assinatura do sujeito passivo, seu representante legal ou preposto, devendo, na ausência de tal assinatura, juntar ao PAF documento que comprove o recebimento da mencionada intimação pelo

contribuinte.

Em atendimento ao solicitado na diligência mencionada nos parágrafos acima, o autuante apresentou os documentos comprobatórios do início da ação fiscal, os quais estão inseridos no PAF, às fls. 55 a 57.

Na assentada do julgamento, em nova Sessão da 6ª JJF em 16/12/2020, na qual o primeiro relator do presente processo fazia parte da composição, foi observado o seguinte:

- a) que o benefício fiscal preconizado pelo art. 267, V do RICMS/BA (Decreto nº 13.780/2012), qual seja a redução de base de cálculo do ICMS de forma que a carga tributária efetiva seja de 10%, é opcional à utilização de quaisquer outros créditos fiscais.
- b) que na impossibilidade da fruição do referido benefício, há de se considerar os possíveis créditos fiscais a que o contribuinte tem direito, na apuração mensal do ICMS.
- c) que este posicionamento foi corroborado pela 2ª Câmara de Julgamento Fiscal, conforme Acórdão CJF Nº 0361-12/18.
- d) que o Demonstrativo de fls. 04 a 15, não demonstra que tais créditos tenham sido considerados.
- e) que na coluna “DESCRIÇÃO_SERVIÇO” do mesmo Demonstrativo (fls. 04 a 15) existem vários serviços ali arrolados, tais como “MENSALIDADE” que necessitam de descrição mais precisa que esclareça a que serviço de comunicação está mensalidade se refere.

Diante das razões acima expostas, a 6ª JJF, em sessão realizada na data acima mencionada, decidiu, em votação unânime, inspirada na busca da verdade material, por converter o presente feito em diligência à IFEP SERVIÇOS, com vistas a que o Auditor Fiscal autuante adotasse as providências a seguir:

- 1) Verificar a existência de créditos fiscais mediante a observação das notas fiscais de entrada e considerar tais valores no demonstrativo de cálculo, em coluna específica, visando apurar o ICMS a recolher.
- 2) Complementar as informações contidas na coluna “DESCRIÇÃO_SERVIÇO” do mesmo Demonstrativo (fls. 04 a 15) de modo a esclarecer de forma inequívoca a que serviço de comunicação as rubricas que se reportam ao termo “MENSALIDADE” se referem.

Em atendimento a determinação supra, o autuante informou, à fl. 66, que na EFD do autuado dos meses de janeiro a dezembro de 2017 não consta lançamento de créditos, conforme captura da tela do sistema SIAF às fls. 67/68.

Acrescentou que na “DESCRIÇÃO SERVIÇO”, o termo “MENSALIDADE”, utilizado pelo autuado no Convênio 115/03, refere-se à *Mensalidade padrão pelos canais de TV por assinatura*, que reconhecidamente tem incidência de ICMS, cujo imposto foi destacado, conforme portfólio da empresa à fl. 69.

O autuado foi intimado, via DT-e à fl. 70, sendo-lhe encaminhada a diligência prestada pelo autuante, bem como os documentos anexados, informando, ainda, da concessão do prazo de 60 (sessenta) dias para se manifestar a respeito, todavia o sujeito passivo se manteve silente.

VOTO

O Auto de Infração em lide acusa o recolhimento a menor do ICMS relativo à prestação de serviços de comunicação, em função do uso indevido da redução de base de cálculo, citando como razão a existência de débito inscrito na dívida ativa, e tomando como lastro o art. 267, V, b, do RICMS/2012.

Em preliminar, entendo pertinente registrar que na dicção do art. 2º do RPAF/BA (Decreto de nº 7.629/99), a instauração, o preparo, a instrução, a tramitação e a decisão do processo administrativo são regidos, dentre outros princípios, pelo da verdade material, da legalidade, da

garantia de ampla defesa e do devido processo legal.

Art. 2º Na instauração, preparo, instrução, tramitação e decisão do processo administrativo e dos procedimentos administrativos não contenciosos, atender-se-á aos princípios da oficialidade, da legalidade objetiva, da verdade material, do informalismo e da garantia de ampla defesa, sem prejuízo de outros princípios de direito.

Por sua vez, o art. 142 do CTN (Lei de nº 5.172/1966), vincula a atividade fiscal às normas estabelecidas pela legislação tributária vigente, devendo a autoridade fiscalizadora agir nos estritos termos da legislação ao efetuar o lançamento do crédito tributário.

Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.

Parágrafo único. A atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional.

Destaco ainda que o art. 20 do RPAF/BA (Decreto de nº 7.629/99) expressamente determina que a nulidade seja decretada, de ofício ou a requerimento do interessado, pela autoridade competente para apreciar o ato.

Art. 20. A nulidade será decretada, de ofício ou a requerimento do interessado, pela autoridade competente para apreciar o ato.

Do exame das peças processuais, observo a existência de vício jurídico intransponível relativo à legalidade do lançamento, que é um ato vinculado, devendo a autoridade fiscalizadora agir nos estritos termos da legislação, observando o devido processo legal.

Em que pese as duas diligências realizadas a pedido da 6ª JJF, tem-se que na peça inicial acusatória à fl. 01 que o autuante imputa ao autuado o cometimento de infração que diverge dos demonstrativos que embasaram a autuação, anexados às fls. 04 a 15, e de forma completa na mídia à fl. 17

Os referidos demonstrativos que deram sustentação ao lançamento, evidenciam que os serviços arrolados são de tv por assinatura e acesso à internet e não de veiculação de mensagem de publicidade e propaganda na televisão por assinatura. Portanto o autuado não poderia se utilizar do benefício do art. 267, V, “b” do RICMS/BA, apontado no Auto de Infração:

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;

(...)

O benefício de RBC – Redução da base de cálculo (carga tributária de 15%) para tv por assinatura está consubstanciado no 267, II, “a” e “b”;

II - das prestações de serviço de televisão por assinatura, de forma que a incidência do imposto resulte numa carga tributária de 15% (quinze por cento), sendo que (Conv. ICMS 57/99):

a) o contribuinte ficará obrigado ao cumprimento regular da obrigação tributária principal;

b) o descumprimento da condição prevista na alínea “a” 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; (Efeitos até 31/05/18);

Já para os serviços de acesso à internet – o benefício de RBC (carga tributária de 5%) foi revogado (efeitos até 31/12/14):

IV - das prestações onerosas de serviço de comunicação, na modalidade de provimento de acesso à Internet, realizadas por provedor de acesso, de forma que a carga tributária seja equivalente ao percentual de 5 % (cinco por cento) do valor da prestação (Conv. ICMS 78/01).

Destarte, a infração imputada ao autuado no lançamento fiscal, não tem aderência com os serviços que foram objeto da autuação.

O próprio autuante em sua informação fiscal confirmou que na “**DESCRIÇÃO SERVIÇO**”, o termo “**MENSALIDADE**”, utilizado pelo autuado, refere-se à *Mensalidade padrão pelos canais de TV por assinatura*, divergindo, portanto, da infração imputada no A.I.

Ante o exposto, resta evidente a existência de vício insanável no lançamento em exame que é a dissonância entre a descrição da infração/fundamentação legal, e o cálculo do imposto devido com a realidade fática da situação.

Considero, dessa forma, que esse vício torna insegura a exigência fiscal, maculando de nulidade o Auto de Infração, conforme disposto nos incisos II e IV, alínea “a” do art. 18, ambos do RPAF/BA/99, a seguir transcritos, onde deveria o autuante determinar com segurança, de forma clara e objetiva, a infração cometida, assim como os dispositivos infringidos, correlacionando-os, de forma inquestionável, com o fato em concreto, possibilitando-se, assim, que o autuado exercesse plenamente o direito de defesa, sem ferir o princípio da legalidade e do devido processo legal:

Art. 18 São nulos:

(...)

II - os atos praticados e as decisões proferidas com preterição do direito de defesa;

(...)

IV - o lançamento de ofício:

a) que não contiver elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração e o infrator;

(...)

Diante de tais constatações, conforme dispositivo legal acima transscrito, considero que o lançamento é NULO, podendo ser refeito para cobrança do imposto porventura devido.

De tudo exposto, voto pela NULIDADE do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração nº **298620.0013/18-7**, lavrado contra **CABLE BAHIA LTDA.**

Esta Junta de Julgamento Fiscal, recorre de ofício da presente decisão, para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a” do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 18.558/18, com efeitos a partir de 17/08/18.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 14 de novembro de 2023.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

LUÍS ROBERTO DE SOUSA GOUVEA – RELATOR

OLEGÁRIO MIGUEZ GONZALEZ – JULGADOR