

PROCESSO - A. I. Nº 03757655/99
RECORRENTE - PENEDO SOM & IMAGEM LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADAL
RECURSO - RECURSO ESPECIAL – Acórdão 1ª CJF nº 1239/00
ORIGEM - INFAZ SIMÕES FILHO
INTERNET - 30/09/2005

CÂMARA SUPERIOR

ACÓRDÃO CS Nº 0013-21/05

EMENTA: ICMS. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO. SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO. TV A CABO POR ASSINATURA. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. Infração subsistente, tendo em vista a comprovação de que o estabelecimento autuado efetuou a prestação de tais serviços, em município distinto do estabelecimento matriz, caracterizando-se como sujeito passivo da obrigação tributária. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATORIO

O Auto de Infração se refere à exigência de R\$86.271,92 de imposto, mais multa de 20 UPFs-BA, tendo em vista que foram constatadas as seguintes irregularidades:

1. falta de recolhimento de ICMS relativo a prestação de serviços de comunicação através de “TV a Cabo por Assinatura”, no período de outubro/96 a janeiro/99;
2. falta de escrituração de livros fiscais referentes a operações efetuadas nos exercícios de 1995 a 1999, sendo aplicada multa de 10 UPFs-BA;
3. falta de inscrição no cadastro do ICMS, sendo aplicada a multa de 10 UPFs-BA.

O Auto de Infração foi lavrado sob o fundamento de que o autuado, com sede em Lauro de Freitas, na condição de filial de empresa cuja matriz está situada em Salvador, prestava serviços de TV a Cabo naquela localidade.

Em sua impugnação o autuado apresenta uma preliminar de nulidade alegando que a apuração do imposto teve como base as operações realizadas pela matriz, e não pela filial; e que a utilização de elementos que já teriam sido lançados na matriz, deixa dúvidas quanto aos dados apurados, impossibilitando a mais ampla defesa, questionando também a competência territorial dos autuantes.

Quanto ao mérito, diz que o débito apurado foi espontaneamente denunciado pela empresa, ressaltando que os serviços foram realizados diretamente pela Matriz, e por isso faturados pelos beneficiários àquela unidade; e que sendo esses serviços apurados pela fiscalização para efeito de base de cálculo, estaria havendo bitributação. Diz, ainda, que a multa aplicada por falta de escrituração de livros fiscais deve ser rejeitada, pois todos os serviços foram implementados pela Matriz. Quanto à multa por falta de inscrição estadual, o documento de fl. 93 comprova que a inscrição ocorreu em 03.02.99, portanto, não há que se falar em inscrição com relação ao período anterior, vez que nenhuma operação foi realizada diretamente pela unidade de Lauro de Freitas, mas sim pela Matriz.

A 4ª JJF inicialmente rejeitou a preliminar de nulidade por entender que o PAF está revestido das formalidades legais.

No mérito, julgou Procedente em Parte, apenas para aplicação da multa constante do item 03, pelas razões que seguem:

1. a Denúncia Espontânea de fls. 11 a 13 foi protocolizada em data anterior ao procedimento fiscal e os valores constantes dos documentos referentes ao período de 10.96 a 08.98 são os mesmos apurados pelos autuantes;
2. na Denúncia Espontânea está consignada como requerente a empresa PENEDO IMAGEM & SOM LTDA, IE 41.483.983-NO, CGC 00.401.519/0001-81, com endereço na rua Portugal, 11, 8º andar, Comércio, Salvador, Bahia.
3. no período da fiscalização a SEFAZ ainda não havia concedido inscrição ao contribuinte autuado.
4. não houve esclarecimento quanto ao fato de os valores apurados serem os mesmos das denúncias, informando-se, apenas, que foi consultado o SIDAT, sendo apurado em relação à primeira, que o contribuinte somente recolheu a parcela inicial, e relativamente à segunda nada recolheu;
5. apesar de o imposto ser recolhido fora do local da prestação do serviço, não cabe nova exigência do mesmo imposto, pois não ficou esclarecido nos autos porque os valores utilizados para o cálculo do tributo apurado são os mesmos que integraram o parcelamento de débito requerido pelo contribuinte. Assim, considera insubsistente o primeiro item da autuação;
6. se houve funcionamento da Filial, antes do pedido, e concessão de inscrição estadual, está prevista no art. 42, XIV, “f” da Lei nº 7.014 a penalidade aplicável para o caso, sendo que o pagamento da multa não dispensa a exigência do imposto quando devido; no caso, já estando recolhido o imposto sobre as prestações realizadas, caberia apenas aplicação da multa, conforme estabelecido pela legislação;
7. quanto ao segundo item, não se pode exigir escrituração de livros fiscais referente ao período anterior ao deferimento do pedido de inscrição; por isso, não procede a aplicação de multa por falta de escrituração de livros fiscais;
8. comprovado que a empresa funcionou em época anterior ao pedido de inscrição, a irregularidade é punível com a multa de 10 UPFs-BA.

Da Decisão, a JJF recorre a uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF, conforme art. 145 do COTEB.

A 1ª CJF deu Provimento ao Recurso de Ofício para considerar Procedente o primeiro item da acusação e manter integralmente a Decisão quanto aos demais itens, com a seguinte fundamentação:

“Constatei que o ilustre relator da 4ª JJF, ao elaborar o seu voto, considerou insubsistente o primeiro item do lançamento de ofício porque acolheu como próprias do autuado as Denúncias Espontâneas de fls. 130 a 132. Vale ressaltar que nas Denúncias trazidas à lide pelo autuado está consignada como requerente a empresa PENEDO SOM & IMAGEM LTDA., IE 41.643.383-NO, CGC 00.401.519/0001-81 com endereço à rua Portugal, 11, 8º andar, Comércio, Salvador, enquanto o autuado, com a mesma razão social, é firma estabelecida na Av. Praia de Itapuã, s/n, lote 09, quadra 19, Vilas do Atlântico, Lauro de Freitas, com inscrição estadual inexistente, e com CGC 00.401.519/0002-62. Observei que, na realidade, a empresa autuada é filial da instalada em Salvador, e todo o faturamento foi realizado através da matriz, porém o imposto foi gerado na filial. Diante dos fatos, não concordo com o voto do relator da 4ª JJF no julgamento recorrido. Forneço meu voto pelo PROVIMENTO do 1º item, devendo ser julgado PROCEDENTE. Porque ficou comprovado que o autuado tem identidade própria, rede de cabos, clientes e transmissor em Vilas do Atlântico, realizando ali as suas operações e utilizou-se da sua Matriz apenas para efetuar os faturamentos. Destaco que a Lei nº 7.014/96 estabelece que o local da prestação do serviço dos setores de radiodifusão sonora,

som e imagem é o local próprio da cobrança do ICMS. Observo que, ao realizar o faturamento em Salvador, o autuado prejudicou o Município de Lauro de Freitas, onde foi gerado o imposto, porque na divisão estadual do Fundo de Participação do ICMS, coube a Salvador, local do faturamento, a participação, em detrimento do local real da geração que foi o Município de Lauro de Freitas. Verifiquei que o SIDAT informou que as Denúncias Espontâneas foram em número de duas e, conforme dito, feitas pela Matriz do autuado. Sendo que consta no sistema somente o recolhimento da parcela inicial da primeira denúncia e, quanto à segunda, nada foi recolhido. Entendo, contudo, que a Matriz do autuado pode pedir a restituição do que foi pago irregularmente, desde quando não tenha havido geração de ICMS.

No tocante ao segundo item, realmente descabe a multa exigida, face à sua total inaplicabilidade. No 3º item do Auto de Infração, houve realmente a ocorrência da infração imputada, pois o autuado efetivamente funcionou sem a devida inscrição estadual. Concorro plenamente com o decisório exarado”.

Em seu Recurso Especial o recorrente repete praticamente os argumentos expendidos na defesa, concluindo por afirmar “*que não é lícito constituir débito fiscal decorrente de um mesmo fato gerador, mormente quando o débito já foi objeto de uma Denúncia Espontânea e parcelado e vem sendo recolhido regularmente, uma vez que, conseqüentemente, o Crédito Tributário já está constituído*”.

A Douta PGE/PROFIS, em seu Parecer, faz considerações sobre a natureza do Recurso impetrado, para concluir que, embora o contribuinte nominasse em sua petição como Recurso de Revista, trata-se efetivamente de Recurso Especial, cabível à época contra Decisão que reformou o julgamento de Primeira Instância mediante Recurso de Ofício (art. 169, II, b do RPAF).

Prosseguindo, diz a ilustre procuradora que o objeto do Recurso em exame deve limitar-se, apenas, à parte da Decisão que foi reformada em sede de Recurso de Ofício; assim, temos apenas como objeto a infração 01, sendo que a relativa à infração 3 está fora deste contexto, porquanto não foi atacada oportunamente via Recurso Voluntário. Continuando, diz que: (I) o presente Recurso refere-se, por conseguinte, à cobrança de ICMS referente à prestação de serviços de comunicação através de TV a Cabo por assinatura nos exercícios de 1996 a 1999; (II) a JF reconheceu a improcedência da cobrança em face da existência de Denúncias Espontâneas com parcelamento de igual valor do apurado nessa infração e relativo ao mesmo período fiscalizado; (III) a 1ª Câmara de Julgamento Fiscal alterou tal entendimento sob o argumento de que as Denúncias foram requeridas pela Matriz e não pela Filial autuada, a qual estaria obrigada ao pagamento do imposto, uma vez que o serviço fora por ela prestado, e que, embora este fato esteja deveras provado nos autos, resta dúvida se o objeto da autuação é o mesmo imposto cobrado no item 3. Acrescenta que, mesmo que isto fique esclarecido, considerando que não houve pagamento integral nas Denúncias Espontâneas, é arriscado para o Estado prosseguir na cobrança, haja vista que poderá ser argüida pela Matriz a sua legitimidade passiva. Concluindo, diz que não resta para o fisco alternativa senão cobrar o ICMS do sujeito passivo de fato e de direito, ou seja, daquele que efetivamente prestou os serviços (filial), deixando que nos procedimentos relativos às Denúncias o seu requerente adote as medidas cabíveis, até mesmo, se for o caso, a restituição do valor da parcela inicial. Finalmente, considerando insuficientes as razões recursais para alterar a Decisão exarada em sede de Recurso de Ofício, opina pelo Improvimento do mesmo Recurso em apreço.

VOTO

A legislação estadual define como estabelecimento o local onde é exercida a atividade geradora da obrigação tributária, em caráter permanente ou temporário. No presente processo o autuado, na condição de FILIAL, ou até mesmo de representante da empresa matriz situada em Salvador,

prestou serviços no município de Lauro de Freitas, caracterizando-se como sujeito passivo da obrigação tributária. Dessa forma, a inadequada Denúncia Espontânea deve ser desconsiderada, por não dizer respeito à empresa autuada, filial, cabendo o pedido de restituição do imposto recolhido indevidamente na condição de parte ilegítima no processo fiscal.

Por todas essas razões, NEGO PROVIMENTO ao Recurso Especial, para manter a Decisão recorrida em todo os seus termos.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da Câmara Superior do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Especial apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **03757655/99**, lavrado contra **PENEDO SOM & IMAGEM LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$86.271,92**, atualizado monetariamente, acrescido da multa de 100%, prevista no art. 42, IV, “h”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios, além da multa de **10 UPFs-BA**, prevista no art. 42, XV, “f”, do citado diploma legal.

Sala das Sessões do CONSEF, 31 de agosto de 2005.

ANTÔNIO FERREIRA DE FREITAS - PRESIDENTE

FAUZE MIDLEJ - RELATOR

JAMIL CABÚS NETO - REPR. DA PGE/PROFIS