

PROCESSO - A. I. Nº 269280.0001/07-0
RECORRENTE - CABLE BAHIA LTDA. (NET SALVADOR)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JF nº 0108-02/07
ORIGEM - IFEP SERVIÇOS
INTERNET - 11/12/2007

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJP Nº 0458-12/07

EMENTA: ICMS. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO. SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO. IMPOSTO LANÇADO E NÃO RECOLHIDO 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 calculado 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. Não foi apreciada a alegação de inconstitucionalidade do art. 86 do RICMS/97. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário apresentado contra a Decisão da 2ª JF que julgou Procedente o Auto de Infração em epígrafe, que o autuado através dos seus advogados, interpõe visando modificar o resultado.

O lançamento de ofício lavrado em 09/02/2007, exige ICMS no valor de R\$2.442.273,65, acrescido da multa de 50%, sob acusação de omissão de recolhimento do ICMS nos prazos regulamentares, decorrente da prestação de serviço de comunicação escriturada nos livros fiscais próprios, referente aos meses de setembro, outubro, novembro e dezembro de 2006, conforme documentos às fls. 07 a 12. Consta na descrição do fato que o contribuinte tem direito à redução da base de cálculo, contudo, como vem descumprindo o disposto no art. 86, inciso V, alínea “c”, perdeu o direito ao referido benefício fiscal a partir do mês de dezembro de 2005, já tendo, inclusive, sido autuado em outros períodos e continuou com o mesmo procedimento.

O sr. relator na JF inicialmente salienta que o débito encontra-se devidamente demonstrado (fl. 08), e a base de cálculo foi determinada através da divisão da base de cálculo reduzida declarada na DMA – Apuração e Informações Complementares (fls. 09 a 11) pelo coeficiente 0,40, e sobre este resultado aplicada a alíquota de 27% obtendo o débito de cada período. Observa que os valores utilizados para a apuração do débito não foram questionados pelo autuado.

Relembra que a Lei nº 7.014/96, com suas alterações, incluiu no campo de incidência do ICMS, a prestação onerosa de serviços de comunicação (art. 2º, VII). Assevera que na impugnação o contribuinte não nega a sua obrigação em efetuar o pagamento do ICMS sobre os serviços de comunicação, e admitiu que realmente deixou de recolher o imposto que apurou e informou à Sefaz através da DMA, porém, arguiu a inconstitucionalidade do art. 86, inciso V, alínea “b”, do RICMS/97, por entender que houve vinculação de uma sanção administrativa ao descumprimento de uma norma tributária, e violação aos princípios da ampla defesa e do contraditório; que a partir do momento que perdeu o direito ao benefício fiscal teria direito aos créditos decorrentes

de sua atividade; e que não seria cabível a multa de 50%, por se constituir bis in idem, uma vez que, penaliza duplamente a empresa a partir do mesmo alegado descumprimento de dever instrumental.

Destaca que, quanto à alegação de inconstitucionalidade de norma da legislação tributária estadual, de acordo com o artigo 167, inciso I, do RPAF/99, não se inclui na competência deste órgão julgador a declaração de inconstitucionalidade ou negativa de aplicação de lei, decreto ou ato normativo.

Entendeu 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.

Diz, que neste PAF, ao perder o direito à redução da base de cálculo, em razão do não cumprimento dos requisitos essenciais para a fruição do benefício, qual seja, por inadimplemento da obrigação principal (art. 86, V, “c”), considero legítima a pretensão do contribuinte autuado de utilizar os créditos fiscais decorrente de sua atividade, no período em que perdeu o benefício. Porém, afirma o Sr. relator, 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 qualquer elemento de prova pelo autuado, apesar de ter alegado que juntou tal comprovação por amostragem.

A respeito da multa de 50% que foi aplicada, afirma que a mesma está prevista no artigo 42, inciso I, alínea “a”, da Lei nº 7.014/96, sendo que a alegação de que ela se constitui inequívoco bis in idem, por penalizar duplamente a empresa a partir do mesmo alegado descumprimento de dever instrumental, não há como prosperar, visto que, de acordo com o artigo 914, I a IV, do RICMS/97, pelas infrações à legislação do ICMS serão aplicadas, isolada ou cumulativamente, as penalidades inerentes a multa; sujeição a regime especial de fiscalização e pagamento; cancelamento de benefícios fiscais; e cassação de regime especial para pagamento, emissão de documentos fiscais ou escrituração de livros fiscais.

Vota pela Procedência do Auto de Infração no que foi acompanhado pelos demais membros da Junta de Julgamento Fiscal.

Através de novos patronos a empresa ingressa com o presente Recurso Voluntário pugnando inicialmente pela tempestividade do mesmo.

Em seguida identifica-se como empresa de prestação de serviço de TV por assinatura e como operadora nos termos do art. 5º, V, da Lei nº 8.977/95.

Reproduz o conteúdo do lançamento de ofício e o resultado final da persecução fiscal com a qual diz não se conformar o que ensejou a apresentação do presente Recurso Voluntário.

Numa mudança de argumento afirma inicialmente que *“as atividades que realiza não caracterizam o fato gerador do ICMS”*. Cita e transcreve o art. 155 da Constituição Federal e o art. 2º da Lei Complementar nº 87/96. Comenta a respeito do significado do verbete *“comunicar”*. Cita e transcreve o art. 6º da Lei nº 9.472/97 que aprova a Lei Geral de Telecomunicações.

Assinala que *“para veicular a programação que lhe é licenciada por terceiros (por meio de cessão de direitos autorais), o recorrente que é empresa operadora de TV a Cabo, vale-se de rede de transmissão própria, pela qual conduz o sinal diretamente a decodificadores dados em comodato/locados ao seus clientes/assinantes. Nesse sentido, é de ressaltar que eventual serviço de telecomunicação prestado pelo recorrente se esgota com a transmissão da mensagem(i.e. os programas) pelos meios físico que possui, tais como equipamentos de emissão de sinais, redes de transmissão e aparelhos decodificadores”*.

Acrescenta que, todo o trajeto se verifica em linhas de transmissão de propriedade do próprio recorrente e afirma que *“a única conclusão a que se pode chegar, admita a prestação de um serviço, é que até a chegada do sinal no decodificador instalado na residência do assinante, o recorrente presta serviços de telecomunicação a si mesma!”*. Interpreta que *“tratando-se de “auto-serviço”, não há como incidir o ICMS, por absoluta inexistência de fato gerador e base de cálculo para o cômputo do imposto, uma vez ser inconcebível que o recorrente fature a si própria quanto ao uso privado de bens (meios e equipamentos) de sua propriedade. Entende que se trata de um “sublincenciamento de direitos autorais”*”.

Diz, que não produz conteúdo, ou seja, a programação que veicula sem seu sinal, limitando-se a “adquiri-lo” de terceiros, quais sejam programadoras (Net Brasil S/A). Afirma que o conteúdo entregue ao assinante consubstancia-se obra artística, jornalística, etc. Observa que o recorrente *“titular de mero direito de uso limitado (pois não lhe é dado por exemplo, alterar a íntegra dos programa ou vender o direito de reprodução a terceiros) desses direito autorais, resta claro que a mesma não pode entregar aos assinantes mais direitos do que dispõe, restando-lhe tão somente efetuar nova cessão de direitos em favor dos assinantes – pro absoluta falta de título jurídico para proceder de maneira diferente”*. Transcreve trecho atribuído a uma Juíza de Florianópolis sobre a matéria.

Comenta em seguida sobre o Convênio nº 57/99 que refere-se à redução da base de cálculo do ICMS nas prestações dos serviços das operadoras de TV por assinatura e a vedação ao uso dos créditos. Observa que, *“ao recalcularem o valor do tributo alegadamente devido pela ora recorrente, as. Autoridades Fiscais Estaduais se limitaram a fazer incidir a nova alíquota sobre a base de cálculo já existente, sem levarem em consideração os créditos de ICMS a que o recorrente faria jus por conta de suas atividades e que, sem a restrição imposta pelo Convênio, poderia utilizar livremente para abater o saldo credor do débito tributário ora executado”*. Entende que o recorrente faz jus ao benefício da alíquota reduzida porquanto no momento em que os fatos geradores ora executados ocorreram o recorrente indubitavelmente se beneficiava da redução de base de cálculo, impõe-se que o valor da autuação deveria levar em consideração uma alíquota de 10% e não 27% como se verifica, sem ser considerado o valor dos créditos ora escriturados. De outra feita, afirma o patrono da empresa entendendo-se que o recorrente não mais jus ao benefício da redução da alíquota deve ser garantido o aproveitamento dos créditos. Diz que, as autoridades fiscais não adotaram nenhum nem outro se limitando a fazer incidir a alíquota de 27% mas ao mesmo tempo deixando de reconhecer o direito do recorrente em abater os créditos relativos às entradas (até então não utilizados por força de vedação expressa do Convênio nº 57/99.

Observa que, mesmo que ocorresse a incidência do ICMS o auto seria nulo em razão de defeito formal no cálculo do débito tributário, uma vez que os valores referentes à assinatura do serviço de locação dos conversores foram indevidamente incluídos na base de cálculo do imposto. Retoma a citação da hipótese de incidência do ICMS. Menciona Decisão do STF (RE nº 116.121/SP, DJ 25.5.2001) para afirmar que é incabível que os valores recebidos a título de “aluguel de conversores” sejam incluídos na base de cálculo do ICMS - comunicação. Diz que, o mesmo raciocínio aplica-se ao valor da assinatura. Transcreve ementa de um RMS (21208/MS) sobre atividades preparatórias em telefonia celular. Conclui que a atividade de conclusão de conversores e os valores recebidos a título de “assinatura” são absolutamente independentes, para fins da incidência de tributos, dos serviços de TV a Cabo prestados pelo recorrente.

Em seguida, comenta a respeito da aplicação da multa de 50% considerando-a abusiva, extorsiva, expropriatória, além de confiscatória, na medida em que não houve fraude ou sonegação acompanhadas de dolo ou má-fé. Cita e transcreve ementa da ADI nº 551-1/600-RJ do STF sobre o caráter confiscatório de multas de 200 e 500%. Em outra Decisão o percentual considerado confiscatório foi de 100% sobre o valor do imposto. Pede o cancelamento da multa.

Conclui pedindo o integral Provimento do Recurso Voluntário haja vista que a matéria tida como tributável pelo ICMS não o é ou a improcedência do Auto de Infração na medida em que o Auto

de Infração encontra-se maculado por diversas inconstitucionalidade e ilegalidade, tais como o desrespeito ao princípio da não cumulatividade ante a negativa aos reconhecimentos dos créditos de ICMS do recorrente, inclusão de valores indevidos na base de cálculo do imposto e multas confiscatórias.

Em Parecer opinativo a sra. Procuradora, após breve síntese do ocorrido até aqui e valendo-se do relatório constante do julgado de fls. 48/50 diz inicialmente que o lançamento se encontra revestido das formalidades legais não tendo sido constatados quaisquer vícios formais ou materiais aptos a comprometer a atuação fiscal.

No mérito diz não proceder a alegação do recorrente de que a atividade por ele exercida não figuraria como serviço de comunicação e fato gerador do ICMS. Observa que por expressa disposição legal (Lei nº 8.977/95) os serviços de TV a cabo consistem em atividades de comunicação. Transcreve o art. 2º citada lei bem como ementa de julgado neste sentido. Quanto a alegação que os valores relativos à taxa de adesão e à locação de conversores não deveriam ser inseridos no cálculo do ICMS aplica-se aqui o mesmo posicionamento sustentado pela PGE nos processos relativos à telefonia celular. Cita e transcreve o art. 2º, III, da LC nº 87/96, o art. 6º do Decreto nº 97.057/97 que é o Regulamento do Código Brasileiro de Telecomunicações e o art. 60 da Lei Geral de Telecomunicações. Menciona também o art. 155, II da CF/88 e observação doutrinária do Prof. Roque Carraza. Diz, que deste modo, é inquestionável que o ICMS incide sobre os serviços de comunicação no sentido mais amplo possível, abarcando inclusive os dispositivos utilizados na sua ampliação ou facilitação, bem como sobre a taxa de adesão.

Comenta que a Lei Federal nº 9.472/97 cometeu um erro crasso inclusive engendrando um conflito real entre normas do seu corpo legal, art. 60 e 61, quando estabeleceu o conceito de serviços adicionais ou complementares de Telecomunicação (espécie do gênero comunicação) excluindo-o do conceito de serviços de Telecomunicação propriamente dito. Destaca, porém que uma norma de cunho federal não poderia delimitar matéria reservada pela Constituição à Lei complementar nem tampouco uma norma proferida pela União Federal delimitar o âmbito constitucional de um imposto estadual.

Resta assim, patente, diz a sra. procuradora, não merecer acolhimento a tese sustentada pelo recorrente no sentido de que não integram a base de cálculo do ICMS incidente sobre suas atividades as taxas de adesão e os valores relativo à locação dos conversores, porquanto são elementos indissociáveis à disponibilização dos serviços de comunicação por ele prestados.

No que diz respeito aos créditos reafirma o já afirmado na Decisão recorrida, que de fato teria direito aos mesmos, contudo, não inseriu esses valores nas Declarações prestadas à Sefaz nem juntou qualquer prova da sua existência impossibilitando-se, assim, que sejam considerados.

Quanto à abusividade da multa, tratando-se de argumento constitucional, não cabe ao Conselho de Fazenda Estadual se manifestar sobre o tema.

Como o Recurso Voluntário não trouxe aos autos qualquer argumento novo ou prova nova, opina no sentido do conhecimento e do Improvimento do Recurso Voluntário.

VOTO

Como vimos, inconformado com a Decisão da 2ª JJF que julgou Procedente o Auto de Infração em epígrafe o autuado através dos seus advogados interpõe o presente Recurso Voluntário.

Relembramos que o lançamento de ofício lavrado em 09/02/2007, exige ICMS no valor de R\$2.442.273,65, acrescido da multa de 50%, sob acusação de omissão de recolhimento do ICMS nos prazos regulamentares, decorrente da prestação de serviço de comunicação escriturada nos livros fiscais próprios, referente aos meses de setembro, outubro, novembro e dezembro de 2006, conforme documentos às fls. 07 a 12. Destacamos que consta na descrição do fato que o contribuinte tem direito à redução da base de cálculo, contudo, como vem descumprindo o

disposto no art. 86, inciso V, alínea “c”, perdeu o direito ao referido benefício fiscal a partir do mês de dezembro de 2005, já tendo, inclusive, sido autuado em outros períodos embora tenha continuado com o mesmo procedimento.

O lançamento foi julgado procedente tendo a JJF analisado todos os argumentos apresentados pelo contribuinte tanto no aspecto formal como no aspecto material.

O Recurso Voluntário do contribuinte foi apresentado por novos patronos onde pugnaram inicialmente pela tempestividade do mesmo com o que concordamos.

No mérito, numa mudança radical de argumento afirma que “*as atividades que realiza não caracterizam o fato gerador do ICMS*”. O argumento constitucional bem como da Lei Complementar vem, ao contrário do que afirma o recorrente, caracterizar estas mesmas atividades como fato gerador do ICMS inclusive em consonância com o significado do verbete “comunicar” e da própria Lei nº 9.472/97 que aprovou a Lei Geral de Telecomunicações.

A explicação sobre a forma de agir da empresa não demonstra que estaria a atividade fora do âmbito de incidência do ICMS. A interpretação de que se trata de “auto-serviço”, não condiz com os fatos. Se realmente estivéssemos diante deste fato não haveríamos de falar em ICMS.

O argumento da desconsideração dos créditos de ICMS a que o recorrente faria jus por conta de suas atividades e que poderia utilizar livremente para abater o saldo credor do débito tributário só não ocorreu porque o contribuinte não apresentou a documentação a eles relativas.

A observação de que mesmo que ocorresse a incidência do ICMS o auto seria nulo em razão de defeito formal no cálculo do débito tributário, uma vez que os valores referentes à assinatura do serviço de locação dos conversores foram indevidamente incluídos na base de cálculo do imposto, não tem fundamento. Ao mencionar Decisão do STF (RE nº 116.121/SP, DJ 25.5.2001) para afirmar que é incabível que os valores recebidos a título de “aluguel de conversores” sejam incluídos na base de cálculo do ICMS – comunicação, o recorrente equivoca-se: primeiro porque esta interpretação diz respeito a telefonia celular e já existem manifestações do judiciário de forma contrária.

No que diz respeito à aplicação da multa de 50% que foi considerada pelo recorrente como abusiva, extorsiva, expropriatória, além de confiscatória, entendemos que a matéria foge ao âmbito material submetido ao CONSEF. O Auto de Infração encontra-se formalmente perfeito e quanto ao mérito não há nenhum desrespeito ao princípio da não-cumulatividade e demais princípios constitucionais.

Concordamos com a Decisão da JJF e acompanhamos o Parecer opinativo na PGE/PROFIS no sentido de que não procede a alegação do recorrente de que a atividade por ele exercida não figuraria como serviço de comunicação e fato gerador do ICMS.

Relembro a observação que por expressa disposição legal (Lei nº 8.977/95) os serviços de TV a cabo consistem em atividades de comunicação. Inquestionável o fato de que o ICMS incide sobre os serviços de comunicação no sentido mais amplo possível, abarcando inclusive os dispositivos utilizados na sua ampliação ou facilitação, bem como sobre a taxa de adesão.

Os possíveis equívocos trazidas pela Lei Federal nº 9.472/97. Destaco também que uma norma de cunho federal não poderia delimitar matéria reservada pela Constituição à Lei complementar nem tampouco uma norma proferida pela União Federal delimitar o âmbito constitucional de um imposto estadual.

Acompanho assim, o Parecer da PGE/PROFIS, no sentido de que não merece acolhimento a tese sustentada pelo recorrente no sentido de que não integram a base de cálculo do ICMS incidente sobre suas atividades as taxas de adesão e os valores relativo à locação dos conversores, porquanto são elementos indissociáveis à disponibilização dos serviços de comunicação por ele prestados.

No que concerne aos créditos, como já afirmado na Decisão recorrida, não seria possível o seu aproveitamento pelo simples fato de que o recorrente não inseriu esses valores nas Declarações prestadas à SEFAZ nem juntou qualquer prova da sua existência impossibilitando-se, assim, que sejam considerados.

Quanto à abusividade da multa, como dissemos, trata-se de argumento constitucional, não cabendo ao CONSEF se manifestar sobre o tema.

Concluo no sentido que não tendo o Recurso Voluntário trazido aos autos qualquer argumento novo ou prova nova para elidir a infração, voto no sentido do conhecimento e do seu NÃO PROVIMENTO.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **269280.0001/07-0**, lavrado contra **CABLE BAHIA LTDA. (NET SALVADOR)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$2.442.273,65**, acrescido da multa de 50%, prevista no art. 42, I, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 26 de novembro de 2007.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

HELCONIO DE SOUZA ALMEIDA – RELATOR

ALINE SOLANO SOUZA CAZALI BAHIA – REPR. DA PGE/PROFIS