

A. I. Nº - 269280.0002/07-6
AUTUADO - CABLE BAHIA LTDA.
AUTUANTES - MAURÍCIO COSTA GOMES e MARIA CRISTINA DE OLIVEIRA ALMEIDA
ORIGEM - IFEP SERVIÇOS
INTERNET - 09.08.2007

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0243-01/07

EMENTA: ICMS. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO. SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO. IMPOSTO LANÇADO E NÃO RECOLHIDO NOS PRAZOS REGULAMENTARES. VALORES DECLARADOS NA DMA. DESCUMPRIMENTO DA NORMA PREVISTA PELO ARTIGO 86, INCISO "V" DO RICMS/BA. PERDA DO DIREITO DO BENEFÍCIO DA REDUÇÃO DA BASE DE CÁLCULO. 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. Rejeitada a nulidade argüida. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 11/06/2007, exige ICMS no valor de R\$ 2.470.886,87, acrescido da multa de 50%, em decorrência de falta de recolhimento do ICMS nos prazos regulamentares, referente a prestações de serviço de comunicação escrituradas nos livros fiscais próprios, nos meses de janeiro a abril de 2007. Consta na descrição dos fatos que o contribuinte tem direito à redução da base de cálculo, conforme previsto no RICMS/BA, porém, 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. Consta ainda que, para maior clareza sobre a exigência fiscal foram anexadas planilha de cálculos dos valores a recolher do ICMS e Demonstrativo mensal de apuração do ICMS informada pelo contribuinte.

O autuado, através de advogado legalmente constituído, apresentou peça impugnatória ao lançamento de ofício às fls. 15-A a 28, na qual inicialmente reporta-se à tempestividade da defesa e sobre a exigência fiscal, esclarecendo que exerce a atividade de prestação de serviços de TV por assinatura, tendo licença limitada – cessão de uso dos direitos autorais – referente à programação televisiva produzida por terceiros – empresas programadoras – e que efetua o sublicenciamento da programação aos seus clientes. Cita e transcreve o artigo 5º, inciso V, da Lei nº. 8.977/95, para dizer que exerce os seus negócios como operadora com base em tal dispositivo legal.

Acrescenta que, por discordar da autuação, e, consequentemente, do entendimento dos autuantes, tanto com relação ao fato gerador quanto à falta de recolhimento do imposto e a perda do direito ao benefício fiscal de redução da base de cálculo, prevista no Convênio nº. 57/99, regulado pelo artigo 86, inciso V, do RICMS/BA é que demonstrará a sua improcedência.

Invoca o princípio da verdade material que rege o processo administrativo, para sustentar que as atividades que realiza não caracterizam o fato gerador do ICMS. Cita e reproduz o artigo 155, inciso II, da Constituição Federal de 1988, bem como reporta-se ao artigo 146, inciso III, da mesma

Carta e ao artigo 2º, inciso III, da Lei Complementar 87/96, para afirmar que, no presente caso, o cerne da materialidade do tributo – critério material – é a prestação de serviço de comunicação. Reporta-se aos significados do vocábulo comunicar, dizendo que o principal é o dar ciência ou conhecimento a outrem sobre determinado fato ocorrido ou ato praticado. Diz que a relação comunicativa é indispensavelmente composta por um emissor, um receptor e por uma mensagem. Aduz que o serviço de telecomunicação nada mais é do que um serviço de comunicação prestado a longa distância, tendo a sua definição no artigo 60, da Lei nº. 9.472/97 que transcreve, sendo o conjunto de atividades que possibilitam a oferta de transmissão, emissão ou recepção, por fio, de símbolos, caracteres, sinais, escritos, imagens, sons ou informações de qualquer natureza, sendo portanto, uma qualificação do serviço de comunicação.

Esclarece que, para veicular a programação utiliza a rede de transmissão própria, pela qual conduz o sinal diretamente a decodificadores cedidos em comodato/locados aos seus clientes/assinantes. Afirma que eventual serviço de telecomunicação que preste se esgota com a transmissão da “mensagem” (programas) pelos meios físicos que possui, tais como equipamentos de emissão de sinais, redes de transmissão e aparelhos decodificadores, verificando-se que todo o trânsito da mensagem ocorre única e tão somente pelos meios físicos de sua propriedade, haja vista que até mesmo o decodificador do sinal lhe pertence, concluindo, que em sendo assim, presta serviços de telecomunicação para si mesma, não havendo como incidir o ICMS, por inexistência de fato gerador e base de cálculo para apuração do imposto.

Assevera que sendo titular de mero direito de uso limitado de direitos autorais não veicula sinais de telecomunicação, mas sublicenciamento de direitos autorais, não sujeito à incidência do ICMS, tomados erroneamente por serviços de telecomunicações, conforme entenderam os autuantes. Reproduz trecho de texto atribuído à juíza Sônia Maria Schmitz, da 2ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Florianópolis/SC, processo nº. 23.99.057282-2.

Prosseguindo, ressalta a título de argumentação que a autuação não pode prosperar, haja vista que os autuantes ao entenderem que a defendanté não faz jus ao benefício da alíquota reduzida de 10% e exigirem o imposto com base na alíquota efetiva de 27% deveriam ter considerado os créditos fiscais para abater do valor principal quando da lavratura do Auto de Infração, conforme garantia constitucional.

Aduz que, independentemente do método que se entenda o mais correto o Auto de Infração é improcedente, tendo em vista que os autuantes não adotaram nenhum dos dois, limitando-se a fazer incidir a alíquota de 27%, sem considerar as disposições do Convênio nº 57/99 e ao mesmo tempo sem reconhecer o direito do defendanté em abater os créditos relativos às entradas, não utilizados por força do referido Convênio.

Reportando-se à assinatura e locação de equipamentos, também a título de argumentação, caso este órgão julgador de pela incidência do ICMS, afirma que o Auto de Infração é nulo, em decorrência de inclusão de valores referentes à assinatura do serviço e locação dos conversores indevidamente na base de cálculo do imposto, haja vista que tais atividades não ensejam qualquer espécie de circulação econômica de mercadorias ou comunicação onerosa capaz de ensejar o fato gerador do ICMS. Reporta-se à Lei Complementar nº. 87/96, bem como sobre entendimento do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça para reforçar as suas alegações.

Insurge-se contra a multa de 50% por entender que esta é abusiva e descabida, afirmando que existe uma dupla penalização, tanto pela aplicação de sanção administrativa quanto pela suposta perda do benefício fiscal a que faz jus. Acrescenta que a multa é confiscatória, na medida em que não houve fraude ou sonegação, acompanhadas de dolo ou má-fé. Cita e transcreve decisões do STF sobre a matéria, na ADIN nº 551-1/600-RJ, RE nº 81.550/75-MG, e RE 91.707-MG. Reporta-se ainda ao artigo 3º do CTN, para reforçar o seu entendimento.

Conclui requerendo a improcedência do Auto de Infração.

Na informação fiscal apresentada às fls. 43 a 47, os autuantes após se reportarem aos fatos e ao direito aplicável ao caso, contestam os argumentos defensivos sustentando que o benefício da redução da base de cálculo é uma concessão do Estado, e que o contribuinte ao fazer a opção tem conhecimento das exigências legais constantes das alíneas “b” e “c” do inciso V do art. 86 do RICMS/97. Salientam que a perda do benefício da redução da base de cálculo foi aplicada em função do não cumprimento dos requisitos essenciais para a fruição do benefício.

No que concerne ao crédito fiscal, afirmam que não houve qualquer impedimento do autuado utilizar os créditos fiscais que legalmente teria direito. Destacam que não constam nas informações prestadas pelo autuado à SEFAZ os respectivos valores dos créditos fiscais, além de não terem sido juntados aos autos.

Quanto à multa aplicada dizem que de acordo com o artigo 914, I a IV, do RICMS/97, a perda do benefício de redução da base de cálculo por falta de pagamento da obrigação principal, não extingue a sua aplicação. Sobre a sua natureza confiscatória esclarecem que esta se encontra prevista no artigo 42, inciso I, alínea “a”, da Lei nº 7.014/96, não lhes cabendo analisar a correspondência entre a punição e gravidade da infração.

Concluem mantendo integralmente o Auto de Infração.

VOTO

O Auto de Infração em lide atribui ao autuado o cometimento de infração à legislação do ICMS, decorrente de falta de recolhimento do imposto referente a prestações de serviço de comunicação (televisão por assinatura) escrituradas nos livros fiscais próprios, e que por ter descumprido o disposto no art. 86, inciso V, alínea “b”, do RICMS/97, perdeu o direito ao benefício da redução da base de cálculo.

De início, cumpre registrar que não vislumbro na autuação nenhum vício capaz de determinar a nulidade do lançamento de ofício. Entendo que o sujeito passivo ao arguir a nulidade do Auto de Infração, pela inclusão de valores referentes à assinatura do serviço e locação dos conversores, labora em equívoco, haja vista que se não trata de matéria formal da autuação, mas, sim, de mérito. Rejeito, a nulidade argüida.

Do exame das peças processuais, constato que o demonstrativo de débito à fl. 9, indica claramente que a base de cálculo original foi apurada através da divisão da base de cálculo reduzida – apurada a base de cálculo reduzida com base no valor do débito do imposto declarado pelo contribuinte nas DMAs – Apuração e Informações Complementares (fls. 5 a 8) - pelo coeficiente 0,40, e sobre este resultado aplicada a alíquota de 27% obtendo o débito de cada período.

Portanto, o levantamento fiscal foi realizado com base nos lançamentos efetuados pelo próprio contribuinte, valendo dizer que, os autuantes não inovaram na autuação, isto é, não exigiram qualquer item que já não tivesse sido oferecido à tributação pelo próprio sujeito passivo.

Assim, a insurgência do autuado contra o Auto de Infração em exame sob a alegação de que “sendo titular de mero direito de uso limitado de direitos autorais não veicula sinais de telecomunicação, mas sublicenciamento de direitos autorais, não sujeito à incidência do ICMS, tomados erroneamente por serviços de telecomunicações”, bem como contra a inclusão de itens como assinatura do serviço e locação dos conversores, se apresenta como um novo entendimento contrário ao anteriormente adotado, haja vista que a apuração do imposto devido – reitero- foi realizada com base nos lançamentos realizados do próprio contribuinte.

A Lei Complementar nº. 87/96, estabelece em seu artigo 2º, inciso III, que o ICMS incide sobre prestações onerosas de serviços de comunicação, por qualquer meio, inclusive a geração, a emissão, a recepção, a transmissão, a retransmissão, a repetição e a ampliação de comunicação de qualquer natureza, conforme constitucionalmente previsto.

A Lei Estadual do ICMS, Lei nº 7.014/96 prevê no campo de incidência do ICMS, a prestação onerosa de serviços de comunicação, consoante o artigo 2º, inciso VII, abaixo transcrito:

“Art. 2º O ICMS incide sobre:

(...)

VII - a prestação onerosa de serviços de comunicação, por qualquer meio, inclusive a geração, a emissão, a recepção, a transmissão, a retransmissão, a repetição e a ampliação de comunicação de qualquer natureza;”.

Já o RICMS/97, ao regulamentar a Lei acima referida trouxe no seu artigo 4º, inciso I, §1º, a previsão de ocorrência do fato gerador do imposto nas prestações de serviços de comunicação, inclusive, afastando qualquer dúvida quanto à caracterização do serviço de comunicação, no caso de televisão por assinatura, conforme se vê abaixo:

“Art. 4º Nas prestações de serviços de comunicação de qualquer natureza, por qualquer processo, ocorre o fato gerador do ICMS no momento:

I - da prestação onerosa de serviço de comunicação de qualquer natureza, inclusive na geração, emissão, transmissão, retransmissão, repetição, ampliação ou recepção de comunicação, por qualquer meio ou processo, ainda que iniciada ou prestada no exterior;

(...)

§ 1º Entende-se por comunicação, para os efeitos deste Regulamento, o ato ou efeito de gerar, emitir, transmitir, retransmitir, repetir, ampliar e receber mensagens acerca de determinado ato ou fato mediante métodos ou processos convencionados, quer através da linguagem falada ou escrita, quer através de outros sinais, sons, figuras, imagens, signos ou símbolos, quer através de aparelhamento técnico sonoro ou visual, a exemplo dos serviços de telefonia, telex, telegrafia, fax, radiodifusão sonora ou de imagens e televisão por assinatura, quando de caráter oneroso, isto é, sempre que a prestação consistir, por parte do prestador, numa obrigação de fazer, e, por parte do usuário do serviço, numa obrigação de dar.”

Também espancou o mesmo Diploma regulamentar qualquer dúvida sobre a incidência do ICMS sobre a disponibilização dos meios e assinatura, elementos componentes da base de cálculo que foram refutados pelo autuado. Dispõe o § 4º do mesmo artigo 4º acima mencionado:

“§ 4º Estão compreendidos no campo de incidência do ICMS os serviços cobrados a título de acesso, adesão, ativação, habilitação, disponibilidade, assinatura e utilização dos serviços, bem como os serviços suplementares e facilidades adicionais que otimizem ou agilizem o processo de comunicação, independentemente da denominação que lhes seja dada (Conv. ICMS 69/98).”.

Vale observar que, a disposição acima não foi construída unilateralmente pelo Estado da Bahia, mas se originou do Convênio 69/98.

Verifico que, por ser prestador 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. Assim dispõe o referido artigo:

“Art. 86. É reduzida a base de cálculo:

(...)

V - das prestações de serviço de televisão por assinatura, de tal forma que a incidência do imposto resulte numa carga tributária de 5% (cinco por cento), de 01/09/99 até 31/12/99, 7,5% (sete inteiros e cinco décimos por cento), de 01/01/00 até 31/12/00 e de 10% (dez por cento), a partir de 01/01/01, sendo que (Conv. ICMS 57/99):

a) a redução da base de cálculo será aplicada, opcionalmente, pelo contribuinte, em substituição ao sistema de compensação do imposto (débito/crédito), hipótese em que deverá renunciar a utilização de quaisquer créditos fiscais, no período considerado;

b) o contribuinte ficará obrigado ao cumprimento regular da obrigação tributária principal;
c) o descumprimento da condição prevista na alínea "b" 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."

Ocorre que, apesar de haver lançado o imposto devido – reitere-se, sem questionar a tributação do serviço prestado e muito menos os itens assinatura e locação dos conversores - utilizando o benefício da redução, o autuado descumpriu a condição indispensável para sua fruição, isto é, não cumpriu a obrigação tributária principal deixando de pagar o ICMS devido, o que implicou na correta exigência através do presente Auto de Infração. Registre-se que o legislador ainda ofereceu ao contribuinte inadimplente a oportunidade de reabilitação à fruição do benefício, mediante o recolhimento do débito fiscal remanescente ou ao pedido de seu parcelamento, consoante se observa no final da alínea "c" acima transcrita.

Assim, indubitavelmente, a exigência do imposto devido com a utilização da base de cálculo integral – normal – e não com a base de cálculo reduzida – benefício fiscal – está correta.

Contudo, assiste razão ao autuado quando invoca o seu direito ao crédito fiscal, haja vista que a partir do momento em que perdeu o direito à fruição do benefício decorrente de sua inadimplência com a obrigação principal e o imposto passou a ser exigido pelo critério normal de apuração - débito/crédito – o seu direito em utilizar os créditos fiscais porventura existentes se apresenta líquido e certo, em nome do princípio da não cumulatividade do ICMS.

A expressão que utilizei “porventura existentes” decorreu justamente da incerteza quanto a existência de tais créditos.

Certamente, caberia ao autuado, querendo, apresentar com a devida comprovação o “quantum” teria de crédito fiscal. Veja-se que isso poderia ter sido feito no transcorrer da ação fiscal como na própria defesa apresentada. Inexiste nos autos qualquer elemento probante do crédito fiscal suscitado pelo autuado e sua origem. Não há qualquer documento fiscal acostados aos autos nesse sentido.

A propósito, transcrevo trecho da informação fiscal prestada pelos autuantes referente ao crédito pretendido pelo autuado: *“Em nenhum momento, o Contribuinte foi impedido de utilizar os créditos fiscais aos quais teria legalmente direito, entretanto, não consta nos documentos fiscais apresentado a esta SEFAZ o respectivo valor de tais créditos, além de também não terem sido anexados ao processo em lide.”*

Nota que não observou o contribuinte, as disposições do artigo 123 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF/99, abaixo transscrito, pois, apenas alega o seu direito ao crédito fiscal – direito este admitido pelos autuantes e também pela 1ª Junta de Julgamento Fiscal – porém, não trouxe aos autos nenhuma comprovação – documentos, levantamentos e demonstrativos – relativa à sua alegação.

“Art. 123. É assegurado ao sujeito passivo tributário o direito de fazer a impugnação do lançamento, medida ou exigência fiscal na esfera administrativa, aduzida por escrito e acompanhada das provas que tiver, inclusive documentos, levantamentos e demonstrativos referentes às suas alegações, no prazo de 30 (trinta) dias, contado da intimação.”

Por fim, sobre a aplicação da multa de 50%, vale registrar que, esta tem previsão no artigo 42, inciso I, alínea “a”, da Lei nº 7.014/96. Quanto à alegação de dupla penalização pela aplicação de sanção administrativa e perda do benefício fiscal, esta não pode prosperar, haja vista que nos termos do artigo 914, I a IV, do RICMS/97, pelo cometimento de 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.

Voto pela procedência do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 269280.0002/07-6, lavrado contra **CABLE BAHIA LTDA**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$ 2.470.886,87, 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, 06 de agosto de 2007.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE/RELATOR

ÂNGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO – JULGADOR

VALMIR NOGUEIRA DE OLIVEIRA – JULGADOR