

PROCESSO - A. I. N° 206911.0015/06-0
RECORRENTE - TBL TELECOMUNICAÇÕES BONFINENSE LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JJF nº 0110-03/07
ORIGEM - IFEP - DAT/NORTE
INTERNET - 04/09/2009

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0260-12/09

EMENTA: ICMS. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. **a)** BENS DESTINADOS AO ATIVO IMOBILIZADO DO PRÓPRIO ESTABELECIMENTO. Infração caracterizada. Mantida a Decisão recorrida. **b)** MERCADORIAS DESTINADAS AO USO E CONSUMO DO PRÓPRIO ESTABELECIMENTO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Mediante diligência realizada pela ASTEC/CONSEF, restou comprovado que as mercadorias adquiridas eram destinadas à utilização nos serviços prestados pelo recorrente. Infração insubsistente. Modificada a Decisão recorrida. Recurso **PARCIALMENTE PROVIDO**. Decisão não unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário contra a Decisão da 3ª Junta de Julgamento Fiscal (3ª JJF) que julgou Procedente o Auto de Infração em epígrafe, lavrado para cobrar ICMS, no valor de R\$9.958,85, acrescido da multa de 60%, em decorrência das seguintes irregularidades:

1. Deixou de recolher o ICMS, no valor de R\$3.083,43, decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo do estabelecimento, nos exercícios de 2002, 2003 e 2004.
2. Deixou de recolher o ICMS, no valor de R\$6.875,43, decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao consumo do estabelecimento, nos exercícios de 2002, 2003 e 2004.

Tempestivamente, o autuado interpôs defesa (fls. 147 a 150). Afirmou que os produtos adquiridos eram destinados à utilização nos serviços de instalação de TV a cabo, ramo em que operava. Sustentou que esses produtos lhe pertenciam, existiam de fato e possuíam longa vida útil e, portanto, seguiam a definição de bens do Ativo Permanente. Aduziu que apurava o imposto pelo Regime de Receita Bruta. Destacou que, por força do disposto no artigo 7º, do RICMS-BA, estava desobrigado do pagamento do diferencial de alíquota.

O autuante na informação fiscal, fls. 155 a 157, afirmou que as alegações defensivas não elidiam as infrações, que o contribuinte não apurava o imposto pelo Regime de Receita Bruta e, ao final, manteve a autuação em sua totalidade.

Na Decisão recorrida, o Auto de Infração foi julgado procedente. Ao proferir o seu voto o ilustre relator descreveu as infrações, os dispositivos legais que embasam a autuação, as alegações defensivas e, em seguida, decidiu pela procedência do Auto de Infração sob o argumento de que “o autuado não apresentou qualquer comprovação de sua condição exclusiva de prestador de serviço com o emprego dos insumos objeto da autuação”.

Prosseguindo em seu voto, o relator salientou que o autuado deveria ter apresentado cópia dos contratos firmados com os clientes, das faturas e das notas fiscais de prestação de serviço. Ao finalizar, afirmou que não foi solicitada a realização de diligência.

Inconformado com a Decisão recorrida, o contribuinte apresenta o Recurso Voluntário, fls. 173 a 176, no qual alega que, com o objetivo de comprovar o seu enquadramento no artigo 7º do

RICMS-BA, apresenta os documentos de fls. 177 a 184 (contrato social, contratos de prestação de serviço e notas fiscais/recibos relacionados aos serviços prestados).

O recorrente também alega que na apuração do imposto foi indevidamente utilizada a alíquota de 17% em vez da diferença entre as alíquotas. Apresentou um demonstrativo (fl. 185), em que ele apurou o imposto referente à diferença entre as alíquotas, segundo o critério que entende correto.

Ao finalizar seu arrazoado, o recorrente solicita que o Auto de Infração seja julgado nulo e improcedente ou, caso assim não entenda este colegiado, que seja realizada diligência para apurar a verdade dos fatos.

Por sugestão da ilustre representante da PGE/PROFIS, a 2ª CJF converteu o processo em diligência à ASTEC, para que fossem verificados os contratos firmados pelo recorrente, bem como a relação entre os materiais envolvidos na autuação e os serviços prestados pelo contribuinte.

A diligência foi cumprida, conforme o Parecer ASTEC Nº 0020/2009, acostado às fls. 197 e 198.

O Parecerista informou que, após coletar e examinar a documentação apresentada pelo recorrente, constatou que a atividade da empresa é a exploração de serviço de TV a cabo, que os equipamentos são cedidos em comodato e que as mercadorias relacionadas na autuação são compatíveis e aplicáveis na prestação de serviço de recepção de TV a cabo.

Notificados acerca do resultado da diligência, o recorrente e o autuante não se pronunciaram.

Ao exarar o Parecer de fls. 217 a 220, a ilustre representante da PGE/PROFIS fez uma síntese do processo e transcreveu o disposto no artigo 7º, inc. I, do RICMS-BA. Em seguida, afirmou que por força desse dispositivo regulamentar o recorrente não estava obrigado ao pagamento do diferencial de alíquotas, já que a diligência comprovou que as mercadorias eram compatíveis e aplicáveis aos serviços prestados e não foi verificada a ocorrência de operações mercantis entre o recorrente e seus clientes. Ao finalizar, opina pelo Provimento do Recurso Voluntário, para que o Auto de Infração seja julgado improcedente.

O Parecer de fls. 217 a 220 foi ratificado pela doutora Sylvia Maria Amoêdo Cavalcante, procuradora do Estado.

VOTO

Início o presente voto pela infração 2, a qual trata de recolhimento do ICMS referente à diferença entre as alíquotas interna e interestadual, nas aquisições de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação e destinadas ao uso e consumo do próprio estabelecimento.

Saliento que apesar de o recorrente ter afirmado que todas as mercadorias arroladas no Auto de Infração em epígrafe eram destinadas ao seu Ativo Permanente, considero que os materiais listados na infração 2 (cabos, conectores, fios, divisores acopladores de tomadas, fitas, parafusos, conjuntos isolantes, etc), por serem produtos de pequeno valor unitário e de curta vida útil, são classificados dentro do ramo de atividade do recorrente como materiais de uso e consumo.

O recorrente alega que, por força do disposto no artigo 7º, inciso I, do RICMS-BA, não estava obrigado a efetuar o pagamento do ICMS referente ao diferencial de alíquotas. Para um melhor entendimento da questão, transcrevo a seguir o previsto nesse citado dispositivo regulamentar:

“Art. 7º Não é devido o pagamento da diferença de alíquotas:

I - nas aquisições de mercadorias ou materiais efetuadas por prestador de serviço para emprego ou aplicação, como insumos, na prestação de serviços de qualquer natureza, inclusive quando se tratar de estabelecimento que desenvolva atividades mistas;

II - nas aquisições de bens ou materiais pela arrendadora ou pela arrendatária, tratando-se de arrendamento mercantil, nas hipóteses do § 6º do art. 563;

III - se a operação de remessa for realizada com:

- a) não-incidência do imposto; ou*
- b) isenção decorrente de convênio;*

IV - nas aquisições de bens do ativo permanente, a partir de 01/11/96, e de bens de uso e materiais de

consumo, a partir de 01/01/2011, efetuadas por (Lei Complementar nº 87/96):

- a) produtores ou extratores não equiparados a comerciantes ou a industriais;*
- b) contribuintes enquadrados no regime de apuração em função da receita bruta;*
- c) transportadores que tenham optado pelo crédito presumido de que cuida o inciso XI do art. 96, condicionado ao não-aproveitamento de créditos fiscais relativos a operações e prestações tributadas;*
- d) contribuintes dispensados de escrituração fiscal;*
- e) revogada*

V - por parte das microempresas, das empresas de pequeno porte e dos ambulantes devidamente inscritos como tais no cadastro estadual, a partir de 01/01/99;

VI - na hipótese do inciso II do § 1º do art. 541.”

Tendo em vista o princípio da busca da verdade material, o processo foi convertido em diligência à ASTEC do CONSEF, para que fossem *averiguados junto à empresa todos os contratos, e a relação entre os materiais envolvidos na autuação e no serviço prestado pelo contribuinte.*

A diligência foi realizada, tendo sido comprovado que o recorrente operava no ramo de serviço de TV a cabo e que as mercadorias adquiridas eram compatíveis e aplicáveis nas prestações do serviço que ele desenvolvia.

As comprovações trazidas na diligência realizada pelo preposto da ASTEC, as quais foram tacitamente acolhidas pelo autuante, atestam que o recorrente se enquadrava na hipótese prevista no artigo 7º, inciso I, do RICMS-BA, a qual lhe desobrigava do pagamento do diferencial de alíquota nas aquisições interestaduais de mercadorias destinadas ao uso e consumo do próprio estabelecimento, quando essas mercadorias eram empregadas na prestação de serviços. Dessa forma, em consonância com o opinativo da PGE/PROFIS, declaro a infração 2 insubsistente.

Por seu turno, a infração 1 trata da falta de recolhimento do ICMS referente à diferença entre as alíquotas interna e interestadual, nas aquisições de bens oriundos de outras unidades da Federação e destinados ao ativo fixo do próprio estabelecimento.

Os bens listados na infração 1 (receptor de satélite digital, receptor-decodificador integrado e transformador 19 KVA), tendo em vista os elevados valores unitários e a longa vida útil, são efetivamente classificados como bens do Ativo Permanente, conforme afirma o autuante e reconhece o recorrente.

Considerando que os bens em questão eram destinados ao Ativo Permanente, as comprovações trazidas aos autos na diligência realizada pela ASTEC não servem para elidir a acusação, pois o recorrente não se enquadra em nenhuma das hipóteses previstas nos incisos e alíneas do artigo 7º, do RICMS-BA, transcrito acima.

Alega o recorrente que calculava o ICMS pelo regime de apuração em função da receita bruta, todavia ele não traz qualquer prova desse fato. Saliento que o ramo de atividade do recorrente não se enquadra em nenhuma das hipóteses previstas no artigo 118, do RICMS-BA, e, portanto, ele não poderia estar enquadrado no Regime da Receita Bruta. Como foi bem salientado na informação fiscal, o disposto no artigo 86, inciso V, do RICMS-BA, prevê a hipótese de redução da base de cálculo do imposto referente às prestações de serviço de televisão por assinatura, de forma que a carga tributária venha a equivaler a 10%. Contudo, essa redução de base de cálculo não se confunde com a apuração do imposto em função da receita bruta.

O recorrente também afirma que a apuração do imposto devido está equivocada, pois foi utilizada a alíquota de 17% em vez do percentual correspondente à diferença entre as alíquotas.

Esse argumento recursal não procede, haja vista que a apuração do débito foi feita de forma acertada. Como se pode verificar no demonstrativo de fl. 62, o imposto que está sendo cobrado corresponde apenas à diferença entre as alíquotas interna e interestadual. Todavia, quando os valores apurados no demonstrativo de fl. 62 foram levados para o Auto de Infração (fl. 01), o sistema automatizado emissor do Auto de Infração, por uma limitação técnica, informou a alíquota como se fosse de 17%. Em suma, apesar de no Auto de Infração constar a alíquota de 17% (fl. 01), o imposto lançado foi apurado corretamente à alíquota de 10% (fl. 62).

Em face do acima exposto, a Decisão da 3ª JJF quanto à infração 1 subsiste integralmente.

Voto, portanto, pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário, para modificar a Decisão recorrida e julgar Improcedente a infração 2, mantendo inalterada a Decisão de Primeira Instância quanto à Infração 1.

VOTO DIVERGENTE

Peço vênha para divergir, em parte, do entendimento do nobre relator em relação à exoneração do débito pertinente a segunda infração. É o próprio recorrente, que declara, textualmente, às fls. 147 e 148 dos autos:

“Quando o cliente solicita um serviço de TV a cabo em sua residência/comércio, a empresa aqui autuada realiza a instalação de todo o material até o ponto desejado e libera imagem e som através de cabos, amplificadores, fios e equipamentos. Estes itens continuam por todo o tempo do serviço prestado sendo de propriedade da empresa, e havendo a necessidade de troca ou manutenção, a empresa se responsabiliza.

Em nenhum momento, mesmo desistindo do serviço o cliente passa a ser o dono destes materiais e ainda sim, desistindo do serviço a empresa utiliza por quantas vezes forem possíveis e necessárias estes mesmos elementos em novas prestações de serviço.

Portanto todas as notas fiscais fiscalizadas e examinadas pelo Sr. Fiscal são compostas desse tipo de material. Os Recursos aplicadas pela TBL na compra desses produtos serviram para continuar prestando serviço e não para repassar ou transformá-lo em bem de consumo. Os produtos pertencem a TBL, existem de fato e possuem vida útil longa, seguindo assim a definição de ATIVO PERMANENTE.”.

Ora, apesar do recorrente ter inovado em seus argumentos trazidos na peça recursal, não posso olvidar de que é o próprio sujeito passivo que afirma **que todas as notas fiscais examinadas pelo Fisco**, objeto da autuação, são compostas de materiais que integram o seu Ativo Permanente e, como a condição sob exame não se enquadra na norma prevista pelo Art. 7º, inciso IV do RICMS/BA, arguida pelo sujeito passivo, entendo que para a segunda infração deverá ser dado o mesmo tratamento tributário que o senhor relator conferiu em relação à primeira infração, ou seja, é devido o pagamento da diferença de alíquota nessas operações.

Nesta condição, NEGOU PROVIMENTO ao Recurso Voluntário para que seja mantida inalterada a Decisão recorrida.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão não unânime, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **206911.0015/06-0**, lavrado contra **TBL TELECOMUNICAÇÕES BONFINENSE LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$3.083,42**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “f”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

VOTO VENCEDOR – Conselheiros (as): Álvaro Barreto Vieira, Márcio Medeiros Bastos, Nelson Antonio Daiha Filho e Tolstoi Seara Nolasco.

VOTO DIVERGENTE – Conselheiros: Carlos Fábio Cabral Ferreira e Fauze Midlej.

Sala das Sessões do CONSEF, 19 de agosto de 2009.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

ÁLVARO BARRETO VIEIRA - RELATOR

SYLVIA MARIA AMOÊDO CAVALCANTE – REPR. DA PGE/PROFIS