

A. I. Nº - 232882.0003/09-3
AUTUADO - CABLE BAHIA LTDA.
AUTUANTE - EDINALDO AVELINO DE PAIVA
ORIGEM - IFEP SERVIÇOS
INTERNET - 17. 11. 2009

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0351-01/09

EMENTA: ICMS. 1. IMPOSTO LANÇADO E NÃO RECOLHIDO.

a) PRESTAÇÃO DE SERVIÇO. SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO. Exigência fiscal com base nos valores apurados pelo contribuinte como saldo devedor do imposto, sem comprovação do respectivo recolhimento. Infração comprovada. **b)** VENDA DE BENS DO ATIVO IMOBILIZADO. Operações registradas no livro de saídas. Infração não elidida. 2. DOCUMENTOS FISCAIS. OPERAÇÃO TRIBUTÁVEL COMO NÃO TRIBUTÁVEL. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO. PERDA DO DIREITO AO BENEFÍCIO DA REDUÇÃO DA BASE DE CÁLCULO. Nas prestações de serviço de televisão por assinatura há previsão, na legislação, da incidência do ICMS com redução da base de cálculo, 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 e embora o autuado tenha requerido a utilização de créditos fiscais decorrentes de sua atividade, não apresentou comprovação do direito aos mesmos. Mantida a exigência fiscal. 3. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS. FALTA DE PAGAMENTO. **a)** BEM DESTINADO AO ATIVO PERMANENTE. **b)** MATERIAL DE USO E CONSUMO. É devido o imposto relativo à diferença de alíquotas sobre as entradas efetuadas em decorrência de operações interestaduais, quando os bens são destinados ao ativo imobilizado do estabelecimento ou ao seu uso e consumo. Infrações não elididas. Rejeitada a preliminar de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 02/06/2009, refere-se à exigência de R\$2.115.461,22 de ICMS, acrescido das multas de 50% e 60%, em decorrência das seguintes irregularidades:

Infração 01: Deixou de recolher o ICMS nos prazos regulamentares referente a prestações de serviço de comunicação escrituradas nos livros fiscais próprios, nos meses de dezembro de 2008 e janeiro a março de 2009. Valor do débito: R\$718.267,11;

Infração 02: Falta de recolhimento do ICMS na prestação de serviço de comunicação por escrituração de valores tributados como não tributados, nos meses de dezembro de 2008 e janeiro a março de 2009. Valor do débito: R\$1.352.927,97. Na descrição dos fatos consta que o contribuinte calculou o imposto com base reduzida de acordo com o art. 86, inciso v, sem considerar a perda do benefício fiscal em função do não cumprimento do referido artigo;

Infração 03: Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento, relativo aos meses dezembro de 2008 e janeiro a março de 2009. Valor do débito R\$24.982,08;

Infração 04: Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao consumo do próprio estabelecimento, relativo aos meses dezembro de 2008 e janeiro a março de 2009. Valor do débito R\$19.152,86;

Infração 05: Deixou de recolher o ICMS nos prazos regulamentares referentes a operações escrituradas nos livros fiscais próprios, nos meses dezembro de 2008, fevereiro e março de 2009. Valor do débito R\$131,20. Multa de 50%.

A autuada, por meio de advogado, apresentou impugnação (fls. 89 a 94). Cita que tomou ciência da autuação fiscal em 04/06/2009 e o termo final para apresentação da defesa ocorreu em 06/07/2009, sendo a mesma tempestiva. Diz que consoante dispõe o inciso III, do artigo 10 do Decreto nº 70.235/72 o Auto de Infração deverá ser lavrado contendo obrigatoriamente a descrição dos fatos, transcrevendo o citado dispositivo legal. Nesse sentido, transcreve extratos de decisões do Conselho de Contribuintes do Ministério da Fazenda. Fala que a descrição genérica das supostas infrações contidas no presente auto não demonstra com a clareza necessária o fato gerador sobre o qual incidirá a exação *sub examine*, cerceando assim o seu direito de defesa, além de incorrer em ofensa ao dispositivo legal mencionado.

Diz que presta um sem número de serviços relacionados à comunicação, cada qual regido por sua legislação específica e que dada à essa diversidade beneficia-se de diversos convênios e isenções, que provavelmente poderiam ser invocados para afastar a cobrança da exação em comento, se essa tivesse sido devidamente descrita pelo autuante. Ademais, expressa que poder-se-ia estar diante de exação distinta da que ora se impugna, uma vez que muitos dos serviços que presta, ainda que vinculados à comunicação, constituem fatos geradores do ISSQN, especialmente quando se tratam de serviços preparatórios, de modo que seria ela, Impugnante, incompetente para efetuar qualquer espécie de cobrança.

Entretanto, diz, dada a inexistência de qualquer descrição precisa, fica cerceada do exercício de seu direito de defesa, sendo forçosa a anulação do PAF impugnado, em razão da patente violação ao inciso III, do Decreto nº 70.235 de 1972, uma vez que a descrição contida no Auto de Infração é insuficiente para embasar qualquer tipo dos créditos supostamente apurados. *In casu*, inobstante a falta de precisão e clareza na descrição da suposta infração cometida pela Impugnante, entende que considerando os dispositivos supra transcritos, claro está que o recolhimento da exação possui como aquele que fez o intermédio entre a fonte do produto (Impugnante) e o consumidor final, concluindo-se, portanto, pela total improcedência do presente Auto de Infração.

Por fim, além da solicitação para que as intimações relativas a este PAF sejam realizadas em nome dos subscritores da peça de impugnação, pede:

- (i) anulação do PAF em razão da violação ao inciso III, do art. 10, do Decreto nº 70.235/72;
- (ii) improcedência do Auto de Infração, uma vez que não é a responsável tributário pelo recolhimento, nos termos do Convênio 126/98.

O autuante, em sua Informação Fiscal de fls. 115 a 119 dos autos, após discorrer sobre as infrações, transcrever o art. 86, inciso V, do RICMS-BA., e fazer uma síntese da impugnação apresentada pelo autuado, pontua o seguinte: a) Os valores constantes das infrações 01, 03, 04 e 05 foram declarados pela Impugnante como tributados, em livros e documentos (DMA, livro Registro de Entrada, Saídas e Apuração do ICMS) apresentados à Secretaria da Fazenda, e o respectivo ICMS não foi recolhido dentro do prazo legal; b) Quanto à Infração 02, os valores foram declarados pela Impugnante como isentos ou não tributáveis, e corresponde à parcela da redução da base de cálculo prevista no Art. 86,

inciso V do RICMS-BA, sendo que em decorrência do não recolhimento do ICMS desde 2006, a autuada perdeu o benefício da redução da base de cálculo, conforme previsto no dispositivo legal citado. Assim, entende que a Impugnante não pode alegar que foi autuada com base em serviços não sujeitos a tributação do ICMS e sobre a cessão onerosa de meio de rede de telecomunicações prestada a outras empresas de telecomunicações; c) Transcrevendo o art. 39 do RPAF, entende que o AI está revestido de todos os elementos necessários para seu entendimento.

Quanto à exigência de nulidade, diz não proceder visto que não atender o que determina o art. 18 do RPAF.

Afirma que desde o exercício de 2006 a autuada não vem recolhendo o ICMS, nem mesmo os valores cobrados de seus clientes, quando da prestação de serviços de comunicação, apenas declarando seu montante nas informações acessórias e que já existem diversos autos por lançamento de imposto declarado e não recolhido. Conclui pela manutenção do lançamento.

VOTO

Inicialmente, afasto o pedido de nulidade do lançamento por violação ao inciso III, do Decreto nº 70.235 de 1972, pois tal Decreto, por reger o Processo Administrativo Fiscal da União, em razão da distribuição de competência tributária existente na nossa Federação, não se aplica ao caso em lide vez que o instrumento legal que cuida do processo tributário do Estado da Bahia é o Regulamento do Processo Administrativo Fiscal-RPAF aprovado pelo Decreto Estadual nº 7.629 de 09 de julho de 1999. Portanto, tratando-se este caso de matéria de competência estadual, não há falar em disposições do Decreto nº 70.235/72.

Ademais, a preliminar de nulidade apresentada nas razões de defesa também deve ser rejeitada tendo em vista que o lançamento atende às disposições do art. 39 do RPAF e a descrição dos fatos no presente Auto de Infração foi efetuada de forma compreensível, com indicação dos dispositivos infringidos e da multa aplicada relativamente às irregularidades apuradas, inclusive, estando presentes nos autos os demonstrativos que deram origem à exigência fiscal, nele não se vislumbrando dúvida quanto à acusação fiscal, de modo que está habilitado a prestigiar o exercício do contraditório e ampla defesa por parte da autuada. Assim, constato que o PAF está revestido das formalidades legais, e não se encontram no presente processo os motivos elencados na legislação, inclusive qualquer dos incisos I a IV do art. 18 do RPAF/99, para se determinar a nulidade do presente lançamento.

No mérito, vejo que as infrações 01, 03, 04 e 05 se referem a operações que a autuada declarou como tributadas em seus livros e documentos de informação econômico-fiscal, tais como livros de Registro de Entrada, Saída e Apuração do ICMS e DMA, que foram apresentados à SEFAZ, mas cujo imposto declarado como devido não foi recolhido dentro do prazo legal. Os valores da Infração 01 estão demonstrados na fl. 08 e foram extraídos do livro Registro de Saídas de fls. 35 a 41. Os valores das Infrações 03 e 04 estão demonstrados nas fls. 09 e 10 e foram extraídos do livro Registro de Entradas de fls. 50 a 74. Os valores da Infração 05 estão demonstrados na fl. 11 e foram extraídos da Declaração e Apuração Mensal do ICMS-DMA, fls. 13 a 33.

Observo que a exigência fiscal foi efetuada com base na escrituração do contribuinte nos valores de ICMS declarados como devidos DMA e Livro RAICMS/BA, salientando que a autuada não contestou os dados do levantamento fiscal e não trouxe aos autos qualquer comprovante de pagamento do imposto exigido. Mantidas, portanto, as exigências fiscais constantes nas infrações 01, 03, 04 e 05, tendo em vista que elas decorrem de declaração de débito efetuadas pela autuada em seus documentos de escrituração fiscal.

Também, os valores da Infração 02 estão demonstrados na fl. 07 e foram extraídos da Declaração e Apuração Mensal do ICMS-DMA de fls. 13 a 33.

Nessa infração se exige ICMS relativo à prestação de serviço de comunicação por escrituração de valores tributados como não tributados, nos meses de dezembro de 2008 e janeiro a março de 2009,

constando na descrição dos fatos que o contribuinte perdeu o direito ao benefício de redução da base de cálculo do ICMS por prática de omissão de recolhimento do imposto de forma contumaz.

Na Impugnação a autuada informa que se dedica à “um sem número de serviços relacionados à comunicação, beneficiando-se de diversos convênios e isenções”, ao tempo que insinua que “poder-se-ia estar diante de exação distinta da que se impugna, uma vez que muitos dos serviços que presta, ainda que vinculados à comunicação, constituem fatos geradores do Imposto Sobre Serviço de Qualquer Natureza – ISSQN”, razão pela qual fez pedido de improcedência do Auto de Infração por não ser responsável tributário pelo recolhimento da exação *sub examine*.

O contribuinte autuado presta serviços de TV por assinatura, e no curso de seus negócios como “operadora de TV a cabo”, adquire licença limitada relativa à programação televisiva produzida por terceiros. Assim, é considerado prestador de serviço de comunicação (televisão por assinatura) e por isso, teve assegurado o direito ao benefício da redução da base de cálculo prevista no artigo 86, inciso V, do RICMS/BA, salientando-se que, nos termos da alínea “a” do mencionado inciso, ao optar por este benefício, em substituição ao sistema de compensação do imposto (débito-crédito), renunciou à utilização de quaisquer outros créditos no período de apuração do imposto.

Entretanto, o sujeito passivo por descumprimento da condição prevista na alínea “c” do inciso V do art. 86 do RICMS-BA. (inadimplemento da obrigação tributária principal), perdeu o benefício da redução da base de cálculo, e apresentou nas DMAs em cada mês objeto da exigência fiscal na Infração 02, a parcela relativa ao percentual que seria reduzido nos termos do inciso V do artigo 86 do RICMS/BA, caso continuasse auferindo o benefício fiscal, sendo por isso, exigido o imposto em decorrência da falta de recolhimento regular e tempestivo do ICMS, como bem esclareceu o autuante na descrição dos fatos da infração vez que consta que o contribuinte calculou o imposto com base reduzida de acordo com o art. 86, inciso V, sem considerar a perda do benefício fiscal em função do não cumprimento do referido artigo.

A legislação estabelece que, na falta de cumprimento da obrigação tributária principal de recolhimento regular do imposto, prevista na alínea “b” do mesmo dispositivo regulamentar acima citado, o contribuinte perde o direito ao gozo deste benefício fiscal, consoante sua alínea “c”:

RICMS/BA:

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 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 à 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."

O autuado não negou o cometimento da infração e o imposto exigido nesta infração foi apurado por meio das DMAs apresentadas pelo autuado às fls. 13 a 33 do presente processo, e não foi comprovado qualquer recolhimento do imposto. Portanto, também resta caracterizada essa infração pelo que se deve manter toda a exigência tributária do lançamento, vez que, o autuando não apresentou

qualquer prova que suscitasse dúvida quanto à correção dos demonstrativos elaborados pelo autuante.

Face ao exposto, 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 **PROCEDEENTE** o Auto de Infração nº 232882.0003/09-3, lavrado contra **CABLE BAHIA LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$2.115.461,22, acrescido das multas de 50% sobre R\$718.398,31, e de 60% sobre R\$1.397.062,91, previstas, respectivamente, nos incisos I, alínea “a”, e II, alíneas “a”, “f” do artigo 42 da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

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

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS - PRESIDENTE

JORGE INÁCIO DE AQUINO – RELATOR

VALMIR NOGUEIRA DE OLIVEIRA - JULGADOR