

PROCESSO - A. I. Nº 232882.0101/09-5
RECORRENTE - CABLE BAHIA LTDA. (NET SALVADOR)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JF nº 0045-02/10
ORIGEM - IFEP SERVIÇOS
INTERNET - 02/12/2010

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJE Nº 0419-11/10

EMENTA: ICMS. 1. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE TELECOMUNICAÇÕES. **a)** LANÇADA A PRESTAÇÃO NOS LIVROS FISCAIS PRÓPRIOS E NÃO RECOLHIDO O IMPOSTO NOS PRAZOS REGULAMENTARES. Comprovado o não recolhimento do imposto. Infração subsistente. **b)** ESCRITURAÇÃO DE SERVIÇOS TRIBUTADOS DE TELECOMUNICAÇÕES, COMO NÃO TRIBUTADOS PELO ICMS. Demonstrado que o contribuinte lançou serviços tributados de telecomunicações como não tributados em seu livro registro de saídas e não apresentou nenhuma documentação fiscal que comprovasse não serem estes valores sujeitos à tributação pelo ICMS. Infração subsistente. 2. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE BENS DESTINADOS AO ATIVO FIXO. PAGAMENTO A MENOS. Inexistentes elementos que elidissem a exigência tributária. Infração subsistente. 3. IMPOSTO LANÇADO NOS LIVROS FISCAIS PRÓPRIOS E NÃO RECOLHIDO NOS PRAZOS REGULAMENTARES. Comprovado o não recolhimento do imposto. Rejeitadas as preliminares de nulidades. Decisão recorrida confirmada. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário apresentado contra Decisão da 2ª JF, a qual, no Acórdão nº 0045-02/10, considerou Procedente a Ação Fiscal, exigindo ICMS no valor de R\$1.389.742,26, acrescido de multas de 50% e 60%, resultante das seguintes infrações:

1. Deixar de recolher o ICMS nos prazos regulamentares, referente às prestações de serviços de comunicação escrituradas nos livros fiscais próprios. ICMS no valor de R\$521.204,43;
2. Falta de recolhimento do ICMS na prestação de serviços de comunicação por escrituração de valores tributados como não tributados. Consta que o contribuinte calculou o imposto com base reduzida de acordo com art. 86, inciso V, sem considerar a perda do benefício fiscal em razão do não cumprimento do referido artigo. ICMS no valor de R\$830.938,33;
3. Deixar de recolher o ICMS decorrente da diferença de alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades federativas, destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento. ICMS no valor de R\$31.771,44;
4. Deixar de recolher o ICMS decorrente da diferença de alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades federativas, destinadas ao consumo do próprio estabelecimento. ICMS no valor de R\$5.737,24;
5. Deixar de recolher o ICMS nos prazos regulamentares, referente livros fiscais próprios. ICMS no valor de R\$90,82.

O autuado apresentou impugnação (fls. 84 a 89), concentrando a sua contestação na arguição de nulidade, sob o fundamento de que a descrição genérica das supostas infrações contidas no presente Auto não demonstrava com a clareza necessária o fato gerador sobre o qual incidiria a exação *sub examine*, cerceando, desse modo, o direito de defesa do Impugnante, com patente violação ao inciso III, do Decreto nº. 70.235, de 1972, uma vez que a descrição contida na autuação é insuficiente para embasar qualquer tipo de cobrança dos créditos ditos apurados.

Asseverou que prestava uma variedade de serviços relacionados à comunicação, inclusive com fatos geradores do ISSQN, cada qual regido por sua legislação específica e beneficiava-se de diversos convênios e isenções, que, provavelmente poderiam ser invocados para afastar a cobrança da imputação em comento, caso fosse devidamente descrita pelo Auditor Fiscal.

Arguiu, também, que o Benefício concedido pelo Convênio ICMS do Conselho Nacional de Política Fazendária - CONFAZ 126, de 11 de dezembro de 1998, seria aplicável ao Impugnante em razão do que dispõe o Parágrafo Único da Cláusula Décima e, em função da sua natureza empresarial.

Por fim, requereu a nulidade do Processo Administrativo ou subsidiariamente a improcedência do Auto de Infração, uma vez que não era o responsável tributário pelo recolhimento da exação *sub examine*, nos termos do Convênio ICMS 126/98.

O autuante, na sua informação (fls. 107 a 111), sustentou a improcedência da tese de nulidade formulada pelo autuado, visto não haver fundamento para a alegação de falta de clareza do fato gerador. Esclareceu que os valores constantes das infrações 1, 3, 4 e 5, foram declarados pelo impugnante como tributados, em livros e documentos (DMA, LIVRO REGISTRO DE ENTRADA, SAÍDA E APURAÇÃO), contudo não recolhido o imposto dentro do prazo legal.

Asseverou, quanto à infração 02, terem sido os valores declarados pelo impugnante como isentos e não tributados, em razão de corresponder à parcela de redução da base de cálculo prevista no art. 86, inciso V, entretanto, em decorrência do não recolhimento do ICMS a partir de 2006, a empresa perdeu o benefício da redução da base de cálculo, conforme estabelecido no art. 86, inciso V, do RICMS/BA.

Concluiu pela Procedência total do Auto de Infração.

A Decisão da Junta de Julgamento Fiscal, objeto do Recurso Voluntário, de plano, indeferiu as preliminares suscitadas, sob o fundamento de que: *a)* a descrição dos fatos e sua capitulação legal eram condizentes com os fatos reais e respectivo direito aplicável; *b)* inexistia falta de motivação, pois foram indicados os fatos que ensejaram o ato e os preceitos jurídicos que autorizaram a sua prática; *c)* restava clara a finalidade pública, bem como o objeto do ato que era a constituição do crédito tributário não recolhido aos cofres da Fazenda Pública Estadual.

Destacou a obediência ao devido processo legal, através do qual o impugnante exerceu a ampla defesa e o contraditório, haja vista ter obtido as peças necessárias à sua defesa, que identificavam, com clareza a fonte, a forma e elementos considerados para apurar a base cálculo e o imposto devido (fls. 08 a 75); foram obedecidos os prazos previstos legalmente e demais exigências formais.

A JJF considerou se encontrar o PAF revestido de todas as formalidades legais, não havendo violação ou mesmo mitigação dos princípios que regem o direito administrativo, em particular os inerentes ao processo administrativo fiscal.

A Decisão ressaltou, inclusive, que os fatos originadores das exigências fiscais concernentes a infrações 01, 03, 04, e 05 constavam do registro do autuado em DMA, LIVRO REGISTRO DE ENTRADA, SAÍDA E APURAÇÃO, embora não recolhidos os impostos dentro do prazo legal, indicados na descrição e nos demonstrativos do autuante, devidamente entregues ao sujeito passivo, não havendo amparo para as preliminares suscitadas.

Também aduziu a JJF, que o autuado não apontava, em sua defesa, fatos geradores, embora vinculados à comunicação, constituíam “fatos geradores

Qualquer Natureza – ISSQN, especialmente quando se tratam de serviços preparatórios, de modo que seria a Impugnada totalmente incompetente para efetuar qualquer espécie de cobrança”. Assim, não ficou demonstrado que os serviços, alvo da presente autuação, não são da competência do Estado.

Reportando-se às sustentações trazidas pelo autuado, relativas à infração 2, onde os valores foram declarados pelo impugnante como isentos e não tributados, correspondendo à parcela de redução da base de cálculo prevista no art. 86, inciso V, a JJF, após transcrever o texto legal pertinente, afirmou que *“verificado o comprovado não recolhimento do ICMS a partir de 2006, o autuado não mais fez jus ao benefício da redução da base de cálculo, conforme previsto nos incisos acima dispostos.”*

No mérito, a JJF decidiu que os créditos tributários exigidos no presente Auto de Infração eram totalmente subsistentes, em razão do autuado não ter oferecido elementos materiais, capazes de apontar especificamente quais os serviços alcançados pela atuação que seriam de competência tributária do município, portanto, não tributados pelo ICMS, bem como aqueles prestados à outras operadoras relacionadas ao Ato Cotepe 10/08 de 23 de abril de 2008, cujo imposto não lhe caberia o recolhimento. De outra parte, a defesa também não conseguiu justificar a manutenção do benefício fiscal previsto no art. 86, V do RICMS/BA, visto que não atendeu às condições previstas para sua fruição.

Assim, a JJF julgou, por unanimidade, procedente o Auto de Infração.

Inconformado, o sujeito passivo interpôs, tempestivamente, Recurso Voluntário (fls. 128 a 134), ratificando as teses apresentadas na peça impugnatória e concentrando o inconformismo no argumento de que a descrição genérica das supostas infrações contidas na autuação não demonstrava com a clareza necessária o fato gerador sobre o qual incidia a exação *sub examine*, cerceando o seu direito de defesa, além de incorrer em ofensa grave ao inciso III, artigo 10, do Decreto nº 70.235/72.

Ratificou desenvolver atividades prestando uma gama de serviços relacionados à comunicação, cada qual regido por sua legislação específica, sendo certo, ainda, que dada a diversidade retro-mencionada, beneficiava-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 Auditor Fiscal.

Arguiu sua submissão ao benefício concedido pelo Convênio ICMS Conselho Nacional de Política Fazendária - CONFAZ 126, de 11 de dezembro de 1998, consignando que é cediço que o Convênio epigrafado foi editado com escopo de conceder o Regime Especial de tributação da exação analisada, consistindo tal benefício, em última análise, em repassar ao prestador final de serviços, ou seja, aquele que fornecia diretamente ao consumidor, o encargo de realizar o recolhimento tributário, nos termos de sua Cláusula Décima, sendo o aludido benefício aplicável à Impugnante em razão do disposto no Parágrafo Único da mesma Cláusula, em razão da natureza empresarial da Impugnante, reproduzindo o teor da norma invocada.

A par disso, repisou que a falta de precisão e clareza na descrição da suposta infração cometida pela Impugnante, considerando os dispositivos supratranscritos, deixava claro que o recolhimento da exação sob comento possuía como sujeito passivo pessoa distinta da Impugnante, afirmando ser o recolhimento da competência daquele que fez a intermediação entre a fonte do produto (recorrente) e o consumidor final, o que conduzia à total improcedência do presente Auto de Infração.

Encerrou seu inconformismo requerendo:

“I - seja anulado o Processo Administrativo em comento, 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 de cobrança dos créditos supostamente apurados; ou, subsidiariamente;

II - seja reformada a Decisão de primeira instância pra que, via de consequente, seja julgado improcedente o presente Auto de Infração, uma vez que a Impugnante não é a responsável pela exação sub examine, nos termos do Convênio ICMS 126/98.”

Created with

 **nitroPDF** professional
download the free trial online at nitropdf.com/professional

Em seu Parecer (fls. 155/157), a ilustre Representante da PGE/PROFIS, inicialmente, registrou que as razões recursais repetiram os mesmos argumentos aduzidos na defesa, todos já exaustivamente apreciados na Decisão proferida pela 1ª Instância administrativa.

Manifestou que as arguições de nulidades constantes da súplica recursal deveriam ser rechaçadas, posto que o lançamento tributário não apresentava falhas capazes de gerar prejuízos ao contribuinte.

Em seguida, analisou cada um dos argumentos recursais, destacando que se encontravam ausentes sustentações jurídicas capazes de provocar revisão do acórdão, opinando, ao final, pelo Improvimento do Recurso Voluntário.

Durante a fase de instrução do processo foram apensados aos autos os documentos de fls. 158 a 182 onde o contribuinte ingressou com expediente de fl. 161 requerendo o parcelamento do débito com base na Lei nº 11.908/2010, pleito que, de acordo com o despacho de fl. 179 foi indeferido, em virtude do não atendimento aos requisitos inerentes ao acolhimento do pleito, ou seja, não pagamento da 1ª parcela e não confirmação da autorização de débito em conta bancária, sendo o sujeito passivo intimado dessa Decisão, conforme documento de fl. 180.

VOTO

Do estudo minucioso do presente PAF, verifico que o Recurso Voluntário insurgiu-se contra a Decisão que julgou procedente o Auto de Infração, onde foi exigido do autuado imposto no valor originário de R\$1.389.742,26, acrescido de multas, sendo objeto da irrisignação as cinco imputações apuradas no período fiscalizado de 01/04/2009 a 30/06/2009.

O recorrente, no seu inconformismo, repetiu, integralmente, as teses sustentadas na peça impugnatória, tendo, de igual forma, ratificado a nulidade do Auto, enfaticamente abordado na sua defesa, em decorrência da descrição genérica das supostas infrações nele contidas, porquanto dizia não demonstrar, com a clareza necessária, o fato gerador sobre o qual incidiria a imputação, nesse passo restando cerceado o seu direito de defesa, além de ferir, de forma grave, o dispositivo legal inscrito no inciso II, artigo 10, Decreto nº 70.235/72.

Sustentou, mais uma vez, que se beneficiava de diversos convênios e isenções, os quais, se invocados, poderiam afastar a cobrança da exação sob exame, impossibilitada em face da descrição vaga efetivada pelo Auditor Fiscal.

Sucedee que, exatamente ao contrário do quanto asseverado pelo recorrente, constata-se na procedimentalidade uma clara e objetiva descrição dos fatos, um enquadramento legal compatível com as infrações apuradas, indicação da fonte, forma e elementos que conduziram à base de calculo e ao imposto devido, demonstrativos acostados aos autos às fls. 08 a 75, bem como obedecidos os prazos e formalidades legais, inexistindo qualquer violação ou mitigação dos princípios do direito, nem tampouco cerceamento ao princípio constitucionalmente assegurado da ampla defesa.

Merece registro especial a informação fiscal prestada pelo autuante (fls. 107 a 111), peça revestida de didática exemplar, esclarecedora da origem dos fatos, onde se explicita, sem margem a dúvidas, serem as infrações nºs 01, 03, 04 e 05 decorrentes de valores declarados pelo próprio autuado em seus livros e documentos (DMA, livro de Registro de Entrada, Saída e Apuração), apresentados à Secretaria da Fazenda, não tendo o respectivo imposto (ICMS) sido recolhido no prazo legal.

Assim, resta incontestado que todas essas imputações foram oriundas da apuração de valores de ICMS escriturados, lançados e não recolhidos dentro do prazo previsto na legislação do Estado.

No que tange às razões de mérito, inicialmente vale ressaltar, quanto à infração 2. onde os valores apurados seriam decorrentes do benefício fiscal previsto no RICMS/BA, o sujeito passivo não se desincumbiu de comprovar condições dispostas nas alíneas “b” e “c” do referido dispositivo, i

redução da base de cálculo do imposto, ou seja, não foi demonstrado o recolhimento regular do ICMS, o que implicou, consequentemente, na perda do almejado benefício.

Relativamente às alegações de que muitos dos serviços prestados pelo recorrente, ainda que vinculados à comunicação, constituíam fato gerador do Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza – ISSQN, o sujeito passivo não apontou, em suas peças de resistência, quais os serviços incluídos na presente autuação que não seriam de competência tributária do Estado, apresentando, no particular, defesa vaga, genérica e inespecífica.

Na mesma linha de entendimento, razão não assiste ao autuado, quando arguiu ser, no seu caso, aplicável o regime especial de tributação previsto no Convênio ICMS CONFAZ 126, de 11/12/1998, Cláusula Décima, o qual o eximiria da responsabilidade fiscal, transferindo ao prestador final do serviço, isto é, aquele que fornece diretamente ao consumidor, o encargo de efetuar o recolhimento tributário, visto que, também, inexiste no feito qualquer elemento capaz de indicar quais os serviços prestados a outras operadoras relacionadas no Ato Cotepe 10/08, de 23/04/2008, do que resultaria em sujeito passivo distinto do recorrente.

Destarte, o recorrente não trouxe à apreciação desta Câmara Julgamento Fiscal qualquer fato novo, concreto, limitando-se a repetir idênticos argumentos da peça impugnatória, já devidamente apreciados na Decisão proferida na 1ª Instância administrativa, persistindo o processo desacompanhado de prova documental capaz de sustentar as suas teses e promover qualquer tipo de alteração no julgamento realizado pela JJF.

Por tais fundamentos, evitando delongas desnecessárias e tendo por supedâneo os subsídios residentes na procedimentalidade, frisando serem todos insuficientes para amparar as arguições expostas pelo Recorrente e acrescentado o aspecto de, por se tratar de matéria de fato, é cediço, no processo administrativo fiscal, que a simples negativa do cometimento da infração, ou alegações desacompanhadas de provas materiais, são insuficientes para elidir a presunção de legitimidade da autuação, posiciono-me na linha de considerar incensuráveis as imputações descritas no Auto sob análise, nesse contexto, confirmando, integralmente, a Decisão proferida pela 2ª JJF, por abrigar a Lei.

Concludentemente, o meu voto é no sentido de NEGAR PROVIMENTO ao Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª 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 232882.0101/09-5, lavrado contra **CABLE BAHIA LTDA. (NET SALVADOR)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$1.389.742,26**, acrescido das multas de 60% sobre R\$868.447,01 e 50% sobre R\$521.295,25, previstas no art. 42, incisos II, alienas “a” e “f”, I, “a” da Lei nº 7014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 22 de novembro de 2009.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA - PRESIDENTE

VALNEI SOUSA FREIRE – RELATOR

MARIA JOSÉ RAMOS COELHO LINS DE ALBUQUERQUE SENTO SÉ - REPR. DA PGE/PROFIS