

Entende necessário para a incidência do artigo 150, parágrafo 4º do CTN que ocorra pagamento ao menos parcial do ICMS. Esse é exatamente o caso dos autos, posto que a Impugnante realizou o recolhimento de ICMS em todos os meses do ano de 2004 (relatórios de apuração do ICMS– doc. nº 04, anexo), entendendo o fisco que o pagamento se deu a menor, em face das supostas diferenças apontadas pela Fiscalização.

Cita, para acolhimento da tese acima exposta, decisão da Primeira Seção do STJ, que, prolatou acórdão ao julgar Embargos de Divergência no Recurso Especial nº 101.407/SP, em 07.04.2000.

Complementa que a Infração 01 está completamente fulminada pela decadência, haja vista que todos os créditos ali exigidos são anteriores a 10.08.2004.

Afirma, quanto à Infração 02, que a mesma encontra-se apenas parcialmente decaída, sendo exigíveis apenas os meses de agosto, setembro, outubro, novembro e dezembro, portanto, complementa, que não há como este Conselho fugir à inexorável, à implacável causa impeditiva do lançamento tributário *in casu*: a decadência.

Desse modo, continua, o auto de infração subjacente deve ser julgado parcialmente improcedente, uma vez que as exigências fiscais referentes ao período anterior a 10 de agosto de 2004 já foram atingidas pela decadência, vez que o lançamento data de 10.08.2009.

Passa, assim, após as preliminares de mérito, a atacar as questões principais que envolvem o mérito relativo ao presente lançamento.

Considera que os valores escriturados como “outros” são receitas financeiras inalcançáveis pelo ICMS.

Assegura que o Fisco Baiano, através da Infração 01 – 03.09.01, imputa à Impugnante o recolhimento a menos de ICMS haja vista a escrituração de alguns serviços na coluna “Outras”, os quais não foram oferecidos à tributação.

Argumenta que os valores escriturados como “Outros” não merecem sofrer tributação pelo ICMS, pois passam ao largo do alcance de referido imposto. Explica:

*“Tratam-se de **receitas financeiras**, conforme demonstrado na planilha referente às NFST’s relativas às cobranças efetuadas aos clientes, denominada “Anexo da Int 08-BA-1” (doc. nº 05), “Composição dos Valores lançados no LRS relativos ao Billing GSM TDMA e Cobilling VIVO – Janeiro a Abril de 2004.*

As planilhas Excel ora anexadas sob o título “01-2004 / 02-2004 / 03-2004 e 04/2004 - Ciclos de faturamento” (doc. nº 06) demonstramos ao fisco de forma condensada, quando do atendimento das intimações, os valores do Billing TDMA não oferecidos à tributação do imposto. Nesta composição foram grifadas as contas/descrição que compõem os valores financeiros lançados como “Outras”, que por sua natureza justificam a falta de destaque do imposto, tais como:

CONTA	DESCRIÇÃO
101014029	Forn MN Prov Manual
104014141	Juros Clientes
201011423	Ctas a Faturar TDMA
202011424	Parcel Contas TDMA
202011451	Vendas á Vista TDMA
204154095	Aluguel de Aparelho
204234284	Seguros
301184118	Outras ctas a pagar
203.11.3157	Serv Prof Jurídicos
301.18.4086	Embratel

A composição dos valores do Co-Billing GSM, lançados na coluna “Outras”, pode ser conferida no arquivo “pdf” anexo sob o título “Billing GSM - jan.a abr-2004-TNE BA”, enquanto a composição dos valores do Cobilling Vivo pode ser conferida através do arquivo “pdf” anexo sob o título “Co-billing Vivo - jan.a abr-2004-TNE BA” (doc. nº 07).

Todos esses valores referem-se a receitas não sujeitas ao ICMS, sejam porque referem-se a serviços já tributados (vendas à vista TDMS) e receitas financeiras e que não figuram como fato gerador do imposto (v.g., juros clientes e aluguel de aparelho). Ora, não realizando-se a materialidade da exação, agiu bem a Impugnante em não oferecer as mesmas à tributação, escriturando as mesmas como “Outras”.

Existe, ainda, um valor lançado como “Isentas” no LRS e questionado pelo fisco, relativo à NF nº 226896, de 28/04/2004, cujo valor foi lançado na coluna “Isentas de ICMS” do Livro Registro de Saídas de 04/2004 (doc. nº 08).

Neste caso, informa a Impugnante, que a mesma incorreu em erro material, vez que o campo próprio da NF foi preenchido com o CFOP 5.114 (Venda de mercadoria adquirida ou recebida de terceiros, remetida anteriormente em consignação mercantil), enquanto que o LRS foi escriturado indevidamente com o CFOP 5.302 (Prestação de serviço de comunicação a estabelecimento industrial).

A divergência entre o CFOP impresso na NF e aquele escriturado no Livro Registro de Saída induziu o fisco a entender pela cobrança do ICMS, corretamente não escriturado nesta NF (nº 226896), referente à venda de mercadoria remetida anteriormente em consignação mercantil (CFOP 5.114), já que a tributação do ICMS ocorre na operação de consignação mercantil, quando da remessa da mercadoria em consignação.

O imposto foi corretamente destacado na NF de remessa em consignação (NF nº 202377, de 09/02/2004 - doc. nº 09). Inclusive no campo “Informações Complementares” da NF ora autuada - nº 226896, consta o seguinte: “simples faturamento de mercadoria em Consignação – NF referência 202377-16”.

Diante do exposto, pede a impugnante o provimento da presente defesa, extinguindo-se a presente infração seja pelo mérito, seja pela decadência integral do crédito ali cobrado.”

Passa a autuada a combater infração 02, entendendo não haver diferença de alíquota a recolher, conforme planilha que anexa, denominada “Difal TNE BA” (doc. nº 10) que procura esclarecer, lançamento por lançamento, os erros incorridos pelo Fisco ao autuar a empresa ora Impugnante. Cita, como exemplo, a cobrança de DIFAL relativo a mercadorias remetidas de Sergipe para a Bahia (à alíquota de 5%), o qual já havia sido corretamente recolhido pela Impugnante.

Afirma que existem apenas algumas operações, lançadas em outubro de 2004, cujo diferencial de alíquotas foi recolhido à menos, no montante de R\$ 20.611,94.

Assim, complementa pedindo que seja analisada a mencionada planilha (doc. nº 10, cit.), confirmando-se a correção dos recolhimentos realizados pela empresa, abatendo os mesmos dos valores cobrados pelo auto de infração ora em discussão.

Destaca que, na autuação, a Fiscalização não se limitou – como deveria – a aplicar a alíquota devida sobre a receita obtida pela empresa com os serviços autuados, infringindo o artigo 13, I e III, da Lei Complementar nº 87/96 – segundo o qual a base de cálculo do imposto é “o valor da operação ou o preço do serviço”, respectivamente – tomou tal preço como líquido de ICMS (ou seja, tomou-o como o valor de que a Impugnante se apropriaria, após o pagamento do imposto) e calculou, como se fosse o próprio agente econômico, o preço que este, na sua visão, deveria cobrar, para fazer face ao dever fiscal.

Aduz que, ante uma situação de não-pagamento, deve o Fisco calcular o imposto com base no preço praticado pelo contribuinte, não se preocupando se este contava ou não com a sua exigência. Não se nega, contudo, a sutileza do raciocínio, que, por i

Alinha, quanto ao preço do serviço de telecomunicação, que esse é delimitado, em seu valor máximo, pela ANATEL. Esse limite, normalmente, é o preço cobrado pelas prestadoras, mas pode não o ser. Nada impede que o valor cobrado seja inferior àquele delimitado pela ANATEL. Independente do valor auferido, o ICMS é calculado com base naquilo que foi efetivamente pago pelo tomador do serviço (cf. art. 13, III, da LC nº 87/96). Entende que, se for aplicado o critério do Fisco baiano, sempre que uma operadora cobrar um preço inferior àquele máximo autorizado, teria que recolher o ICMS com base não no preço do serviço, mas sim, com base na tabela da ANATEL, a qual é considerada líquida do imposto, implicando, ainda, no acréscimo de aproximadamente 33% desse valor máximo. Ou seja, está-se diante de uma avalanche de transgressões fiscais: aumento artificial do preço do serviço cobrado, não aplicação da base de cálculo sobre o preço do serviço, aumento ilegítimo de imposto.

Traz como exemplo do equívoco da autuação conforme segue: Admita-se uma receita não oferecida à tributação no valor de R\$ 100,00 e uma alíquota de 25% (as alíquotas aplicadas na autuação são variáveis conforme as infrações, portanto se tomará uma alíquota meramente ilustrativa nesse exemplo). O ICMS devido (desconsiderados os consectários legais, para facilitar o cálculo) seria, obviamente, de R\$ 25,00.

Argumenta que o fisco, no presente caso, considerou os R\$ 100,00 como líquidos de ICMS e, imiscuindo-se em seara própria da iniciativa privada, calculou qual deveria, no seu entender, ter sido o preço cobrado pela empresa, acrescentando à sua receita 33,33% que esta nunca viu (o acréscimo não foi de 25%, igual à alíquota, porque o ICMS é calculado por dentro, o que a Impugnante não contesta.). Desse modo, diante de uma receita efetiva de R\$ 100,00, o Fisco presumiu uma receita tributável de R\$ 133,33 e sobre ela aplicou a alíquota de 25%, obtendo um crédito tributário de R\$ 33,33, e não de R\$ 25,00, como era devido e foi pago pela Impugnante (com os consectários devidos).

Destaca que o tema já foi objeto de elucidativo Parecer elaborado pelo insigne advogado paulista Hamilton Dias de Souza (doc. nº 11), que passou a reproduzir, afirmando aplicar-se, inclusive, a decisão do STJ, que reafirma a estrita vinculação dos tributos aos valores efetivamente recebidos pelo contribuinte (e não a outros que a Administração esperava ou queria que este auferisse), (“21/06/2004 – Base de cálculo. Desconto. Valor do serviço prestado (Informativo STJ nº 212 - 07 a 11/06/2004).

Afirma que é justamente nesse sentido que o MM. Juízo da 3ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Salvador firmou seu entendimento, em sentença proferida nos autos da ação ordinária nº 492173-2/2004, movida por terceira empresa do ramo de comunicação (doc. nº 12), que transcreve.

Pede, por fim, que a procedência da presente impugnação, de maneira a cancelar-se o auto de infração, extinguir-se o crédito tributário nele consubstanciado e arquivar-se o processo fiscal.

Os autuantes, às fls. 248 a 256 dos autos, apresentam a informação resumindo, inicialmente, os argumentos da defesa, conforme a seguir alinhados:

“1) Preliminarmente a autuada alega em suas razões de defesa à decadência parcial do lançamento tributário, com base em entendimento e decisões judiciais.

2) Quanto à infração 01, do Auto de Infração: A autuada alega improcedência afirmando que por tratar-se de despesas financeiras, não existe tributação, conforme demonstrado na planilha denominada "Anexo da Int 08 - BA -I, Composição dos valores lançados no LRS relativos a Cobbling GSM TOMA e Cobbling VIVO de Janeiro a Abril de 2004. Anexa também ao PAF as planilhas em EXCEL, 01/2004 a 04/2004, demonstrando de forma condensada, os valores não oferecidos a tributação.

3) Informa ainda, a autuada, que ela mesma incorreu em erro na N fiscal com o CFOP 5302, Prestação de Serviço de Comunicação

enquanto na nota fiscal esta escriturado: CFOP 5114 (venda de mercadoria adquirida em consignação). Este erro cometido pela própria autuada, induziu o Fisco ao erro de cobrança.

4) Ainda em relação à Infração 01: A autuada não reconhece que o ICMS integra sua própria base de cálculo. Para este fato a autuada alega aumento artificial da base de cálculo do ICMS.

5) Quanto à infração 02 do Auto de Infração: A autuada não reconhece débitos referentes à diferença de alíquotas, alega erros materiais do Fisco na cobrança e pede que a fiscalização que analise planilha anexada, a este PAF, como documento 10.”

Os autuantes passam a contestação da defesa, afirmando que, sobre os argumentos apresentados no item 1 da defesa, o RICMS-BA, aprovado pelo Decreto 6.284/97, em seu Artigo 965, asseguram que as operações registradas no exercício de 2004, considerando que os trabalhos de fiscalização foram iniciados e concluídos no ano de 2009, estão, portanto, dentro do prazo previsto no RICMS-BA.

Informam que o CONSEF possui jurisprudência sobre o tema, conforme acórdão N° 2532/00 da 1ª JF.

Quanto aos argumentos apresentados no item 02 da defesa o contribuinte lançou serviços tributados de telecomunicações como não tributados em seu livro registro de saídas e não apresentou a fiscalização nenhuma documentação fiscal que comprovasse que estes valores, não estariam sujeitos à tributação pelo ICMS.

Afirmam que, na verdade, como pode ser comprovado neste PAF, em 15/07/2009, depois de decorridos 152 dias de protelação desde a primeira intimação fiscal entregue pelo Fisco, o contribuinte confessa, explicitamente, a fiscalização que não possui nenhum relatório de faturamento detalhado por nota fiscal anterior ao período de 04/2004, e que a extração destas informações só é possível a partir do mês 05/2004, com a edição do convênio 115/03.

Entendem que, essa confissão fornecida pelo contribuinte, por escrito e anexado ao PAF, torna indiscutível a procedência da autuação, em virtude da impossibilidade de se identificar quais são as notas fiscais e quais foram os serviços de telecomunicações efetivamente prestados, que compõem os valores autuados, não oferecidos a tributação pelo autuado.

Complementam que, como resultado dessa confissão, na sua defesa, ora apresentada, novamente, nenhuma nota fiscal ou documento comprobatório capaz de elidir a ação fiscal foi anexado ao PAF, de forma a comprovar suas alegações de serviços não tributados. A autuada entregou em sua defesa, apenas, 04 planilhas elaboradas pelo mesmo, em Excel, sem anexar nenhuma documentação fiscal comprobatória que suportasse os lançamentos nas planilhas e também sem apresentar quais notas fiscais compõem aqueles valores.

Aduzem que todas as intimações fiscais e respostas da empresa estão conforme abaixo o histórico dos fatos que ocasionaram na correta cobrança dos valores pelo Fisco:

“• Em 13/02/2009, o Fisco entregou a intimação fiscal N° 07/09 ao contribuinte solicitando ao mesmo a apresentação de 33 (trinta e três) notas fiscais que totalizaram R\$54.674.844,91 de valor contábil, sendo que deste total R\$ 11.441.274,82 não foram oferecidos à tributação (escriturado na coluna outras).

• Em 25/03/2009, ou seja, 40 dias depois da primeira intimação, o contribuinte informa à fiscalização que as notas fiscais solicitadas, de fato não eram notas fiscais e sim registros criados para compor Ciclos de Faturamento em razão do elevado numero de notas fiscais emitidas pela empresa e que não haveria notas fiscais para serem entregues ao fisco.

• Em 03/04/2009, o Fisco entregou a segunda intimação fiscal resposta dada pela empresa, não satisfazia a fiscalização, e novan

que apresentasse todas as notas fiscais ou outra documentação comprobatória que justificassem a não tributação do lançamento fiscal.

• Em 12/05/2009, depois de decorridos mais de 39 dias da intimação fiscal N°. 08/09, sem qualquer retorno por parte da empresa, a fiscalização deu nova oportunidade ao contribuinte, e entregou nova intimação fiscal N°.10/09, novamente solicitando ao contribuinte que apresentasse todas as notas fiscais ou outra documentação comprobatória que justificassem a não tributação do lançamento fiscal.

• Em 18/05/2009 o contribuinte informa, novamente, que as notas fiscais solicitadas eram registros criados para compor Ciclos de Faturamento em razão do elevado numero de notas fiscais emitidas pela empresa.”

Destacam que o autuado informa, ainda, que aqueles valores não tributados correspondiam a operações de Cobilling e Billing GSM e TDMA. Entregaram ao fisco 04 planilhas elaboradas pelo mesmo, em excel, sem anexar nenhuma documentação fiscal comprobatória que suportasse os lançamentos nas planilhas.

Explicam que, em 29/05/2009, a fiscalização entregou a intimação fiscal N° 17/09, informando ao contribuinte que às respostas da empresa, até o momento, não eram suficientes para elidir a ação fiscal, em virtude da falta de apresentação de documentação comprobatória dos lançamentos fiscais. Sendo assim, foi solicitado ao contribuinte, nesta intimação, que apresentasse arquivo magnético de faturamento contendo a abertura detalhada, por nota fiscal, cliente, e valores constantes nos ciclos de faturamento da empresa.

O arquivo de faturamento deveria estar organizado por: data, número da nota fiscal, nome do cliente, descrição do serviço prestado, unidade da federação e valor contábil. Este arquivo magnético de faturamento seria utilizado pelo fisco para análise de tributação dos serviços prestados, e também para seleção de notas fiscais que seriam utilizadas em amostragens.

Relatam que, em 05/06/2009, o contribuinte informa que esta tomando todas as providências para atender, na integridade, as solicitações da fiscalização, mas em virtude do grande numero de informações envolvidas, requer concessão de 30 dias para atender intimação fiscal N°17/09. Em 02/07/2009, o contribuinte apresenta arquivos magnéticos contendo apenas lançamentos em contas contábeis, sem apresentar nenhum dado referente às notas fiscais que suportassem tais lançamentos. O contribuinte informa também, que estes lançamentos contábeis não comportam a totalidade dos valores escriturados como Outras. Em 13/07/2009, a fiscalização informa ao contribuinte que: O arquivo magnético contábil entregue, pelo contribuinte, em 09/07/2009 não tem suporte fiscal e não atende o formato solicitado pela fiscalização, conforme intimação fiscal 17/2009.

Complementam os atuantes que re-intimaram a empresa a apresentar a esta fiscalização, o arquivo magnético solicitado conforme intimação fiscal 17/2009, que pede abertura detalhada, por nota fiscal, dos valores constantes nas notas fiscais (Ciclos), e exige obrigatoriamente a apresentação dos campos: Data da Emissão, CFOP, CNPJ do Cliente, Nome da Empresa (cliente), UF, Número da Nota Fiscal, Serie, Código do Serviço, Descrição do Serviço, Valor Total, Base de Calculo, Isentas e Outras. Em 15/07/2009, depois decorridos 152 dias de protelação, o contribuinte finalmente informa a fiscalização que não possui relatório de faturamento detalhado por nota fiscal anterior ao período de 04/2004, e que a extração destas informações só é possível a partir do mês 05/2004, com a edição do convênio 115/03.

Afirmam que, em virtude da confissão apresentada pela empresa em 15/07/2009, e também pela falta de apresentação da documentação fiscal comprobatória na sua defesa, que suporte os valores não tributados, escriturados na coluna outras do livro fisc

fiscalização entende que os serviços prestados e lançados na coluna outras no valor de R\$11.441.274,82, são tributados pelo ICMS.

Assecuram que todas as intimações fiscais e respostas da empresa estão anexadas a este PAF.

Quanto aos argumentos apresentados no item 03 da defesa, afirmam que o contribuinte confessa, em suas razões de defesa, que seu erro induziu o Fisco ao erro, portanto reconhecem que em relação a NF 226896, não existe cobrança do ICMS.

Esclarecem, em relação aos argumentos do item 04 da defesa que, quando da apuração da base de cálculo para determinação do imposto devido pela fiscalização, procederam na forma prevista na legislação tributária estadual que prevê que o ICMS integra a sua própria base de cálculo, conforme art. 52, I, do RICMS/BA.

Aduzem que o recorrente asseverou que a base de cálculo do imposto é o preço do serviço de telecomunicação, ou seja, o valor faturado e que neste valor já se encontra embutido o valor referente ao ICMS, mas que os autuantes preferiram ignorar esta sistemática e utilizaram uma base de cálculo fictícia e absurda, ou seja, calcularam 33,33% sobre o valor faturado e o adicionaram ao valor original, e sobre este total, aplicaram a alíquota de 25% e encontraram o imposto supostamente devido.

Alinham que o art. 17, VIII, e seu § 1º, I, da Lei n.º 7.014/96 determina que a base de cálculo do imposto na prestação de serviço de comunicação é o preço do serviço, sendo que integra esta base de cálculo o montante do próprio imposto, constituindo o respectivo destaque mera indicação para fins de controle. No levantamento fiscal elaborado pelos autuantes e apenso ao PAF vide Fls. 16 a 158, observa-se, que todos os valores apurados pela fiscalização estão registrados nas colunas "Isentos" ou "Outras" do livro fiscal registro de saída ou no relatório de faturamento do contribuinte.

Afirmam que estes lançamentos fiscais nas colunas "Isentos" ou "Outras", confirmam que a autuada não adicionou o valor do imposto ao preço final do serviço, ou seja, a autuada ao prestar serviços tributados de telecomunicação, entendeu, por sua conta e risco, que tais serviços não eram tributados pelo ICMS. Outro fato incontestável, é que não existe o destaque do ICMS nas respectivas notas fiscais de prestação de serviço de telecomunicação (NFST), emitidas pela impugnante, quando da prestação destes serviços de comunicação.

Assim, entendem os autuantes, que, quando o recorrente, ao não integrar o ICMS na sua própria base de cálculo, a reduziu, subtraindo, dessa, o valor correspondente ao imposto calculado e produziu uma nova e menor base de cálculo e sobre ela quer fazer incidir a alíquota correspondente, procedimento que contraria a norma tributária vigente. Desta forma a autuada está assumindo por sua conta e risco todas as cobranças realizadas pelo Fisco.

Complementam que, neste serviço de telecomunicação que foi objeto de autuação, a autuada por entender que estes serviços não eram tributados, por conta e risco, não embutiu o valor do ICMS no seu preço.

Salientam que, em momento algum da sua defesa o contribuinte consegue comprovar suas alegações, visto que, nenhuma prova ou documento idôneo foi por ele anexado ao PAF, para provar que o ICMS estava embutido no preço de venda.

Consignam que, por todos estes motivos incontestáveis e pelas provas anexadas ao PAF pelos autuantes, não cabe razão à autuada ao afirmar que os autuantes utilizaram uma base de cálculo fictícia ou equivocada. Na verdade, os autuantes apenas aplicaram a legislação que determina a sua forma de apuração para poder se encontrar a base de cálculo ve utilizada nas referidas operações. Equivocada ou fictícia é à base

pretende que se utilize para o cálculo do imposto. a qual corresponde ao valor líquido (sem imposto) cobrado dos seus usuários à época.

Afirmam que a Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia e o próprio CONSEF têm perfeito entendimento quanto à forma de apuração da base de cálculo para determinação do imposto devido. Tanto é verdade que o Auto de Infração 269.280.0001/0229 contra a TELEBAHIA CELULAR S.A., que versa sobre mesma matéria no seu item 02, foi julgado totalmente procedente em 23/04/2003 conforme acórdão que transcreveu. Citam também decisão do STF de 20/10/2005.

Ainda quanto à infração 02, relativo aos argumentos do item 05 da defesa, afirmam que em relação às planilhas anexadas como documento 10, verificaram todas as notas fiscais indicadas pela autuada na coluna, adotando as seguintes providências:

- 1) Corrigiram a alíquota referente às notas fiscais oriundas do Estado de Sergipe, a alíquota correta é de 5%;
- 2) Corrigiram o valor da base de cálculo das notas fiscais 541737 e 2238, conforme o que consta no livro registro de entradas e neste mesmo livro não consta à coluna isentas como informa a autuada.
- 3) Afirmam que a autuada reconhece em suas razões de defesa que 17 (dezessete) notas fiscais não pagaram o ICMS DIFAL.
- 4) Por fim, os autuantes afirmam que a autuada aponta 119 (cento e dezenove) notas fiscais onde o ICMS DIFAL não é devido por motivos diversos, porém não apresentou prova material (as próprias Notas Fiscais) para comprovar o que escreveu nas suas razões de defesa.
- 5) Concluem que o novo cálculo do ICMS DIFAL a pagar (tabela abaixo) foi feito com base nas modificações 1 e 2 (acima mencionadas) e também considerando a multiplicação da alíquota pela base de cálculo e não pelo valor contábil como anteriormente realizado.

Mês	Livro/Entr	Liv. De Apur	ICMS a pagar
Jan/04	601.194,54	597.004,84	4.189,70
fev/04	174.570,67	139.463,07	35.107,60
Abr/04	394.354,99	394.348,54	6,45
Jul/04	424.453,41	424.263,71	189,7
Out/04	1.622.031,98	1.601.432,23	20.599,75
Nov/04	967.096,42	966.384,28	712,14
Oez/04	817.879,31	793.608,46	24.270,85
Total a pagar			85.076,19

Concluem por manter a ação fiscal com os novos cálculos, que resultou na reclamação do crédito tributário, visando salvaguardar os interesses públicos, esperando dos membros desse CONSEF um julgamento exemplar pela e procedência do presente auto de infração.

VOTO

O lançamento de ofício, ora impugnado, traz a exigência tributária do ICMS, relativa a duas infrações, como seguem, resumidamente: 1 - escriturou serviços tributados de telecomunicações, como não tributados pelo ICMS, em seu livro de registro de saída e não apresentou a fiscalização nenhuma documentação fiscal que comprovasse que estes valores, que foram escriturados na coluna outros do referido livro, não estariam sujeitos à tributação. 2 – deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais oriundas de outras unidades da Federação, destinadas ao Ativo Fixo

Verifico que o autuado, em sua preliminar de mérito, albergado em decisões judiciais e no que dita o §4º do art. 150 da CTN, considera que os fatos geradores, relativas às exigências tributárias concernentes aos meses de janeiro a abril de 2004, foram alcançadas pela decadência, haja vista ter sido regularmente intimado do auto de infração há mais de cinco anos da ocorrência de todos os fatos geradores envolvidos nestes períodos. Essa questão é deveras remansosa nesse Contencioso Administrativo, alvo de inúmeros acórdãos, em que reiteradamente é majoritariamente decidida sob o mesmo enfoque hermenêutico. O Código Tributário Nacional permitiu que, através de lei, o ente federativo respectivo possa estipular uma outra contagem de prazo para aplicação dos efeitos decadenciais, conforme alinhado no §4º do art. 150. A Bahia assim procedeu ao editar o seu Código Tributário Estadual, aprovado pela Lei 3956/81.

A legislação do Estado da Bahia fixa prazo à homologação do lançamento e, por isso, não é acatada a alegação referente à determinação do art. 150, § 4º, do CTN, que prevê: “se a lei não fixar prazo à homologação, será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador”.

O disposto no art. 107-A, I do COTEB, instituído pela Lei nº 3.956/81, que em sua essência transcreve o art. 173, I do CTN, estabelece como prazo de decadência 5 anos, contado do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

Assim, tendo em vista que o início, conclusão dos trabalhos de fiscalização e ciência destes, ocorreram no exercício de 2009 e o período questionado são os meses do exercício de 2004, não há como acolher os argumentos de decadência, pois não foi atendido o período de 05 anos para a ocorrência da argüida decadência.

Quanto aos argumentos alinhados concernentes à nota fiscal nº 226896, o autuado, termina por demonstrar que como prestação de serviço ou como mercadoria enviada sob consignação, haveria a exigência do ICMS, que não foi satisfeita.

Quanto às alegações de inconstitucionalidade da Legislação Tributária Estadual, ressalto que tal matéria, de acordo com o artigo 167, I, do RPAF/99, não se inclui na competência deste órgão julgador.

Ficou demonstrado pelos autuantes que o contribuinte lançou serviços tributáveis de telecomunicações como não tributáveis em seu livro Registro de Saídas e não apresentou a fiscalização nenhuma documentação fiscal ou outra prova material comprovando que estes valores não estariam sujeitos à tributação pelo ICMS, conforme relato extenso feito pela fiscalização, inclusive, em relação às intimações pendido esclarecimentos antes da lavratura do presente Auto de Infração.

Afirmam e comprovam os autuantes que em 15/07/2009, depois de decorridos 152 dias de protelação desde a primeira intimação fiscal entregue pelo Fisco, o contribuinte confessa, explicitamente, a fiscalização que não possui nenhum relatório de faturamento detalhado por nota fiscal anterior ao período de 04/2004, e que a extração destas informações só é possível a partir do mês 05/2004, com a edição do convênio 115/03.

Consignam os autuantes que nenhuma nota fiscal ou documento comprobatório capaz de elidir a ação fiscal foi anexado ao PAF, de forma a comprovar suas alegações de que os serviços não seriam tributados. Como relata os autuantes a autuada entregou em sua defesa, apenas, 04 planilhas elaboradas pelo mesmo, em Excel, sem anexar nenhuma documentação fiscal comprobatória que suportasse os lançamentos nas planilhas e também sem apresentar quais notas fiscais compõem aqueles valores.

Os autuantes efetuaram exaustivas intimações fiscais, conforme já relatados e anexaram as respostas da empresa, para que a autuada tributados (escriturado na coluna outros).

O impugnante, em suas arguições de defesa, estende em sua análise para concluir que a base de cálculo do imposto é o preço do serviço de telecomunicação, ou seja, o valor faturado e que neste valor já se encontra embutido o valor referente ao ICMS, mas que os autuantes preferiram ignorar esta sistemática e utilizaram uma base de cálculo fictícia e absurda, ou seja, calcularam 33,33% sobre o valor faturado e o adicionaram ao valor original, e sobre este total, aplicaram a alíquota de 25% e encontraram o imposto supostamente devido.

Consigno que, conforme apontam os autuantes, o art. 17, VIII, e seu § 1º, I, da Lei nº 7.014/96 determina que a base de cálculo do imposto na prestação de serviço de comunicação é o preço do serviço, sendo que integra esta base de cálculo o montante do próprio imposto, constituindo o respectivo destaque mera indicação para fins de controle, conforme previsão na Lei Complementar nº 87/96, em seu art. 13, § 1º, I, seguida na Lei Estadual nº 7.014/96, em seu art. 17, § 1º, I, bem como no art. 52 do RICMS, aprovado pelo Decreto nº 6.284/97.

No levantamento fiscal elaborado pelos autuantes e apenso ao PAF, vide Fls. 16 a 158, observa-se que todos os valores apurados pela fiscalização estão registrados nas colunas "Isentos" ou "Outras" do livro fiscal registro de saída ou no relatório de faturamento do contribuinte. Os aludidos lançamentos fiscais nas colunas "Isentos" ou "Outras", confirmam que a autuada não adicionou o valor do imposto ao preço final do serviço, ou seja, a autuada ao prestar serviços tributados de telecomunicação, entendeu que tais serviços não eram tributados pelo ICMS.

O impugnante, nestes serviços de telecomunicações, objeto de autuação, entendeu que não eram tributados e não embutiu o valor do ICMS no seu preço.

Não foram comprovadas as alegações de que o ICMS estava embutido no preço de venda do autuado, visto que, nenhuma prova ou documento idôneo foi por ele anexado ao PAF.

Assim, considero que a base de cálculo do imposto na prestação de serviço de comunicação é o preço do serviço, sendo que integra esta base de cálculo o montante do próprio imposto, constituindo o respectivo destaque mera indicação para fins de controle, cabendo, portanto, a inclusão do imposto na base de cálculo alvo da presente exigência tributária.

Quanto à infração 02, relativo aos argumentos do item 05 da defesa, os autuantes, acertadamente, anexaram planilhas (como documento 10), observando todas as notas fiscais indicadas pela autuada na coluna e adotando as seguintes e corretas providências, ora incorporadas a este voto:

- 1) Corrigiram a alíquota referente às notas fiscais oriundas do Estado de Sergipe, a alíquota correta é de 5%;
- 2) Corrigiram o valor da base de cálculo das notas fiscais 541737 e 2238, conforme o que consta no livro registro de entradas e neste mesmo livro não consta à coluna isentas como informa a autuada.
- 3) Afirmam que a autuada reconhece em suas razões de defesa que 17 (dezessete) notas fiscais não pagaram o ICMS DIFAL.
- 4) Por fim, os autuantes analisam 119 (cento e dezenove) notas fiscais que o autuado afirma não ser devido à diferença de alíquotas, por motivos diversos, porém não apresentou prova material (as próprias Notas Fiscais) para comprovar o que escreveu nas suas razões de defesa.
- 5) Concluem que o novo cálculo do ICMS DIFAL a pagar (tabela abaixo) foi feito com base nas modificações 1 e 2 (acima mencionadas) e também considerando a multiplicação da alíquota pela base de cálculo e não pelo valor contábil como anteriormente realizado.

Mês	Livro/Entr	Liv. De Apur	IC
Jan/04	601.194,54	597.004,84	

fev/04	174.570,67	139.463,07	35.107,60
Abr/04	394.354,99	394.348,54	6,45
Jul/04	424.453,41	424.263,71	189,7
Out/04	1.622.031,98	1.601.432,23	20.599,75
Nov/04	967.096,42	966.384,28	712,14
Dez/04	817.879,31	793.608,46	24.270,85
Total a pagar			85.076,19

Concluo, assim, pela manutenção integral da infração 01 e parcial da infração 02, com os novos cálculos, acima alinhados, para reclamação do crédito tributário.

Diante do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 279692.0001/09-2, lavrado contra **TIM NORDESTE S/A**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$4.316.780,58**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a” e “f”, da Lei nº 7014/96 e dos acréscimos legais.

Esta Junta recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art.169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/BA, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/2000, com efeitos a partir de 10/10/2000.

Sala das Sessões do CONSEF, 04 de fevereiro de 2010.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE

ANGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO – RELATOR

FRANCISCO ATANASIO DE SANTANA – JULGADOR