

A. I. Nº - 232882.0101/09-5
AUTUADO - CABLE BAHIA LTDA.
AUTUANTE - EDINALDO AVELINO DE PAIVA
ORIGEM - IFEP SERVIÇOS
INTERNET - 18.03.2010

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0045-02/10

EMENTA: ICMS. 1. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE TELECOMUNICAÇÕES. a) LANÇADA NOS LIVROS FISCAIS PRÓPRIOS E NÃO RECOLHIDO IMPOSTO NOS PRAZOS REGULAMENTARES. Comprovado o não recolhimento do imposto. Infração subsistente. b) ESCRITUROU SERVIÇOS TRIBUTADOS DE TELECOMUNICAÇÕES, COMO NÃO TRIBUTADOS PELO ICMS. Ficou demonstrado pelos autuantes que 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. Infração subsistente. 2. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE BENS DESTINADOS AO ATIVO FIXO. PAGAMENTO A MENOS. Não foram trazidos autos elementos que elidissem exigência tributária. Infração subsistente. 3. OPERAÇÃO RELATIVA À CIRCULAÇÃO DE MERCADORIA. LANÇADA NOS LIVROS FISCAIS PRÓPRIOS E NÃO RECOLHIDO IMPOSTO NOS PRAZOS REGULAMENTARES. Comprovado o não recolhimento do imposto. Rejeitadas as arguições de nulidades. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 28/09/2009, exige ICMS no valor de R\$1.389.742,26, com multa de 60%, relativo às seguintes infrações:

1 - Deixou de recolher o ICMS nos prazos regulamentares, referente às prestações de serviços de comunicação escriturados 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 função do não cumprimento do referido artigo. ICMS no valor de R\$ 830.938,33;

3 – deixou 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 – deixou 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 - deixou de recolher o ICMS nos prazos regulamentares, referente às operações escrituradas nos livros fiscais próprios. ICMS no valor de R\$ 90,82.

O autuado, às fls. 84 a 89 dos autos, apresenta a sua defesa, argüindo 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 direito de defesa da Impugnante, além de incorrer em ofensa grave ao dispositivo legal supra mencionado. Afirma que, dada a inexistência de qualquer descrição precisa, fica cerceada a Impugnante do exercício de seu direito de defesa, sendo forçosa, portanto, a anulação do Processo Administrativo ora 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 de cobrança dos créditos supostamente apurados.

A Impugnante argumenta que presta um sem número de serviços relacionados à comunicação, cada qual regido por sua legislação específica respectiva, sendo certo, ainda, que dada a diversidade retro mencionada, 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 Auditor Fiscal.

Relaciona a abrangência do seu objeto social: “A Sociedade tem por objeto social a prestação de serviços de Telecomunicações de TV a Cabo e outros serviços de telecomunicações relacionados à transmissão de dados e internet, bem como atividades de compra e venda de mercadorias”.

Consigna ser a exação distinta da que se ora impugna, uma vez que muitos dos serviços prestados pela Impugnante, ainda que vinculados à comunicação, constituem fatos geradores do Imposto Sobre Serviço de Qualquer Natureza – ISSQN, especialmente quando se tratam de serviços preparatórios, de modo que seria a Impugnada totalmente incompetente para efetuar qualquer espécie de cobrança.

Passa a seguir a tratar do Benefício Concedido pelo Convênio ICMS Conselho Nacional de Política Fazendária - CONFAZ nº. 126 de 11 de dezembro de 1998.

Consigna que é cediço que o Convênio epígrafado foi editado com escopo de conceder o Regime Especial de tributação da exação *sub examine*, sendo certo que referido benefício consiste, em última análise, em repassar ao prestador final de serviços, ou seja, aquele que fornece diretamente ao consumidor, o encargo de realizar o recolhimento tributário, nos termos de sua Cláusula Décima. *In verbis*:

“Cláusula Décima. Na cessão onerosa de meios das redes de telecomunicações a outras empresas de telecomunicações consoantes no Ato Cotepe 10/08, de 23 de abril de 2008, nos casos em que a cessionária não se constitua usuária final, ou seja, quando utilizar tais meios para prestar serviços de telecomunicações a seus próprios usuários, o imposto será devido apenas sobre o preço do serviço cobrado do usuário final.”

Argumenta que o aludido benefício é aplicável à Impugnante em razão do que dispõe o Parágrafo Único da mesma Cláusula Décima, em função da natureza empresarial da Impugnante. Conforme alinha a seguir:

“Parágrafo Único. Aplica-se, também, a disposição desta cláusula às empresas de Serviço Limitado Especializado - SLE, Serviço Móvel Especializado - SME e Serviço de Comunicação Multimídia - SCM, que tenham como tomadoras de serviço as empresas relacionadas no Ato Cotepe 10/08, de 23 de abril de 2008, desde que observado, no que couber, o disposto na cláusula anterior, e as demais obrigações estabelecidas em cada unidade federada.”.

Entende, conclusivamente, que a falta de precisão e clareza na descrição da suposta infração cometida pela Impugnante, considerando os dispositivos supra transcritos, claro está que o recolhimento da exação *sub examine* possui como sujeito passivo pessoa distinta da Impugnante, ou seja, o recolhimento compete aquele que fez o intermédio.

(Impugnante) e o **consumidor final**, concluindo-se, portanto, pela total improcedência do presente Auto de Infração.

Formula, assim, seu pedido, aduzindo que:

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 julgado improcedente o presente Auto de Infração, uma vez que a Impugnante não é a responsável tributário pelo recolhimento da exação *sub examine*, nos termos do Convênio 126/98.

Requer, outrossim, sejam as intimações relativas aos presentes autos realizadas em nome dos advogados **Ruy José de Almeida Filho**, inscrito na OAB/BA sob o nº. 23.996 e **Paulo Roberto Brito Nascimento**, inscrito na OAB/BA sob o nº. 15.703, ambos com escritório na Rua Frederico Simões, nº. 85, Edifício Empresarial Simonsen, sala 707, Caminho das Árvores, Salvador – BA.

O autuante, às fls. 107 a 111 dos autos, apresenta a devida informação fiscal, sustentando que a argüição de nulidade formulada pelo autuado não procede, visto que não há que alegar falta de clareza do fato gerador relativo à tributação de serviços não alcançados pela incidência do ICMS e prestação de serviços de cessão onerosa de meios das redes de telecomunicações a outras empresas de telecomunicações.

Assegura que os valores constantes das infrações 01, 03, 04, e 05, foram declarados pelo impugnante como tributados, em livros e documentos (DMA, LIVRO REGISTRO DE ENTADA, SAIDA E APURAÇÃO), não recolhidos, contudo, o imposto dentro do prazo legal.

Alude, quanto à infração 02, que 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. Assim, em decorrência do não recolhimento do ICMS a partir de 2006, a empresa perdeu o benefício da redução da base de cálculo, conforme previsto no ART. 86, inciso V do RICMS/BA.

Aduz que, em relação aos serviços prestados pelo autuado a outros operadoras relacionadas ao Ato Cotepe 10/08 de 23 de abril de 2008, e serviços não alcançados pela incidência do ICMS (adesão, habilitação, instalação de ponto extra, assistência técnica, etc), não pode a impugnante, alegar que foi autuada com base em serviços não sujeitos a tributação do ICMS e sobre a concessão onerosa de meios de rede de telecomunicação prestada a outra empresa de telecomunicações.

Argumenta que, conforme determina o art. 39 do RPAF, o auto em referência está revestido de todos os elementos necessários para seu entendimento, passando a reproduzir a citado dispositivo regulamentar.

Quanto à argüição de nulidade formulada pelo impugnante, entende que não procede, com vista a que dispõe o art. 18 do RPAF. Assegura que todas as infrações foram devidamente descritas e fazem referência aos respectivos demonstrativos.

Vota a tratar da perda do benefício da redução da base de cálculo pelo autuado, tendo em vista que o mesmo deixou de atender aos requisitos para fruição de tal benefício, na medida em que a partir do exercício de 2006 a empresa não vem recolhendo o ICMS.

Conclui pela procedência total do auto de infração.

VOTO

O lançamento de ofício, ora impugnado, traz a exigência tributária do ICMS, relativa a cinco infrações, como seguem, resumidamente: 1 - Deixou de recolher o ICMS nos prazos regulamentares, referente às prestações de serviços de comunicação escriturados nos livros fiscais próprios; 2 – falta de recolhimento do ICMS na prestação de escrituração de valores tributados como não tributados; 3 – deixou

da diferença de alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades federativas, destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento; 4 – deixou 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; 5 - deixou de recolher o ICMS nos prazos regulamentares, referente às operações escriturados nos livros fiscais próprios.

Ficam, de forma preliminar, rejeitadas as nulidades argüidas pelo autuado, uma vez que: a descrição dos fatos e sua capitulação legal são condizentes com os fatos reais e com o direito aplicável; não há falta de motivação, pois foram indicados os fatos que ensejaram o ato e os preceitos jurídicos que autorizaram a sua prática; resta clara a finalidade pública, bem como o objeto do ato que é a constituição do crédito tributário não recolhido aos cofres da Fazenda Pública Estadual. Foi obedecido o devido processo legal, através do qual o impugnante exerceu a ampla defesa e o contraditório, haja vista que o autuado obteve as peças necessárias a sua defesa, que identificam 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. Assim, observo que o PAF está 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.

Verifico, inclusive, que os fatos geradores que originaram as exigências fiscais concernente a infrações 01, 03, 04, e 05, constam o registro pela autuada em DMA, LIVRO REGISTRO DE ENTADA, SAIDA E APURAÇÃO, lançados, e não recolhidos o imposto dentro do prazo legal, indicados na descrição dos fatos e nos demonstrativos alinhados pelo autuante, devidamente entregues ao autuado, não havendo amparo para as arguições do autuado de que “*presta um sem número de serviços relacionados à comunicação, cada qual regido por sua legislação específica respectiva, sendo certo, ainda, que dada a diversidade retro mencionada, 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 Auditor Fiscal.*” . Quanto à infração 02, os valores foram declarados pelo impugnante como isentos e não tributados.

Não aponta o autuado, em sua defesa, os serviços em suas palavras que: “ainda que vinculados à comunicação, constituem fatos geradores do Imposto Sobre Serviço de 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.

Quanto às arguições trazidas pelo autuado, relativas à infração 02, os valores foram declarados pelo impugnante como isentos e não tributados, correspondendo a parcela de redução da base de cálculo prevista no art. 86, inciso V.

O benefício fiscal previsto, no aludido ato normativo, é concedido sob claras condições, entre as quais, o disposto nas alíneas, “b” e “c” do inciso V do Art. 86 do RICMS, conforme a seguir:

“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):

....

b) o contribuinte ficará obrigado ao cumprimento regular 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.” (grifo do relator).

Diante do exposto, 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.

De forma conclusiva, quanto ao mérito, o autuado não oferece elementos materiais, apontando especificamente, quais os serviços alcançados pela atuação que são de competência tributária do município, portanto não tributados pelo ICMS, bem como os serviços prestados a outras operadoras relacionadas ao Ato Cotepe 10/08 de 23 de abril de 2008, cujo imposto não lhe cabe o recolhimento. A defesa, também, não consegue justificar a manutenção do benefício fiscal previsto no art. 86, V do RICMS/BA, visto que não atendeu as condições previstas para sua fruição.

Diante do acima disposto, considero os créditos tributários, exigidos mediante o presente Auto de Infração, totalmente subsistente.

Deve, conforme solicitado, ser atendido o pleito do representante legal da autuada, para que as intimações relativas aos presentes autos serem realizadas em nome dos advogados Ruy José de Almeida Filho, inscrito na OAB/BA sob o nº. 23.996 e Paulo Roberto Brito Nascimento, inscrito na OAB/BA sob o nº. 15.703, ambos com escritório na Rua Frederico Simões, nº. 85, Edifício Empresarial Simonsen, sala 707, Caminho das Árvores, Salvador/BA.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 232882.0101/09-5, lavrado contra **CABLE BAHIA LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$389.742,26, acrescido das multas de 60% sobre R\$ 868.447,01 e de 50% sobre R\$521.295,25, previstas no art. 42, incisos II, “a” e “f”, e I, “a” da Lei nº 7014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 09 de março de 2010.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE
ANGELO MÁRIO DE ARAUJO PITOMBO – RELATOR
FRANCISCO ATANASIO DE SANTANA – JULGADOR