

A. I. N° - 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, arguindo 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 epigrafado 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 escrituradas 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 reg 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