

A. I. Nº - 207185.0031/09-5
AUTUADO - TV CABRÁLIA LTDA.
AUTUANTE - PAULO ROBERTO MENDES LIMA
ORIGEM - INFRAZ ITABUNA
INTERNET - 29. 04. 2010

1^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0089-01/10

EMENTA: ICMS. 1. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO NO REGISTRO DE SAÍDAS. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. Infração insubstiente. 2. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTA FISCAL. FALTA DE DESTAQUE DO IMPOSTO – OPERAÇÃO TRIBUTÁVEL CARACTERIZADA COMO NÃO TRIBUTÁVEL. LANÇAMENTO DO TRIBUTO. Infração insubstiente. 3. ARQUIVOS MAGNÉTICOS. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÕES ACESSÓRIAS. MULTA. INFORMAÇÕES PRESTADAS ATRAVÉS DE ARQUIVOS MAGNÉTICOS COM DADOS DIVERGENTES DOS CONSTANTES NOS DOCUMENTOS FISCAIS CORRESPONDENTES. Infração insubstiente. 4. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS DESTINADAS A CONSUMO DO ESTABELECIMENTO. Infração reconhecida. 5. CONTA CAIXA. SUPRIMENTOS DE CAIXA DE ORIGEM NÃO COMPROVADA. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES NÃO DECLARADAS. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. Infração insubstiente. 6. DOCUMENTOS DE INFORMAÇÕES ECONÔMICO-FISCAIS. DMA. DADOS INCORRETOS. MULTA. Infração insubstiente. 7. LIVROS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE DOCUMENTOS FISCAIS. MULTA. **a)** REGISTRO DE SAÍDAS. **b)** REGISTRO DE APURAÇÃO DO ICMS. Infrações insubstientes. Tratando-se o autuado de prestador de serviços de comunicação de radiodifusão (televisão aberta), sendo o serviço de comunicação dirigido ao público de forma não onerosa, ou seja, sem qualquer remuneração ou contraprestação por parte deste, não há que se falar em exigência do ICMS, por estar amparada pela não-incidência do imposto, o mesmo sendo aplicável a inserção de anúncios ou à veiculação e divulgação de textos, desenhos e outros materiais de publicidade. Não restou demonstrado nos autos que o autuado tenha prestado serviços de comunicação onerosos no período abrangido pela autuação – 2004 a 2006. Infrações 01, 02, 03, 05, 06, 07 e 08 insubstientes. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 10/12/2009, exige do autuado o valor de R\$ 1.939.228,52, em decorrência do cometimento das seguintes infrações à legislação d

1. Omissão de saídas de mercadorias e/ou serviços decorrentes do não lançamento do documento fiscal nos livros fiscais próprios, nos meses de janeiro a dezembro de 2004, janeiro a outubro de 2005, exigindo ICMS no valor de R\$ 1.313.335,74, acrescido da multa de 70%. Conforme consta no Anexo I – Demonstrativo de débitos;
2. Falta de recolhimento do ICMS na prestação de serviço de comunicação por escrituração de valores tributados como não tributados, nos meses de outubro a dezembro de 2005, janeiro a dezembro de 2006, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 319.510,00, acrescido da multa de 60%;
3. Forneceu informações através de arquivos magnéticos exigidos na legislação tributária, requeridos mediante intimação, com dados divergentes dos constantes nos documentos fiscais correspondentes, ficando o valor da multa limitado a 1% (um por cento) do valor das operações de saídas e das prestações de serviços realizadas no estabelecimento em cada período, calculando-se a multa sobre o valor das operações ou prestações divergentes, nos meses de agosto a dezembro de 2004, janeiro a outubro de 2005, sendo imposta multa no valor de R\$ 43.697,84;
4. Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento, nos meses de fevereiro, março e novembro de 2004, março e dezembro de 2005, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 699,07, acrescido da multa de 60%;
5. Falta de recolhimento do imposto, constatada pela omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de suprimento de caixa de origem não comprovada, nos meses de janeiro a maio de 2004 e janeiro de 2006, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 260.925,87, acrescido da multa de 70%;
6. Declarou incorretamente dados na DMA referente ao período de 2004 a 2006, sendo imposta multa no valor de R\$ 140,00;
7. Deixou de escriturar livros fiscais no período de janeiro de 2004 a outubro de 2005, sendo imposta multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$ 460,00. Consta se referir ao livro Registro de Saídas de Mercadorias;
8. Deixou de escriturar livros fiscais no período de janeiro de 2004 a outubro de 2005, sendo imposta multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$ 460,00. Consta se referir ao livro Registro de Apuração do ICMS-RAICMS.

O autuado, através de advogada legalmente constituída, apresentou peça impugnatória ao lançamento de ofício às fls. 284 a 303, esclarecendo, inicialmente, que em conformidade com o Decreto n. 90.736 de 19/12/1984 lhe foi outorgada pelo Presidente da República a concessão para a exploração dos serviços de radiodifusão de sons e imagens (televisão) na cidade de Itabuna/BA.

Diz ser fato notório que a Televisão Cabrália/Record News na cidade de Itabuna se trata de televisão aberta, não necessitando de prova nesse sentido, conforme o art. 334 do Código Civil.

Afirma que a definição legal de radiodifusão, consoante o art. 6º do Código Brasileiro de Telecomunicações, cujos dispositivos foram mantidos em vigor pelo art. 215, I, da Lei n. 9.472/97, é “serviço de radiodifusão, destinado a ser recebido direta e livremente pelo público em geral, compreendendo radiodifusão sonora e televisão”, conforme reproduz. Acrescenta que este é o mesmo entendimento dado pelo Regulamento Geral do Código Brasileiro de Telecomunicações – Decreto n. 52.026/63 – cujo art. 6º e 83 transcreve.

Sustenta restar evidente que os serviços de comunicação prestados são gratuitos tendo em vista que são de radiodifusão, salientando que não tem qualquer autorização legal para desenvolver atividades de telecomunicação de maneira onerosa, sendo de conhecimento que a incidência do ICMS se dá sobre a prestação onerosa de serviço de comunicação, por qualquer meio inclusive a operação a emissão, a recepção, a transmissão, a retransmissão, a repetição e a qualquer natureza.

Prosseguindo, diz que está enquadrada na imunidade garantida pelo art. 155, X, “d” da Constituição Federal, haja vista que as atividades de radiodifusão que desenvolve são de cunho gratuito, reproduzindo o mencionado artigo. Frisa que não se trata de qualquer benefício a ser concedido pela SEFAZ/BA, nem sequer necessitando de julgamento pela autoridade fiscal. Invoca lição de Hugo de Brito Machado, para reforçar o seu argumento.

Ressalta que a imunidade da qual está amparada no exercício de sua atividade e tomado este fato como premissa para correta análise do caso, passará a expor as suas razões que, segundo diz, elidem a incidência tributária pretendida.

Rechaça a infração 01, sustentando que esta não merece prosperar, pois conforme esclarecido diversas vezes ao autuante, no período de janeiro de 2004 a outubro de 2005, houve emissão de notas fiscais de serviços de comunicação com autorização emanada pela Prefeitura Municipal de Itabuna por mero equívoco. Aduz que a sua boa-fé resta comprovada quando traz ao conhecimento da SEFAZ/BA, o fato de que todas as notas fiscais incorretamente emitidas houve a escrituração fiscal nos livros de ISS, assim como no livro Razão, motivo pelo qual não foram escrituradas nos livros fiscais de tributos estaduais. Acrescenta que a sua boa-fé fica acentuada quando comprova que efetuou recolhimentos, mesmo que indevidamente, do imposto municipal, cuja restituição está pendente de decisão junto ao órgão municipal.

Reitera que houve emissão de notas fiscais, apesar de conterem algumas incorreções, e que tais documentos possibilitam a correta análise das operações realizadas, cabendo a aplicação do parágrafo único do art. 209 do RICMS/BA. Protesta pela produção de provas, documental ou pericial, relacionadas tanto às notas fiscais quanto às respectivas escriturações, recolhimento e processos administrativos e/ou judiciais em andamento.

Conclui quanto a esta infração sustentando que:

- os documentos fiscais emitidos não podem ser considerados inidôneos, pois contêm apenas pequenos erros que não prejudicam em nada a identificação dos fatos, consoante o art. 209, parágrafo único do RICMS/BA;
- mesmo existindo omissões ou dúvidas quanto às operações realizadas, não se pode aplicar princípio diverso do “in dúvida pro reo”, por se tratar de suposta infração tributária, conforme o art. 112 do CTN;
- os documentos fiscais foram escriturados, inclusive embasaram o recolhimento indevido do ISS, demonstrando a boa-fé, afastando qualquer infundada acusação de simulação de operações;
- trata-se de empresa regular que desenvolve estritamente atividades não tributadas, imunes, por expressa determinação constitucional, nos termos do art. 155, X, “d” da CF.

Relativamente à infração 02, esclarece que, diversamente do que afirma o autuante não há nem tampouco lhe foi apresentado qualquer contrato ou documento contendo contrato de exclusividade com qualquer dos clientes, com uso exclusivo de horário. Aduz que não é possível vislumbrar um contrato de exclusividade de uma emissora de TV para com um telespectador, usuário final dos serviços de comunicação.

Registra que está anexando as notas fiscais arroladas no Auto de Infração (doc. 08), relativas a este item da autuação, para demonstrar o equívoco incorrido pelo autuante, salientando que tais notas fiscais contêm a descrição integral do serviço prestado, isto é, cessão de horários de exibição de programas.

Friza que não se trata de aplicação de qualquer redução de base de cálculo, haja vista a imunidade já evidenciada, não se coadunando com a disposição do art. 86, II do RICMS/BA.

Observa ainda que as notas fiscais não foram lançadas como isentas, mesma coluna do livro fiscal (doc. 09), acostadas aos autos.

Sustenta ser absolutamente incorreta a infração 02.

Quanto à infração 03, argumenta que as razões suscitadas para elucidar a infração 01, em relação à escrituração fiscal em livros incorretos, não é possível se exigir a escrituração magnética divergente, posto que esta deve conter as mesmas informações escrituradas no livro próprio.

Com relação à infração 05, argúi a nulidade da autuação sustentando que o período autuado, encontra-se abrangido pelo período da infração 01, no caso os exercícios de 2004 e 2005, vigendo o princípio do “*ne bis in idem*”.

No que concerne às infrações 06, 07 e 08, afirma que em virtude das incorreções e erros escriturais cometidos, sendo os documentos fiscais lançados em livros de ISS, não seria coerente informar nas DMAS nos livros RSM e RAICMS tais operações. Reitera que os tributos foram recolhidos indevidamente à Prefeitura Municipal de Itabuna, confirmando a sua evidente boa-fé.

Finaliza a sua peça impugnatória requerendo o cancelamento do Auto de Infração ou, caso não seja este o entendimento, o reconhecimento das incorreções dos lançamentos relativos ao ICMS, tendo em vista que exerce regularmente atividade imune, possuindo documentos fiscais que embasam todas as operações e suprimentos de caixa, sendo as dúvidas sempre dirimidas e interpretadas em favor do contribuinte. Pede ainda que todas as multas sejam elididas(sic), pois inexistentes as infrações apontadas.

O autuante prestou informação fiscal às fls. 436 a 442, suscitando preliminarmente a legitimidade da representante do autuado, manifestando o entendimento de que a procuração dada a advogada Mariana Melchior Caetano Siqueira, conforme instrumento de Procuração “Ad Judicia et Extra”, datada de 04/01/2.010 – fl. 323, do PAF, firmado pelos procuradores Marcos Sergio Melo Silva e Paulo Enéas Martho Droppa, teve os limites de poderes conferidos aos citados procuradores extrapolado, pois segundo o “Item 1º” supra mencionado, ao contratar advogados com poderes das cláusulas “Ad Judicia et Extra”, já que estavam limitados à cláusula “ad judicia”, conforme termos do documento citado.

Prosseguindo, diz que a ação fiscal que culminou com a lavratura do Auto de Infração em lide, contemplou fatos, ocorrências, situações, documentos, livros, relacionados ao período compreendido entre 01/01/2.004 a 31/12/2.006, sendo importante e necessária a observação do espaço temporal, para melhor compreensão dos fundamentos que embasaram as exigências contidas na autuação.

Afirma ser patente a ilegitimidade da situação do autuado para o exercício das atividades pretendidas, afirmando que nos termos do art. 1º do Decreto nº 90.736 de 19 de dezembro de 1984, foi outorgada à TV CABRÁLIA LTDA. pelo Presidente da República a concessão para a exploração dos serviços de radiodifusão de sons e imagens (televisão) na cidade de Itabuna/BA, pelo prazo de 15 (quinze) anos, conforme consta no art. 1º do referido Decreto, sendo patente que o instrumento concessivo de outorga para prestações dos serviços referidos, teve seu prazo expirado em data muito anterior ao período abrangido pela ação fiscal, inexistindo qualquer prova concreta de prorrogação, renovação ou nova concessão.

Acrescenta que as atividades desenvolvidas no período abrangido pela ação fiscal, no caso, exercícios de 2004 a 2006, já não poderiam ter o amparo legal do referido decreto, tendo, portanto, o autuado operado à revelia dos instrumentos normativos que regem a atividade, descabendo a menção de quaisquer daqueles dispositivos, como fundamento de suas argumentações defensivas.

Frisa que sob o aspecto da legalidade de situação do autuado, desde a sua constituição, a empresa passou por varias transformações e alterações que envolveram não como também, a vinculação a Redes Nacionais de Televisão, consequentemente a outorga da concessão para prestação de serviços, haveria necessariamente a violação da legislação federal.

alterações e reformulações, para adaptar-se às novas realidades da empresa em cada período, o que não foi comprovado no curso da ação fiscal, nem se apresenta na defesa.

Reportando-se a atividade do autuado, diz que contrariamente ao que argumenta em sua defesa, o “Contrato Social Consolidado” – Alteração 22^a, datada de 11/11/2004, já previa anteriormente, em sua “Clausula Terceira – Objetivo Social”, as atividades de instalação e exploração de estações radiodifusoras (radio e televisão), serviços auxiliares de radiodifusão e serviços de telecomunicações de qualquer natureza, de acordo com os atos de outorga de autorizações, permissões ou concessões que venha obter do Governo Federal ou mediante transferência direta dessas outorgas, quando concedidas pelo Poder Concedente. A execução dos serviços de radiodifusão terá finalidade educacional, cultural, informativa, bem como, subsidiariamente a exploração da publicidade ou propaganda comercial ou institucional. Podendo ainda, a sociedade exercer atividades correlatas, tais como, importação, exportação e comercialização de programas de radio e televisão, bem como de fitas magnéticas gravadas ou não e a realização de espetáculos artísticos de qualquer natureza, assim como participar de outras sociedades como cotista, ainda que de outros objetivos sociais.

Afirma que as atividades sociais do autuado, não estão limitadas apenas àquelas mencionadas nos dispositivos normativos citados em sua defesa, sendo, na realidade, objetivos sociais multi facetados, de amplo espectro, e que, por conseguinte, estão sujeitos a tratamentos tributários diferenciados.

Salienta que sob esse aspecto o autuado confunde imunidade com não-incidência ao recorrer a ditames do art. 155 da CF/88, levantando premissa obviamente falsa e incorreta para análise da matéria objeto de discussão.

Continuando, diz ser flagrante a má-fé do autuado na utilização de documentação inidônea, por ficar patente no curso da ação fiscal, a utilização de documentação irregular, cuja origem não foi explicada apesar de reiteradas intimações neste sentido, para acobertar operações diversas daquelas que se enquadrariam nos limites legais de operação do autuado, se em situação legitimamente regular. Isso porque, de um lado a documentação utilizada no exercício de 2004 e até o inicio do mês de outubro de 2005, em tese, teria sido impressa no ano de 2000 e, portanto, ainda que “autorizada” pela Prefeitura Municipal de Itabuna, “por mero equivoco” (sic), não contém qualquer registro de autenticação por aquele órgão e, teria seu prazo de utilização expirado no ano de 2002, conforme normas aplicáveis a tais documentos fiscais.

Ressalta que nem no curso da ação fiscal, nem em sua defesa, o autuado apresentou qualquer prova concreta de regular escrituração dos livros de ISS em cada exercício ou de recolhimento dos tributos de competência municipal.

Identifica nesse ponto uma flagrante contradição nos argumentos defensivos, dizendo que se suas atividades estivessem legalmente amparadas pela imunidade não se justificariam por obvias razões, supostos recolhimentos de ISS à Prefeitura Municipal de Itabuna, recolhimentos estes que não foram comprovados no curso da ação fiscal, não foram exibidos na defesa e, não foram constatados nos registros contábeis relativamente aos exercícios de 2004 a 2006.

Sustenta que falece de fundamentação lógica o argumento defensivo, tendo em vista que o autuado teve seu registro no Cadastro do ICMS da SEFAZ/BA, a partir de 09/08/1993; com a edição do vigente RICMS/BA., a partir de 1997, foram adequadamente disciplinados os procedimentos e obrigações relativas aos serviços de comunicação e correlatos e, portanto, à época em foco, exercícios de 2004 a 2006, já não pairavam quaisquer duvidas quanto à competência tributária em questão.

Aduz que mesmo se admitido hipoteticamente “equivoco” na utilização irregular de documentação fiscal inadequada às prestações praticadas à época, tal fato, não exir correta descrição das reais prestações praticadas e suas características, documento, o que, conforme provas anexadas aos autos, não ocorreu

processo, não sendo, por conseguinte, aplicáveis ao caso, as disposições do Parágrafo único, do art. 209, do RICMS/97, devendo pois, tais documentos ser reconhecidos inidôneos pela própria natureza e imprestáveis a acobertar operações legítimas.

Afirma que o autuado omitiu em sua argumentação defensiva, razões que justificassem à época, a impressão de documentação com as mesmas características da Nota Fiscal de Serviços de Comunicação – Modelo 21, se no âmbito municipal, não há previsão legal para emissão de documentos de prestação de serviços com tais características, apresentando conclusão de que o autuado, deliberadamente pretendia confundir os usuários de seus serviços, apresentando-lhes uma documentação similar, àquela efetivamente exigida pelo Fisco Estadual, com intuito de simular operações não sujeitas à tributação normal prevista no RICMS/97.

Prosseguindo, diz que as premissas que nortearam a ação fiscal decorreram não só pelos instrumentos normativos que regem as atividades de comunicação em geral, devidamente mencionadas no enquadramento de cada infração apontada, mas, também, pelas razões de fato e circunstâncias amplamente descritas no Auto de Infração.

Salienta que as seguintes circunstâncias nortearam a autuação:

- ausência de instrumento concessivo de outorga atualizado, e vigente no período fiscalizado, para exercício de atividades específicas, fatos já focalizados nas considerações anteriores;
- no curso da ação fiscal, o autuado foi reiteradamente intimado a prestar esclarecimentos sobre as irregularidades apontadas no Auto de Infração, optando deliberadamente, por silenciar, negando-se a esclarecer fatos e explicar a origem e destinação de documentos emitidos irregularmente;
- em pelo menos duas oportunidades no curso da ação fiscal, conforme Processos nº 168851/2009-8, de 16/10/2009 e nº 189303/2009-2, de 23/11/2009, o autuado não apresentou livros e documentos, inclusive, sob argumento inadequado de suposta “prescrição” relativa ao exercício de 2004, numa atitude flagrante de tentativa de dificultar e ocultar as irregularidades apontadas naquele período, o que foi rechaçado com indeferimento repartição fazendária;
- conforme amplamente documentado e comprovado no Auto de Infração e seus anexos, o autuado recorreu ao uso de documentação inidônea para acobertar operações não identificadas e não descritas claramente, no período de 01/2004 até o inicio de outubro/2005. Tais operações, em valores superiores a R\$50.000,00, R\$100.000,00 e até R\$200.000,00, em alguns destes documentos inidôneos, serviram para acobertar ingressos de recursos, cuja forma de quitação, também não foi esclarecida ou comprovada documentalmente, conferindo-lhes o espectro de ilegalidade;
- pode-se constatar ainda que, nos referidos documentos, cujas fotocópias se encontram juntadas ao Auto, no que concerne à “Natureza da Operação”, consta tão somente a indicação de “Serviço”, sem qualquer descrição de sua natureza – o que autoriza a presunção obvia, de uma simulação de operações;
- é óbvio e elementar que, em transações comerciais entre empresas, quitações de operações de valores tão elevados, são efetivadas mediante cheques, transferências interbancárias, depósitos, boletos, duplicatas, etc. Irremediavelmente, tornam-se suspeitas de ilegalidade, quitações supostamente “em espécie”, através meros registros na Conta Caixa, desprovidos sequer, de “Recibos” ou documentos similares de quitação;
- constatou-se no curso da ação fiscal, no período em foco, um volume financeiro considerável destas “operações”, em alguns meses de referencia alcançando percentuais superiores a 80% do faturamento mensal registrado nos Livros da respectiva contabilidade.

Referindo-se à insubsistência das razões defensivas, diz que ficou patente na defesa apresentada pelo autuado, a ausência de qualquer impugnação objetiva, aos valores no curso da ação fiscal, ou em relação às alíquotas aplicadas pa apurados. Diz que o autuado reconhece, assim, os valores apurados e

acobertadas por documentação inidônea, e em suas justificativas apresentadas, reconhece também a utilização de documentação inadequada, no que tange às infrações 01 e 02.

Relativamente à infração 03, afirma que o autuado recorre a mero jogo de palavras, na tentativa de sensibilizar os Julgadores, a admitir o descumprimento declarado de uma obrigação acessória, da qual, não poderia se afastar, qual seja, o registro em meio magnético das operações praticadas no período de janeiro/2004 a outubro/2005, e que foram objeto de multa específica, pela falta de apresentação adequada, dos arquivos magnéticos do SINTEGRA.

Quanto à infração 04, diz que o autuado não se pronunciou em sua defesa, o que implica em reconhecimento tácito do débito apurado.

No que concerne à infração 05, registra que por se tratar de suprimentos de caixa de origem não comprovada, nos exercícios de 2004 e 2006, não guarda qualquer relação de pertinência com a infração 01, por se tratar de situações distintas, períodos de apuração e valores divergentes, não necessariamente contidos uma na outra, haja vista que, em relação à infração 01, os valores foram detectados através registros na escrita contábil (livros Razão), e acobertados por documentação inidônea, havendo omissão quanto aos registros na escrita fiscal (livros RSM e RAICMS) e recolhimento do imposto.

Acrescenta que neste caso, trata-se de ingressos registrados na Conta Caixa, desprovidos de documentação de origem, o que autoriza a presunção de realização de operações anteriores tributáveis, em razão de não comprovação efetiva e documentada de origem dos referidos recursos.

No respeitante às infrações 06, 07 e 08, esclarece que as multas aplicadas, referem-se à falta de escrituração regular dos livros fiscais próprios (livros RSM e RAICMS), assim como a declaração incorreta de dados nas DMAs mensais, do período em foco, conforme descrição no Anexo I ao Auto de Infração, sendo infundadas as alegações defensivas, porque não exibiu à fiscalização, nem juntou a defesa, prova concreta de escrituração dos livros de Apuração do ISS, até porque, estes seriam absolutamente inadequados para registro das operações praticadas no período em questão.

Finaliza mantendo integralmente a autuação.

Consta à fl. 444, extrato do SIGAT referente ao pagamento do débito relativo à infração 04.

VOTO

O Auto de Infração em lide imputa ao autuado o cometimento de 08 (oito) infrações à legislação do ICMS, decorrentes de descumprimento de obrigações tributárias principal e acessórias, na qualidade de contribuinte do ICMS, prestador de serviços de comunicação.

Do exame das peças que compõem o presente processo, verifico que na peça impugnatória o autuado alega que em conformidade com o Decreto n. 90.736 de 19/12/1984 lhe foi outorgada pelo Presidente da República a concessão para a exploração dos serviços de radiodifusão de sons e imagens (televisão) na cidade de Itabuna/BA, sendo notório que a Televisão Cabrália/Record News na cidade de Itabuna se trata de televisão aberta, não necessitando de prova nesse sentido, conforme o art. 334 do Código Civil.

Invoca o art. 6º do Código Brasileiro de Telecomunicações, cujos dispositivos foram mantidos em vigor pelo art. 215, I, da Lei n. 9.472/97, para dizer que é “*serviço de radiodifusão, destinado a ser recebido direta e livremente pelo público em geral, compreendendo radiodifusão sonora e televisão*”, mesmo entendimento dado pelo Regulamento Geral do Código Brasileiro de Telecomunicações – Decreto n. 52.026/63 – nos arts. 6º e 83.

Sustenta restar evidente que os serviços de comunicação prestados são gratuitos tendo em vista que são de radiodifusão, salientando que não tem qualquer autorização legal para desenvolver atividades de telecomunicação de maneira onerosa, sendo de conhecimento que a incidência do ICMS se dá sobre a prestação onerosa de serviço de comunicação, por qualquer meio, inclusive, a geração, a emissão, a recepção, a transmissão, a retransmissão, a repetição e a qualquer natureza, estando enquadrada na imunidade garantida pelo a Federal, haja vista que as atividades de radiodifusão que desenvolve

Constato, também, que na informação fiscal o autuante suscita preliminarmente a legitimidade da representante do autuado, manifestando o entendimento de que a procuração dada à advogada Mariana Melchior Caetano Siqueira, conforme instrumento de Procuração “Ad Judicia et Extra”, datada de 04/01/2.010 – fl. 323, do PAF, firmado pelos procuradores Marcos Sergio Melo Silva e Paulo Enéas Martho Droppa, teve os limites de poderes conferidos aos citados procuradores extrapolado, pois segundo o “Item 1” do Contrato social, estavam limitados à cláusula “ad judicia”, conforme termos do documento citado.

Sustenta ser ilegítima a situação do autuado para o exercício das atividades pretendidas, tendo em vista que nos termos do art. 1º do Decreto nº 90.736 de 19 de dezembro de 1984, foi outorgada à TV CABRALIA LTDA. pelo Presidente da República a concessão para a exploração dos serviços de radiodifusão de sons e imagens (televisão) na cidade de Itabuna/BA, sendo patente, que o instrumento concessivo de outorga para prestações dos serviços referidos, teve seu prazo expirado em data muito anterior ao período abrangido pela ação fiscal - exercícios de 2004 a 2006 -, inexistindo qualquer prova concreta de prorrogação, renovação ou nova concessão.

Contesta os argumentos defensivos afirmando que as atividades sociais do autuado, não estão limitadas apenas àquelas mencionadas nos dispositivos normativos citados em sua defesa, sendo, na realidade, objetivos sociais multifacetados, de amplo espectro, e que, por conseguinte, estão sujeitos a tratamentos tributários diferenciados.

De inicio, com relação à invalidade da procuração outorgada pelos administradores da empresa por ultrapassarem os poderes que lhes foram concedidos, ampliando o seu alcance de “ad Judicia” para ‘extra judicia’, conforme suscitado pelo autuante, devo consignar que não vislumbro tal invalidação, haja vista que se estes tinham poderes para conceder “ad judicia”, isto é, para autorizar o advogado a praticar todos os atos relativos à procuração para o foro em geral, a autorização para prática de atos extrajudiciais de defesa e representação perante pessoas jurídicas de direito público ou privado, não pode invalidar a procuração, mesmo porque não se pode perder de vista que, por se tratar de julgamento na esfera administrativa, cabe a observância dentre outros dos princípios da verdade material, cuja observância atinge o presente processo, conforme será apreciado a seguir.

No que concerne à ausência de prorrogação do Decreto Federal nº 90.736 de 19 de dezembro de 1984, que outorgou à TV CABRALIA LTDA., a concessão para a exploração dos serviços de radiodifusão de sons e imagens (televisão) na cidade de Itabuna/BA, pelo prazo de 15 (quinze) anos, é certo que sob o aspecto da legislação do ICMS não existe possibilidade de imposição de sanção, haja vista que a competência legal para análise e prorrogação, se for o caso, é do órgão federal competente e não da SEFAZ/BA.

Relativamente às infrações apontadas no Auto de Infração, observo que no período alcançado pela autuação – 2004 a 2006 - o Regulamento do ICMS – RICMS/BA, apresentava a seguinte redação no seu art. 9º, inciso IV, alínea “a”:

“Art. 9º O ICMS não incide sobre a ocorrência de comunicação:

(...)

IV - relativa aos serviços de radiodifusão sonora ou de imagens e de televisão:

a) no tocante à geração, emissão, transmissão, retransmissão, repetição ou recepção de notícias, documentários e programas recreativos, desportivos, culturais ou educacionais, quando dirigidos ao público, em que não haja, da parte deste, qualquer remuneração ou contraprestação;

b) concernente à inserção de anúncios ou à veiculação e divulgação de textos, desenhos e outros materiais de publicidade;”

Portanto, nos termos do dispositivo regulamentar acima transcrito, sei dirigido ao público de forma não onerosa, ou seja, sem qualquer re-

por parte deste, ocorreria a não-incidência do ICMS, cujo alcance também ocorria na inserção de anúncios ou à veiculação e divulgação de textos, desenhos e outros materiais de publicidade.

Vale consignar que a disposição regulamentar acima reportada decorreu da Lei Estadual n. 7.014/96 que, por sua vez, adveio da Lei Complementar 87/96 e Constituição Federal.

Nessa linha de condução, certamente descabe a exigência de ICMS na ocorrência de comunicação relativa aos serviços de radiodifusão sonora ou de imagens de televisão, quando não onerosa, inclusive, a inserção de anúncios ou à veiculação e divulgação de textos, desenhos e outros materiais de publicidade, conforme ocorre com a televisão aberta, caso do autuado, que desenvolve atividade de televisão aberta no município de Itabuna/BA.

Registro que esse entendimento também tem sido manifestado pela SEFAZ/BA, através de seu órgão consultivo tributário, no caso, a GECOT/DITRI, conforme respostas dadas em processos de consulta, a exemplo dos Pareceres n.s 9664/2007, 2800/2008, 25624/2008, 7132/2008, sendo que, neste último reproduzo abaixo trecho da resposta, a título ilustrativo:

“PARECER FINAL

7132/2008

RESPOSTA

(...)

Nesse sentido, ressaltamos que a referida Procuradoria manifestou-se inicialmente pela impossibilidade jurídica de utilização dos valores relativos às prestações de serviço de comunicação supracitados no cálculo do IVA, não apenas em virtude das mesmas não constarem do art. 3º, § 2º, inciso II, da Lei Complementar nº 63/90, mas também em virtude de caracterizarem uma imunidade imprópria, visto que tais prestações, efetuadas na modalidade de recepção livre e gratuita, já se encontram naturalmente excluídas do campo de incidência do ICMS, visto que a tributação do imposto estadual requer necessariamente o caráter de onerosidade do serviço prestado (parecer às fls. 07 a 12).

Entretanto, quando da revisão posterior do parecer supracitado, a PGE manifestou o entendimento de que os valores relativos às prestações de serviço de comunicação nas modalidades de radiodifusão sonora e de sons e imagens, de recepção livre e gratuita, devem compor o cálculo do Índice de Valor Adicionado do Município, tendo em vista que tais valores estão abarcados pela dicção e inteligência da norma prevista no art. 3º, § 2º, II, da Lei Complementar nº 63/90, a qual não deve ser interpretada sob o ponto de vista tributário, mas sim sob o ponto de vista econômico e financeiro, visto tratar-se de texto legal vinculado ao Direito Financeiro (parecer às fls. 15 a 21).

Da análise da presente matéria, ratificamos o parecer opinativo inicialmente emitido pela Procuradoria Geral do Estado, no sentido de que os valores relativos às prestações de serviço de comunicação efetuadas na modalidade acima referida não podem ser utilizados para efeito de cômputo do Índice de Valor Adicionado do Município, face à inexistência de previsão legal que autorize e ampare legalmente tal procedimento, bem como à impropriedade jurídica de se considerar como passíveis de tributação pelo ICMS (e excluídas do seu campo de incidência unicamente por força da imunidade prevista no texto constitucional) as prestações de serviço de comunicação efetuadas de forma gratuita e não onerosa.

Nesse sentido, indispensável transcrever a disposição contida no art. ao disciplinar a matéria em comento:

"Art. 2º O ICMS incide sobre:

.....
VII - a prestação onerosa de serviços de comunicação, por qualquer meio, inclusive a geração, a emissão,

a recepção, a transmissão, a retransmissão, a repetição e a ampliação de comunicação de qualquer natureza;".

Temos, portanto, que conforme determinação expressa da Lei nº 7.014/96, que instituiu o ICMS no âmbito do Estado da Bahia, a comunicação que tem relevância jurídica para fins de tributação do ICMS é unicamente aquela prestada de forma onerosa - e o caráter oneroso é efetivamente indispensável para caracterizar uma efetiva prestação de serviço -, o que afasta do campo de tributação do imposto a simples divulgação de sons e imagens por rádios e televisões abertas, efetuada de forma livre e gratuita, visto que não há, aqui, qualquer contrato de prestação de serviço de comunicação, ou mesmo a realização de um negócio jurídico que indique a existência, de um lado, de uma empresa que efetivamente preste o serviço e, de outro lado, de um destinatário que possa ser caracterizado como o tomador do serviço.

Diante do exposto, ao estabelecer como hipótese de imunidade tributária as prestações de serviço de comunicação nas modalidades de radiodifusão sonora e de sons e imagens de recepção livre e gratuita, a Emenda Constitucional nº 42/2003 criou, em última análise, uma imunidade imprópria sob o aspecto jurídico e tributário, visto que a gratuidade de tais prestações já as retiraram naturalmente do campo de incidência do ICMS, tornando desnecessária a preocupação do legislador constitucional em beneficiá-las pela imunidade do imposto estadual. Parece-nos, assim, que a alteração introduzida pela EC nº 42/2003 veio apenas afastar qualquer controvérsia quanto à possibilidade de incluir tais prestações no campo de tributação do imposto estadual.

(...)

É o parecer."

Vale consignar que, caso o autuado exerça atividade de prestação de serviços de comunicação onerosa, haverá incidência do imposto normalmente, consoante estabelece a Lei Complementar nº 87/96, no seu art. 2º, inciso III e na Lei nº 7.014/96, art. 2º, inciso VII, que prevêem a incidência do ICMS na prestação de serviços onerosos de comunicação.

Porém, no caso em exame, não vislumbro nos autos a ocorrência de qualquer prestação de serviço oneroso de comunicação passível de exigência do ICMS, conforme o Auto de Infração.

Observo que apesar de o autuado ter emitido notas fiscais com as mesmas características da Nota Fiscal de Serviços de Comunicação – Modelo 21, não há como considerá-las inidôneas para exigência de ICMS, haja vista que relativas à prestação de serviços não tributados pelo ICMS.

Diante do exposto, considero insubstinentes as infrações 01, 02, 03, 05, 06, 07 e 08, por não restar comprovado que o autuado exerceu no período da autuação – 2004 a 2006 – atividades de prestação de serviços onerosos de comunicação, portanto, sujeitas à incidência do ICMS, o que o obrigaria ao cumprimento das obrigações tributárias principal e acessórias, na condição de contribuinte do ICMS. No que concerne à infração 04 - *Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento,-*, vejo que o próprio autuado reconhece o cometimento da irregularidade apontada neste item da autuação, inclusive, efetuando o recolhimento do valor do débito, conforme comprovante acostado aos autos.

Cabe aqui fazer um registro quanto ao reconhecimento desta infração por parte do impugnante, pois, como se sabe, o pagamento da diferença de alíquotas é exigível exclusivamente ao contribuinte do ICMS. Vale dizer que o próprio autuado nessa mesma condição de contribuinte do ICMS, permitindo inferir que além de €

Created with

aberta que se encontra fora do campo de incidência do ICMS, exerce também atividade de prestação de serviços onerosos de comunicação, pois, apenas nessa situação encontra-se obrigado ao pagamento da diferença de alíquotas.

Assim, mesmo não sendo possível identificar na presente autuação a prestação de serviços onerosos de comunicação, o que determinou a improcedência das demais infrações, considero subsistente a infração 04, por ter sido reconhecida pelo próprio autuado a sua condição de contribuinte do ICMS ao efetuar o recolhimento do imposto exigido. Infração subsistente.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, devendo ser homologado o valor recolhido.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 207185.0031/09-5, lavrado contra **TV CABRÁLIA LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$699,07**, acrescido da multa de 60%, prevista no artigo 42, inciso II, alínea “f” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologado o valor recolhido.

Esta Junta de Julgamento Fiscal 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//99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/00, com efeitos a partir de 10.10.00.

Sala das Sessões do CONSEF, 19 de abril de 2010.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE/RELATOR

JORGE INÁCIO DE AQUINO – JULGADOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DO SANTOS – JULGADORA