

A. I. Nº - 129442.0001/12-0
AUTUADO - GLOBAL VILLAGE TELECOM LTDA.
AUTUANTE - OSVALDO C. MENEZES, LUIZ CLÁUDIO C. REGO e EDMÁRIO DE JESUS SANTOS
ORIGEM - IFEP SERVIÇOS
INTERNET - 23.10.2012

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0235-02/12

EMENTA: ICMS. 1. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS. FALTA DE PAGAMENTO. a) BENS DO ATIVO FIXO. b) MATERIAL DE CONSUMO. Nas aquisições interestaduais de mercadorias e bens destinados ao consumo do próprio estabelecimento ou destinados ao seu ativo fixo, é devido o imposto referente à diferença entre as alíquotas interna e interestadual. Fatos não contestados. **2. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. a) ENERGIA ELÉTRICA.** Não acolhida a tese defensiva de que a energia elétrica é insumo indispensável à prestação de serviços de telecomunicação, em razão da legislação tributária não considerar industrialização tal serviço. Infração não elidida. **b) BENS DO ATIVO FIXO.** É permitida pela legislação tributária a utilização de crédito fiscal de bens do ativo fixo mediante o CIAP. Infração reconhecida. **3. DOCUMENTOS FISCAIS. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. MULTAS. a) NOTAS FISCAIS. FALTA DE REGISTRO NA ESCRITA FISCAL. a1. MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS. MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS. MULTA DE 10%. a2. MERCADORIAS NÃO TRIBUTÁVEIS. MULTA DE 1%. Fatos não contestados. c) ESTORNO DE DÉBITO EM DESACORDO COM A LEGISLAÇÃO TRIBUTÁRIA.** Não foi comprovada pelo autuado a origem do lançamento fiscal a título de estorno de débito. Infração caracterizada. Rejeitadas as preliminares de nulidades argüidas na defesa e não acolhido o pedido para redução ou cancelamento da multa. Auto de Infração **PROCEDENTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide foi lavrado em 28/03/2012, para exigência de ICMS e MULTA no valor de R\$1.097.173,11, sob acusação do cometimento das seguintes infrações:

1. Falta de recolhimento do ICMS no total de R\$67.824,48, nos meses de julho a dezembro de 2008, janeiro a abril, maio a julho e dezembro de 2009, fevereiro a maio, agosto a dezembro de 2010, decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento, conforme documentos às fls.13 a 5º.
2. Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, no valor de R\$400.483,21, referente à aquisição de energia elétrica, na prestação de serviço de comunicação, no período de outubro de 2009 a dezembro de 2010, conforme documentos às fls. 51 a 82.
3. Falta de recolhimento do ICMS no total de R\$20.241,86, nos meses de abril, junho, agosto e dezembro de 2009, janeiro, março, maio a dezembro de 2010, decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras

unidades da Federação e destinadas a uso e consumo do estabelecimento, conforme documentos às fls.83 a 111.

4. Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, no valor de R\$8.274,78, relativo ao recebimento de mercadorias a título de empréstimo, nos meses de abril, julho e agosto de 2009, conforme documentos às fls.112 a 118.
5. Deu entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de junho, e outubro de 2009, janeiro, fevereiro, abril, maio, julho a dezembro de 2010, sendo aplicada a multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$761,12, equivalente a 1% sobre o valor comercial das mercadorias, conforme documentos às fls. 119 a 182.
6. Deu entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas a tributação sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de abril, junho e agosto de 2009, janeiro, março, maio a dezembro de 2010, sendo aplicada a multa por descumprimento de obrigação acessória, no valor de R\$19.969,92, equivalente a 10% sobre o valor comercial das mercadorias, conforme documentos às fls. 183 a 214.
7. Efetuou estorno de débito de ICMS, no valor de R\$566.867,37, em desacordo com legislação deste imposto, no mês de setembro de 2009, conforme documentos às fls. 215 a 216.
8. Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS no valor de R\$12.750,39, nos meses de outubro e novembro de 2008, fevereiro, abril a setembro de 2009, fevereiro e agosto de 2010, referente a aquisição de material para integrar o ativo permanente do estabelecimento, conforme documentos às fls.112 a 118.

O autuado, através de advogados legalmente constituídos, destaca a tempestividade de sua defesa às fls. 269 a 288, reprisa todas as infrações e o enquadramento legal, e impugnou o lançamento pelos motivos de fato e direito a seguir alinhados.

Infrações 01 e 03

O autuado alega que inexistente recolhimento a menor do ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas interna e interestaduais, sobre as mercadorias oriundas de outras unidades da Federação, destinadas ao ativo fixo e consumo do estabelecimento. Apresenta como exemplo, o caso de aquisição de veículos oriundos de vendedores situados no Estado do Rio Grande do Sul, tributados pela alíquota de 12%, e aduz que houve o recolhimento de 5% restante correspondente à “diferença entre a alíquota interestadual de 12% e a alíquota interna da Bahia, na ordem de 17%.

Diz que os autuantes consideraram um diferencial de 10%, dado que presumiram uma alíquota interestadual de 7%, mas que, em virtude de as mercadorias se sujeitarem à substituição tributária, o fornecedor destacou 12%. Para confirmar o alega, o defendente pede a realização de revisão do lançamento para estes pontos.

Infração 02

Argumenta que energia elétrica é insumo indispensável à prestação de serviços de telecomunicação. Comenta sobre o princípio da não-cumulatividade, destacando que com a edição da Lei Complementar nº 87/96, foi instituído um amplo regime de não-cumulatividade, estatuinto que todos os bens e serviços adquiridos ensejam o direito ao crédito de ICMS, bastando para isso que sejam inerentes à atividade do contribuinte, conforme seus artigos 19 e 20, *caput* e parágrafo 1º.

Observa que a partir do regramento da LC nº 87/96, as únicas restrições ao creditamento referem-se às entradas de mercadorias ou utilização de serviços resultantes de operações ou prestações isentas ou não tributadas, ou que se refiram a mercadorias ou serviços alheios à atividade do estabelecimento.

Aduz que não há na legislação federal, inclusive por força do princípio constitucional da não-cumulatividade, nenhuma vedação ao aproveitamento de créditos de ICMS em razão da natureza

da atividade desenvolvida pelo contribuinte (se industrial ou prestação de serviços), restando necessário tão somente que os bens e serviços adquiridos sejam inerentes à atividade do contribuinte, inseridos aí os tão citados insumos.

No caso em discussão, sustenta que a energia elétrica apresenta-se como bem essencial adquirido para a realização do seu objeto social – prestação do serviço de telecomunicação – insumo sem o qual é impossível o dito serviço, pois a energia elétrica é materialmente consumida pelas Centrais de Comutação e Controle, que transformam a energia elétrica em corrente contínua e em ondas eletromagnéticas e radioelétricas, convertidas em sons nos aparelhos de telefonia, permitindo a comunicação.

Assevera que com base no princípio constitucional da não-cumulatividade, tem direito subjetivo constitucional de se creditar do ICMS suportado na aquisição de insumos, que são produtos essenciais à prestação de serviço, que se consomem integralmente no desempenho dessa atividade, independentemente de qual seja esta atividade. Cita jurisprudência do STF e STJ, sobre casos que dizem ser análogos ao presente.

Assim, sustenta que tem direito ao crédito fiscal de energia elétrica, por se tratar de insumo, dotado da característica de essencialidade, se vinculando diretamente à prestação do serviço de comunicação e nela se consumindo integralmente, e que todo o custo pela sua aquisição (inclusive o imposto incidente) é também imediatamente repassado ao consumidor, integrando assim a posterior prestação tributada.

Entende que se o seu custo integra imediatamente o preço do serviço de comunicação prestado, submetendo-se assim à incidência do ICMS, sua aquisição tributada gera o crédito de ICMS, caso contrário haveria ofensa ao princípio da não-cumulatividade.

Portanto, afirma que a energia elétrica é materialmente consumida quando da prestação dos serviços de telecomunicação, sendo utilizada em todos os processos da telefonia fixa comutada, incluindo todos os equipamentos de comutação, de infra-estrutura, de segurança da continuidade e climatização ambiental em atendimento às certificações técnicas do órgão regulador.

Traz ao processo, o Relatório Técnico nº 001/2007, do Instituto Nacional de Tecnologia, órgão do Ministério da Ciência e Tecnologia, onde, segundo o autuado, é informado que a energia elétrica é essencial para a prestação do serviço de comunicação, e com base nesse relatório, conclui que:

- *É perfeitamente possível o creditamento de insumos ainda que a atividade desenvolvida pelo contribuinte não seja considerada industrial ou de exportação;*
- *Sendo a energia elétrica insumo indispensável à atividade de telecomunicação, haja vista o processo de transformação por que passa, convertendo-se ao final em onda eletromagnética, não há outra conclusão senão reconhecer o direito da Impugnante de aproveitar os créditos de ICMS provenientes da aquisição do referido insumo.*

Prosseguindo, para mostrar que tem direito ao aproveitamento de créditos de ICMS em questão, esclarece que o estabelecimento se dedica à prestação de serviços de telefonia, para o qual a energia elétrica se apresenta como insumo absolutamente essencial.

Considerou que o entendimento da fiscalização em não reconhecer os créditos pelo ICMS suportado na aquisição da energia elétrica empregada na prestação do serviço de telecomunicação, contraria o artigo 33, II, *b*, da Lei Complementar nº 87/96 (na redação da Lei Complementar nº 102/2000), segundo o qual dá direito de crédito a energia elétrica “consumida no processo de industrialização”.

Comenta que os serviços de telecomunicação são definidos, para todos os fins, como indústria básica pelo Decreto Federal nº 640/62, e que por se tratar de diploma legal federal deve ser observado pelos Estados – ao contrário de estabelecer uma ficção jurídica, descreve com exatidão a natureza do serviço.

Além disso, recorre ao Regulamento do IPI, aprovado pelo Decreto nº 2.637/98, para dizer que está reiterado no artigo 46, parágrafo único, do CTN, que o que caracteriza industrialização é qualquer operação que modifique a natureza, o funcionamento, o acabamento, a apresentação ou a finalidade do produto, ou o aperfeiçoamento para consumo.

Informa que as atividades exercidas pela empresa para viabilizar o serviço de telecomunicação consistem na alteração da natureza (transformação) e da finalidade – i.e., na industrialização – da energia elétrica, enquadrando-se no *caput* e inciso I do dispositivo supra.

Ou seja, que a transformação (industrialização) a que se submete está na sua conversão em onda eletromagnética ou radioelétrica, bem como na conversão da corrente alternada fornecida pelas empresas de energia a uma voltagem de 13.800V a 23.000V em corrente alternada de 380V a 220V e, em seguida, em corrente contínua a tensão retificada de -52,8V a -48V. Diz que o aspecto sensível dessas alterações é a conversão de sinais sonoros em ondas eletromagnéticas e posterior a reconversão destas em som.

Destaca que, apesar da ocorrência da industrialização, a resposta para que as empresas de telefonia não paguem IPI está no artigo 155, parágrafo 3º, da Constituição, segundo o qual “à exceção dos impostos de que tratam o inciso II do caput deste artigo [ICMS] e o art. 153, I e II [impostos aduaneiros], nenhum outro imposto poderá incidir sobre operações relativas a energia elétrica, serviços de telecomunicações, derivados de petróleo, combustíveis e minerais do País”. Observa que a não-incidência do IPI não nega a natureza industrial da atividade, decorrendo, ao contrário, de expressa exclusão constitucional (imunidade).

Com base em laudos periciais técnicos em engenharia de telecomunicações já produzidos em ações judiciais análogas à presente demonstraram, sustenta que:

- (a) *existe um processo de transformação ao qual se submete a energia elétrica, para que possa ser ultimado o serviço de telecomunicação, cuja disponibilização é o próprio produto – energia elétrica – industrializado;*
- (b) *a energia elétrica constitui insumo essencial à atividade-fim das prestadoras de serviços de telecomunicação.*

Traz como exemplos, dois laudos periciais produzidos no bojo de ações ajuizadas por empresa do seu ramo de atividade em São Paulo (Ação Ordinária nº 770/053.06.114957-0, em trâmite perante a 1ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de São Paulo/SP e no Rio Grande do Sul (Ação Ordinária nº 001/1.07.0061499-4, em trâmite perante a 6ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Porto Alegre/RS).

Além desses, que o Relatório Técnico nº 001/2007, do Instituto Nacional de Tecnologia, órgão do Ministério da Ciência e Tecnologia, foi elaborado tendo em vista o pedido de sociedade de mesmo de sua atividade, para que fosse emitido parecer técnico quanto à finalidade e destinação da energia elétrica utilizada em Estações de Telefonia Celular e Armazenamentos de Dados Digitais.

Conclui que a energia elétrica utilizada na planta operacional de telecomunicações passa por um processo de industrialização, pelo que resta legítimo o aproveitamento de créditos de ICMS pelo seu estabelecimento com esforço no artigo 33, II, b da LC nº 87/96.

Com relação ao aproveitamento de ICMS incidente apenas sobre a energia efetivamente consumida na operação do serviço de Telecom, observa que, de toda a energia elétrica consumida pela empresa, se credita apenas e tão somente da energia que se destina à sua atividade fim, não tomando crédito sobre os valores referentes a seu próprio uso e consumo, conforme laudo pericial com o detalhamento da carga instalada referente aos equipamentos de telecomunicação de da administração da única unidade mista da Impugnante (que se refere tanto à produção do sinal telefônico quanto ao consumo da administração da empresa) situada neste estado, bem como da planilha exemplificativa, com a apuração dos créditos referentes às notas fiscais de aquisição de energia elétrica para o mês de dezembro/2010, no qual, frisa que está

demonstrado que o aproveitamento do ICMS para aquela unidade respeitou o percentual informado no laudo em comento.

Infração 04

O autuado alega que as notas fiscais representam operações que não atraem a incidência do ICMS, por se tratar de tomada de crédito do imposto pago indevidamente, cujo lançamento diz respeito a retificação do pagamento indevido, não implicando em qualquer prejuízo ao fisco baiano. Explica que as operações documentadas pelas notas fiscais em referência, conforme é o teor da própria descrição da infração, não são passíveis de tributação pelo ICMS, de modo que a tomada de crédito teve como efeito tão somente anular o pagamento indevido feito do tributo, não sendo hábil a causar qualquer prejuízo na arrecadação do ICMS pelo Estado da Bahia.

Além disso, diz que de acordo com a própria legislação estadual, a natureza de empréstimo das operações glosadas denota a não ocorrência de transferência de titularidade da mercadoria, descaracterizando assim o fato gerador do tributo estadual na espécie.

Infrações 05 e 06

O autuado preliminarmente, quanto à impugnação a estes dois itens infracionais, apela para a disposição contida no artigo 42, § 7º, da Lei n. 7.014/96, que reza: *“As multas por descumprimento de obrigações acessórias poderão ser reduzidas ou canceladas pelo órgão julgador administrativo, desde que fique comprovado que as infrações tenham sido praticadas sem dolo, fraude ou simulação e não impliquem falta de recolhimento do imposto”*

Considerou confiscatória a multa cominada nestes itens, sob o fundamento de que há excesso de penalidade por descumprimento de obrigação acessória, uma vez cumprida a obrigação tributária.

Pede que seja aplicado o juízo de equidade, em obediência aos princípios da proporcionalidade e do não confisco, para que se efetive, a seu favor, o disposto no art. 42, § 7º, da Lei nº 7.014/96, de modo a que se cancelem as multas aplicadas ou, no mínimo, como exatamente requer, que sejam elas reduzidas a patamares mais razoáveis.

Infração 07

Destaca que este item diz respeito a acusação de que *“efetuiu o estorno de débito de ICMS em desacordo com a legislação deste imposto”*, tendo como referência a Nota Fiscal nº 4560, série 1, de sua própria emissão.

Considerou a conclusão fiscal equivocada, de que houve estorno de débito de ICMS em desacordo com a legislação deste imposto, e esclareceu que ao ser exigido pela fiscalização explicações acerca da origem deste crédito, informou tratar-se de valores de ICMS recolhidos por equívoco sobre os valores de “assinatura unique cod 11339”, que nada mais é do que o valor devido pelo assinante em contrapartida da manutenção da disponibilidade do acesso telefônico de forma individualizada para fruição contínua do serviço, sem qualquer inclusão de minutos, ou seja, que é um serviço meramente preparatório, que não se confunde com a prestação de serviço de telecomunicação. Citou decisão judicial proferida pelo e. TJBA, através da qual determinou-se ao fisco baiano a não exigência de ICMS da Impugnante sobre o referido serviço de assinatura mensal, conforme Mandado de Segurança nº 3636-3/2009, julgado em definitivo pela colenda Seção Cível de Direito Público do egrégio Tribunal de Justiça do Estado da Bahia em 23.07.2009, cuja decisão transitou em julgado em 01.09.2009 (cópia da inicial, do acórdão e da certidão de trânsito em julgado, anexados), e que determinou à Fazenda Estadual baiana que se abstenha de autuação da Impugnante em decorrência do não recolhimento do ICMS e da prática de qualquer medida administrativa visando a cobrança sobre os Serviços-Meio e de Valor Adicionado que presta (previstos no Convênio CONFAZ ICMS nº 69/98).. Transcreveu trecho da ementa extraída do referido acórdão, a saber:

“(…) 4. DIREITO TRIBUTÁRIO – COBRANÇA DE ICMS-COMUNICAÇÃO – INCIDÊNCIA SOBRE SERVIÇOS SUPLEMENTARES E ACESSÓRIOS – BASE DE CÁLCULO

AMPLIADA POR CONVÊNIO E DECRETO ESTADUAL – IMPOSSIBILIDADE – MATÉRIA RESERVADA À LEI COMPLEMENTAR – PRECEDENTES DO STJ. Em estrita observância ao disposto na Lei Complementar nº 87/96, a base de incidência do ICMS sobre serviços de comunicação se restringe àqueles em que há, efetivamente, a transmissão de dados entre um emissor e um receptor, não abrangendo os serviços preparatórios e suplementares, assinatura sem inclusão de minutos e facilidades adicionais. Ademais, sendo a base de cálculo do ICMS matéria reservada pela Constituição Federal à Lei Complementar (art. 146, III, “a”, c/c art. 155, II), inviável sua ampliação através de convênio ou decreto estadual, ao desamparo de norma daquela natureza. 5. SEGURANÇA CONCEDIDA.” (destacamos)

Prossegue transcrevendo as razões do voto condutor da decisão, do Ilmo. Des. Relator SINÉSIO CABRAL FILHO, para argüir que elas não deixam margem a dúvidas:

“De relação ao mérito da impetração, a análise do caderno processual aponta que a insurgência da impetrante tem por fundamento a alegada impossibilidade de sofrer exação fiscal para pagamento de ICMS com base em ampliação promovida pelo convênio CONFAZ ICMS nº 69/98 (...).

Sendo o Estado da Bahia um dos signatários do instrumento, suas disposições foram recepcionadas pelo Regulamento do ICMS, aprovado pelo Decreto Estadual de nº 6.284/97(...).

Nestes termos, evidenciada a impossibilidade de se expandir a base de cálculo do ICMS através de convênio ou Decreto Estadual, tem-se, de fato, como violadora de direito líquido e certo a cobrança tributária formalizada os tendo por base, a impor seja evitada sua prática.

Há, pois, de se assegurar à Impetrante a inexistência de cobrança de ICMS sobre os serviços de acesso, adesão, ativação, habilitação, disponibilidade, assinatura (sem inclusão de minutos), facilidades adicionais e serviços suplementares por ela prestados, determinando-se à Autoridade Coatora, pessoalmente ou por seus subordinados, que se abstenha da autuação da Impetrante em decorrência do não recolhimento do citado importo e da prática de qualquer medida administrativa visando sua cobrança sobre os preditos serviços, bem assim que não se negue, quando exclusivamente por tal causa, à emissão de certidões negativas à Impetrante.

Posto isso, tendo em foco tudo o quanto apreciado nesta ação mandamental e no esteiro do parecer exarado pelo Órgão Ministerial, o voto deste Relator, no mérito, é no sentido de que seja CONCEDIDA A SEGURANÇA, ratificando-se a liminar já deferida.”

Destaca que houve por parte da fiscalização desrespeito à decisão judicial ora mencionada, e frisa que dos seus livros fiscais se observa a correspondência entre os valores pagos indevidamente a título de ICMS sobre “Assinatura Unique” (Cód. 11399) e o valor recuperado a partir do creditamento feito, e ora glosado, conforme resume o quadro de apuração anexado.

Frise, ainda, que a hipótese do estorno realizado no presente caso está adequadamente prevista no RICMS/BA, de modo a comprovar a regularidade da natureza do crédito tomado (estorno de ICMS pago por equívoco). Desta forma, entende que a presente insurgência do fisco baiano só poderia implicar, em multa por descumprimento de obrigação acessória, mas nunca na cobrança do ICMS creditado, porquanto o crédito é devido.

Infração 08

Quanto ao lançamento do crédito fiscal sobre serviços de transporte de ativo imobilizado, confessa que o tomou, tendo em vista a afetação dos bens adquiridos à sua atividade fim, e se não o fizesse implicaria cumulatividade do tributo.

Ao final, requer a improcedência do Auto de Infração.

Às fls.322 a 323, os autuantes formularam sua informação fiscal nos seguintes termos.

Infrações 01 e 03

Os autuante rebateram a alegação defensiva de que foi utilizado o percentual de 10% para o cálculo do débito, esclarecendo que foram elaboradas planilhas relativas à DIFAL pela aquisição de bens para o **ativo imobilizado**, com todos os cálculos conforme detalhamento nos ANEXOS – fls. 14 a 50 -, e pela aquisição de mercadorias para **consumo**, nos ANEXOS – fls. 84 a 108, nos quais, sustentam que está demonstrada, nota a nota, com os respectivos valores, as unidades federativas de origem e respectivas alíquotas, os valores destacados e os devidos, relativos ao DIFAL e o quanto lançado no livro RAICMS e pago, apontando-se todas as diferenças devidas.

Chamam a atenção de que as impugnações foram apresentadas de forma bastante **genérica**, não trazendo o Impugnante aos presentes autos as notas fiscais relativas aos veículos que disse tê-los adquiridos no Estado do Rio Grande do Sul, com a alíquota de origem de 12%, sequer demonstrando onde estariam tais lançamentos nas planilhas elaboradas e anexadas ao PAF.

Explicam que para o cálculo do diferencial de alíquota (DIFAL), foram observados os valores na forma como registrados no livro de Registro de Entradas, notadamente as alíquotas de origem. Assim, asseveram que, se o remetente das mercadorias se situa em quaisquer das localidades das regiões sul, onde está o Estado do Rio Grande do Sul, e sudeste do País, a alíquota admitida para o crédito fiscal será sempre de 7% e nunca 12%, ainda que seja este o percentual consignado no documento fiscal, conforme a regra prevista no artigo 93, § 5º, I, do RICMS/BA.

Infração 02

Transcreveram o artigo 93, inciso II, do RICMS/97, para rebater a alegação defensiva, e aduziram que as hipóteses de utilização de crédito fiscal sobre energia elétrica estão definidas no art. 93, II, do RICMS, aprovado pelo Decreto n. 6.284/97, que constituem *numerus clausus*, das situações em que se pode utilizar o valor do imposto anteriormente cobrado, relativo às aquisições de energia elétrica usada ou consumida no estabelecimento.

Assim, sustentam que o contribuinte não tem direito a apropriação do crédito em tal situação, visto que os serviços prestados por ele (telecomunicações) não se enquadram em qualquer das hipóteses supra aludidas.

Infração 04

Não acolheram o argumento defensivo dizendo que, se um terceiro remete um bem, de sua propriedade, para uso em determinado estabelecimento ou se lhe remete bens para demonstração, mas que, depois de longo tempo, este estabelecimento, que os recebeu em tais condições, não faz a devolução, e utiliza o crédito fiscal que foi destacado nos documentos fiscais sobre tais remessas, que foi exatamente o que aconteceu com o item infracional, entendem que tal procedimento causa prejuízo à Fazenda Pública, eis que, com aquele crédito fiscal tomado, o contribuinte reduziu o recolhimento do ICMS decorrente de suas operações tributáveis em quantia equivalente àqueles créditos tomados.

Infrações 05 e 06

Discordaram do pedido do contribuinte por considerarem que a sua conduta em deixar de lançar notas fiscais de entrada de mercadorias no seu livro de Registro de Entradas, é de natureza dolosa, e tem trazido sim prejuízo ao erário estadual, pois no período fiscalizado, no que foi possível apurar, constataram-se 87 (oitenta e sete) notas fiscais, obtidas através dos arquivos de CFAMT e de NF-e (Nota Fiscal Eletrônica), que foram omitidas dos registros, conforme se pode constatar através das planilhas acostadas aos autos – fls. 115; 119 a 121; 183; 184 e 185.

Dizem, mais, que várias das notas fiscais omitidas dos registros fiscais ocasionaram prejuízos efetivos aos cofres do Estado, uma vez que, sobre elas, incidiam, como de fato incidem, exigências de recolhimento do diferencial de alíquota do ICMS sobre aquisição de bens para o ativo imobilizado ou para consumo, em operações interestaduais.

Ressaltam que a partir das notas fiscais, obtidas através do CFAMT ou do arquivo de NF-e, que não foram lançadas no livro de Entradas, apurou-se a quantia de ICMS de **R\$ 20.050,84**, referente a diferencial de alíquota, conforme se demonstra nas planilhas acostadas aos presentes autos, de fls. 84 a 87; 99 a 108.

Desta forma, sustentam que está demonstrado e provado que a omissão de registros das citadas notas fiscais de aquisição de mercadorias no seu livro de Registro de Entrada, ocasionou prejuízos à arrecadação do ICMS.

Informam que essa é uma prática sistemática da empresa autuada, e dizem que ela já foi autuada através dos Autos de Infração de números 2791161204/11-1, de 26/03/2011, cujo valor da multa foi de R\$ 200.775,54, e 380214.0001/11-9, também de 26/03/2011, através que qual se lançou a multa de R\$ 93.534,26.

Quanto ao pedido do autuado para aplicação dos princípios da proporcionalidade, da razoabilidade e da equidade, para desonerar-se do recolhimento total das multas impostas, ou redução dos seus valores, os autuantes argumentando que não há ilegalidade na aplicação das multas em questão, frisam que elas não têm qualquer condão confiscatório, não cabendo, o cancelamento das mesmas ou qualquer redução de seus valores.

Infração 07

Salientam que este item cuida do lançamento de um crédito fiscal no livro RAICMS pela Impugnante, em setembro de 2009, na ordem de **R\$ 566.867,35**, sob a rubrica de aquisição de **PRODUTOS GENÉRICOS**, no valor de R\$ 2.100.970,29. Indagam, que produtos seriam estes a se aplicarem nas atividades de prestação de serviços de telecomunicação?

Explicam que o creditamento indevido se deu por meio da nota fiscal n. 4560, emitida pelo autuado, tendo ele próprio sido a destinatária, em 30/09/2009, cujo espelho, extraído do Sintegra, encontra-se anexado aos presentes autos, às fls. 215, uma vez que, reiteradamente intimada, deixou de apresentar cópia da nota fiscal originária.

Informam que questionada a empresa, através do seu Departamento Tributário, o seu funcionário, Sr. Vanderlei Araújo Ferreira, *in verbis*, que a utilização do crédito decorreu de “Recuperação de crédito de assinatura Unique Cod 11339. Referente serviços prestados no período de Out/2008 a Ago/2009. Falha na parametrização do Sistema que cobrou valor do ICMS sobre assinatura básica. Empresa possui Sumula 166 transitada e julgada para não recolhimento do ICMS sobre itens do Convênio 69”. (fls.109)

Observam que o autuado em sua defesa afirma, textualmente que o creditamento decorreu por “... **tratar-se de valores de ICMS recolhidos por equívoco sobre os valores de “assinatura unique cod 11339”**, que, segundo eles, nada mais é do que o valor devido pelo assinante em contrapartida da manutenção da disponibilidade do acesso telefônico de forma individualizada para fruição contínua do serviço, sem qualquer inclusão de minutos.

E que “a fiscalização baiana incorre em grave equívoco ao exigir ICMS sobre um serviço meramente preparatório, que não se confunde com a prestação de serviço de telecomunicação, conforme é o comando de decisão judicial proferida pelo e. TJ/BA, através da qual determinou-se ao fisco baiano a não exigência de ICMS da Impugnante sobre o referido serviço de assinatura mensal”.

E ainda faz alusão ao Mandado de Segurança n. 3636-3/2009, que, na concepção do autuado, “cuja decisão já transitou em julgado em 01/09/2009, que determinou à Fazenda Estadual baiana que se abstenha de autuação da Impugnante em decorrência do não recolhimento do ICMS....”.

Diz mais “que a hipótese do estorno realizado no presente caso está adequadamente prevista no RICMS/BA”, citando o seu art. 93, destacando-se o inciso VIII, na parte de assinala “inclusive no caso de imposto pago indevidamente ...”

Quanto ao aludido Mandado de Segurança n. 3636-3/2009, e que teria direito ao estorno nos termos do artigo 93, do RICMS/97, os autuantes rebateram tais alegações arguindo que:

1. *Em primeiro lugar, como se pormenoriza adiante, destaca-se que a Impugnante **agiu de má-fé**, em verdadeira maquinação, ao **simular** uma operação, mediante lançamento direto no livro de Registro de Entrada (fls. 050) da nota fiscal n. 4560, série 1, como se estivesse adquirindo mercadorias, por ela própria vendidas, sob a rubrica de **produtos genéricos** cujo CFOP consignado o 1.949, e assim se creditando, de forma indevida, da expressiva quantia de **R\$ 566.867,35**. Não processou, como alega, qualquer lançamento de estorno de débito, mas, mesmo assim se o fizesse, estaria de igual forma, agindo na contramão da lei.*
O livro de Registro de Entrada e demais livros fiscais encontram-se anexos, em meio magnético, CD (fls. 231), proporcionando, se o for o caso, aos senhores julgadores consulta imediata sobre o lançamento da nota fiscal referida.
2. *O item infracional à legislação tributária estadual em apreço não se refere, sob qualquer hipótese, a exigência de ICMS sobre um serviço meramente preparatório utilizado na prestação de serviço de telecomunicação pela Impugnante, como alude o seu advogado, mas de um creditamento ilegal de ICMS, via simulação de uma operação.*
3. *A Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia não está desrespeitando, como não desrespeitou em tempo algum, como insinua o seu ilustre advogado, a uma decisão mandamental oriunda do TJ/BA, em sede Mandado de Segurança n. 3636-3/2009, que assegura ele haver sido transitada em julgado em 01/09/2009, determinando à Fazenda Estadual baiana que se abstenha de autuação da Impugnante em decorrência do não recolhimento do ICMS sobre a “Assinatura Unique (cód. 11399)”.*
4. *Como dito, a Infração 07, ora guerreada, não se vincula, por mais longínquo que seja, ao Mandado de segurança, sobre o qual atina o inteligente causídico e diz haver decisão definitiva (trânsito em julgado). Posto que a infração sob comento não guarde qualquer relação com o referido Mandado de Segurança, apenas para informação da Impugnante, não houve o trânsito em julgado, vez que, por equívoco processual, não houve a adequada intimação ao representante da Fazenda Pública Estadual da respectiva decisão, tanto que a Procuradoria do Estado interpôs o recurso cabível, Embargos de Declaração, juntada ao processo em 06/09/2011. A última movimentação deste processo, segundo se colhe, nesta data, através do Portal de Serviços do e-SAJ, deu-se a 04/05/2012, quando houve o seu recebimento pelo Desembargador Sinésio Cabral Filho, para relatá-lo. Neste diapasão, referido MS encontra-se, ainda, pendente de julgamento.*
5. *O que versa a infração é o creditamento de ICMS, por meio de via transversa, mediante simulação de uma operação que, no mundo fático, jamaiz existiu (aquisição de **produtos genéricos**) que, depois de questionada, a Impugnante, através do seu preposto do Departamento Tributário, veio a dizer que se tratava de um valor que foi **cobrado** dos seus clientes sobre serviços prestados, relativos a “assinatura básica”, no período de outubro de 2008 a agosto de 2009, em razão de falha de parametrização do Sistema.*

Quanto a alegação de que “cobrança dos valores equivocadamente tributados sobre a referida assinatura mensal de telecomunicação” e que o estorno foi efetuado na forma prevista no art. 93, VIII, do RICMS/BA, os autuantes argumentam que há que se interpretar literalmente o referido dispositivo legal, sem que lhe dê sentido extensivo, que não cabe no Direito Tributário.

Art. 93. Constitui crédito fiscal de cada estabelecimento, para compensação com o tributo devido em operações ou prestações subsequentes e para fins de apuração do imposto a recolher, salvo disposição em contrário:

(omissis)

VIII - o valor dos estornos de débitos, inclusive no caso de imposto pago indevidamente **em virtude de erro de fato ocorrido na escrituração dos livros fiscais ou no preparo do documento de arrecadação**, mediante lançamento, no período de sua constatação, pelo valor nominal, no quadro "Crédito do Imposto - Outros Créditos" do Registro de Apuração do ICMS, mencionando-se a origem do erro (arts. 112 e 113);

Também discordaram que entendimento do autuado na interpretação do trecho em negrito e sublinhado "**inclusive no caso de imposto pago indevidamente**", pois o ele deixou de destacar o restante do trecho, do mesmo inciso VIII, que **condiciona** o creditamento do valor do ICMS sobre os estornos de débito tão-somente **em virtude de erro de fato ocorrido na escrituração dos livros fiscais ou no preparo do documento de arrecadação**.

Assim, dizem que na hipótese de pagamento indevido do ICMS, o caminho para a repetição do indébito tributário teria que se dar nos moldes dos artigos 73 e 74 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal, aprovado pelo Decreto n. 7.629,99, obedecidos os requisitos neles exigidos.

Art. 73. Serão restituídas, no todo ou em parte, a quem provar haver assumido o encargo financeiro do tributo ou estiver expressamente autorizado por quem tiver suportado o ônus financeiro correspondente, as quantias pagas indevidamente relativas a tributo ou penalidade, observados os prazos de prescrição e decadência.

Art. 74. A restituição de tributo estadual, seus acréscimos ou multa, em razão de recolhimento a mais ou indevido, dependerá de petição dirigida à autoridade competente, nos termos do art. 10, através do órgão local, contendo, ainda:

I - indicação do valor da restituição pleiteada;

II - indicação do dispositivo legal em que se funde o requerimento, e prova de nele estar enquadrado;

III - cópia do documento relativo ao recolhimento a mais ou indevido;

Por outro lado, asseveram os autuantes que a restituição do imposto pago indevidamente conferirá a quem provar haver assumido o encargo financeiro. No caso vertente, frisam quem assumiu tal encargo, como a própria Impugnante confessa, foram os seus clientes, cabendo a estes tão-somente o direito de pedir a repetição do indébito tributário, se for o caso, a menos que houvesse a outorga por parte daqueles que assumiram o ônus, dando-lhe poderes para tanto, que não houve.

Explicam que o que de fato aconteceu, segundo informa o autuado, de maneira cristalina - antes pelo preposto do seu Departamento Tributário, Sr. Vanderlei Araújo Ferreira, e agora por seu advogado, na peça de defesa -, o que houve foi um lançamento extemporâneo de crédito fiscal, equivalente, segundo destacou, ao **cobrado** dos seus usuários, relativamente à assinatura básica (Unique Cod 11339), logo após a decisão do Mandado de Segurança.

Observam que o Impugnante, obtendo vitória em Mandado de Segurança por ele impetrado, para não recolher os tributos decorrentes do Convênio 69/98, ainda que em decisão recorrível, como de fato foi, pois o processo ainda se encontra em trâmites judiciais, em sede de Embargos de Declaração, por conta própria deu-lhe efeitos *ex tunc*, fazendo, a seu modo, uma recomposição patrimonial, que não a sofreu, lançando mão de créditos fiscais sem que lhe assegure tal direito.

Com base nestas considerações, os prepostos fiscais dizem que o autuado agiu de má-fé, pois **simulou** uma operação, mediante emissão, por ele próprio, da nota fiscal n.4560, para transmitir a impressão que teria adquirido mercadorias sob a rubrica de **produtos genéricos**, cujo CFOP consignado o 1.949, efetuando o lançamento direto no livro de Registro de Entrada (fls. 050), e assim, creditando-se indevidamente da quantia de **R\$566.867,35**.

Observam que em face da reprovável conduta dos responsáveis pela fraude fiscal sob comento, cabe oferecimento de *notitia criminis* ao Ministério Público Estadual pela autoridade administrativa competente, para, atendidas as formalidades da Súmula Vinculante n. 24 do STF,

propor-se ação penal - se assim entender o órgão ministerial, caso venha constituir-se definitivamente o crédito tributário e não satisfeito o pagamento no momento próprio -, uma vez que está presente o elemento do tipo, consubstanciado no art. 1º, da Lei n. 8.137/90.

Infração 08

Confirmam o direito que o autuado tem ao crédito fiscal sobre os serviços de transporte de ativo permanente, porém, sustentam que o lançamento dos créditos sobre operação aquisição de ativo permanente e sobre o respectivo transporte não deve ser feito diretamente nos livros de Registro de Entradas e de Apuração do ICMS, mas por meio do livro de Controle de ICMS do Ativo Permanente (CIAP), para ser utilizado em 48 (quarenta e oito meses), ou seja, na proporção de 1/48 a cada mês, aplicando-se-lhe o índice entre o valor das saídas tributadas e o total das saídas.

Ressaltam que o autuado faz os registros das aquisições de ativo permanente por meio do livro CIAP, que possui, contudo, não o fez de igual forma em relação ao serviço do transporte acessório, conforme previsto no artigo 93, inciso V, alínea “a”, do RICMS/97.

Concluem pugnando pela manutenção do procedimento fiscal.

Conforme despacho de fl.516, em 30/05/2012, o CONSEF retornou processo à IFEP para ser intimado o autuado se manifestar sobre a informação fiscal.

Em 05/06/2012, o patrono do autuado, através do Processo SIPRO nº 100715/2012-8, comunicou a quitação parcial do débito, relativamente às infrações nº 01, 03, 04, 05, 06 e 08, tendo acostado cópias das respectivas guias de recolhimento, no total de R\$204.200,84 (docs.fl.s.520 a 533).

O sujeito passivo foi cientificado pela repartição fiscal de origem sobre a informação fiscal prestada pelo autuante, conforme intimação AR dos Correios à fl.535, devidamente assinado pelo seu representante legal, porém, no prazo estipulado de 10 (dez) dias não houve qualquer manifestação de sua parte.

Constam às fls.539 a 552, documentos extraídos do SIDAT – Sistema Integrado de Gestão da Administração Tributária, intitulados de “Detalhes de Pagamento PAF”, referente ao pagamento da parcela reconhecida, efetuado em 31/05/2012, no total de R\$129.822,55 (R\$761,12; R\$12.750,39; R\$20.241,86; R\$19.969,92; R\$ 8.274,78 e R\$67.824,48)

VOTO

Depois de examinar todos os elementos que integram o presente Auto de Infração constato que a sua composição, processamento e formalização encontram-se em total consonância com o RICMS/97 e com o RPAF-BA/99, ou seja, o lançamento tributário contém todos os pressupostos materiais e essenciais, pois os fatos geradores do crédito tributário estão constituídos nos levantamentos efetuados pelo autuante com base nos documentos fiscais do contribuinte autuado.

Quanto aos aspectos constitucionais abordados na peça defensiva em relação a legislação tributária estadual constante no enquadramento legal da cada infração, destaco a regra estabelecida pelo art. 167, I do RPAF/99 que retira do órgão julgador administrativo a competência para a declaração de inconstitucionalidade ou negativa de aplicação de Lei, decreto ou ato normativo.

Portanto, não é esta Junta de Julgamento Fiscal o foro apropriado para a discussão de uma possível ilegalidade de norma tributária estadual, como argüido pelo autuado, e a jurisprudência e a doutrina citada na defesa não se aplica aos fatos narrados no auto de infração objeto deste processo.

No mérito, na análise das peças processuais, verifico que o autuado em sua defesa apresentada em 04/05/2012, impugnou todos os itens do Auto de Infração, e posteriormente, em 31/05/2012, efetuou o recolhimento do débito das infrações 01 (R\$67.824,48), 03 (R\$20.241,86); 04 (R\$8.274,78); 05 (R\$761,12); 06 (R\$19.969,92); e 08 (R\$12.750,39) conforme documentos extraídos do SIDAT – Sistema Integrado de Gestão da Administração Tributária, intitulados de “Detalhes de

Pagamento PAF”, referente ao pagamento da parcela reconhecida, no total de R\$129.822,55, às fls. 539 a 552.

INFRAÇÕES	60%	M.FIXA	INFRAÇÕES	VL.DÉBITO
1	67.824,48		1	67.824,48
2	400.483,21		2	
3	20.241,86		3	20.241,86
4	8.274,78		4	8.274,78
5		761,12	5	761,12
6		19.969,92	6	19.969,92
7	566.867,35		7	
8	12.750,39		8	12.750,39
TOTAIS	1.076.442,07	20.731,04	TOTAIS	129.822,55

Portanto, o autuado ao efetuar o pagamento dos itens acima reconheceu o lançamento tributário indicado no presente Auto de Infração. Por sua vez, o reconhecimento do crédito tributário do Estado pelo contribuinte através do pagamento efetuado conduz o processo à extinção, conforme previsto no artigo 122, inciso IV, do RPAF/99 e torna a defesa apresentada sem eficácia. Assim, fica extinto o débito relativo às citada infrações, nos termos do artigo 156, inciso I, do CTN, e PREJUDICADA a defesa apresentada.

Assim, não existe lide sobre o lançamento do débito relativo às infrações acima citadas, porquanto foram pagas, extinguindo-se os débitos a elas inerentes.

Quanto à infração 02, o fulcro da autuação é de que o autuado utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS relativo a aquisição de energia elétrica, na prestação de serviços de comunicação, importando a infração na quantia de R\$ 400.483,21.

Assim, o autuado argumenta a apropriação de créditos de ICMS efetuada pelo estabelecimento, considerada indevida pela Fiscalização, é legítima, na medida em que:

*(b.1) a energia elétrica utilizada pela empresa é **insumo indispensável** à prestação do serviço de telecomunicação, sendo consumida de forma imediata e integral no processo de prestação do serviço de comunicação, sendo legítimo o creditamento do ICMS incidente na sua aquisição;*

*(b.2) ainda que assim não fosse, os serviços de telecomunicação são considerados indústria básica para todos os fins, sendo admitido o crédito relativo ao ICMS incidente sobre a energia elétrica consumida em **processo de industrialização**;*

Os autuantes, por seu turno, argumentam que o contribuinte não tem direito a apropriação do crédito referente a energia elétrica, visto que os serviços prestados por ela (telecomunicações) não se enquadram em qualquer das hipóteses previstas no artigo 93, inciso II, do RICMS/97.

De tudo o que foi argüido na peça defensiva, extrai-se em síntese que: sem energia elétrica não há serviço de telecomunicação, ou seja, que a energia elétrica é essencial na prestação de serviço de telecomunicação, constituindo insumo sem o qual é impossível aquele serviço, e que os serviços de telecomunicação são considerados para fins tributário como de industrialização.

Verifico que no mérito, é recorrente a questão sob análise, conforme jurisprudência do CONSEF, a exemplo do Acórdão JJF Nº 0298-02/11, desta Junta de Julgamento Fiscal, que trata da mesma matéria, e contribuinte do mesmo ramo de atividade, bem como a quase literalidade das arguições trazidas pela defesa e informação fiscal.

Verificada a identidade entre os argumentos trazidos pelo impugnante e o voto proferido no Acórdão JJF Nº 0298-02/11, (decisão unânime), cujo entendimento acolho, - haja vista que

participei como um dos julgadores - para integrar o presente voto, passando, assim, a reproduzir parte da conclusão do aludido voto, quanto ao mérito em questão, *in verbis*:

.....

Ultrapassada a preliminar, relativo aos períodos acima alinhados, cabe a análise do mérito relativa à infração 01, liminarmente quanto à arguição de legitimidade do aproveitamento de crédito de ICMS decorrentes da aquisição de energia elétrica utilizada como insumo pela defendente, conforme já mencionado. Restringindo a análise à legalidade, verifico que o creditamento do ICMS na aquisição de energia elétrica, apesar de o autuado pleitear os créditos utilizada apenas como insumo para prestação de serviço de telecomunicação, apresentando relatório técnico em que conclui que 13% da energia elétrica utilizada não foi para a “produção”, na ocasião da escrituração do crédito, conforme consta da informação fiscal, a defendente lançou no Livro de Registro de Entrada o valor total do crédito destacado na nota de energia elétrica, transferiu para o Livro de Apuração a soma deste crédito no CFOP 1.255 e não estornou no campo Estorno de Crédito o valor correspondente à energia consumida em seu estabelecimento, caracterizada como despesa.

Ocorre que a prestação de serviço de comunicação não é um processo de industrialização, portanto não faz jus ao crédito conforme art. 93, II, “b” do RICMS aprovado pelo Decreto 6.284/97, art. 29, §1º, III, “b” da Lei 7014/96 e art. 33, II, “d” da Lei Complementar 87/96, entendimento esse que é ratificado pelos acórdãos desse CONSEF, a exemplo dos Acórdão CJF Nº 0021-11/05 e mais recentemente o ACÓRDÃO da 2ª CJF Nº 0007-12/11.

Destarte, o art. 33 da Lei Complementar em sua redação original dispunha:

“Art. 33. Na aplicação do art. 20 observar-se-á o seguinte:

.....

II – a energia elétrica usada ou consumida no estabelecimento dará direito a crédito a partir da entrada desta Lei Complementar em vigor.”

Ocorre que, a edição da Lei Complementar nº 102/2000 introduziu uma nova redação ao inciso II:

“II - somente dará direito a crédito a entrada de energia elétrica no estabelecimento:

a) quando for objeto de operação de saída de energia elétrica;

b) quando consumida no processo de industrialização;

c) quando seu consumo resultar em operação de saída ou prestação para o exterior, na proporção destas sobre as saídas ou prestações totais; e

.....”

O entendimento, aqui alinhado, é no sentido de que não é possível às empresas de comunicação se creditar do ICMS anteriormente recolhido em relação à energia elétrica, já que não há, neste caso, industrialização e, por decorrência, ela não pode ser caracterizada como insumo, visto, inclusive o que dispõe o art. 46, parágrafo único do Código Tributário Nacional ao conceituar o produto industrializado como aquele “que tenha sido submetido a qualquer operação que lhe modifique a natureza ou a finalidade, ou o aperfeiçoe para o consumo”, bem como o art. 4º do Regulamento do IPI (RIPI), na mesma linha, descreve a atividade industrial como aquela que altere a natureza ou a finalidade dos produtos, ou aperfeiçoe-os para consumo.

A legislação tributária do estado da Bahia do ICMS, acima mencionada, segue o que determina a Lei complementar 87/96, com nova redação dada ao art. 33, II pela Lei Complementar 102/2000, não permitindo o aproveitamento do crédito fiscal de energia elétrica para as empresas prestadoras de serviço de comunicação, visto que não realizam processo de industrialização.

Quanto aos julgados dos Contenciosos Administrativos de outras Unidades da Federação, deve ser observado o disposto na Carta Constitucional, que ao fortalecer o pacto federativo, concede

a cada unidade federativa a autonomia legislativa, quanto aos tributos de sua competência, para fiscalização, conseqüente lançamento e o controle da legalidade de seus atos administrativo, através de seu contencioso administrativo fiscal, não cabendo a possibilidade de vincular seus atos a normas ou decisões de órgãos administrativos de outras unidades da federação.

Quanto à alegação de inconstitucionalidade da Lei Complementar, não se incluem na competência dos órgãos julgadores a declaração de inconstitucionalidade. Cabe ressaltar, contudo, que o STF, em julgamento da medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade n.º 2.325, firmou o entendimento de que a Lei Complementar é constitucional.

Concernente a argüição de ilegalidade da exigência da multa aplicada contra a defendente por supostas infrações praticadas por STEMAR Telecomunicações Ltda., além da inscrição de nº 59.805.850 da Stemar Telecomunicações LTDA., ainda não ter sido baixada, visto que se encontra suspenso o processo de baixa, por conseguinte, se prevalecesse a tese do sujeito passivo, não se ajustaria ao presente caso, cabe alinhar que, em consonância com STJ, Resp. 923.01/2007, da relatoria do Ministro Luiz Fux, ficou decidido que a responsabilidade do sucessor abrange além dos tributos devidos pelo sucedidos, as multas moratórias ou punitivas, acompanham o passivo do patrimônio adquirido.

Diante do exposto, cabe a manutenção integral da infração 01.

Em que pese o autuado ter trazido aos autos laudos técnicos para certificar seus argumentos, e suas explicações no sentido de que a energia elétrica é essencial na prestação de serviço de telecomunicação, constituindo insumo sem o qual é impossível aquele serviço, com fundamento no art. 33, II, “b”, da Lei Complementar nº 87/96, na redação dada pela Lei Complementar nº 102/00, concluo pelas considerações alinhadas na jurisprudência do CONSEF através do julgamento acima transcrito, que foi correto o procedimento da fiscalização na exigência fiscal, subsistindo o reclamo fiscal.

INFRAÇÃO 07

A infração 07 cuida da acusação de que o autuado efetuou estorno de débito de ICMS em desacordo com a legislação tributária, mediante lançamento a crédito da quantia de R\$ 566.867,35, consignado na nota fiscal n. 4560, série 1, emitida pelo próprio contribuinte autuado, intitulando a operação como aquisição de PRODUTO GENÉRICO.

Verifico que a aludida nota fiscal, realmente foi emitida pela GVT, em 30/09/2009, tendo como destinatário ela própria, constando no campo "descrição do produto", a mercadoria sob o título de PRODUTO GENÉRICO, com destaque de ICMS, cujo crédito foi utilizado no livro de Registro de Entrada, fato não negado pelo autuado.

Na peça defensiva o sujeito passivo, justificou que tal valor se refere a "Recuperação de crédito de assinatura Unique Cod 11339, cobrado de seus usuários, correspondente ao período de outubro de 2008 a agosto de 2009, e que por falha do seu sistema de parametrização foi debitado ICMS sobre assinatura básica.

Analisando tal argumento defensivo, não vejo como acatá-lo, pois o autuado não apresentou os elementos de provas necessários que tal importância realmente se refere a ICMS sobre assinatura básica cobrado de seus usuários, ou seja, foi apresentado apenas um demonstrativo dos valores apropriados nos livros fiscais. Ainda que se considerasse como “assinatura” cobrada pelos usuários, fato não comprovado, o procedimento do alegado estorno de débito de ICMS cobrado dos usuários a título de assinatura básica, não encontra amparo nos artigos 93, inciso VIII, 112, § 4º, e 569-A, § 4º, todos do RICMS/97, visto que não se trata de erro de fato ocorrido na escrituração dos livros fiscais, mas sim, utilização indevida de crédito fiscal não previsto na legislação tributária, haja vista que tal serviço é tributado pelo ICMS.

Verifico, ainda, que o autuado ao defender-se alegou que a receita cobrada dos usuários a título de “assinatura mensal”, não incide o tributo, conforme decidido nos autos do Mandado de Segurança nº 3636-3/2009, julgado em definitivo pela colenda Seção Cível de Direito Público do

Tribunal de Justiça do Estado da Bahia em 23/07/2009.

Não vejo como acolher esta alegação defensiva, pois não restou comprovado que tal importância se refira a “assinatura básica”. Desta forma, comungo com o autuante de que a infração em comento não se vincula ao referido Mandado de Segurança, merecendo ressaltar que é verídica a informação do autuante de que ainda não houve o trânsito em julgado, eis que, conforme consta na pesquisa efetuada no Portal de Serviços do e-SAJ, o mesmo encontra-se ainda pendente de julgamento, pois a Procuradoria do Estado interpôs Embargo de Declaração, em razão de não ter havido a adequada intimação ao representante da Fazenda Pública Estadual da respectiva decisão.

Nestas circunstâncias, mantenho o lançamento do débito em questão.

Por fim, relativamente ao pedido para redução ou cancelamento de todas as multas aplicadas pelo descumprimento da obrigação principal, ressalto a legalidade das mesmas, tendo em vista que estão previstas no artigo 42, II, “f”, e VII “a”, da Lei nº 7.014/96, não podendo ser acatado o pedido de sua exclusão ou redução, visto que as penalidades impostas estão vinculadas às infrações cometidas, e este órgão julgador não tem competência para apreciar pedido de redução ou cancelamento de multa decorrente de obrigação principal, competência exclusiva da Câmara Superior deste CONSEF, consoante o art. 159 do RPAF/99.

Sobre a alegação defensiva de confiscatoriedade da multa de 60%, observo que a sua aplicação pelo descumprimento da obrigação principal neste processo é prevista no citado dispositivo legal, sendo que as alegações concernentes ao seu caráter confiscatório não devem ser apreciadas por estar prevista na citada lei e em face do disposto no artigo 167, inciso I, do RPAF/99.

Ante o exposto, 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 **129442.0001/12-0**, lavrado contra **GLOBAL VILLAGE TELECOM LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$1.076.442,07**, acrescido das multas de 60%, previstas no artigo 42, II, “f” e VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das multas por descumprimento de obrigação acessória no valor total de **R\$20.731,04**, previstas nos incisos IX e XI do citado dispositivo legal e dos acréscimos moratórios de acordo com a Lei nº 9837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 02 de outubro de 2012.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE/RELATOR

ÂNGELO MARIO DE ARAUJO PITOMBO – JULGADOR

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – JULGADOR