

PROCESSO - A. I. Nº 269135.0014/12-7
RECORRENTE - TIM CELULAR S/A.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4ª JJF nº 0066-04/13
ORIGEM - IFEP SERVIÇOS
INTERNET - 19/12/2013

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0401-12/13

EMENTA: ICMS. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO. SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. VALORES TRIBUTADOS COMO NÃO TRIBUTADOS. Trata-se de diversas receitas de telecomunicações oriundas de prestações de serviços a contribuinte não inscritos. Infração comprovada. Não acolhidas as preliminares. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário contra a Decisão da 4ª Junta de Julgamento Fiscal que julgou procedente o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 28/09/2012 para cobrar ICMS, acrescido de penalidade de 60%, e multa fixa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$159.458,76, em decorrência do cometimento de duas infrações.

Entretanto, somente é objeto do presente Recurso a infração 02, a seguir descrita:

Infração 02 – Falta de recolhimento do ICMS na prestação de serviço de comunicação por escrituração de valores tributados como não tributados. Total da Infração: R\$157.778,76, com multa de 60%.

Consta na descrição da infração 02 as seguintes informações complementares:

Devido a não tributação pelo ICMS de serviços de Comunicação para clientes diversos. Contribuinte não ofereceu a tributação diversas receitas de telecomunicações oriundas de prestação de serviços a contribuintes não isentos, conforme lançado no livro Registro de Saídas e nos registros magnéticos entregues a fiscalização através do arquivo Sintegra registros 75, 76 e 77, de onde foram extraídos os dados apresentados nas planilhas de apuração do imposto devido, anexas a este PAF. Tudo apurado conforme ANEXO A e os respectivos registros magnéticos, todos apensos a este PAF. Salientamos que o contribuinte não escriturou no livro de registro de saídas as NFs de maneira individualizada, nota a nota, ou seja, não registrou individualmente o nº da NF, data de emissão, valor total, base de cálculo, alíquota e imposto destacado conforme determina a legislação vigente. Dessa forma os dados apresentados nos demonstrativos foram extraídos dos registros 75, 76 e 77 do arquivo SINTEGRA.

Em seguida, foram apresentadas defesa tempestiva às fls. 29 a 36, contestando as infrações, bem como Informação Fiscal às fls. 58 a 60, ratificando o entendimento da Procedência do Auto de Infração.

Regularmente instruído, o processo foi a julgamento pela 4ª JJF, que decidiu, por unanimidade, pela Procedência da exigência fiscal, com base nas considerações a seguir transcritas, *in verbis*:

“VOTO

Saliento que o presente Auto de Infração obedeceu, em sua lavratura, aos ditames do Art. 39 do RPAF/99, e encontra-se apto a surtir seus efeitos jurídicos e legais.

Saliento que não se inclui na competência deste órgão julgador a apreciação de questões sobre a constitucionalidade de leis. Ademais, as multas aplicadas estão tipificadas na Lei nº 7.014/96, que instituiu o ICMS no Estado da Bahia.

(...)

Na infração 2, está sendo exigido o ICMS em decorrência de falta de recolhimento na prestação de serviço de comunicação por escrituração de valores tributados como não tributados.

As prestações de serviço de comunicação, ainda que se iniciem no exterior, estão sujeitas ao ICMS, a partir da previsão da Carta Magna de 1988. Coube à Lei Complementar 87/96 estabelecer que o ICMS incide sobre: “prestações onerosas 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. (art. 2º, III).

Assim, todo serviço de comunicação, definido na Lei Complementar nº 87/96, poderá estar sujeito à incidência do ICMS, desde que tal definição tenha sido adotada, parcial ou integralmente, pela lei estadual ou distrital, em observância aos princípios da legalidade e da tipicidade fechada.

No estado da Bahia, a Lei nº 7.014/96, dispõe no art. 2º, VII, que o ICMS incide sobre 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.

Outrossim, ocorre o fato gerador do ICMS no momento da prestação onerosa de serviços de comunicação de qualquer natureza, inclusive na geração, emissão, transmissão, retransmissão, repetição, ampliação ou recepção de comunicação, por qualquer meio ou processo, ainda que iniciada ou prestada no exterior, observado o seguinte:

a) quando se tratar de serviço de telecomunicações, o imposto será devido a este Estado:

1 - nos serviços internacionais tarifados e cobrados no Brasil, cuja receita pertença às operadoras, e o equipamento terminal brasileiro esteja situado em território deste Estado;

2 - na prestação de serviços móveis de telecomunicações, desde que a estação que receber a solicitação esteja instalada no território deste Estado;

b) caso o serviço seja prestado mediante ficha, cartão ou assemelhados, considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento do fornecimento desses instrumentos ao usuário ou a terceiro intermediário, ou, quando para utilização exclusivamente em terminal de uso particular, no momento do reconhecimento ou ativação dos créditos.

Na base de cálculo das prestações de serviços de comunicação, segundo o § 11 da Lei nº 7.014/96, devem ser incluídos os valores cobrados a título de acesso, adesão, ativação, habilitação, disponibilidade, assinatura e utilização dos serviços, bem como aqueles relativos a serviços suplementares e facilidades adicionais que otimizem ou agilizem o processo de comunicação, independentemente da denominação que lhes seja dada.

Os dados apresentados nas planilhas de apuração do imposto, fls. 08/09, foram obtidos do livro Registro de Saídas e dos registros magnéticos entregues à fiscalização, arquivo SINTEGRA Registros 75, 76 e 77, que são aqueles utilizados pelo prestadores de serviços de comunicação, posto que o Registro tipo 75 - deve ser informado somente pelos contribuintes que informarem registros 54 ou 60R ou 61R ou 74 ou 77 e conterá listagem das mercadorias ou serviços informados nestes registros.

O Registro tipo 76 deve ser informado somente pelos contribuintes prestadores de serviços de comunicação ou telecomunicação e conterá informações dos documentos fiscais de modelos 21 e 22 em relação às prestações efetuadas.

O Registro tipo 77 da mesma forma, mas conterá informações dos itens de serviços constantes nos documentos fiscais de modelo 21 e 22, em relação às prestações efetuadas.

O sujeito passivo reconheceu que, indevidamente, não levou à tributação parte de sua receita, e como pode ser verificado, o objeto desta infração é a cobrança relativa aos serviços de código 8000170 e SCSD, ambos os códigos de serviços de co-billing, conforme extraído do arquivo SINTEGRA, e ratificado pelo contribuinte.

Como ressaltou o autuante, esse ao verificar que aquelas saídas não estavam tributadas, recebeu como resposta que se tratava de co-billing, que não foi lançado nos arquivos magnéticos consoante a determinação do Convênio ICMS 115/2003, mas que os mesmos foram tributados e lançados no livro de Apuração, na rubrica “outros débitos”, mas essa informação não restou confirmada na ação fiscal.

Outrossim, o autuante salientou que não estão relacionados no Anexo do PAF, saídas para a Assembléia Legislativa do Estado da Bahia, nem foram exigidas parcelas de multas e de juros, posto que são despesas financeiras e não prestações de serviços de comunicação. A multa aplicada é a prevista na Lei nº 7.014/96.

Diante do exposto fica mantida a infração na íntegra.

Destaco que foi solicitado que as intimações referentes ao presente processo sejam feitas, exclusivamente, em nome de ERNESTO JOHANNES TROUW, OAB/RJ Nº 121.095 e FÁBIO FRAGA GONÇALVES, OAB/RJ Nº 117.404, que receberão as intimações na Av. Rio Branco nº 99, 7º andar, Centro, Rio de Janeiro – RJ, CEP 20.040.004, e não há óbice para o seu cumprimento, contudo o não atendimento não implica em nulidade, nos termos do RPAF/99.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração com redução da multa.”

Inconformado com a Decisão proferida pela primeira instância, o Contribuinte apresenta Recurso Voluntário (fls. 87 a 94), onde alega que a Decisão recorrida merece ser reformada.

Após apontar a tempestividade do seu Recurso e fazer uma síntese dos fatos ocorridos na autuação, diz que o Auto de Infração lhe imputa o cometido de duas infrações: a primeira devido a suposta escrituração no livro fiscal em desacordo com as normas regulamentares; e a segunda pela suposta falta de recolhimento do ICMS na prestação de serviço de comunicação por escrituração de valores tributados como não tributados.

Em seguida, passa a discorrer sobre o mérito das infrações.

Quanto à falta de recolhimento de ICMS na prestação de serviços de comunicação, lançada na infração 02, propala que foi autuada por não recolher ICMS de Serviços de Comunicação para clientes diversos, mas especificamente porque não ofereceu à tributação diversas receitas de telecomunicações oriundas de prestação de serviços a contribuintes não - isentos.

Alega que “*como já informado, parte das receitas não eram de fato tributáveis, isto porque englobavam OCC's de juros e multas, os quais são cobranças financeiras, não havendo incidência do ICMS*”. Também diz que “*existem serviços prestados à órgãos públicos, como Assembleia Legislativa do Estado da Bahia, sendo esta operação é imune à tributação, visto que o serviço é prestado para a própria Administração Pública, pois de outra forma o Estado estaria se “auto” tributando*”.

Aduz que verificou, por amostragem, a existência de notas emitidas a órgãos públicos do Estado da Bahia e, diante deste fato, diz que, consoante a Constituição Federal e o Convênio ICMS 24/03, não é tributada os serviços de comunicação nas prestações de serviços de comunicação utilizados por órgãos da Administração Pública Estadual Direta e suas Fundações e Autarquias mantidas pelo Poder Público Estadual. Assegura que “*equivoca-se esta Administração Estadual, uma vez que ao analisar a amostragem através dos anexos do Auto de Infração em questão, relacionados às séries AA e AB do Convênio nº 115/03, a Impugnante constatou a existência de destinatários de mercadorias que são órgãos públicos, o que justifica a não tributação para estes tomadores de serviços, nos termos do artigo 150, da Constituição Federal*”.

Neste ponto, transcreve o art. 150, VI, a e §2º da CF para então repetir que da análise das notas fiscais, os tomadores do serviço de telecomunicação são órgãos públicos, “*o que jamais poderia ensejar a cobrança do ICMS e o seu destaque na nota fiscal*”. Nesta toada, afirma que os entes públicos possuem imunidade tributária, não podendo ser cobrado imposto sobre patrimônio, renda ou serviços destes. Aponta que o STF já se posicionou que a imunidade engloba todos os impostos. Transcreve a ementa do Recurso Extraordinário nº 225.778-AgR.

Com base em suas argumentações, conclui que as imunidades são absolutas, “*o que significa que qualquer pretensão das unidades federativas nesse campo é nula de pleno direito*”. Deste modo, afirma que “*não há que se falar em cobrança do ICMS em virtude de não haver destacado o imposto no documento fiscal emitido em operação de serviço de telecomunicação, uma vez que se trata de venda de mercadoria para órgãos públicos*”.

Em seguida, traça considerações sobre infrações de caráter continuado, conforme a aplicação dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

Fala que, apesar da Decisão ter reconhecido o caráter continuado das multas mensais aplicadas sobre o descumprimento da obrigação acessória, não houve análise quanto a instituição das multas mensais de 60% do valor do imposto não recolhido.

Diz que a aplicação mensal de multa é totalmente destituída de razoabilidade e desproporcional à infração cometida, isso porque, o recorrente acredita que não se está diante de diversas infrações, mas sim de infrações sequenciais de igual natureza, tendo em vista tratar-se da mesma tutela jurídica, ocorridas seguidamente.

Aponta que, da leitura do Auto de Infração, “para cada mês em que foi recolhido ICMS a menor, uma multa de 60% sobre o valor devido”. Desse modo, apresenta o argumento de que é autuação castigou desarrazoadamente o Contribuinte, “*impondo-lhe uma sanção para cada ação idêntica apurada dentro do mesmo contexto, nos exercícios de 2008*”.

Alega que “*o presente caso é típico de aplicação de uma única multa às infrações administrativas de caráter continuado*”, de acordo com vasta doutrina e jurisprudência do STJ que colaciona *Resp. 252095/PE*.

Aduz que neste mesmo sentido já decidiu o Conselho de Contribuintes Federal, conforme o Acórdão 303-27132, Terceira Câmara, que transcreve.

Argumenta que a prática levada a efeito pelo Fiscal Autuante está em confronto com os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, por ser discrepante o descumprimento realizado pela Autora e a sanção aplicada.

Ao final pede “*que seja dado provimento ao presente Recurso Voluntário, com intuito de que o Auto de Infração nº 269135.0014/12-7 seja julgado totalmente improcedente e, caso assim não se entenda, seja aplicada uma única multa para o recolhimento a menor do ICMS, em razão do caráter continuado das infrações*”.

Em termos, os autos forma remetidos à PGE/PROFIS para análise.

No Parecer de fls. 99 e 100, a n procuradora Ângeli Maria Guimarães Feitosa, após fazer um sumário das ocorrências do PAF, relatando que a empresa argumenta que muita das operações consideradas pela Fiscalização como tributáveis não o são, já que oram destinadas a entidades da Administração Pública, diz que “a Junta fiscal não procedeu a uma diligência no sentido de apurar estas alegações do autuado, e diante da insistência da alegação”, a i. Procuradora opinou pela conversão do feito em diligência, à ASTEC CONSEF, para que fosse averiguado nos arquivos do SINTEGRA em anexo ao PAF e nas planilhas da Fiscalização, se foram incluídas na autuação operações de comunicação destinada a órgãos da administração Pública estadual.

Em sessão de Pauta Suplementar, realizada no dia 22 de agosto de 2013, a 2^a CJF resolveu não acolher a proposição de conversão do feito em diligência, conforme sugerida pela PGE, tendo em vista o quanto disposto no art. 31, IV do então vigente RICMS/BA-99 que preceituava a isenção do ICMS nas seguintes condições:

“Art. 31. São isentas do ICMS:

(...)

IV - a partir de 01/01/96, as prestações de serviços de telecomunicações utilizados por órgãos da administração pública estadual direta e suas fundações e autarquias mantidas pelo poder público estadual e regidas por normas de Direito Público, devendo o benefício ser transferido aos beneficiários, mediante a redução do valor da prestação, na quantia correspondente ao imposto dispensado (Convs. ICMS 107/95 e 44/96).”

Com esta Decisão, os autos retornaram à PGE/PROFIS para emissão de Parecer opinativo final.

Às fls. 104 a 107, novamente a i. Procuradora Ângeli Maria Guimarães Feitosa, manifestou-se acerca do presente PAF. Depois de novo intróito, com o resumo dos fatos, passa a discorrer sobre as argumentações recursais.

Após a análise do Recurso, alega estarem “*ausentes argumentos jurídicos capazes de provocar a revisão do acórdão recorrido*”. Aduz que o Auto de Infração não tem vícios ou nulidades e atende todos os requisitos do art. 39 do RAPF e que foram respeitados o devido processo legal e ampla defesa no presente processo administrativo.

Ressalta tanto que todas a arguições de constitucionalidade constantes na súplica recursal devem ser rechaçadas, em especial àquelas relativas as multas aplicadas, uma vez que falece competência a este Órgão colegiado a declaração de constitucionalidade, conforme os termos

do art. 167, I do RPAF, bem como que a multa aplicada possui caráter sancionatório e educativo, pelo que o percentual fixado pela legislação está em consonância com tais finalidades.

No que tange ao mérito, afirma que não coaduna com o entendimento esposado pelo Relator do presente processo quanto a não inserção da Assembléia Legislativa estadual entre os órgãos da Administração Pública direta estadual.

Cita e transcreve o art. 37 da Constituição Federal afirmando que é muito claro o caput do artigo quanto da presença da Administração Pública direta e indireta, em qualquer dos Poderes da União, o que, pelo princípio da simetria, também se aplica no âmbito dos Estados Federados. Afirma que:

“A grande confusão é realizada pelo Decreto-lei 200/67, no âmbito da União, e pela lei nº 2321/66, no âmbito estadual, que não prevêem o Poder Legislativo e o Poder judiciário como integrantes da Administração Pública centralizada”.

Continua a n. Procuradora dizendo:

“Todavia, tais normas destinam-se apenas a organizar o conceito de administração no âmbito do Poder Executivo, pelo que não fazem qualquer referência aos demais poderes. Ademais não poderia o legislador infraconstitucional restringir o alcance de uma norma estrutural da Constituição Federal”

Neste sentido, translada lição de i. professor Hely Lopes Meireles sobre o tema, para após continuar a esclarecer que, na concepção constitucional prevalece o entendimento que a Assembléia Legislativa integra a Administração Pública direta, fato que *“estenderia a isenção prevista no Convênio 23/03 em foco na infração 02”*.

Entretanto, mesmo como indeferimento da diligência, vê que já foi manifestado expressamente pelo autuante (fl. 60) que não houve a inserção de operações destinadas à Assembleia Legislativa, como também apontado que *“o recorrente não indicou precisamente quais seriam as notas fiscais relativas às operações dessa natureza que teriam sido consideradas pela fiscalização, entendendo pela manutenção da referida infração 02”*, consoante a inteligência do art. 143 do RPAF, que transcreve.

Ao final, opina pela manutenção do julgado, com o Não Provimento do Recurso Voluntário interposto.

VOTO

Temos em apreciação Recurso Voluntário contra a Decisão da 4ª JJF que julgou procedente o Auto de Infração em epígrafe, mas com a redução da multa lançada na infração 01, por estar readequando-a ao quanto previsto na legislação.

Assim, o cerne da irresignação recursal recai somente sobre a infração 02.

Ab ovo, mesmo não sendo arguidas questões específicas de nulidade, entendo que todos os requisitos previstos nos artigos 18 e 39 do RPAF/99 foram preenchidos. Compulsando os autos, percebo que as imputações estão claras, as bases de cálculos foram determinadas, *a priori*, conforme o valor previsto em lei, foram fornecidos os demonstrativos de débito referentes as autuações em discussão e foram respeitados todos os direitos e garantias do contribuinte, como a ampla defesa, o contraditório e o devido processo legal administrativo.

Preliminares não acolhidas.

Quanto ao reconhecimento de inconstitucionalidade, mesmo não sendo uma argüição específica dentro do Recurso Voluntário, esclareço que não faz parte da competência deste CONSEF, consoante o previsto no art. 167 do RPAF/BA, a declaração de inconstitucionalidade de lei.

No mérito, temos tão somente sob apreciação a infração 02, que imputou ao Sujeito Passivo a falta de recolhimento do ICMS na prestação de serviço de comunicação por escrituração de valores tributados como não tributados.

Para uma visão completa da matéria em lide, faz-se necessária uma pequena digressão sobre os fatos açambarcados nesta exação.

Na descrição da infração no corpo do Auto de Infração, o Auditor Fiscal explicita os fatos que deram ensejo a presente autuação, da seguinte forma:

“Devido a não tributação pelo ICMS de serviços de Comunicação para clientes diversos. Contribuinte não ofereceu a tributação diversas receitas de telecomunicações oriundas de prestação de serviços a contribuintes não isentos, conforme lançado no livro Registro de Saídas e nos registros magnéticos entregues a fiscalização através do arquivo Sintegra registros 75, 76 e 77, de onde foram extraídos os dados apresentados nas planilhas de apuração do imposto devido, anexas a este PAF.”

Conforme se depreende da documentação anexa ao Auto de Infração, fls 8 e 9, a fiscalização lançou a discutida infração por não terem sido tributadas as operações de serviços sob os códigos 8000170 e SCSD.

Mediante a intimação de fl. 12, datada de 09/08/2012, a empresa foi instada a se manifestar para esclarecer: (i) por que tais operações foram consideradas como não tributadas; (ii) qual seria a base legal desse entendimento; (iii) qual era a numeração e data de emissão da Notas fiscais que correspondiam a estas saídas; (iv) por que estas Notas Fiscais não foram lançadas nos registro do Convênio 115/03.

Em missiva do dia 19 de setembro de 2012, fl. 67, o recorrente teceu as seguintes considerações:

“(...) em atendimento a Intimação em referência (03/2008), a TIM esclarece que em verificação a planilha anexa a presente as séries relacionadas como não tributados referem-se às operações de Co-Biling e Repasse.

Com relação à série RP – Repasse, ratificamos que não há que se falar em tributação, visto tratar-se apenas de um repasse financeiro de Receita para a empresa dona do CSP - código de Seleção de Prestadora que foi utilizado.

Para as séries de Co-biling que não estão declaradas nos Arquivos Convênio 15/2203, informamos que as mesmas foram tributadas, porém os respectivos valores do imposto forma lançados no Livro Registro de Apuração de ICMS, na rubrica “outros Débitos. Essa medida tem como fim salvaguardar o recolhimento do imposto devido nestas operações, uma vez que dependemos dos arquivos Convênio 115/2003 a serem enviados pelas operadoras e que até o atual momento não foi recibo.”

Em sua Defesa, de fls. 24 a 36 dos autos, a Empresa contesta a infração 02, com a seguinte argumentação:

“Ocorre que a infração foi apurada em razão da ação fiscal ter identificado, com base nos registro SINTEGRA tipo “75 (código de produtos e serviços), “76” (nota fiscal de serviços de comunicação e telecomunicações) e “77” (serviços de comunicação e telecomunicações), no ano de 2008, que para cada competência uma parte da receita proveniente das notas fiscais emitidas pelas operadoras de co-biling não foi levada a tributação.

Desta forma, fica claro que a impugnante não se omitiu de apresentar as notas fiscais conforme determinação legal, apenas se viu impossibilitada de atender tal determinação pelo fato exposto acima.

Neste diapasão, o Auto de Infração também acabou por englobar OCC’s de juros e multas, ocorre que os mesmos são cobranças financeiras, sendo assim serviços não tributados pelo ICMS.

Encontram-se ainda no presente Auto de Infração, a autuação por alta de recolhimento de ICMS em notas fiscais de serviços prestados à Assembleia Legislativa do Estado da Bahia”

O fato a que se refere a passagem acima, visava afastar a infração 01, baseado nas seguintes explicações quanto a falta de escrituração fiscal conforme as normas regulamentares:

“Tal ocorrência deve-se ao fato de que o detalhamento das notas fiscais emitidas pelas operadoras prestadoras de co-biling não serem enviadas no momento da apuração, e que, para suprir a ausência destas informações são utilizadas a criação de Notas Fiscais Fictícias. Assim, em substituição ao número da Nota Fiscal, utiliza-se o mês e ano referente à competência daquela apuração questionada pelo fisco”

Por seu turno, o Sr Fiscal alegou em sua manifestação (fls. 58 a 60) que, ao contrário do que afirmara o Contribuinte, não houve o devido lançamento no livro de apuração os lançamentos do co-biling, motivo pelo qual, fora realizada a discutida cobrança.

Em suma, não há dúvida que o recorrente sabe qual é o fulcro da autuação, indicando que as operações se tratam de co-biling, alegando também que há serviços imunes (prestados a Assembleia Legislativa) outros fora da incidência do ICMS (sobre juros e multas de cobranças).

Pois bem.

Alinho-me ao Parecer opinativo da PGE/PROFIS, no entendimento de que não há argumentos jurídicos ou inequívoca demonstração de fatos que sejam capazes de alterar o julgamento de base.

Em primeiro lugar, não houve qualquer demonstração cabal de que as operações relativas aos cobilings (ou co-faturamento) tenham sido lançadas no livro de apuração e regularmente tributadas. Em segundo, também não foi evidenciado em qualquer momento deste procedimento fiscal pelo Sujeito Passivo de que houve o indevido lançamento de ICMS sobre juros e multas, como afirmado pelo próprio autuante em sua Informação Fiscal. Em terceiro, de igual forma, o Recorrente não logra êxito em confirmar, nem por amostragem, como faz menção, que parte das operações são relativas a Notas Fiscais de serviços prestados à Assembléia Legislativa do Estado da Bahia, fato também negado pelo Fiscal.

Aqui, quadra apontar que, ao contrário do que equivocadamente se fez entender, a negativa da conversão do feito em diligência, conforme solicitado pela PGE, não se furtou pelo juízo de que a Assembleia Legislativa não seja integrante da administração direta, fundamento pelo qual se afastaria a norma de isenção do art. 31, IV do RICMS, mas se deu tanto por não ter sido comprovado pelo Recorrente de que havia um contrato de prestação de serviços de comunicação entre a empresa e a Assembleia, durante o período de apuração, como também porque a conversão do feito seria tão somente destinada a verificar fatos vinculados à escrituração comercial e fiscal da própria empresa, que sempre estiveram em sua posse, cuja prova simplesmente poderia ter sido por ele juntada aos autos.

Noutro giro, entendemos também que, como bem lembrou a n. Procuradora, a imunidade prevista na Constituição Federal não pode ser restringida por normas infraconstitucionais. Entretanto, no presente caso dos autos, a prestadora de serviços é a empresa recorrida, a contribuinte de direito do ICMS, que não goza de nenhuma imunidade.

Assim, não se trata de imunidade como faz entender o recorrente, mas situação que poderia ensejar a isenção prevista no art. 31, IV do RICMS.

Entretanto, devemos ressaltar que, mesmo se houvesse a comprovação da existência do contrato de prestação de serviços telefônicos entre o recorrente e a Assembleia Legislativa da Bahia no período fiscalizado, por força do citado art. 31, IV, seria também necessário comprovar por meio de documento fiscal hábil que o valor do benefício fiscal foi transferido ao órgão da administração direta, mediante redução do valor da prestação do serviço, conforme estabelecem os Convênios ICMS 107/95 e 44/96.

Assim, vejo que há tão somente a negativa do cometimento da infração 02 por parte do recorrente, sem a devida comprovação das suas assertivas expostas, situação que enseja a aplicação do quanto disposto no art. 143 do RPAF, abaixo transscrito:

Art. 143. A simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal.

Quanto ao caráter continuado da infração 02, tendo em vista a aplicação dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, entendo que não se deve dar guarida a tese exposta pelo Contribuinte.

Primeiramente, devemos esclarecer que a cobrança lançada na infração 02, diferentemente da infração 01, se refere à desobediência de várias obrigações principais durante o ano de 2008.

Assim, não se trata de infração continuada, mas sim de transgressões similares, em períodos sucessivos, que ensejam a aplicação de penalidade percentual prevista em lei, sobre o valor do

tributo devido, ou seja, são ocorrências autônomas, de mesma natureza, pela falta de pagamento de **tributo**, ocorridas em momentos contínuos que são penalizados com multa, na forma da lei. Já no que tange ao percentual de 60% aplicado sobre as diferenças de ICMS encontradas, mesmo vislumbrando que se trata de uma percentagem elevada, vejo que é a multa prevista em lei para a imputação cometida.

Portanto, considero a infração 02 subsistente, consoante o julgamento de piso.

Diante do tudo exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, mantendo inalterada a Decisão de primeira instância.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2^a Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NÃO PROVER o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou PROCEDENTE o Auto de Infração nº 269135.0014/12-7, lavrado contra TIM CELULAR S.A., devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no de R\$157.778,76, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$140,00, prevista no inciso XVIII, “b”, da citada lei, com os acréscimos moratórios previstos pela Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 02 de dezembro de 2013.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

RODRIGO LAUANDE PIMENTEL – RELATOR

ROSANA MACIEL BITTENCOURT PASSOS - REPR. DA PGE/PROFIS