

A. I. N° - 279116.1205/11-8
AUTUADO - EMPRESA EDITORA A TARDE S.A.
AUTUANTE - ROGÉRIO ALMEIDA SANTOS
ORIGEM - IFEP SERVIÇOS
INTERNET - 10.04.2015

1^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0034-01/15

EMENTA: ICMS. 1. SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÕES. FALTA DE EMISSÃO DE DOCUMENTOS FISCAIS. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. Revisão do lançamento, em função da natureza dos serviços prestados, para depuração do imposto referente ao chamado Serviço de Comunicação Multimídia (SCM). Reduzido o valor do imposto a ser lançado. 2. LIVROS FISCAIS. a) REGISTRO DE ENTRADAS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTAS FISCAIS DE AQUISIÇÕES DE MERCADORIAS. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÕES ACESSÓRIAS. OPERAÇÕES NÃO SUJEITAS A TRIBUTAÇÃO. MULTA. Fato demonstrado nos autos. Reduzida a multa, com fundamento no § 7º do art. 42 da Lei nº 7.014/96. b) ESCRITURAÇÃO DE LIVRO FISCAL EM DESACORDO COM AS NORMAS REGULAMENTARES. Imputação não impugnada pelo contribuinte. 3. IMPOSTO LANÇADO E RECOLHIDO A MENOS. Lançamento não impugnado pelo contribuinte. 4. IMPORTAÇÃO. RECOLHIMENTO DO IMPOSTO EFETUADO A MENOS. Lançamento nulo. Falta de certeza e liquidez. 5. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. FALTA DE PAGAMENTO. a) BENS DO ATIVO PERMANENTE. b) MATERIAL DE CONSUMO. Fatos demonstrados nos autos. Questionada a incidência do imposto, com fundamento no princípio da imunidade de jornais e periódicos. Não é razoável discutir essa questão no âmbito administrativo. Mantidos os lançamentos. 6. DOCUMENTOS FISCAIS. INUTILIZAÇÃO INDEVIDA. MULTA. Pelo que se depreende dos autos, o que houve foi cancelamento de documentos, e não inutilização. Trata-se de fatos distintos. Existe cancelamento quando o contribuinte declara sua invalidade por erro no seu preenchimento ou por desfazimento do negócio, por exemplo. Por sua vez, existe inutilização quando o documento é sinistrado, destruído, jogado fora. A tipificação da multa foi feita como se se tratasse de inutilização, extravio, perda ou guarda de documentos fora do estabelecimento, em local não autorizado, porém neste caso os documentos não foram inutilizados, e sim cancelados. Quando documentos são cancelados, o que se deve é apurar se o cancelamento foi indevido, para cobrar o imposto porventura devido, e não simplesmente aplicar multa. Em princípio, cancelamento de documentos fiscais não constitui infração. Neste caso, embora seja dito que não teriam sido observados os requisitos para cancelamento,

não consta na descrição do fato quais os requisitos que não foram observados. Lançamento nulo, por incerteza quanto à natureza do fato infringente. **7. INFORMAÇÕES ECONÔMICO-FISCAIS.** DMA. DECLARAÇÃO INCORRETA DE DADOS. MULTA. Imputação não impugnada pelo contribuinte. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 31.03.11, apura seguintes fatos:

INFRAÇÃO 1 - Omissão de saída de mercadoria tributável em virtude de utilização de documento fiscal inidôneo – omissão de saídas (prestações de serviços de telecomunicações) [sic] –, constatando-se falta de recolhimento de ICMS decorrente de prestações de serviços de telecomunicações tributáveis sem emissão de documentos fiscais, sendo lançado imposto no valor de R\$1.232.844,83, com multa de 100%;

INFRAÇÃO 2. - Falta de registro, na escrita fiscal, da entrada no estabelecimento de mercadorias relativas a operações não tributáveis [pelo ICMS], sendo por isso aplicada a multa de R\$471.415,64, equivalente a 1% das entradas não registradas;

INFRAÇÃO 3. - Recolhimento de ICMS efetuado a menos em virtude de divergência entre os valores recolhidos e os escriturados no livro de apuração, sendo lançado imposto no valor de R\$137.531,85, com multa de 60%;

INFRAÇÃO 4. - Recolhimento de ICMS efetuado a menos nas importações de mercadorias do exterior, em virtude de erro na determinação da base de cálculo, quer pela falta de inclusão de despesas aduaneiras incorridas até o desembarque, quer pela utilização incorreta da taxa cambial [sic], sendo lançado imposto no valor de R\$4.599,15, com multa de 60%;

INFRAÇÃO 5. - Falta de pagamento da diferença de alíquotas de ICMS nas aquisições interestaduais de bens destinados ao ativo permanente do estabelecimento, sendo lançado tributo no valor de R\$15.568,63, com multa de 60%;

INFRAÇÃO 6. - Falta de pagamento da diferença de alíquotas de ICMS nas aquisições interestaduais de mercadorias destinadas a consumo do estabelecimento, sendo lançado tributo no valor de R\$5.945,15, com multa de 60%;

INFRAÇÃO 7. - Inutilização de documentos fiscais – cancelamento indevido/inutilização indevida –, sendo por isso aplicada multa de R\$4.600,00;

INFRAÇÃO 8. - Escrituração de livro fiscal em desacordo com as normas regulamentares, sendo por isso aplicada multa de R\$140,00;

INFRAÇÃO 9. - Declaração incorreta de dados nas informações econômico-fiscais apresentadas através da DMA (Declaração e Apuração Mensal de ICMS), sendo por isso aplicada multa de R\$140,00.

O autuado apresentou defesa (fls. 3487/3494) explicando que sua empresa atua na área de prestação de serviços de edição integrada de impressão de jornais, provedor de acesso às redes de comunicações e outras atividades de telecomunicações.

Com relação ao 1º lançamento, que cuida da falta de recolhimento de ICMS decorrente de prestação de serviços de comunicação, alega que o fiscal se equivocou porque, ao calcular o imposto, não levou em consideração a redução de base de cálculo a que a empresa tem direito, nos termos do art. 86, VI, do RICMS, pois no período fiscalizado a empresa realizou serviço de comunicação na modalidade de provimento de acesso à internet e não utilizou o sistema normal

de compensação do ICMS ou outros benefícios fiscais. Transcreveu o art. 86, VI, “a” e “b”, para demonstrar que faz jus à redução de base de cálculo de forma que a carga tributária seja equivalente a 5%.

Relativamente ao 2º lançamento, que acusa entrada de mercadorias sem registro no livro fiscal, o autuado expõe seu inconformismo com a multa estipulada, no valor de R\$471.415,84, alegando que, ainda que tenha havido o descumprimento de uma obrigação acessória, hão que ser aplicados os princípios da eventualidade e da equidade, tendo em vista não ser razoável tão pesada multa, pois o pagamento do imposto foi feito, não havendo prejuízo ao erário, considerando que o papel do Estado é auferir receitas através de tributos, e não de multas, conforme já vem decidindo este órgão julgador de forma reiterada, não tendo a empresa agido com dolo ou má-fé, já que, ao contrário, pagou os impostos devidos, relativamente às operações realizadas no período considerado. Pede que a multa seja reduzida para R\$50,00, com fundamento no art. 148 do RPAF, c.c. o art. 42, § 7º, da Lei nº 7.014/96.

Impugna também os lançamentos dos itens 4º, 5º e 6º, que dizem respeito ao ICMS devido nas importações e a título de diferenças de alíquotas, alegando que não incide o imposto nesses casos, por estarem as operações submetidas ao regime da imunidade, nos termos do art. 150, VI, da Constituição, que prevê a impossibilidade da incidência de imposto sobre livros, jornais, periódicos e papel destinado à sua impressão, visando tutelar a difusão do conhecimento e da informação.

Alude às discussões doutrinárias e à jurisprudência no que tange ao alcance dessa imunidade, notadamente em relação aos materiais utilizados para a fabricação dos periódicos, dos livros e dos jornais – os denominados insumos.

Lembra que, em virtude das dúvidas quanto a esses aspectos, o STF decidiu, recentemente, através do RE-202.149, que a imunidade conferida aos livros, jornais e periódicos abrange todo e qualquer insumo ou maquinário, ou seja, qualquer ferramenta indispensável para edição de veículo de comunicação, justamente para viabilizar a publicação sem maiores ônus.

Alega que os produtos objeto da autuação nos itens assinalados são insumos e maquinários adquiridos para edição do jornal *A Tarde*, e portanto as operações estão imunes, por força do art. 150, VI, “d”, da Constituição.

Quanto ao item 7º, que diz respeito a inutilização indevida de documentos fiscais, o autuado alega ser desproporcional a multa estipulada, porque, mesmo que tenha havido o descumprimento de uma obrigação acessória, hão que ser aplicados os princípios da eventualidade e da equidade, tendo em vista não ser razoável tão pesada multa, pois o imposto foi pago, não havendo prejuízo ao erário, e o papel do Estado é auferir receitas de tributos, e não por meio de multas. Alega que este órgão julgador tem decidido, de forma reiterada, a redução da multa em casos semelhantes, e a empresa não agiu com dolo ou má-fé, tendo pagado os impostos relativos às operações realizadas no período considerado. Pleiteia a redução da multa para R\$50,00, com fundamento no art. 148 do RPAF, c.c. o art. 42, § 7º, da Lei nº 7.014/96.

Pede que seja aplicado o benefício de redução da base de cálculo em relação ao serviço de provimento de acesso à internet, com base no art. 86, VI, do RICMS; que sejam declarados improcedentes os lançamentos dos itens 4º, 5º e 6º, por serem imunes as operações, nos termos do art. 150, VI, “d”, da Constituição; e que sejam reduzidas para R\$50,00 as multas dos itens 2º e 7º, com escopo no art. 148 do RPAF, c.c. o art. 42, § 7º, da Lei nº 7.014/96.

O fiscal autuante prestou informação (fls. 3507/3510) dizendo que, com relação ao 1º lançamento, descabe a pretensão de apuração pelo disposto no art. 86 do RICMS porque não se trata de prestações onerosas de serviço de comunicação na modalidade de provimento de acesso à internet, realizadas por provedor de acesso. Transcreve o art. 86, VI, do RICMS, e os arts. 60 e 61 da Lei (federal) nº 9.472/97. Observa que o serviço de provimento de acesso à internet,

exclusivamente, está fora do campo de incidência do ICMS, por se tratar de serviço de valor adicionado, conforme vêm decidindo os tribunais. Aduz que para o provimento de acesso à internet não se faz necessária autorização, permissão ou concessão porque o serviço de telecomunicações é prestado pelas empresas de telecomunicações, que têm seus serviços tributados pelo ICMS. Informa que através do Ato nº 65.861/07 a Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL) autorizou esse contribuinte a prestar serviços de telecomunicações, e a partir de julho de 2007 ele passou também a prestar serviços de telecomunicações caracterizados por infra-estrutura própria para a prestação de tais serviços, e são esses serviços que aqui estão sendo tributados pelo ICMS.

Quanto ao item 2º do Auto de Infração, o fiscal limita-se a transcrever o art. 113 e parágrafos do CTN.

Relativamente aos itens 4º, 5º e 6º, o fiscal diz que o art. 150, VI, “d”, da Constituição apenas “está a tratar” de livros, jornais, periódicos e o papel destinado a sua impressão, sendo que neste caso a imunidade é específica e aplica-se a livros, jornais, periódicos e o papel destinado a sua impressão, ao passo que as infrações 4ª, 5ª e 6ª “não estão a tratar” nem de livros, nem de jornais, sequer de periódicos ou do papel destinado a sua impressão.

Também em relação ao item 7º, o fiscal limita-se a transcrever o art. 113 e parágrafos do CTN.

Opina pela Procedência do Auto de Infração.

Na fase de instrução, considerando-se que o fiscal, ao prestar a informação, abordou aspectos não expostos na descrição das infrações imputadas ao autuado, inclusive citando normas jurídicas não indicadas na autuação, além de anexar novos elementos, foi determinada a remessa dos autos em diligência à repartição de origem (fl. 3550), para ser dada ciência da informação fiscal e dos novos elementos ao sujeito passivo, em atenção aos princípios do contraditório e da ampla defesa, e se reabrisse o prazo de defesa.

O contribuinte foi intimado dos novos elementos (fl. 3552-3553) e não se pronunciou.

O Auto de Infração foi julgado procedente em primeira instância, com redução da multa do item 2º, em decisão não unânime, mediante o Acórdão JJF Nº 0047-03/12 (fls. 3555/3562).

Houve Recursos de Ofício e Voluntário.

A 1ª Câmara de Julgamento Fiscal deu provimento ao recurso voluntário, pelo Acórdão CJF Nº 0135-11/13 (fls. 3637/3643), e anulou a decisão da Primeira Instância, por falta de fundamentação, implicando cerceamento de defesa, e devolveu os autos à primeira instância para novo julgamento.

A Junta de Julgamento Fiscal, em pauta suplementar, considerando que a informação fiscal não havia sido prestada exatamente como manda o § 6º do art. 127 do RICMS, limitando-se a autoridade fiscal basicamente a transcrever dispositivos legais e a citar o ato da ANATEL que autorizou a Empresa Editora A Tarde S.A., a prestar serviços de comunicação, decidiu remeter o processo em diligência à repartição de origem (fls. 3660/3664), para obtenção dos seguintes esclarecimentos:

Item 1º:

- a) tendo em vista que foram descritos dois fatos (a acusação diz respeito a “Omissão de saída de mercadoria tributada por utilização de documento fiscal inidôneo em operação de saída de mercadoria tributada”, e em seguida a esse enunciado consta outra descrição, que ora fala em “omissão de saída”, ora fala em “prestações de serviços de telecomunicações”), foi solicitado que a autoridade fiscal informasse se ocorreram omissões de saídas de mercadorias e também prestações de serviços de telecomunicações, ou apenas prestações de serviços de telecomunicações;

- b) tendo em vista que foram descritos dois fatos, e considerando-se que na primeira descrição consta que houve utilização de “documento fiscal inidôneo”, foi solicitado que fosse informado se a multa de 100% foi pelo fato de ter sido utilizado documento inidôneo, conforme consta na descrição da infração. Em caso positivo, deveria ser informado em que consistiu precisamente a inidoneidade dos documentos;
- c) tendo em vista que o autuado alegou na defesa que não foi levada em consideração a redução de base de cálculo prevista no art. 86, VI, do RICMS, aduzindo que no período fiscalizado prestou serviço de comunicação na modalidade de provimento de acesso à internet e não utilizou o sistema normal de compensação do ICMS ou outros benefícios fiscais, e que o autuante na informação contrapôs que neste caso não cabe a redução da base de cálculo porque não se trata de prestações onerosas de serviço de comunicação na modalidade de acesso à internet, acrescentando o autuante que o serviço de provimento de acesso à internet está fora do campo de incidência do ICMS, por ser um serviço de valor adicionado, foi solicitado que a autoridade autuante informasse qual o tipo de serviço que está sendo tributado neste caso, e de que modo foi obtida e determinada a base de cálculo do imposto.

Item 2º: considerando-se que o lançamento diz respeito à falta de registro, na escrita fiscal, da entrada no estabelecimento de mercadorias relativas a operações não tributáveis [pelo ICMS], sendo por isso aplicada a multa equivalente a 1% das entradas não registradas, e na informação fiscal a autoridade autuante limitou-se a transcrever o art. 113 do CTN, o órgão julgador, assinalando que o § 6º do art. 127 do RPAF manda que a informação fiscal seja prestada com clareza e precisão, abrangendo todos os aspectos da defesa, com fundamentação, e que a fundamentação envolve não somente o direito, mas também os fatos e suas circunstâncias, solicitou que fosse prestada informação na forma prevista no § 6º do art. 127 do RPAF.

Item 4º:

- a) tendo em vista que o lançamento diz respeito a recolhimento de ICMS efetuado a menos nas importações de mercadorias do exterior, em razão de erro na determinação da base de cálculo, “quer pela falta de inclusão das despesas aduaneiras incorridas até o desembarço, quer pela utilização incorreta da taxa cambial”, e considerando-se que, nos termos do art. 39, III, do RPAF a descrição do fato deve ser feita de forma clara e precisa, foi solicitado que a autoridade fiscal informasse:
 1. se o erro na determinação da base de cálculo decorreu da falta de inclusão de despesas aduaneiras, ou se foi da utilização incorreta da taxa cambial, ou se houve as duas coisas;
 2. caso o erro tivesse consistido na falta de inclusão de despesas aduaneiras na base de cálculo, deveria ser informado quais as despesas aduaneiras que deixaram de ser incluídas;
 3. se o erro foi a utilização incorreta da taxa cambial, deveria ser informado qual a taxa aplicada pelo autuado e qual a taxa considerada correta, e por quê;
- b) a defesa alega que os bens importados são imunes. Tendo em vista que na descrição do fato não é dito qual a natureza dos bens importados, e considerando-se que os demonstrativos às fls. 138/142 também não especificam os bens que foram importados, foi solicitado que fossem listados os bens objeto da autuação. Caso houvesse vários bens de uma mesma categoria, a listagem deveria ser feita agrupando cada tipo de bem importado, por mês de ocorrência dos fatos, com os devidos valores (base de cálculo e imposto).

Item 5º: o lançamento refere-se à falta de pagamento da diferença de alíquotas. A planilha de cálculos encontra-se à fl. 143. A defesa alega que os bens adquiridos são imunes. Tendo em vista que na descrição do fato não é dito qual a natureza dos bens adquiridos, e considerando-se que o demonstrativo à fl. 143 também não especifica os bens que foram adquiridos, foi solicitado que fossem listados os bens objeto da autuação. Caso houvesse vários bens de uma mesma categoria,

a listagem deveria ser feita agrupando cada tipo de bem, por mês de ocorrência dos fatos, com os devidos valores (base de cálculo e imposto).

Item 6º: o lançamento refere-se à falta de pagamento da diferença de alíquotas. A planilha de cálculos encontra-se à fl. 144. A defesa alega que os bens adquiridos são imunes. Tendo em vista que na descrição do fato não é dito qual a natureza dos bens adquiridos, e considerando-se que o demonstrativo à fl. 144 também não especifica os bens que foram adquiridos, foi solicitado que fossem listados os bens objeto da autuação. Caso houvesse vários bens de uma mesma categoria, a listagem deveria ser feita agrupando cada tipo de bem, por mês de ocorrência dos fatos, com os devidos valores (base de cálculo e imposto).

Item 7º: a acusação diz respeito a inutilização de documentos fiscais. Em seguida a esse enunciado, consta outra descrição, dizendo que houve “cancelamento indevido/inutilização indevida” de documentos fiscais. Tendo em vista que foram descritos dois fatos, solicitou-se que fosse informado se se trata de cancelamento de documentos ou de inutilização de documentos. Deveria ser informado também por que é que foi considerado indevido o cancelamento ou a inutilização dos documentos.

Em cumprimento à diligência, o fiscal autuante prestou informação às fls. 3666/3689. Antes de responder à diligência, o fiscal faz uma exposição que se inicia com a transcrição:

- a. do art. 118 do RPAF, que cuida da competência da Procuradoria Geral do Estado para emitir parecer jurídico visando à fiel aplicação da lei;
- b. do art. 169, que especifica os recursos cabíveis para as Câmaras do CONSEF, dando destaque ao recurso voluntário;
- c. de trecho do recurso voluntário apresentado em face da decisão de primeira instância relativamente ao item 1º, em que o contribuinte traça a distinção entre os serviços SCI, SVA e SCM. O contribuinte alega que: 1) o Serviço de Comunicação Multimídia (SCM) é explorado nas condições previstas no Regulamento aprovado pela Resolução nº 614/13 e no Regulamento dos Serviços de Telecomunicações aprovado pela Resolução nº 73/98, e as empresas que utilizem equipamentos de radiocomunicação de radiação restrita devem operar em conformidade com o Regulamento aprovado pela Resolução nº 506/08 e as condições de uso estabelecidas no Regulamento aprovado pela Resolução nº 397; 2) o Serviço de Valor Adicionado (SVA) é a atividade que acrescenta a um serviço de telecomunicações que lhe dá suporte, e com o qual não se confunde, novas utilidades relacionadas ao acesso, ao armazenamento, à apresentação, à movimentação ou à recuperação de informações, e não constitui serviço de telecomunicações, classificando-se seu provedor como usuário do serviço de telecomunicações que lhe dá suporte, sendo assegurado aos interessados o uso das redes de serviços de telecomunicações para prestação de serviços de valor adicionado; 3) o Serviço de Conexão à Internet (SCI), conforme definido na Norma do Ministério das Comunicações nº 4/95, é o nome genérico que designa o serviço de valor adicionado que possibilita o acesso à internet a usuários e provedores de serviços de informações, sendo que o provimento do SCI não depende de concessão, permissão ou autorização da Anatel.

O autuante diz que procedeu exatamente à diligência junto à empresa, como sugere a recorrente, durante a etapa de formação da autuação, para levantamento e separação dos “serviços SCI (SVA que possibilita o acesso à Internet) e SCM (Telecom)”, e o resultado do levantamento está anexo às fls. 53, 54, 55 e 56, nas quais se pode observar o “Faturamento Geral”, o “Faturamento Provimento” (SCI) e o “Faturamento Telecom” (SCM) por ano-calendário, por mês. Ressalta que o levantamento foi efetuado tendo como parâmetro o número de edificações (número de prédios) por profissionais qualificados da empresa, o que demandou tempo para que o levantamento fosse efetuado e concluído, como pode ser observado pelos *e-mails* entre a SEFAZ e a empresa (cópias anexas), tendo esta sido intimada a apresentar livros e documentos fiscais e contábeis, balanços,

balancetes, informações, consolidação mês a mês referente aos serviços (SVA e SCM) por percentuais de faturamento e os parâmetros utilizados, etc. (fls. 29 até 33), ficando assim claro que a empresa não está sendo obrigada a pagar ICMS pelo simples fato de ter sido autorizada pela ANATEL a prestar serviços de comunicação, mas que o imposto foi lançado de ofício porque ela efetivamente prestou serviços que estão no campo de incidência do ICMS a partir de agosto de 2007, depois de autorizada (julho/2007) a prestar tais serviços, conforme demonstrado e comprovado com a documentação já constante nos autos.

Informa o autuante que a mudança de SCI para SCM ocorreu gradativamente, como pode ser observado no levantamento efetuado a partir de agosto de 2007, tendo ocorrido o lançamento de ofício apenas em relação aos SCMs efetivamente prestados. Chama a atenção para o instrumento à fl. 55 e para os demonstrativos às fls. 72 e 73.

Quanto à alegação do autuado de que o lançamento foi feito com base em uma informação prestada por um funcionário da empresa sem poderes para tanto, o fiscal transcreve artigos do Decreto nº 70.235/72, que dispõe sobre o processo administrativo fiscal da União: disposição preliminar, procedimento, formas de intimação, e em seguida o art. 26 do RPAF, que cuida do início da ação fiscal, para assinalar que o Sr. Dílson Santiago da Silva é o responsável pela área contábil, tendo encaminhado as questões relacionadas à documentação fiscal e respectivas informações ao preposto da empresa, Sr. Jurandir Bragança Santos Júnior, que era à época coordenador contábil da empresa, atuando preponderantemente na área contábil, fiscal e tributária. Informa que as questões relacionadas à documentação e respectivas informações da área de internet e telecomunicações foi encaminhada a outro preposto da empresa, Sr. Fernando Severino Alves, que era à época gerente de internet e atualmente é gerente geral da empresa em sua área, atuando preponderantemente em área relativamente nova da empresa (internet e telecomunicações). Diz que são todos prepostos da empresa e atuavam ou atuam na alta administração, conforme impressos anexos, que ainda trazem reportagem de 06.02.10, constante no site da própria empresa, da qual transcreve o seguinte trecho: “A plataforma para o funcionamento desta estrutura é o Avance Telecom, operadora de telecomunicações do Grupo A TARDE. ‘O Avance Telecom é a ponte de comunicação do Grupo A TARDE. O sistema que permite transmissão de fotos, por exemplo, funciona através dos links do Avance Telecom’, explica Fernando Severino, gerente de Internet do Grupo A TARDE” (<http://atarde.uol.com.br/noticias/1370955>). O fiscal observa que os prepostos qualificados da empresa apresentaram à fiscalização os livros fiscais, a documentação e as informações após intimações da fiscalização, e toda informação prestada, bem como todos os livros fiscais apresentados pela empresa somente foram confeccionados após as intimações da fiscalização. Com isso, considera que a alegação de que a informação foi prestada por um funcionário da empresa sem poderes para tanto não prospera.

No tocante à alegação do autuado de que teriam sido consideradas na autuação todas as operações realizadas pela recorrente denominadas de “Faturamento Telecom” como serviço de comunicação, e de que a empresa, de acordo com os documentos acostados, teria demonstrado que ela continuou exercendo, no período fiscalizado, Serviço de Conexão a Internet (SCI), que não se configura como serviço de comunicação, conforme determina o art. 61 da Lei Geral de Telecomunicações, o fiscal contrapõe que não foram todas as operações realizadas pela empresa consideradas como Serviço Telecom, mas parte Serviço Telecom (SCM), tributado pelo ICMS, e parte SCI, que como já foi explicado não é tributado pelo ICMS, nos termos do art. 61 da Lei Geral de Telecomunicações. O fiscal acrescenta que, com relação à planilha anexa e às cópia de documentos (fls. 3597 até 3622, que o contribuinte alega serem SCI, foram tratados como SCI, sem tributação pelo ICMS, conforme as planilhas e documentação (fls. 51 até 56), em que se pode observar que todos os serviços até julho de 2007 foram SCI, sem tributação pelo ICMS, e que de agosto de 2007 até julho de 2010 em todos os meses houve serviços SCI prestados que foram excluídos da tributação pelo ICMS, como já demonstrado, ou seja, não está sendo negado que

houve serviços SCI prestados no período, está sendo negado é que foram inseridos no campo de tributação e incluídos no presente lançamento de ofício. Aduz que tais serviços SCI prestados no período foram excluídos do lançamento de ofício, conforme documentação constante nos autos e conforme demonstrativo de débito. Informa que, fazendo associação entre o Registro de Saídas de telecomunicações (fls. 205 até 2182) e as planilhas “Faturamento Geral”, “Faturamento Telecom” e “Faturamento Provimento” (fl. 55), nota-se que do “Faturamento Geral” (constante no Registro de Saídas de telecomunicações, foi excluído o “Faturamento Provimento”, ficando apenas o “Faturamento Telecom” (SCM). Salienta que os livros fiscais somente foram confeccionados após as intimações à empresa. O fiscal considera haver um paradoxo por parte do advogado da empresa, porque a informação prestada à fl. 55 serviu justamente para excluir os Serviços SCI que a empresa está requerendo que se faça a exclusão e, ao mesmo tempo, afirma, de forma imprópria que a informação foi prestada por um funcionário da empresa sem poderes para tanto.

Quanto ao item 4º, que cuida de recolhimento a menos do ICMS sobre importações, tendo em vista as alegações do autuado de que o fato de a empresa estar pagando um tributo não significa que ele seja devido, citando decisão do STF (RE-202149), que diz ter pacificado o entendimento de que todo e qualquer insumo para a produção de jornais não é passível de incidência do ICMS por estar albergado pelo instituto da imunidade tributária, prevista no art. 150, VI, “d”, da Constituição, o autuante rebate fazendo a transcrição do dispositivo constitucional citado, e aduz que as especificidades relativas aos incisos do art. 150 estão dispostas nos parágrafos do mesmo artigo. Observa que a mencionada decisão do STF, RE-202.149, traz em seu corpo a citação ao RE-190.761, no qual é dito em corpo de voto que “onde a Constituição se limitou a referir-se ao papel destinado a sua impressão não se pode ler máquinas, tintas e imóveis, conforme consta no voto do ministro Sepúlveda Pertence, que reproduz a seguir em parte.

Observa que a planilha às fls. 138 até 142 traz os cálculos do ICMS apurado, do ICMS recolhido e do ICMS a recolher nas importações, informando os números das DIs, os números das faturas e as datas das respectivas faturas (fls. 2885 até 3037).

Com relação ao item 5º, que diz respeito à falta de pagamento de diferença de alíquotas, o fiscal observa que a descrição feita no Auto de Infração é o texto-padrão do SEAI, e a descrição do fato é esta: “Falta de recolhimento da diferença de alíquota nas aquisições interestaduais de ativo imobilizado”. Informa que a planilha se encontra à fl. 143 e as cópias de todas as Notas Fiscais com os respectivos detalhamentos estão às fls. 3039 até 3051.

Quanto ao item 6º, que também acusa falta de pagamento de diferença de alíquotas, diz que a descrição feita no Auto é o texto-padrão do SEAI, e a descrição do fato é esta: “Falta de recolhimento da diferença de alíquota nas aquisições interestaduais de mercadorias para uso/consumo”. Informa que a planilha se encontra à fl. 144 e que cópias de todas as Notas Fiscais com os respectivos detalhamentos estão às fls. 3053 até 3059.

No tocante ao item 7º, em relação à qual o autuado alega que a legislação tributária que define infrações ou lhe comina penalidades interpreta-se da maneira mais favorável ao acusado, em caso de dúvida quanto a natureza da penalidade aplicável ou a sua graduação, havendo neste caso uma manifesta dúvida se se trata de inutilização indevida de documentos fiscais ou se houve cancelamento de documentos fiscais, que são duas condutas distintas com consequências diversas, o fiscal rebate transcrevendo o art. 42, XIX, “a”, da Lei nº 7.014/96. Relativamente ao cancelamento de documentos fiscais, o fiscal transcreve trechos do art. 210, e § 1º, do RICMS/97, e observa que o art. 43 do RICMS/12 praticamente manteve a mesma redação. Considera que não existe dúvida conforme foi alegado. Assinala que, no caso em tela (cópias de Notas Fiscais para exemplificação às fls. 3136, 3137, 3138, 3139, 3140, 3141 e 3142) não foram observados os requisitos para cancelamento de documento fiscal como registrado pelo contribuinte, que registrou cancelamento (“Cancelada”) indevidamente (planilha às fls. 145 até 156), tendo ocorrido a

inutilização do documento fiscal, conforme as cópias das notas fiscais citadas a título de exemplificação, ou o seu extravio, sendo aplicada a penalidade prevista no art. 42, XIX, “a”, da Lei nº 7.014/96, e o contribuinte não arguiu dúvida em relação a essa infração, apenas estava a requerer redução de multa, e tanto em relação à infração nº 2, como em relação à infração nº 7, o contribuinte estava a argumentar sobre aspecto da legislação, tendo reconhecido o cometimento das infrações e requerido redução de multa, e assim é que na informação fiscal apenas restou citação ao art. 113, §§ 2º e 3º, do CTN.

Destaca os termos do parecer da PGE/PROFIS em face do recurso voluntário.

Quanto ao que havia sido solicitado na diligência, o fiscal responde o seguinte (fl. 3682 e ss.):

Item 1º:

a) Descrição dos fatos:

- Omissão de saída de mercadoria tributada por utilização de documento fiscal inidôneo em operação de saída de mercadoria tributada (texto padrão do SEAI para a Infração 01 – 05.09.01).
 - Omissão de saídas (prestações de serviços de telecomunicações). Falta de recolhimento de ICMS decorrente de prestações de serviços de telecomunicações (prestações tributadas) sem a devida emissão dos respectivos documentos fiscais – Planilha nº 01 em anexo (esta é a descrição dos fatos para a infração constante na fl. 01 do PAF).
 - A Planilha nº 1 (fls. 72 e 73) citada na descrição dos fatos da Infração 1ª traz: PLANILHA Nº 01 – FALTA DE RECOLHIMENTO DE ICMS (TELECOMUNICAÇÕES). Assim, Esta Infração está apenas a tratar das prestações de serviços de telecomunicações.
- b) Dispõe a Lei nº 7.014/96 que a multa no caso da infração 1ª é de 100%, quando não houver a emissão de documento fiscal ou for emitido documento fiscal inidôneo. Inexistiu a emissão do respectivo documento fiscal, como relatado no Auto de Infração, tendo sido aplicada a multa prevista no art. 42, IV, “h”, da Lei nº 7.014.
- c) Estão sendo tributados apenas os SCM. A base de cálculo do imposto foi obtida e determinada pela exclusão do “Faturamento Global” o “Faturamento Provimento” (SCI), ficando apenas o “Faturamento Telecom”, base de cálculo do ICMS.

Item 2º:

- Trechos da defesa: “Isto porque, ainda que tenha havido um descumprimento de obrigação acessória por parte do requerente há de ser aplicado, no caso em tela...” “Melhor dizendo. Na infração sob comento o requerente descumpriu uma obrigação acessória, haja vista que não escriturou corretamente as mercadorias adquiridas, No entanto, ...” “Assim, requer, seja reduzida a multa...”
- Assim, o contribuinte estava a argumentar sobre aspecto da legislação, tendo reconhecido o cometimento da infração e requerido redução de multa, e na informação fiscal apenas restou citação ao art. 113, §§ 2º e 3º do CTN.

Item 4º:

a) Descrição dos fatos:

- Recolheu a menor o ICMS devido pelas importações de mercadorias do exterior, em razão de erro na determinação na base de cálculo, quer pela falta de inclusão das despesas aduaneiras incorridas até o desembarque, quer pela utilização incorreta da taxa cambial (texto padrão do SEAI para a Infração 05 – 12.01.01).

- Recolhimento a menos do ICMS sobre importações – Planilha nº 05 em anexo (esta é a descrição dos fatos para a infração).
 - A planilha às fls. 138 até 142 citada na descrição dos fatos da infração 4ª traz: PLANILHA N° 05 – RECOLHIMENTO A MENOS DE ICMS IMPORTAÇÃO.
 - As solicitações a.1, a.2. e a.3 não se aplicam porque estão a tratar do texto padrão do SEAI para a infração. A Planilha nº 05 citada na descrição dos fatos, anexa ao Auto de Infração (fls. 138 até 142), traz o número da Declaração de Importação (DI), fatura, data da fatura e refazimento dos cálculos do ICMS IMPORTAÇÃO, com as cópias dos respectivos documentos: planilhas de cálculo, cópia de DI, “commercial invoice”, despesas aduaneiras, cálculo do ICMS e demais documentos relativos às importações (fls. 2.886 até 3.037). Assim, refeitos os cálculos, apurou-se recolhimento a menos do ICMS importação.
- b) Os documentos anexados (fls. 2.886 até 3.037) especificam os bens que foram importados, tendo sido apurado recolhimento a menos do imposto.

Item 5º:

a) Descrição dos fatos:

- Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento (texto padrão do SEAI para a Infração 05 – 06.01.01).
 - Falta de recolhimento da diferença de alíquota nas aquisições interestaduais de ativo imobilizado – Planilha nº 06 em anexo (esta é a descrição é a descrição dos fatos para a infração constante na fl. 05 do PAF).
 - A Planilha nº 06 encontra-se à fl. 143 e cópias de todas as Notas Fiscais citadas na referida planilha com os respectivos detalhamentos estão às fls. 3.039 até 3.051. A Planilha nº 06 (fl. 143) traz: Planilha nº 06 - Falta de recolhimento da diferença de alíquota nas aquisições interestaduais de ativo imobilizado, contendo os valores de base de cálculo e imposto que são repetidos no Auto de Infração e respectivo Demonstrativo de Débito.
- b) Nada descreve melhor o conteúdo da Nota Fiscal do que a própria Nota Fiscal, e as cópias de todas as Notas Fiscais citadas já estavam anexadas aos autos (fls. 3.039 até 3.051).

Item 6º:

a) Descrição dos fatos:

- Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas a consumo do estabelecimento (texto padrão do SEAI para a Infração 06 – 06.02.01).
 - Falta de recolhimento da diferença de alíquota nas aquisições interestaduais de mercadorias para uso/consumo – Planilha nº 07 em anexo (esta é a descrição dos fatos para a infração constante na fl. 05 do PAF).
 - A Planilha nº 07 encontra-se à fl. 144 e cópias de todas as Notas Fiscais citadas na referida planilha com os respectivos detalhamentos estão às fls. 3.053 até 3.059. A Planilha nº 07 (fl. 143) traz: Planilha nº 07 - Falta de recolhimento da diferença de alíquota nas aquisições interestaduais de mercadorias para uso/consumo, contendo os valores de base de cálculo e imposto que são repetidos no Auto de Infração e respectivo Demonstrativo de Débito.
- b) Nada descreve melhor o conteúdo da Nota Fiscal do que a própria Nota Fiscal, e as cópias das Notas Fiscais já estavam anexadas aos autos.

Item 7º:

a) Descrição da infração:

- Inutilizou documentos fiscais (texto padrão do SEAI para a Infração 07 – 16.03.03).
- Cancelamento indevido/inutilização indevida de documentos fiscais – Planilha nº 08 em anexo (esta é a descrição dos fatos para a infração constante na fl. 06 do PAF).

b) Trechos da defesa: “No presente caso também é desproporcional a cobrança realizada pelo preposto fazendário, haja vista que, ainda que tenha havido um descumprimento de obrigação acessória por parte do requerente, há de ser aplicado, no caso em tela, os princípios...não é razoável, à luz dos fatos destacados, que o requerente seja obrigado a arcar com uma pesada multa fiscal.” ... “Melhor dizendo. Na infração sob comento o requerente descumpriu uma obrigação acessória, haja vista que não escriturou corretamente ...” “Assim, requer, seja reduzida a multa...”

c) Assim, o contribuinte estava a argumentar sobre aspecto da legislação, tendo reconhecido o cometimento da Infração e requerido redução de multa, e na informação fiscal apenas restou citação ao art. 113, §§ 2º e 3º do CTN.

d) Não foram observados os requisitos para cancelamento de documento fiscal como registrado pelo contribuinte, que registrou cancelamento (“Cancelada”) indevidamente (cancelamento indevido – Planilha nº 08), tendo ocorrido a inutilização do documento fiscal ou o seu extravio sendo aplicada a penalidade prevista no art. 42, XIX, “a”, da Lei nº 7.014/96. Não cabe a afirmação de que o contribuinte é acusado de inutilização de documentos fiscais e de que num adendo posto em seguida pelo autuante consta que houve cancelamento indevido/inutilização indevida de documentos fiscais, pois a legislação prevê a forma pela qual deve ocorrer o cancelamento de documento fiscal (regra normativa já citada), o que não foi observado pelo contribuinte, tendo sido aplicada a penalidade prevista no art. 42, XIX, “a”, da Lei nº 7.014/96, penalidade prevista para a infração. Nada descreve melhor o conteúdo da Nota Fiscal que a própria Nota Fiscal. O RPAF dispõe em seu art. 39, III, o que o Auto de Infração deve conter, e este Auto informa em que constituiu efetivamente o fato verificado: inutilizou documentos fiscais (texto padrão do SEAI). Cancelamento indevido/inutilização indevida de documentos fiscais - Planilha nº 08 em anexo (esta é a descrição dos fatos para a infração. A Planilha nº 08 (fls. 145 até 156) citada na descrição dos fatos da infração 7ª traz: PLANILHA Nº 08 – CANCELAMENTO INDEVIDO DE NOTAS FISCAIS. Pode-se observar que ocorreu o registro de cancelamento indevidamente pelo contribuinte, quando indevidamente o contribuinte inutilizou os documentos fiscais, tendo ainda extraviado parte e registrado também indevidamente como “Cancelada”. Assim, inexiste dúvida quanto à infração cometida e quanto à penalidade aplicada. Assinala o que dispõe a Lei nº 7.014/96 no art. 42, XIX, “a”. Relativamente ao cancelamento de documentos fiscais, transcreve o art. 210, e § 1º, do RICMS/97, e o art. 43 e parágrafo único do RICMS/12. Considera que inexiste dúvida, conforme alegado, e inexistem também “dois fatos” descritos, pois no caso em tela (cópias de notas fiscais para exemplificação – fls. 3.136, 3.137, 3.138, 3139, 3.140, 3.141 e 3.142) não foram observados os requisitos para cancelamento de documento fiscal como registrado pelo contribuinte, que registrou cancelamento (“Cancelada”) indevidamente (fls. 145 até 156), tendo ocorrido a inutilização do documento fiscal, ou o seu extravio, sendo aplicada a penalidade prevista no art. 42, XIX, “a”, da Lei nº 7.014/96.

Opina pela Procedência do Auto de Infração.

Juntou documentos, inclusive os “perfis” de Fernando Severino e Jurandir Bragança, além de textos do “site” de *A Tarde*.

Deu-se ciência do resultado da diligência ao contribuinte (fls. 3.714-3.715), e este não se manifestou.

O processo foi dado por instruído (fl. 3.716-v) e posto em pauta para julgamento. Na sessão do dia 13.2.14, tendo em vista a alegação do contribuinte de que os dados declarados pela empresa nos instrumentos às fls. 53, 54, 55 e 56 foram informados de forma equivocada, pois todo serviço considerado como “Faturamento Telecom” (SCM – Serviço de Comunicação Multimídia) representa na verdade “Faturamento Provimento” (SCI – Serviço de Conexão à Internet), ou seja, o serviço identificado como SCM diz respeito é a serviço SCI, o processo foi retirado de pauta e enviado à ASTEC em diligência (fls. 3.718/3.720), a fim de que fosse intimado o contribuinte para que, no prazo de 30 dias, apresentasse planilhas relativas às prestações de serviços SCM e SCI do período considerado no presente Auto de Infração, em demonstrativos distintos, bem como a documentação correspondente, de modo a provar o que alega. Solicitou-se na mesma diligência que, em face do elementos que viesssem a ser apresentados pela empresa, deveria o revisor fazer a conferência e, se fosse o caso, proceder à revisão do lançamento.

Em atendimento à diligência, a ASTEC emitiu parecer (fls. 3.722/3.725), informando que, feita a intimação, o contribuinte apresentou a) descriptivos explicando os serviços comercializados, b) planilha das receitas do pacote de serviço “Avance Telecom”, designação dada aos produtos comercializados como provedor no período autuado (SCI – Disco Virtual; SCI – E-mail; SCI – Edição Digital Jornal A TARDE; SCI – Suporte Técnico; SCM – Tráfego de Dados); c) demonstrativo de apuração de margem/produto – serviço; d) balancetes contábeis da receita operacional líquida; e) Razão da conta “Telefonia Dados”; f) mídia eletrônica do material elaborado. O fiscal revisor informa que, analisando os documentos e explicações junto com o preposto do autuado, Cleber Ribeiro Soares, gerente financeiro, verificou que, em virtude da falta de entendimento quanto à tributação dos serviços vendidos, apenas foram emitidas faturas sem tributação, não sendo emitidos documentos fiscais, e o autuado produziu um demonstrativo de apuração do resultado da empresa “Avance”, com o fito de explicar o percentual relativo a cada produto comercializado e sua respectiva receita. Diz que, em face da explicação escrita, anexa, em que pela primeira vez se estabeleceu um percentual médio de 13,5% como relativo ao serviço SCM da Rede Própria dos pacotes de serviços comercializados ao preço unitário de R\$54,90, indagado sobre os dados do referido demonstrativo de apuração do resultado da empresa “Avance” bem como acerca do “inter” definidor do percentual do faturamento que a empresa entende tributável pelo ICMS (SCM oriundo de serviços da Rede Própria), o preposto da empresa prestou os esclarecimentos que passa a especificar (fls. 3.723-3.724). O revisor conclui o parecer dizendo que, tendo em vista a efetiva apuração percentual periódica e não um único percentual médio para todos os períodos de apuração do ICMS, elaborou demonstrativo de débito (fl. 3.724) para o caso de serem acatados a justificativa do contribuinte e os documentos que foram apresentados, acostados ao parecer, totalizando o valor de R\$158.073,18.

Deu-se ciência do resultado da diligência ao contribuinte (fls. 3.884/3.886), e este não se manifestou.

Foi também mandado dar ciência do resultado da diligência ao fiscal autuante (fl. 3.890). Como este não se encontra mais em exercício na inspetoria de origem, foi designado para se manifestar fiscal estranho ao feito, o qual aduz as seguintes considerações (fls. 3.893/3.896): a) não consta entre os documentos apresentados pelo autuado nenhuma prova do quanto alegado, a exemplo de cópia das faturas cobradas dos clientes, com o descriptivo dos serviços efetivamente prestados, para que fosse verificada a pertinência da resposta; b) as informações e dados apresentados pelo autuado carecem de meios de prova; c) o foco do problema é identificar os serviços de comunicação ou telecomunicações efetivamente prestados que têm a incidência do ICMS; d) o diligente posicionou-se de forma cética, considerando simplesmente as novas informações e dados elaborados, especificamente, para desvirtuar a verdade material dos fatos, sem questionar a ausência de prova material das alegações, e ao final, tendo em vista a efetiva apuração percentual

periódica e não um único percentual médio para todos os períodos de apuração do ICMS, elaborou demonstrativo de débito para o caso de serem acatados a justificação do contribuinte e os documentos apresentados; e) fica evidente que a diligência foi contaminada de vício do objeto, proposto de forma sábia pela empresa, o que justifica a impugnação da diligência realizada pela ASTEC; f) já foram esclarecidas pelo autuante as questões levantadas pela empresa, conforme manifestação fiscal às fls. 3.666/3.689 quanto à fonte dos dados usados e quanto ao valor devido de imposto por serviço Telecom; g) tratando-se de serviços de comunicação ou telecomunicações que têm toda uma normatização própria, e considerando a robustez das provas acostadas ao processo pelo autuante, recomenda que se adentre de forma pormenorizada nos documentos probatórios, inclusive na norma que regulamenta a matéria, e que se verifique na íntegra a informação fiscal prestada pelo preposto fiscal às fls. 3.666/3.689 e 3.711. Opina pela procedência dos valores lançados.

VOTO

Este Auto de Infração compõe-se de 9 lançamentos. O autuado impugnou apenas os itens 1º, 2º, 4º, 5º, 6º e 7º.

O Auto de Infração foi julgado procedente em Primeira Instância, com redução da multa do item 2º, em decisão não unânime, mediante o Acórdão JJF Nº 0047-03/12 (fls. 3.555/3.562).

Houve Recursos de Ofício e Voluntário.

A 1ª Câmara deu provimento ao recurso voluntário, pelo Acórdão CJF Nº 0135-11/13 (fls. 3.637/3.643), e anulou a decisão da Primeira Instância, por falta de fundamentação, implicando cerceamento de defesa, e devolveu os autos à primeira instância para novo julgamento. A Câmara observou que, conforme havia sido percebido no julgamento em Primeira Instância, o fiscal autuante, ao prestar a informação, não obedeceu aos comandos do art. 167, § 1º, do RPAF, que é uma norma cogente, não dando margem a conveniência ou oportunidade, e o próprio julgador de primeira instância havia reconhecido que os levantamentos fiscais não eram claros quanto à natureza de bens do ativo e materiais de consumo, padecendo de idêntico vício a conclusão a que se chegou a respeito do item 7º, já que o fiscal deveria ter informado em que consistiu efetivamente o fato verificado.

Para sanar esses vícios, esta Junta de Julgamento Fiscal, em pauta suplementar, decidiu remeter o processo em diligência à repartição de origem (fls. 3.660/3.664), para obtenção dos esclarecimentos ali assinalados.

Vieram aos autos os esclarecimentos prestados (fls. 3.666/3.689).

O 1º lançamento diz respeito à falta de recolhimento de ICMS relativo a prestações de serviços de comunicação. Embora a descrição do fato se refira a omissão de “saída de mercadoria”, o fato concreto é este: prestações de serviços de telecomunicações efetuadas sem emissão de documentos fiscais.

A defesa alega que o fiscal não levou em consideração a redução de base de cálculo prevista no art. 86, VI, do RICMS, pois no período fiscalizado a empresa realizou serviço de comunicação na modalidade de provimento de acesso à internet e não utilizou o sistema normal de compensação do ICMS ou outros benefícios fiscais.

Embora haja essa previsão de redução da base de cálculo de forma que a carga tributária seja equivalente a 5%, nas prestações de serviço de comunicação pela modalidade de provimento de acesso à internet realizadas por provedores de acesso, existe jurisprudência reiterada de que sobre tais serviços não incide o ICMS, haja vista que, por se tratar de serviço de valor adicionado, o serviço de telecomunicação já é tributado pelas empresas que prestam os serviços de telecomunicação. Sendo assim, se no levantamento fiscal houvesse também serviços de

provimento de acesso à internet, o que se teria de fazer era excluí-los, e não reduzir a carga tributária, como pretende a defesa.

Tendo em vista que a informação fiscal não tinha sido prestada exatamente como manda o § 6º do art. 127 do RPAF, ou seja, pontuando os aspectos de fato e de direito, limitando-se a autoridade fiscal basicamente a transcrever dispositivos legais e a citar o ato da ANATEL que autorizou a Empresa Editora A Tarde S.A., a prestar serviços de comunicação, os autos foram remetidos em diligência, a fim de que o fiscal autuante (a) deixasse clara a natureza do fato apurado, haja vista ora falar em omissão de saídas, ora em prestação de serviços, (b) esclarecesse a razão da tipificação do fato em função da multa aplicada e (c) informasse qual o tipo de serviço que está sendo tributado neste caso e de que modo foi obtida e determinada a base de cálculo do imposto.

Em parte, os esclarecimentos solicitados na diligência já se encontrava implícitas nos autos. Tais esclarecimentos foram solicitados na diligência em razão da anulação da decisão anterior, na qual esta Junta foi levada a assinalar aspectos que, embora constassem nos autos, não tinham sido explicitados na acusação nem foram aclarados na informação fiscal. Porém havia aspectos que precisavam de fato ser esclarecidos. Consta às fls. 51-52 cópia do Ato nº 65.861/07 da ANATEL pelo qual o autuado foi autorizado a explorar o “Serviço de Comunicação Multimídia”. Não havia, contudo, quaisquer esclarecimentos quanto ao que viesse a ser o Serviço de Comunicação Multimídia. Como na acusação não constava referência expressa a esse tipo de serviço, por óbvio que a defesa também não abordou esse aspecto. Esse foi um dos pontos que deveriam ser esclarecidos na diligência determinada por esta Junta de Julgamento Fiscal.

Para atender à diligência, o fiscal valeu-se das explicações prestadas pelo contribuinte no recurso voluntário dirigido à Câmara. As explicações do contribuinte, reproduzidas pelo autuante, são as seguintes:

- 1) o Serviço de Comunicação Multimídia (SCM) é explorado nas condições previstas no Regulamento aprovado pela Resolução nº 614/13 e no Regulamento dos Serviços de Telecomunicações aprovado pela Resolução nº 73/98, e as empresas que utilizem equipamentos de radiocomunicação de radiação restrita devem operar em conformidade com o Regulamento aprovado pela Resolução nº 50608 e as condições de uso estabelecidas no Regulamento aprovado pela Resolução nº 397;
- 2) o Serviço de Valor Adicionado (SVA) é a atividade que acrescenta a um serviço de telecomunicações que lhe dá suporte, e com o qual não se confunde, novas utilidades relacionadas ao acesso, ao armazenamento, à apresentação, à movimentação ou à recuperação de informações, e não constitui serviço de telecomunicações, classificando-se seu provedor como usuário do serviço de telecomunicações que lhe dá suporte, sendo assegurado aos interessados o uso das redes de serviços de telecomunicações para prestação de serviços de valor adicionado;
- 3) o Serviço de Conexão à Internet (SCI), conforme definido na Norma do Ministério das Comunicações nº 4/95, é o nome genérico que designa o serviço de valor adicionado que possibilita o acesso à internet a usuários e provedores de serviços de informações, sendo que o provimento do SCI não depende de concessão, permissão ou autorização da Anatel.

O autuante informou então que se baseou nos instrumentos às fls. 53, 54, 55 e 56, nas quais se pode observar o “Faturamento Geral”, o “Faturamento Provimento” (SCI) e o “Faturamento Telecom” (SCM) por ano-calendário e por mês. Informa que a empresa não está sendo obrigada a pagar ICMS pelo simples fato de ter sido autorizada pela ANATEL a prestar serviços de comunicação, mas porque ela efetivamente prestou serviços que estão no campo de incidência do ICMS a partir de agosto de 2007, depois de autorizada (julho/2007) a prestar tais serviços. Informa ainda o autuante que a mudança de SCI para SCM ocorreu gradativamente, como pode ser observado no levantamento efetuado a partir de agosto de 2007, e a autuação se deu apenas em relação ao SCM

efetivamente prestado. Chama a atenção para o instrumento à fl. 55 e para os demonstrativos às fls. 72 e 73.

Quanto à base de cálculo, outro ponto objeto da diligência, o fiscal informou que ela foi obtida pela exclusão, do “Faturamento Global”, o “Faturamento Provimento” (SCI), ficando apenas o “Faturamento Telecom”, base de cálculo do ICMS.

Está clara, portanto, a natureza específica dos serviços objeto da autuação: o chamado “Faturamento Telecom”. Praticamente a autuação foi baseada no que a própria empresa havia declarado no instrumento à fl. 55. Tal declaração havia sido feita pelo Gerente de Internet do Grupo A Tarde. Porém, na sustentação oral feita pelo defensor do autuado perante esta Junta de Julgamento Fiscal, na sessão do dia 13.02.14, foi sustentado que quem prestou a informação, embora fosse competente em informática, não cuidava da área de faturamento e não tinha conhecimento quanto à tributação dos serviços vendidos, e quem deveria ter prestado a informação seria o Gerente Financeiro, de modo que os dados declarados pela empresa nos instrumentos às fls. 53, 54, 55 e 56 foram informados de forma equivocada, pois todo serviço considerado como “Faturamento Telecom” (SCM – Serviço de Comunicação Multimídia) representa na verdade “Faturamento Provimento” (SCI – Serviço de Conexão à Internet), ou seja, o serviço identificado como SCM diz respeito é a serviço SCI. Em face disso, o processo foi naquela ocasião retirado de pauta e enviado à ASTEC em diligência, a fim de que fosse intimado o contribuinte para que, no prazo de 30 dias, apresentasse planilhas relativas às prestações de serviços SCM e SCI do período considerado no presente Auto de Infração, em demonstrativos distintos, bem como a documentação correspondente, de modo a provar o que havia sido alegado na sustentação oral. Solicitou-se na mesma diligência que, em face do elementos que viessem a ser apresentados pela empresa, deveria o revisor fazer a conferência e, se fosse o caso, proceder à revisão do lançamento.

A ASTEC emitiu Parecer informando que, feita a intimação, o contribuinte apresentou a) descriptivos explicando os serviços comercializados, b) planilha das receitas do pacote de serviço “Avance Telecom”, designação dada aos produtos comercializados como provedor no período autuado (SCI – Disco Virtual; SCI – E-mail; SCI – Edição Digital Jornal A TARDE; SCI – Suporte Técnico; SCM – Tráfego de Dados); c) demonstrativo de apuração de margem/produto – serviço; d) balancetes contábeis da receita operacional líquida; e) Razão da conta “Telefonia Dados”; f) mídia eletrônica do material elaborado. O fiscal revisor informa que, analisando os documentos e explicações junto com o Gerente Financeiro da empresa, verificou que, em virtude da falta de entendimento quanto à tributação dos serviços vendidos, apenas foram emitidas faturas sem tributação, não sendo emitidos documentos fiscais, e o autuado produziu um demonstrativo de apuração do resultado da empresa “Avance”, a fim de explicar o percentual relativo a cada produto comercializado e sua respectiva receita. O fiscal revisor declara que, em face da explicação escrita, anexa, em que pela primeira vez se estabeleceu um percentual médio de 13,5% como relativo ao serviço SCM da Rede Própria dos pacotes de serviços comercializados ao preço unitário de R\$54,90, indagado sobre os dados do referido demonstrativo de apuração do resultado da empresa “Avance” bem como acerca do “inter” definidor do percentual do faturamento que a empresa entende tributável pelo ICMS (SCM oriundo de serviços da Rede Própria), o preposto da empresa prestou os esclarecimentos que passa a especificar (fls. 3.723-3.724). O fiscal revisor conclui o parecer dizendo que, tendo em vista a efetiva apuração percentual periódica e não um único percentual médio para todos os períodos de apuração do ICMS, elaborou demonstrativo de débito (fl. 3.724) para o caso de serem acatados a justificativa do contribuinte e os documentos que foram apresentados, acostados ao parecer, totalizando o valor de R\$158.073,18.

Deu-se ciência do resultado da diligência ao contribuinte, e este não se manifestou.

O processo foi remetido à repartição de origem para que o fiscal autuante tomasse ciência do resultado da diligência, e, como este não se encontra mais em exercício na inspetoria de origem,

foi designado para se manifestar fiscal estranho ao feito, o qual aduz uma série de considerações, questionando a revisão feita pela ASTEC.

O órgão julgador não tem acesso aos fatos, tem acesso à versão dos fatos. Foi determinada diligência a fim de que a ASTEC intimasse o contribuinte para que apresentasse comprovações das prestações de serviços SCM e SCI, em demonstrativos distintos, bem como a documentação correspondente, de modo a provar os valores relativos ao chamado Serviço de Comunicação Multimídia (SCM). Em face das conclusões a que chegou a autoridade fiscal que cumpriu a diligência, no tocante à determinação do faturamento tributável pelo ICMS, que é o SCM oriundo de serviços da Rede Própria, tendo afinal elaborado demonstrativo de débito do imposto, no valor de R\$158.073,18, considero que está solucionada a dúvida. Acato o resultado da diligência da ASTEC, restando a ser lançado no item 1º o imposto no valor de R\$158.073,18.

Passo ao exame do item 2º.

No julgamento anterior proferido por esta Junta, mediante o Acórdão às fls. 3.555/3.562, este item foi julgado procedente, com redução da multa. O julgamento foi declarado nulo por falta de fundamentação, implicando cerceamento de defesa, ou seja, e sendo assim a anulação afetou outros itens, e não este. Sendo assim, limito-me a reiterar os fundamentos que aduzi no julgamento anterior.

Este item 2º acusa entrada de mercadorias sem registro no livro fiscal. O autuado pede a redução da multa, ao apelo do princípio de eqüidade, alegando que se trata do descumprimento de uma obrigação acessória, não tendo havido prejuízo ao erário, e não tendo a empresa agido com dolo ou má-fé, já que pagou os impostos devidos, tomando por fundamento o art. 148 do RPAF, c.c. o art. 42, § 7º, da Lei nº 7.014/96.

O Estado não tem o intuito de apenar seus contribuintes de forma indiscriminada. O que ele espera é que as pessoas cumpram sua obrigação dita principal. É claro que o contribuinte não pode descuidar-se do cumprimento dos deveres de natureza acessória ou instrumental estabelecidos pela legislação relativos às prestações positivas ou negativas previstas para viabilização da arrecadação e da fiscalização dos tributos, porém em relação a esses deveres o legislador, atendendo aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, atribui ao órgão julgador a faculdade de reduzir ou cancelar as multas pelo seu descumprimento, desde que as infrações tenham sido praticadas sem dolo, fraude ou simulação e não impliquem falta de recolhimento do imposto. Prevê, nesse sentido, o § 7º do art. 42 da Lei nº 7.014/96:

“§ 7º 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.”

Existem, portanto, dois requisitos a serem observados para adoção da faculdade prevista na lei.

O primeiro requisito para que se possa reduzir ou cancelar a multa é que a infração considerada não tenha implicado falta de pagamento do tributo. Ou seja, não importa se o contribuinte, por outras razões, deixou de pagar o imposto – o que importa é se a infração objeto de exame deu ensejo à falta de pagamento do tributo.

No presente Auto de Infração, não consta que o descumprimento da obrigação acessória de que cuida o item 2º tenha implicado falta de pagamento do imposto. Houve outros lançamentos por falta de pagamento do imposto, mas não consta que tenham relação com o item 2º. Por conseguinte, está preenchido um dos requisitos fixados pelo supracitado § 7º.

O outro requisito é que a infração tenha sido praticada sem dolo, fraude ou simulação. Como nestes autos sequer foi ventilada a existência de tais práticas, concluo que está também satisfeito este requisito legal.

Considero razoável a redução da multa. O RPAF, ao inaugurar a regulação processual do contencioso administrativo fiscal, no título das disposições gerais, recomenda que se apliquem ao processo administrativo determinados princípios jurídicos, “sem prejuízo de outros princípios de direito” (art. 2º). Dentre esses princípios, no que concerne ao caso em tela, aflora o princípio da proporcionalidade, que se traduz na dosimetria da pena em função da gravidade da falta e da situação individual do infrator. Esse princípio reflete-se no § 7º do art. 42 da Lei nº 7.014/96, o qual admite que o órgão julgador cancele ou reduza a multa, se não tiver havido dolo, fraude ou simulação, e desde que o fato não tenha implicado falta de pagamento de imposto.

É procedente a autuação objeto do item 2º, porém, com base no § 7º do art. 42 da Lei nº 7.014/96, proponho a redução da multa para R\$47.141,56, equivalente a 10% da pena originariamente aplicada, com fundamento no § 7º do art. 42 da Lei nº 7.014/96.

O 3º item não foi impugnado.

O item 4º diz respeito a ICMS pago a menos nas importações. O autuado alega que não incide o imposto nesses casos, pois se trata de insumos e maquinários adquiridos para edição do jornal *A Tarde*, e portanto as operações estão imunes, por força do art. 150, VI, “d”, da Constituição.

Tendo em vista a forma dúbia como o fato foi descrito, não indicando de forma precisa se o erro na base de cálculo teria sido por falta de inclusão de despesas aduaneiras ou por utilização incorreta da taxa cambial, e ainda considerando-se que a planilha às fls. 138/142 não especifica quais os bens importados, impossibilitando-se saber se se configuraria a alegada imunidade, o processo foi remetido em diligência a fim de que a autoridade fiscal informasse se o erro na determinação da base de cálculo decorreu da falta de inclusão de despesas aduaneiras, ou se foi da utilização incorreta da taxa cambial, ou se houve as duas coisas; caso o erro tivesse consistido na falta de inclusão de despesas aduaneiras na base de cálculo, deveria ser informado quais as despesas aduaneiras que deixaram de ser incluídas; e, se o erro foi a utilização incorreta da taxa cambial, deveria ser informado qual a taxa aplicada pelo autuado e qual a taxa considerada correta, e por quê. Na mesma diligência, tendo em vista a alegação do autuado de que os bens são imunes, e considerando-se que na descrição do fato não é dito qual a natureza dos bens importados, e tendo em vista ainda que os demonstrativos às fls. 138/142 também não especificam os bens que foram importados, foi solicitado que fossem listados os bens objeto da autuação.

A diligência não foi cumprida. Apesar de na acusação ser dito que teria havido falta de inclusão de despesas acessórias na base de cálculo ou utilização incorreta da taxa cambial, no cumprimento da diligência a autoridade fiscal declarou que o fato não foi este. Ele põe a culpa no SEAI (Sistema de Emissão de Autos de Infração), deixando patente que não se trata neste caso de erro decorrente de falta de inclusão de despesas aduaneiras, nem de utilização incorreta da taxa cambial, como consta na descrição do fato. Justifica-se dizendo que a referência a esses aspectos foi feita porque essa é a descrição-padrão do SEAI.

Ora, a competência para lavrar Auto de Infração é do auditor fiscal, e não do SEAI. O sistema automatizado tem descrições específicas para cada situação, cabendo à autoridade autuante apontar a imputação que corresponda precisamente ao caso concreto. Não se admite que seja detectada uma infração, mas a descrição se refira a situação diversa.

O lançamento do item 4º é nulo, por falta de certeza e liquidez. A repartição verificará se existem elementos que justifiquem a renovação do procedimento em relação a esse item. É evidente que se o contribuinte, antes no início de nova ação fiscal, sanar alguma pendência porventura existente, inclusive mediante denúncia espontânea, se exime de sanções.

Os lançamentos dos itens 5º e 6º referem-se à falta de pagamento da diferença de alíquotas de ICMS – no item 5º, relativamente a bens do ativo permanente, e no item 6º, a bens de consumo.

A defesa alega que não incide o imposto nesses casos, por se tratar de insumos e maquinários adquiridos para edição do jornal *A Tarde*, e portanto as operações estão imunes, por força do art. 150, VI, “d”, da Constituição.

A defesa demonstrou que existe jurisprudência favorável à sua tese. Porém, no âmbito administrativo, não é razoável discutir essa questão, pois não existe disposição expressa em tal sentido, e o órgão julgador deve limitar-se à aplicação do direito posto.

O demonstrativo fiscal do item 5º encontra-se à fl. 143, e o do item 6º encontra-se à fl. 144. Tendo em vista que os demonstrativos não indicam, como deviam, quais os bens adquiridos, de modo a se saber se se trata de bens do ativo permanente ou de material de consumo, apesar de a defesa não ter questionado esse aspecto, esta Junta de Julgamento Fiscal, em atenção aos princípios da verdade e da estrita legalidade, determinou em diligência que o fiscal autuante listasse os bens objeto da autuação.

O fiscal não listou os bens objeto da autuação, conforme foi solicitado na diligência, porém observou que nada descreve melhor o conteúdo das Notas Fiscais, cujas cópias se encontram às fls. 3.039/3.051 (item 5º) e às fls. 3.053/3.059 (item 6º). De acordo com esses elementos, fica patente que é devida a diferença de alíquotas, pois se trata efetivamente de bens destinados ao ativo permanente e a uso ou consumo, estando portanto caracterizada a infração.

A imunidade diz respeito às operações com livros, jornais, periódicos e papel destinado à sua impressão.

Mantendo os lançamentos dos itens 5º e 6º.

No item 7º o contribuinte é acusado de inutilização de documentos fiscais. Num adendo posto em seguida pelo autuante, consta que houve “Cancelamento indevido/inutilização indevida” de documentos fiscais.

Tendo em vista que o fiscal autuante não informou em que consistiu efetivamente o fato verificado, em atenção à regra do art. 39, III, do RPAF, e considerando-se que em seguida à descrição do fato – “inutilização de documentos” – consta outra descrição dizendo que houve “cancelamento indevido/inutilização indevida” de documentos, havendo portanto dois fatos, foi determinado em diligência que o fiscal autuante informasse se se trata de cancelamento de documentos ou de inutilização de documentos, e que explicitasse também por que foi considerado indevido o cancelamento ou a inutilização dos documentos.

Em resposta, o fiscal informou que não foram observados os requisitos para cancelamento de documento fiscal, porque o contribuinte registrou cancelamento (“Cancelada”) indevidamente, tendo ocorrido a inutilização do documento fiscal ou o seu extravio, conforme faz prova, por amostragem, com a juntada dos documentos às fls. 3.136/3.142.

O fiscal considerou que o cancelamento foi feito indevidamente tomando por fundamento a regra do art. 210, e § 1º, do RICMS/97, e o art. 43 e parágrafo único do RICMS/12.

Os dispositivos a que se reporta o autuante cuidam de cancelamento de documento fiscal.

Cancelamento é uma coisa. Inutilização é coisa bem diversa. Existe cancelamento quando o contribuinte declara sua invalidade por erro no seu preenchimento ou por desfazimento do negócio, por exemplo. Por sua vez, existe inutilização quando o documento é sinistrado, destruído, jogado fora.

A autoridade fiscal, ao aplicar a multa, baseou-se na regra do art. 42, XIX, “a”, da Lei nº 7.014/96. Essa multa é para casos de inutilização, extravio, perda ou guarda de documentos fora do estabelecimento, em local não autorizado.

Ocorre que os documentos não foram inutilizados. De acordo com as cópias anexadas às fls. 3.136/3.142, o que houve foi cancelamento, e não inutilização.

Nota-se de plano que a fiscalização apurou uma coisa, porém autuou o contribuinte por outra. Se os documentos foram cancelados indevidamente (e não “inutilizados” indevidamente), seria o caso de se apurar o cancelamento indevido, para cobrar o imposto se porventura fosse devido, e não simplesmente aplicar multa.

O cancelamento de documentos fiscais não constitui infração. Se, por exemplo, o documento é cancelado porque houve erro na sua emissão, ou porque a operação ou prestação não se concretizou, deve evidentemente ser cancelado, e isto não implica qualquer tipo de ilícito.

O que se vê às fls. 3.136/3.142 é que os documentos foram cancelados. O fiscal diz que não foram observados os requisitos para cancelamento. Não diz quais os requisitos que não foram observados.

Infração não caracterizada. Lançamento nulo. A repartição verificará se existem elementos que justifiquem a renovação do procedimento em relação a esse item. É evidente que se o contribuinte, antes no início de nova ação fiscal, sanar alguma pendência porventura existente, inclusive mediante denúncia espontânea, se exime de sanções.

Os lançamentos dos itens 8º e 9º não foram impugnados.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **279116.1205/11-8**, lavrado contra **EMPRESA EDITORA A TARDE S.A.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$317.118,81**, acrescido das multas de 60% sobre R\$159.045,63 e 100% sobre R\$158.073,18, previstas no art. 42, incisos II, alíneas “b” e “f” e IV, “h”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das multas por descumprimento de obrigações acessórias no valor de **R\$47.421,56**, previstas nos incisos XI e XVIII, alíneas “b” e “c”, do mesmo diploma legal supracitado, com os acréscimos moratórios previstos pela Lei nº 9.837/05.

Esta Junta recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a”, do RPaf/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537/11, com efeitos a partir de 20.12.11.

Sala das Sessões do CONSEF, 24 de março de 2015.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO – RELATOR

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO – JULGADOR