

A. I. Nº - 217445.0301/13-4
AUTUADO - CABLE.COM TELECOMUNICAÇÕES LTDA. - EPP
AUTUANTES - JOAQUIM NETO DE OLIVEIRA
ORIGEM - DAT/SUL INFAZ/ITABUNA

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0195-04/16

EMENTA: 1. ICMS. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTA FISCAL. REGISTRO DE OPERAÇÃO TRIBUTADA COMO NÃO TRIBUTADA. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Infração não contestada pelo sujeito passivo. 2. ALÍQUOTA. ERRO NA DETERMINAÇÃO. IMPOSTO RECOLHIDO A MENOS. Restou comprovado que a empresa aplicou indevidamente a redução de base de cálculo prevista para as prestações de serviços de comunicação. Infração subsistente. Não acolhidas as preliminares, inclusive a de decadência parcial, bem como o pedido de redução ou cancelamento das multas aplicadas, por falta de amparo legal. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração ora apreciado foi lavrado em 21 de março de 2013 e refere-se à cobrança de ICMS no valor de R\$503.919,15, bem como multa no percentual de 60%, pela constatação das seguintes infrações:

Infração 01. **02.03.01.** Deixou de recolher o ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, relativamente à nota fiscal 009, de 04 de outubro de 2011, registrada no Livro Registro de Saídas sem débito do imposto, no montante de R\$ 467,50.

Infração 02. **03.09.01.** Recolheu a menor o ICMS relativo a prestação de serviços de comunicação, no valor de R\$503.451,65, correspondente ao período de janeiro de 2008 a dezembro de 2011.

Tempestivamente, a autuada, por meio de advogado, apresentou impugnação ao lançamento constante às fls. 129 a 145, onde argüi em sua defesa, inicialmente, que o lançamento contém vícios irreparáveis, os quais o eivam de nulidade formal. O procedimento administrativo fiscal, regulado pelo Decreto 70.235/72, estabelece no art. 10º os requisitos obrigatórios do Auto de Infração, dentre eles, a necessidade de Termo de Início de Fiscalização.

Além disso, consta que o local da lavratura é a Inspeção da Secretaria da Fazenda da Bahia em Itabuna, e não o endereço do Autuado. A lavratura em lugar diverso do local onde se constatou a suposta infração gera a nulidade do auto de infração, como indica o ensinamento doutrinário que transcreve.

Após mencionar, mais uma vez, o Decreto 70.235/72, especialmente o seu artigo 10, assegura que da locução do citado artigo, deduz-se que o Auto de Infração será lavrado no momento e local em que for verificada a infração à legislação tributária. Se houvesse infração, ela deveria ser constatada no estabelecimento da empresa autuada, ou no local onde foi constatado o descumprimento à norma tributária.

Incabível o argumento de que o levantamento foi efetuado na repartição fiscal, pois se assim fosse, a peça básica do Processo Administrativo Fiscal de Instrução Contraditória seria a Notificação de Lançamento, conforme estabelece o artigo 11 do aludido decreto.

Aliás, o próprio Decreto 7.629/99 do Estado da Bahia, que trata do Processo Administrativo Fiscal no âmbito tributário estadual, lança como pressuposto objetivo do Auto de Infração, em seu artigo 39, V, a indicação dos dispositivos legais que serviram de base ao Auto de Infração, no seu artigo 39, inciso II (transcrito).

Entende que este equívoco cometido pela autoridade autuante eiva de nulidade o ato porquanto ausente pressuposto de validade do ato administrativo.

Argumenta que o lançamento igualmente encontra-se eivado pela decadência parcial do crédito tributário, vez que, como o lançamento de ofício aperfeiçoou-se na data de ciência do Auto de Infração ao Sujeito Passivo, ou seja, no dia 04 de novembro de 2010, todo o fato gerador ocorrido em período anterior à data de 01 de novembro de 2005 está atingido pela decadência, mencionando decisões do Conselho de Contribuintes da Receita Federal.

No caso em tela, a Contribuinte teve ciência do Auto de Infração em 01/04/2013. A autuação não apurou sonegação, mas apenas divergência na apuração do tributo em relação à base de cálculo utilizada. Mais precisamente, há divergência na interpretação da norma que estabelece a redução da base de cálculo. Logo, não houve omissão ou dolo da Impugnante. Há, no máximo, interpretação equivocada na aplicação da base de cálculo dos serviços de televisão por assinatura e de internet prestados.

Assim, tendo feito as declarações via DMA e recolhido o tributo com a redução da base de cálculo que entendia e entende ser a correta, há de se aplicar como termo inicial da decadência a ocorrência do fato gerador acompanhada do pagamento do tributo.

Logo, há de ser declarada a decadência de todo o crédito tributário cujos fatos geradores tenham ocorrido até a data de 31 de março de 2008. Restará, destarte, a apurar o real valor do crédito tributário supostamente devido a partir de abril de 2008.

Igualmente, invoca a narração sucinta da infração, com violação do artigo 28, §3º, inciso VI, do Decreto Estadual 7.629/99, pois a descrição da infração fiscal, em tese, cometida pelo contribuinte fora narrada em apenas duas linhas, para tentar descrever supostos atos de 04 (quatro) anos de infração, relacionados à prestação de serviços de comunicação.

A narrativa sucinta não individualizadora da conduta dificulta de sobremaneira a defesa do contribuinte, porquanto parca e lacônica. Assim pretende o Fisco transferir para o autuado a obrigação de provar aquilo que o Auto não conseguiu, invertendo o ônus da prova, que em Direito fiscal é sempre de quem acusa, por aplicação analógica do artigo 333, I, c/c o artigo 126, 2ª parte, do CPC, do artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil e do artigo 108, I, do CTN.

Menciona o fato do artigo 28, § 3º, VI, do Decreto Estadual 7.629/99 determinar que o Termo de Encerramento deva conter a reprodução fiel do teor dos fatos verificados, com declaração expressa, quando for o caso, de que não foi apurada nenhuma irregularidade no tocante à legislação, ou, em caso contrário, com descrição detalhada dos fatos apurados, o que não é o caso, do presente Auto. Pois como se pode aceitar que em duas linhas fora detalhada omissão de saída de mercadoria, para fins de incidência do ICMS, um dos impostos mais complexos.

Aliás, a descrição (ou não descrição) se deve a um procedimento clandestino, apressado e impaciente. Tudo isso porque não houve estipulação do prazo de duração do procedimento fiscalizatório, que pode ser de 90 (noventa) dias prorrogado mediante comunicação escrita (art. 28, VII, §1º, do Decreto Estadual 7.629/99). Aliás, não se sabe quanto tempo durou a fiscalização, mas se fosse um tempo razoável, com certeza, não seria lavrado o presente auto de infração, qualificado como temerário, porquanto desprovido de substrato fático.

Após informar que o impugnante atua em duas atividades de comunicação: 1) serviços de televisão por assinatura; 2) serviços de internet indica que o autuante tratou as mesmas como se

fossem de um só tipo, quando na realidade não são. De fato, mais grave que isso é a sua decorrência: os serviços tem base de cálculo reduzida diferentemente pela legislação.

Aponta que a descrição da infração fiscal, em tese, cometida pelo contribuinte fora narrada em apenas duas linhas. Acompanharam o Auto de Infração planilhas demonstrativas de Débito. Por tais planilhas infere que a Autoridade fiscalizadora atribui a alíquota adequada aos serviços prestados pela Impugnante, a saber, 25% (vinte e cinco por cento).

As planilhas anexas ao Auto de Infração trazem, igualmente, todos os valores contábeis de serviços prestados (sem qualquer diferenciação entre os serviços de provimento de acesso à internet e o de televisão por assinatura) acompanhados de uma redução da base de cálculo de 60% (sessenta por cento).

Indica encontrar-se aí a grande divergência entre contribuinte e o Fisco, vez que não se sabe qual a origem da base de cálculo aplicada pelo Auditor. A falta de clareza do Auto de Infração não lhe permite inferir. Tampouco as planilhas são esclarecedoras. Entende deva ser aplicado o que diz a Lei.

No que tange à alíquota, não restam dúvidas. A alíquota a ser aplicada é a de 25% (vinte e cinco por cento), na forma do artigo 51, II, I do Regulamento do ICMS do Estado da Bahia, vez haver no Regulamento do ICMS vigente à época da ocorrência dos fatos geradores objetos do Auto de Infração, previsão de redução da base de cálculo nos termos do artigo 86 do RICMS/97, o qual reproduzia o comando da Cláusula primeira do Convênio 57/99 do CONFAZ transcrito.

Salienta que, em momento algum, nem o artigo nem a cláusula mencionaram nova fixação de alíquota. Logo, a hermenêutica exige interpretação mais restritiva para o Estado, tendo assim sido entendida por ele, desde o início das atividades empresariais, que os percentuais a que se referia tanto o artigo quanto à cláusula do Convênio CONFAZ 57/99 eram justamente os de redução de base de cálculo.

Isto significa, por exemplo, que em janeiro de 2009, quando prestou serviços que somaram o valor de R\$ 97.400,51, aplicou o percentual de 10% sobre o total da prestação de serviços, tendo por base de cálculo justamente o valor de R\$ 9.740,05. A partir daí, calculou e pagou ICMS aplicando a alíquota (que nunca mudou no período) de 25%, obtendo o valor de R\$ 1.655,81.

Assevera que a interpretação dada ao artigo se não é a única possível, é a mais plausível, pois, se fosse a vontade do legislador reduzir em 60% a base de cálculo teria expressamente o feito nas operações com automotores, por exemplo.

Já o artigo 76 do RICMS/97 (reproduzido), ao estabelecer a redução da base de cálculo nas operações com veículos automotores, simplificou. Simplesmente determinou que a redução seria de 75%, 50% ou 25%, sem redação complexa e dúbia como a do artigo que estabeleceu a redução para as prestações de serviço de televisão por assinatura:

Logo, entende ter ficado clara que a vontade do legislador tributário estadual não era a de estabelecer uma redução da base de cálculo à base de 60%, mas de estabelecer as reduções para 5%, 7,5% e 10% do total dos serviços prestados pelo contribuinte prestador de serviços de televisão por assinatura.

Destarte, há que se considerarem corretos e perfeitos os auto lançamentos por ela promovidos, os quais devem ser devidamente homologados nesta oportunidade sem qualquer lançamento suplementar.

A seguir, aborda o fato de que, além de arbitrar a base de cálculo pela aplicação do redutor de 60% sobre o total dos serviços prestados (desprezando a diferenciação entre os serviços de televisão por assinatura e de provimento de acesso à internet), o Autuante aplicou à contribuinte multa de 60% por conta do suposto equívoco.

Frisa que, caso fique comprovado que a base de cálculo aplicada no lançamento é a correta, não há como se penalizar o contribuinte pela legislação mal formulada. Também as penalidades aplicadas ao caso, considerando a circunstância da má redação do artigo que determina a redução da base de cálculo, devem ser interpretadas de forma mais benigna ao contribuinte, nos termos do artigo 112 do CTN, o qual preconiza a aplicação na seara do Direito Tributário de um preceito tipicamente penal (*in dubio pro reo*), que se pauta na “*presunção de inocência*”.

Portanto, na eventualidade de os textos legais não serem claros e incontroversos sobre a interpretação da lei punitiva, o aplicador (fiscal ou juiz) deve preferir a posição mais favorável ao contribuinte àquela que lhe é mais gravosa, nos termos da decisão judicial que transcreve.

Postula a aplicação do valor mínimo de 20% de multa por recolhimento em atraso, em razão do contexto apresentado. O certo é que não se deve aplicar o percentual de 60% que se demonstra deveras excessivo, entendendo que o lançamento deva ser julgado improcedente, acatando-se a alegação defensiva.

Reafirma que como informado anteriormente, e do conhecimento do Fisco, presta dois tipos de serviço de comunicação. O primeiro, já comentado, de televisão por assinatura. O segundo é o de provimento de acesso à internet banda larga.

Ambas se enquadram no Código Fiscal de Operações sob o nº 5307, qual seja, o de “Prestação de serviço de comunicação a não contribuinte”. O CFOP é assim descrito: Classificam-se neste código as prestações de serviços de comunicação a pessoas físicas ou a pessoas jurídicas não indicadas nos códigos anteriores.

Por enquadrarem-se sob o mesmo código, afirma ter se confundido e não apurado da maneira correta o tributo incidente sobre tais serviços.

Esclarece que acerca da redução da prestação a norma é turva. No entanto, quando da redução da base de cálculo da prestação de serviços de provimento de internet a legislação é mais clara, diante da previsão do artigo 86, inciso VI, do RICMS/97.

Há, no Regulamento do ICMS vigente à época da ocorrência dos fatos geradores objetos deste Auto de Infração, previsão de redução da base de cálculo, e tal a norma, mera reprise do disposto no Convênio ICMS 78/01 que prevê a redução aí neste caso não é confusa. Diz que a redução da base de cálculo há de ser de tal monta que a carga fiscal seja equivalente ao percentual de 5% do valor da prestação. Isso mantendo a mesma alíquota.

Assim entende existirem bases de cálculo distintas a serem aplicadas ao caso: 1) a de serviços de televisão por assinatura de acordo com a sua interpretação (redução da base de cálculo de 90%); 2) a de serviços de televisão por assinatura de acordo com a interpretação da fiscalização (redução da base de cálculo de 60%); 3) a de serviços de internet (redução da base de cálculo de 80%).

Ainda que tenha lançado equivocadamente, como o lançamento é objeto de revisão pelo Fisco, este tem que o revisar de acordo com o fato gerador que realmente ocorreu no horizonte fático, não podendo simplesmente se ignorar a distinção entre um serviço e outro apenas porque é mais conveniente ou é mais rentável ao Estado.

Há que se separar os serviços de internet dos de televisão por assinatura e apurar sua base de cálculo de acordo com o disposto no inciso VI do artigo 86 do RICMS/97, ou seja, com redução de base de cálculo que implique em tributação efetiva de 5% do valor do serviço prestado e não de 10% como preconizado na autuação.

Elabora planilha na qual discrimina os serviços de internet dos serviços de televisão a cabo para revisão da base de cálculo de acordo com o estabelecido na legislação e no Convênio do CONFAZ, colacionando decisão do TIT do estado de São Paulo, requerendo seja revista à base de

cálculo de todo o período fiscalizado a fim de aplicar a redução prevista no artigo 86, VI aos serviços de provimento de acesso à internet prestados.

Concluindo sua peça, requer que se declare nulo o Auto de Infração por não ter sido lavrado no estabelecimento da Impugnante, que seja julgado improcedente a lavratura do Auto de Infração em questão, pelos motivos retro mencionados, bem como a inaplicabilidade da multa de 60% para o caso de mero inadimplemento, reduzindo-a ao percentual de 20%;

Informação fiscal constante às fls. 192 a 199 argumenta que as infrações indicadas no lançamento constam dos demonstrativos de fls. 04/06, planilhas de fls. 07/10, fornecidos a impugnante conforme consta do recibo de fls. 06, e todos os demais dados apurados nos documentos fornecidos pela autuada, conforme consta às fls. 11 e a essa devolvidos (fl. 126), bem assim, dos juntados em cópias, pelo autuante, das fls. 12 a 125 e dos constantes dos arquivos da SEFAZ.

Assegura que os autos estão devidamente instruídos. Não existem omissões, obscuridades ou contradições, bem como verifica-se que nele contém todos os requisitos previstos no dispositivo regulamentar RPAF/99 (Art. 39. "*O Auto de Infração conterá:(...)*"), sendo possível conhecer o sujeito passivo, o ilícito tributário a ele atribuído, o valor do crédito tributário lançado e os critérios quantitativos de apuração, a multa aplicada e os dispositivos da legislação tributária que foram violados, portanto válido no seu todo.

Não assiste razão à impugnante em sua peça defensiva, ao argüir nulidade do processo em apreço, ante os fatos argüidos em sua preliminar de nulidade às fls. 130/136, notadamente quanto à suposição de "*vícios irreparáveis*", ao seu entender inexistentes no Auto de Infração, conforme se verifica às fls. 01 e 11, dentro do que prescreve nos dispositivos retro citados, bem como, o artigo 26, inciso III, do RPAF/99, 39, § 1º, do mesmo diploma, além do artigo 28, § 1º da Lei Estadual 3.956/81, bem como do artigo 965 inciso I, do RICMS/97, todos transcritos.

Como se pode verificar no Auto de Infração, assegura não assistir razão à impugnante, estando todos os fatos por essa alegados, totalmente fora do contexto legal. Nenhuma irregularidade foi praticada pelo autuante no processo indicado, bem assim, nele não existem quaisquer "*vícios irreparáveis*" como quer crer a autuada em sua peça defensiva.

A irregularidade praticada na autuação alegada pela impugnante e por essa não indicada como prevista na legislação pertinente, nem provada, com precisão e clareza, não passa de mera alegação, porquanto que, o lançamento preenche todos os requisitos previstos na legislação pertinente, inclusive, em nada contraria o disposto no Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF/BA), especialmente no artigo 18, § 1º, transcrito.

Conclui pelo não acatamento da argüição de nulidade pela impugnante em sua peça de defesa às fls. 129/136 do presente processo.

Quanto ao mérito, afirma que a autuada deveria cumprir o que prescreve o disposto no artigo 123 do RPAF/99 retro citado e transcrito, em que é garantido ao sujeito passivo o direito de fazer a impugnação do lançamento, acompanhada das provas que tiver inclusive documentos, levantamentos e demonstrativos referentes às suas alegações, no prazo de 30 (trinta) dias.

Entende que os documentos, apresentados pela impugnante, são insuficientes para elidir a autuação, posto que, tendo o sujeito passivo recebido as planilhas de apuração do débito, suas razões defensivas não elidem o lançamento tributário ora reclamado, nos termos do Auto de Infração e demonstrativos e planilhas juntas.

Verifica da peça impugnatória de fls. 129/188, que a autuada não trouxe ao processo as provas necessárias e indispensáveis à sua defesa, limitando-se tão somente, em suas argumentações, a alusões genéricas, todas elas, sem exceção, destituídas de provas documentais, o que contraria o disposto no artigo 143 do RPAF/99, transcrito.

O simples exame dos demonstrativos e planilhas de fls. 04/10, constata que foram elaborados tomando por base os dados constantes dos arquivos da SEFAZ (INC-Arrecadação, dentre outros) e dos apurados através de levantamentos obtidas nos documentos fiscais emitidos e fornecidos pela própria autuada (fls. 11, 12/125) e a essa devolvidos (fls. 126). Com isso chegou ao resultado obtido nos demonstrativos e relatórios que ocasionaram na lavratura do Auto de Infração e em consequência o lançamento tributário, do apurado nos documento de fls. 01 a 10 do processo em apreço.

Verifica que a autuada, em sua peça defensiva não apresenta a verdade dos fatos, alega, em resumo, sem qualquer fundamentação legal ou provas contundentes, que o crédito tributário devidamente reclamado não procede, embora os débitos das infrações estejam devidamente demonstrados através das citadas planilhas e a autuação fundamentada na legislação que regulamenta a matéria, descritas no próprio processo administrativo fiscal.

Quanto aos fatos alegados na peça defensiva, indica que as planilhas apresentadas pela impugnante as fls. 143/144, em nada contrariam a autuação, tratando-se de meros relatórios informativos sem qualquer fundamentação legal; não fez juntada dos respectivos documentos que o fundamentam (contratos de prestação de tais serviços, individualizados, notas fiscais de serviços ao consumidor dessas atividades, individualizadas, não apresentou a licença da agência reguladora, no caso em apreço a ANATEL, na modalidade SCM, dentre outros indispensáveis à sua comprovação), provando que as suas atividades são aquelas que afirma em suas alegações de defesa.

Analisando as peças processuais, constata que o débito lançado nas infrações foi apurado com base nas planilhas produzidas resultantes da fiscalização dos documentos apresentados pela autuada. Portanto, os débitos estão devidamente demonstrados através das citadas planilhas, dentro do que prescreve a legislação que regulamenta a matéria enfocada..

Observa que a impugnante em sua peça defensiva de fls. 129 a 189, em nada contraria a autuação. Procedeu a várias alegações de irregularidades supostamente cometidas pelo autuante no processo em apreço, sem, contudo, comprovar os fatos por ela alegados.

Mantém no seu todo, a autuação, porque devidamente fundamentada na legislação pertinente, diante do fato de que os Demonstrativos, planilhas e documentos constantes do processo em apreço, por ele juntados, comprovam o crédito tributário devido pela autuada e que tudo está devidamente enquadrado nos termos legais. Não há que se falar em nulidade, improcedência da autuação, ou qualquer outro fato que não seja o correto lançamento do crédito tributário no Auto de Infração referido.

Ratificando os fatos e fundamentos constantes da autuação (fls. 01 a 10), bem como, a falta de argumentos e fundamentação legal da impugnante requer que não seja acatada a preliminar arguida e no mérito, que o presente Auto de Infração seja julgado totalmente PROCEDENTE, para condenar a autuada ao pagamento do tributo devido, como prevê a legislação pertinente, porque lavrado e verificados os requisitos previstos na legislação tributária atinente à matéria enfocada.

Distribuído a este relator, o feito foi analisado e levado para apreciação na sessão de pauta suplementar do dia 24 de fevereiro de 2014, sendo convertido em diligência à Assessoria Técnica deste Conselho (ASTECC), a fim de que o sujeito passivo fosse intimado a apresentar planilha analítica discriminando as operações relativas a serviço de televisão e de internet, por operação, mês a mês, de forma a comprovar as suas alegações defensivas (fls. 203 e 204).

De tal solicitação, resultou o Parecer ASTEC 0073/2014, no qual o diligente conclui textualmente: *"Em atenção ao pedido de diligência formulado às fls. 203 e 204, o autuado foi intimado em 05/05/2014 e 09/07/2014 (fls. 209 e 213), além de vários contatos telefônicos, não tendo atendido às intimações, apesar de decorridos 73 (setenta e três) dias de prazo.*

Como o autuado não apresentou a planilha solicitada na intimação, o diligente não pode efetuar as devidas verificações, nem elaborar relatório detalhado, relatando as verificações realizadas".

Consta às fls. 216 e 217 petição do patrono da autuada, onde, após tecer algumas considerações acerca do período a que se refere a solicitação contida na diligência (quatro anos), expõe dificuldade de ordem técnica para seu atendimento, diante do fato de que o "...sistema da época não estava apto a este tipo de relatório", solicitando dilação de prazo para a apresentação do quanto solicitado, diante de impossibilidade técnica, comprovada às fls. 218..

Em 04 de setembro de 2014 o feito foi dado como apto para julgamento por este relator, ocasião na qual foi devidamente pautado para a sessão da 2ª Junta de Julgamento Fiscal.

Na sessão do dia 16 de setembro de 2014, tendo sido apensada aos autos a petição de fls. 242 a 243, na qual o patrono da empresa solicita a juntada de documentos que intitula planilhas dos anos de 2010 e 2011, o que motivou o envio do processo para a ASTEC, a fim de que o diligente analisasse a documentação acostada, e concluísse a diligência solicitada às fls. 203 e 204.

Daí resultou o Parecer ASTEC 122/2014 (fls. 2.464 a 2.466), no qual, o diligente, após indicar que "*o autuado não atendeu ao que foi solicitado, apenas anexou uma relação de serviços prestados, referentes aos exercícios de 2010 e 2011, onde nem mesmo consta nº da nota fiscal e/ou cupom, bem como não discrimina mês a mês as operações realizadas*", conclui que "*como o autuado não apresentou a planilha solicitada na intimação, o diligente não pode efetuar as devidas verificações, nem elaborar relatório detalhado, quanto às verificações realizadas*".

Intimado para conhecimento do teor da diligência (fls. 2.468 e 2.469), a autuada não se manifestou, ao passo que o autuante em documento de fls. 2.470 e 2.471 reitera a procedência do lançamento.

Pautado para julgamento, na sessão de julgamento foram trazidos aos autos diversos documentos que segundo a autuada, comprovariam as suas arguições, o que motivou a conversão do feito em nova diligência à ASTEC/CONSEF a fim de que fossem os mesmos analisados, e sendo o caso, refeitos os demonstrativos (fl. 4.052).

Daí resultou o Parecer ASTEC 053/2015 (fls. 4.055 a 4.057) no qual o diligente assim se manifesta: "*Foram examinados os demonstrativos apresentados pelo autuado às fls. 2.474 a 4.048, constatando que os mesmos se referem a serviços de TV a cabo e serviços de Internet, sendo elaborados novos demonstrativos, considerando os valores constantes dos mesmos, bem como os recolhimentos efetuados pelo autuado constantes do sistema SEFAZ, conforme fls. 4.058/4.065*".

Foi elaborado demonstrativo de débito às fls. 4.058 a 4.061.

Cientificada das conclusões da diligência (fls. 4.068 e 4.069), a empresa autuada comparece ao feito, a fim de se manifestar, posicionando-se no sentido de que, em relação às planilhas resultantes da realização da diligência, "conquanto encontre diferença entre os valores recolhidos pela contribuinte, admite que a interpretação dada ao artigo 86 do Regulamento de ICMS vigente à época pela impugnante é aplicável ao caso". E conclui: "*Destarte, manifesta sua concordância com tal interpretação e com as diferenças apuradas pela ASTEC nas fls. 4.056-4.061 e pugna pela sua ratificação pelo CONSEF*".

Ao seu turno, o autuante, às fls. 4.074 e 4.075 instado a se manifestar, aponta equívocos que teriam sido cometidos pelo diligente, a começar pela inobservância da legislação que regulamenta a matéria, para efetivação dos cálculos apresentados; em segundo lugar, pelo erro quanto a efetividade dos cálculos, especificamente no artigo 86, inciso V do RICMS/97, bem como do Convênio ICMS 57/99. Por último, destaca que o diligente apenas tomou como base para a elaboração do novo demonstrativo, os valores constantes nas planilhas apresentadas pela autuada, bem como os recolhimentos por ela realizados.

Fala, ainda, que a matéria objeto da autuação é clara e precisa, ao prescrever a incidência de "*carga tributária de 10%*", "*e não de redução do valor comercial conforme efetuou o ilustre*

parecerista e quer crer que assim o seja a autuada, conforme demonstra em sua impugnação às fls. 128/145, bem como, na sua manifestação às fls. 4.070 a 4.072”.

A seguir, ilustra o equívoco incorrido pelo diligente, ao afirmar que seu entendimento se encontra devidamente estribado no Parecer DITRI 18.709/2013, apresentando exemplo para o mês de janeiro de 2008, no intuito de sustentar o seu argumento, apontando diferença maior a ser recolhida, do que a indicada na diligência.

Diz ainda que os cálculos que efetuou estão devidamente corretos, os quais foram elaborados de acordo com a legislação que regulamenta a matéria, e, por conseguinte, deve ser descaracterizado o Parecer da ASTEC, vez que não atendeu ao quanto prevê a legislação.

VOTO

O lançamento constitui-se em duas infrações arroladas pela fiscalização: Falta de recolhimento do ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas (infração 01), e Recolhimento a menor do ICMS relativo a prestação de serviços de comunicação (infração 02).

Iniciarei pela apreciação das preliminares aventadas na peça defensiva. Quanto a necessidade lavratura de Termo de Início de Fiscalização, o que ao seu entender se configura em cerceamento de defesa.

A autuada foi intimada a apresentar livros e documentos fiscais (fl. 11). Tal intimação atende ao disposto no § 4º do artigo 28 do RPAF/99, o qual determina que o Auto de Infração far-se-á acompanhar de cópias dos termos lavrados na ação fiscal, nos quais se fundamentará que poderão ser substituídas por reprodução do exato teor do termo em folha à parte, pela autoridade fiscalizadora, devendo neste caso ser indicada a página do livro em que foi lavrado o termo original.

O Termo de Início de Fiscalização, que a legislação nivela e equipara ao Termo de Intimação para Apresentação de Livros e Documentos Fiscais (artigo 26, inciso III do RPAF/99), possui a finalidade jurídica de dar ao contribuinte ciência de que ele está sendo fiscalizado.

O ato do lançamento tributário tem um rito, devidamente estabelecido pela legislação vigente. O lançamento tributário, acorde comando inserido no CTN, não pode ser praticado livremente pelo Fisco, sendo ato vinculado, sujeito à observância dos ditames da lei, tanto de natureza material quanto formal. Sob o aspecto material, ou de mérito, cabe verificar se o tributo é ou não devido, se há ou não provas do cometimento das infrações ali arroladas. Do ponto de vista formal, deve-se observar a forma, método ou critério a ser seguido na efetivação do lançamento, inexistindo hierarquia entre um ou outro aspecto.

No caso ora em exame, esse prejuízo inexistente, pois o sujeito passivo não foi surpreendido por um Auto de Infração sem que, formal ou juridicamente, lhe fosse informado que estava sendo fiscalizado, conforme se depreende pelo Termo de Intimação para apresentação de Livros e Documentos de fl. 11, assinado pela mesma pessoa que tomou ciência do lançamento (fl. 03), qual seja, o gerente do contribuinte, circunstância que não se caracteriza como caso típico de cerceamento de defesa, contrariamente ao alegado.

O referido Termo não se configura como mera formalidade, sem qualquer efeito prático ou jurídico. É elaborado para fazer parte do direito de defesa. O contribuinte não pode ser surpreendido com um Auto de Infração sem saber, antecipadamente, que está efetivamente sob ação fiscal, o que se insere no conceito do princípio da segurança jurídica, um dos mais importantes do Processo Administrativo Fiscal e vertente do princípio do devido processo legal. Logo, tendo sido cumprida a formalidade, o contribuinte sabia que estava sob ação fiscal, e conseqüentemente, lhe seria exigido o cumprimento das obrigações tributárias, quer principais, quer acessórias.

Logo, era de pleno conhecimento a ação fiscal desenvolvida, não havendo, pois, que se falar em qualquer cerceamento do direito de defesa do sujeito passivo, ou "*procedimento clandestino*", como nominado pelo contribuinte, vez que atendido o disposto no inciso II do artigo 28 do RPAF/99, o qual determina que a autoridade administrativa que efetuar ou presidir tarefas de fiscalização para verificação do cumprimento de obrigação tributária lavrará, ou determinará que sejam lavrados, conforme o caso o Termo de Intimação para Apresentação de Livros e Documentos, para que o sujeito passivo, seu representante legal ou preposto preste esclarecimento ou exiba elementos solicitados pela fiscalização, sendo que a emissão deste termo dispensa a lavratura do Termo de Início de Fiscalização;

Quanto à alegação de que consta que o local da lavratura do Auto de Infração é a Inspetoria da Secretaria da Fazenda da Bahia, de igual forma, não se constitui em motivo para decretação de nulidade do lançamento, vez que atende ao quanto previsto no artigo 39, § 1º, do RPAF/99, que determina que o Auto de Infração será lavrado no estabelecimento do infrator, na repartição fazendária ou no local onde se verificar ou apurar a infração.

Tal redação espanca qualquer dúvida acerca da existência de opção para a lavratura do Auto de Infração, contrariamente ao entendimento da autuada, tendo no caso, o preposto fiscal optado por lavrá-lo nas dependências da Inspetoria, o que possui o devido respaldo legal.

A propósito: A argumentação do contribuinte é toda estribada no Decreto Federal 70.235/72, regulador daquele processo administrativo, o que talvez o tenha levado a cometer alguns equívocos representados por interpretação errônea da legislação processual do Estado da Bahia. Assim, também rejeito tal argumento como motivador de nulidade do feito.

No tocante à existência de decadência parcial, conforme aventado pelo contribuinte, não acolho tal argumento, diante do fato de que não comungo com o entendimento da empresa autuada, pelas razões que passo a expor.

Inicialmente, entendo pertinente transcrever as regras legais insculpidas nos artigos 150, §4º e 173 do CTN:

"Art. 150. O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativo, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado expressamente a homologa.

(...)

§4º. Se a lei não fixar prazo à homologação, será ele de 5 (cinco) anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.

Art. 173. O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados:

I – do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado;

II – da data em que se tornar definitiva a decisão que houver anulado, por vício formal, o lançamento anteriormente efetuado.

Parágrafo único. O direito a que se refere este artigo extingue-se definitivamente com o decurso do prazo nele previsto, contado da data em que tenha sido iniciada a constituição do crédito tributário pela notificação, ao sujeito passivo, de qualquer medida preparatória indispensável ao lançamento".

Por outro lado, na legislação estadual, verifico que o legislador incorporou no artigo 107-B da Lei nº 3.956/81 (Código Tributário do Estado da Bahia), o teor do artigo 150 do CTN, no seu parágrafo 5º, ao assim dispor:

"Art. 107-B. O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa.

(...)

§ 5º. Considera-se ocorrida a homologação tácita do lançamento e definitivamente extinto o crédito, após 5 (cinco) anos, contados a partir de 01 de janeiro do ano seguinte ao da ocorrência do fato gerador, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação."

Dessa forma, a legislação tributária do Estado da Bahia fixa prazo à homologação do lançamento, não podendo ser argüida a determinação do artigo 150, §4º, do CTN, que se aplica quando a lei do ente tributante não fixar prazo à homologação. Os créditos constituídos, em relação aos quais o contribuinte está sendo considerado se ter operado a decadência, foram relativos ao exercício de 2008, e só seriam desconstituídos, em relação ao mesmo, se o lançamento tributário ocorresse a partir do dia 01 de janeiro de 2014, o que não ocorreu.

Impende observar-se que o lançamento de ofício, na situação em foco com a lavratura de Auto de Infração, é ato da Administração Pública, que figura como sujeito ativo da relação tributária, tendo o Estado o poder-dever de agir, e de constituir o crédito tributário, o lançamento do crédito tributário é apenas um ato administrativo vinculado.

Outros atos, como a ciência, e o registro, por exemplo, se afiguram como simples atos protocolares a serem praticados após realizado o ato do lançamento de ofício pela autoridade administrativa fiscal a quem a legislação atribua a devida e necessária competência.

Isso diante do fato de que a data da realização do lançamento de ofício, ato da administração pública, tem eficácia relativamente à interrupção da contagem para efeito de caracterização de decadência do direito de lançamento, independentemente do contribuinte ser ou não cientificado, o que em valendo a tese esposada pelo relator, faria com que nenhum contribuinte na mesma condição temporal se apresentasse para a ciência do lançamento tributário, fazendo com que o mesmo fosse inócuo, ou até mesmo do registro do Auto de Infração que é ato administrativo posterior ao lançamento de ofício em si.

Apenas o Estado, na sua condição de sujeito ativo da relação jurídica, é quem tem o poder de analisar e homologar o auto-lançamento de débito tributário previamente realizado pelo contribuinte e, mesmo quando não tenha sido esse auto-lançamento realizado, proceder ao lançamento de ofício. Esta é a regra contida no artigo 142 do CTN:

"Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.

Parágrafo único. A atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional".

Dessa forma, a data de lavratura do Auto de Infração é a o marco de validade para produzir o efeito de impedir que se opere a decadência do direito de lançar o crédito tributário, ao contrário do entendimento do relator, que se apega apenas à data de ciência do sujeito passivo, sequer mesmo, a data do registro do Auto de Infração.

Dessa forma, afastado a decadência argüida, vez não acolher as questões preliminares postas, adentrando na análise do mérito da autuação.

A propósito, e em nome da verdade, entendo correto restabelecer a verdade frente as afirmação do autuado de que "lançamento de ofício aperfeiçoou-se na data de ciência do Auto de Infração ao Sujeito Passivo, ou seja, no dia 04 de novembro de 2010, todo o fato gerador ocorrido em período anterior à data de 01 de novembro de 2005 está atingido pela decadência", vez que o lançamento foi realizado em março de 2013, sendo o contribuinte cientificado em 02 de abril de 2013 e reporta-se a fatos geradores ocorridos no período de janeiro de 2008 a dezembro de 2011.

Quanto a este, a infração 01 em qualquer momento da peça defensiva foi contraditada, o que leva à aplicação do artigo 140 do RPAF/99, o qual determina que o fato alegado por uma das partes, quando a outra não o contestar, será admitido como verídico se o contrário não resultar do conjunto das provas. Desta forma, a infração é procedente.

Quanto à infração 02, diz respeito a recolhimento a menor do ICMS relativo a prestação de serviços de comunicação.

A planilha de débito encontra-se acostada às fls. 07 a 10 dos autos, e nela se depreende que o autuante lançou o CFOP das operações (5307), que diz respeito a operações internas de prestação de serviço de comunicação a não contribuinte (consumidor final), o que significa dizer que se classificam neste código as prestações de serviços de comunicação a pessoas físicas ou a pessoas jurídicas não indicadas nos códigos anteriores.

Para o cálculo do débito, utilizou da redução de base de cálculo de 60% sobre as operações, aplicando a alíquota de 25%, resultando no valor do débito do imposto, do qual reduziu o montante do imposto recolhido, lançando a diferença apurada.

A argumentação defensiva é a de que a diferença apurada decorre do seu entendimento de que presta dois tipos de serviço de comunicação. O de televisão por assinatura e de provimento de acesso à internet banda larga, sendo que ambos se enquadram no Código Fiscal de Operações sob o nº 5307, qual seja o de "Prestação de serviço de comunicação a não contribuinte".

Mais adiante, assevera que "*por enquadrar-se sob o mesmo código, afirma ter se confundido e não apurado da maneira correta o tributo incidente sobre tais serviços*", e que ao seu entender, levou a tal prática verificada.

Pela exposição contida na defesa, o contribuinte confunde equivalência de carga tributária com desconto no valor do imposto, a se valer de suas assertivas quando, inclusive, menciona exemplo, no qual para um total de prestações do mês no valor de R\$ 97.400,51, aplicou o percentual de 10% sobre o total da prestação de serviços, tendo por base de cálculo justamente o valor de R\$ 9.740,05. A partir daí, calculou e pagou ICMS aplicando a alíquota de 25%, obtendo o valor de R\$ 1.655,81, o que na prática representa uma redução de base de cálculo de 90%. E isso fica bem claro, bastando uma simples leitura da argumentação que sustenta a sua defesa.

A base de cálculo para as prestações de serviço de comunicação, encontrava-se prevista no artigo 66 do RICMS/97, vigente à época dos fatos geradores, "*...nas prestações de serviços de transporte interestadual ou intermunicipal e de serviços de comunicação, quando não prevista expressamente de forma diversa em outro dispositivo regulamentar, é: 1 - o preço do serviço ou, na falta deste, o preço corrente do serviço no local da prestação: (...) b) na prestação onerosa de serviço de comunicação (art. 4º, I)*"; (grifei).

Pela leitura de tal comando, percebe-se que esta é a regra geral, com a ressalva de que pode ser diferente, caso haja disposição expressa no mesmo diploma normativo.

Por outro lado, o artigo 86 do RICMS/97, vigente à época dos fatos geradores, previa redução da base de cálculo, estabelecendo no seu inciso V que tal redução se daria nas prestações de serviço de televisão por assinatura, de tal forma que a incidência do imposto resultasse numa carga

tributária de 5% (cinco por cento), de 01/09/99 até 31/12/99, 7,5% (sete inteiros e cinco décimos por cento), de 01/01/00 até 31/12/00 e de 10% (dez por cento), a partir de 01/01/01, sendo que (aí transcrevendo a disposição contida no Convênio ICMS 57/99): a redução da base de cálculo será aplicada, opcionalmente, pelo contribuinte, em substituição ao sistema de compensação do imposto (débito/crédito), hipótese em que deverá renunciar a utilização de quaisquer créditos fiscais, no período considerado.

Já o inciso VI do mencionado artigo 86, determina que a redução de base de cálculo se dará nas prestações onerosas de serviço de comunicação, na modalidade de provimento de acesso à internet, realizadas por provedor de acesso, de forma que a carga tributária seja equivalente ao percentual de 5% (cinco por cento) do valor da prestação, até 31/12/12 (Convênio ICMS 78/01), sendo que a redução será aplicada, opcionalmente, pelo contribuinte, em substituição ao sistema normal de compensação do imposto (débito/crédito).

É necessário, então para se resolver a questão, ou seja, qual a base de cálculo a ser aplicada no caso em tela, constatar se a autuada é provedora de internet, realiza prestações de serviço de televisão por assinatura, ou as duas coisas, de forma simultânea, e uma vez constatada, aplicar a regra legislativa.

Diante de fato alegado pelo sujeito passivo, da planilha acostada aos autos em sua peça defensiva, e em busca da verdade material este órgão converteu o feito em diligência (fls. 203 e 204), a fim de que a autuada pudesse comprovar as suas alegações, elaborando planilha analítica.

Todavia, tal solicitação se mostrou inócua, num primeiro momento, diante da conclusão exarada pelo diligente às fls. 208, segundo a qual *"como o autuado não apresentou a planilha solicitada na intimação, o diligente não pode efetuar as devidas verificações, nem elaborar relatório detalhado, relatando as verificações realizadas"*, o que sobremaneira prejudicou a argumentação defensiva, diante do comando contido no artigo 142 do RPAF/99, que determina: *"A recusa de qualquer parte em comprovar fato controverso com elemento probatório de que necessariamente disponha importa presunção de veracidade da afirmação da parte contrária"*, sendo cabível, de igual modo, a aplicação do artigo 143 do mesmo diploma, que determina que a simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal.

Fato é que o cerne da questão é a metodologia de cálculo aplicada para se chegar ao valor do imposto, diante da determinação emanada pelo Convênio ICMS 57/99, de 22 de outubro de 1999, o qual teve a sua ratificação nacional em 17 de novembro de 1999, através do Ato Declaratório 02/99.

Por tal Convênio, em sua Cláusula primeira:

“Ficam os Estados e o Distrito Federal autorizados a conceder redução da base de cálculo do ICMS nas prestações de serviço de televisão por assinatura, de tal forma que a incidência do imposto resulte no percentual de, no mínimo:

I - 5% (cinco por cento), até 31 de dezembro de 1999;

II - 7,5% (sete inteiros e cinco décimos por cento), de 1º de janeiro a 31 de dezembro de 2000;

III - 10% (dez por cento), a partir de 1º de janeiro de 2001”.

Tal previsão foi devidamente inserida na legislação do estado da Bahia, especialmente no RICMS/97, em seu artigo 86, na SUBSEÇÃO XI, *“Da Redução da Base de Cálculo das Prestações de Serviços de Comunicação, Inclusive Telecomunicações”*:

“Art. 86. É reduzida a base de cálculo:

(...)

V - das prestações de serviço de televisão por assinatura, de tal forma que a incidência do imposto resulte numa carga tributária de 5% (cinco por cento), de 01/09/99 até 31/12/99, 7,5% (sete inteiros e cinco décimos por cento), de 01/01/00 até 31/12/00 e de 10% (dez por cento), a partir de 01/01/01, sendo que (Conv. ICMS 57/99):

- a) a redução da base de cálculo será aplicada, opcionalmente, pelo contribuinte, em substituição ao sistema de compensação do imposto (débito/crédito), hipótese em que deverá renunciar a utilização de quaisquer créditos fiscais, no período considerado;*
- b) o contribuinte ficará obrigado ao cumprimento regular da obrigação tributária principal;*
- c) o descumprimento da condição prevista na alínea "b" implicará na perda do benefício a partir do mês subsequente àquele em que se verificar o inadimplemento, ficando a reabilitação à fruição do benefício condicionada ao recolhimento do débito fiscal remanescente ou ao pedido de seu parcelamento, a partir do mês subsequente ao da regularização;*
- d) todos os meios e equipamentos necessários à prestação do serviço, quando fornecidos pela empresa prestadora, devem estar incluídos no preço total do serviço de comunicação.*

VI - das prestações onerosas de serviço de comunicação, na modalidade de provimento de acesso à internet, realizadas por provedor de acesso, de forma que a carga tributária seja equivalente ao percentual de 5% (cinco por cento) do valor da prestação, até 31/12/12 (Conv. ICMS 78/01), sendo que:

- a) a redução será aplicada, opcionalmente, pelo contribuinte, em substituição ao sistema normal de compensação do imposto (débito/crédito);*
- b) a opção pelo benefício previsto no caput do inciso VI, implica na renúncia a utilização de quaisquer outros créditos ou benefícios fiscais.*
- c) nas prestações de serviço de Internet em que o estabelecimento prestador esteja localizado em unidade federada diversa da do usuário, o pagamento do imposto deve ser efetuado na proporção de 50% (cinquenta por cento) à unidade da Federação de localização do usuário do serviço e 50% (cinquenta por cento) à unidade da Federação de localização da empresa prestadora (Convênio ICMS 79/03)".*

Observo que a determinação normativa fala em "resulte numa carga tributária de", "incidência do imposto resulte no percentual de", não se verificando, em qualquer momento de tal comando, a observância de redução de base de cálculo de 90% adotada pela autuada, não se podendo, de igual forma, se falar em falta de clareza do texto legal, como pretende a autuada, sequer contestando a alíquota, a qual foi aplicada corretamente às operações pelo autuante (25%).

Neste sentido, o teor de trecho do Parecer DITRI 18.709/2013, mencionado na informação fiscal, ao dirimir dúvida de contribuinte acerca da metodologia de cálculo do imposto, mesma situação dos presentes fólios, esclarece qual seria a maneira correta de se proceder, motivo pelo qual, neste momento, faço a devida transcrição do mesmo:

"Encontrada a base de cálculo "cheia", a Consulente deverá calcular qual a redução a ser aplicada considerando uma alíquota de 17% (dezesete por cento) sobre a base de cálculo reduzida, para resultar numa carga efetiva de 4% (quatro por cento).

Para encontrar a base de cálculo reduzida deve ser feita a divisão de 4% por 17%, e o valor assim encontrado deve ser multiplicado pelo valor "cheio" da operação (ICMS calculado por dentro). Uma vez encontrada a base de cálculo reduzida, será aplicada a alíquota de 17%, obtendo-se o valor do imposto efetivamente incidente sobre a importação efetuada".

Desta forma, numa situação normal, inexistindo qualquer redução, para uma operação com valor de R\$ 100,00, aplicada a alíquota de 25%, o imposto calculado seria de R\$ 4,00;

Na sistemática adotada pela empresa autuada, para a mesma operação, o cálculo seria o seguinte: apuraria 10% do valor da prestação (R\$ 1,00) e sobre tal valor aplicaria a alíquota de 25%, resultando em R\$ 0,25 de imposto a recolher.

Ao seu turno, de acordo com a metodologia adotada pelo autuante, para a base de cálculo “cheia” de R\$ 100,00, faria o seguinte cálculo, de acordo com a orientação do mencionado Parecer: $10\% \text{ (Previsão do Convênio 57/99)}/25\% \text{ (alíquota a ser aplicada)} = 0,4$.

Considerando o valor da prestação (R\$ 100,00), se multiplicaria o mesmo pelo acima apurado (0,4), o que resultaria na base de cálculo reduzida (R\$ 40,00) e sobre tal valor se calcularia o imposto ($R\$ 40,00 \times 25\%$) = R\$ 10,00, valor efetivamente devido, ao invés dos R\$ 0,25 apurados pela empresa, na mesma situação acima descrita.

Ressalto que tal cálculo explicativo foi realizado pelo autuante em suas manifestações, com dados reais de operações praticadas pela autuada, inexistindo, pois, contrariamente ao afirmado na peça defensiva, qualquer arbitramento de base de cálculo.

Logo, a argumentação defensiva carece de lógica, frente às determinações normativas vigentes à época dos fatos geradores.

Ainda assim, havendo dúvida acerca da intenção do legislador ao assim determinar o cálculo a ser realizado, poderia o contribuinte, no pleno exercício de seu direito, formular consulta a respeito ao órgão competente da Administração Tributária, o que não se tem notícia nos autos.

Já a diligência determinada diante da apresentação dos documentos pela autuada, quando, inclusive, o feito já havia sido pautado para julgamento, de igual forma, em nada acrescentou ao processo, em que pese à capacidade do diligente que a fez.

Isso porque não esclareceu, na ótica do julgador, como foi apurada a base de cálculo para o recolhimento do imposto, bem como se a metodologia utilizada pela empresa atende aos comandos regulamentares. Ou seja; ela foi pouco esclarecedora, inclusive, sendo refutada em suas conclusões pelo próprio autuante. Além disso, suas conclusões não vinculam o julgador, frente a vigência do princípio do livre convencimento motivado, razão pela qual não acolho as suas conclusões.

Descabe de igual forma, aplicação do artigo 112 do CTN, o qual determina que a lei tributária que define infrações, ou lhe comina penalidades, interpreta-se da maneira mais favorável ao acusado, em caso de dúvida quanto à capitulação legal do fato; à natureza ou às circunstâncias materiais do fato, ou à natureza ou extensão dos seus efeitos; à autoria, imputabilidade, ou punibilidade; à natureza da penalidade aplicável, ou à sua graduação, conforme postulado, diante do fato de que, no caso, não se trata de matéria interpretativa, e sim, impositiva, vez se caracterizar como mera aplicação do comando legal, além do que não vislumbro nos autos qualquer dúvida que justifique a utilização do princípio invocado pela autuada, diante da clareza da matéria.

Além disso, tal aplicação, reconhecida, inclusive pelo Poder Judiciário, somente seria possível na existência de dúvida, que, caso ausente, resta inaplicável, como se afigura no presente caso, sendo vários os precedentes do Superior Tribunal de Justiça (STJ) no sentido de que *"não havendo divergência acerca da interpretação da lei tributária, o art. 112 do CTN não pode ser aplicado"*.

Quando ao pedido de aplicação do valor mínimo de 20% de multa por recolhimento em atraso, em razão do apresentado, ao invés do percentual de 60% que se demonstra deveras excessivo, na visão do contribuinte, de igual forma, não posso acolher tal pleito, diante de dois motivos: o primeiro deles é o de a aplicação da multa conforme proposto pelo autuante, decorre de imposição legal, vez que a sua atividade é vinculada e obrigatória, nos termos do artigo 142 do

CTN, parágrafo único, o qual determina que compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível, sendo a atividade administrativa de lançamento vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional.

A segunda razão é a de que falta neste momento a devida competência legal para a redução pleiteada, diante da imposição contida no artigo 158 do RPAF/99, o qual restringe a possibilidade de dispensa ou redução de multas apenas às obrigações acessórias, o que não se configura o presente caso, ficando, pois, mantida a infração.

Por tais razões, voto no sentido de que o lançamento deva ser julgado procedente.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **217445.0301/13-4** lavrado contra **CABLE.COM TELECOMUNICAÇÕES LTDA. - EPP**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$503.919,15**, acrescido da multa 60% prevista na Lei 7.014/96, artigo 42, inciso II, alínea "a", além dos acréscimos moratórios legais.

Sala de Sessões do CONSEF, 20 de outubro de 2016.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR – RELATOR

MÔNICA MARIA ROTERS - JULGADORA