

A. I. Nº - 281231.0023/16-0
AUTUADO - CABLE.COM TELECOMUNICAÇÕES LTDA. - EPP
AUTUANTE - MARCO ANTONIO PORTO CARMO
ORIGEM - INFAZ ITABUNA
PUBLICAÇÃO - INTERNET 20.04.2017

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0043-04/17

EMENTA: ICMS. 1. FALTA DE RECOLHIMENTO. a) RECOLHIMENTO A MENOS. **Infração procedente. b)** DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS INTERNAS E INTERESTADUAIS. AQUISIÇÕES DE MERCADORIAS DE OUTRA UNIDADE FEDERADA. **b.1)** ATIVO FIXO. **Infração subsistente em parte. b.1)** CONSUMO DO ESTABELECIMENTO. **Infração subsistente. 2. MULTA. a)** FALTA DE ENTREGA DE ARQUIVO ELETRÔNICO NO PRAZO REGULAMENTAR. EFD. **Infração subsistente. b)** DIVERGÊNCIAS DE INFORMAÇÕES DOS ARQUIVOS MAGNÉTICOS NOS DOCUMENTOS FISCAIS. OPERAÇÕES DE SAÍDAS E PRESTAÇÕES DE SERVIÇOS. **Infração procedente. Negado o pedido de diligência ou de perícia fiscal. Preliminares de nulidade rejeitadas. Auto de Infração PROCEDENTE EM PARTE. Decisão unânime.**

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 31/03/2016, exige o crédito tributário, de ICMS e multas por descumprimento de obrigações acessórias no valor de R\$511.821,28, por meio das seguintes infrações:

INFRAÇÃO 1 - Recolheu a menor o ICMS relativo à prestação de serviços de comunicação, nos meses de janeiro a dezembro de 2012, 2013 e 2014. Valor Histórico: R\$408.985,38 - Multa de 60%;

INFRAÇÃO 2 - 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, nos meses de junho a dezembro de 2014. Valor Histórico: R\$19.300,47 - Multa de 60%;

INFRAÇÃO 3 – Deixou o contribuinte de atender a intimação para entrega do arquivo eletrônico da Escrituração Fiscal Digital - EFD - na forma e nos prazos previstos na Legislação Tributária, nos meses de janeiro a dezembro de 2014. Valor da Multa: R\$27.032,32;

INFRAÇÃO 4 – Forneceu informações através de arquivo(s) magnético(s) exigido(s) na legislação tributária, requerido(s) mediante intimação, com dados divergentes dos constantes nos documentos fiscais correspondentes, ficando o valor da multa limitado a 1% (um por cento) do valor das operações de saídas e das prestações de serviços realizadas no estabelecimento em cada período, calculando-se a multa sobre o valor das operações ou prestações divergentes, nos meses de janeiro a dezembro de 2012 e 2013. Valor da Multa: R\$44.994,76;

INFRAÇÃO 5 – Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e

destinadas a consumo do estabelecimento, nos meses junho a dezembro de 2014. Valor Histórico: R\$11.508,35 - Multa de 60%;

O autuado apresenta defesa, fls. 235/256, inicialmente, destaca a sua tempestividade e reproduz as infrações.

Suscita como preliminar de nulidade a ausência do Termo de Início da Fiscalização, além do que o Auto de Infração contém vícios irreparáveis, os quais o eivam de nulidade formal. O procedimento administrativo fiscal, regulado pelo Decreto nº 70.235/72, estabelece no art. 10 os requisitos obrigatórios do auto de infração. Colaciona obra do mestre BERNARDO RIBEIRO DE MORAES com relação ao conceito de Auto de Infração, a fim de demonstrar a nulidade da peça em discussão, sustentando que o local da lavratura foi na Inspetoria Fazendária de Itabuna, e não no endereço do autuado, lugar diverso do local onde se constatou a suposta infração, o que gera a nulidade da peça vestibular.

Alega ser 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 art. 11 do aludido decreto. Transcreve o Decreto nº 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, o artigo 39, V, a indicação dos dispositivos legais que serviram de base ao Auto de Infração.

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

Ainda, na preliminar, requer a nulidade das infrações 3 e 4 devido ao não recebimento de notificação prévia. Pontua que as infrações ora discutidas têm por base o mesmo fato: entrega de arquivos com omissões ou divergência de informações, após devida notificação pela SEFAZ.

Informa que os arquivos foram encaminhados no prazo devido. Em segundo plano, mas não menos importante, há que se registrar que o contribuinte não recebeu qualquer notificação alertando para supostas omissões ou divergências até o momento do recebimento da notificação da infração.

Afirma que não consta a notificação prévia que ensejaria tal infração, e em não havendo notificação prévia, não há que se falar em imposição de multa por descumprimento de obrigação acessória. Junta jurisprudência do Tribunal de Justiça de Sergipe (TJ-SE - APELAÇÃO CÍVEL AC 2004209672 SE (TJ-SE), publ. 05/12/2005) e do Paraná (TJ-PR - APCVREEX: 3143771 PR 0314377-1, Relator: Luiz Mateus de Lima, Data de Julgamento: 14/02/2006, 5ª Câmara Cível, Data de Publicação: 7070).

Por fim, pede pela anulação das infrações 3 e 4, também por ter violado o art. 28, §3º, VI, do Decreto Estadual nº 7.629/99.

Destaca que a descrição da infração fiscal 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.

Explica que a narrativa sucinta dificulta sobremaneira a defesa, porquanto parca e lacônica. Refuta que pretende o fisco transferir para o autuado a obrigação de provar aquilo que o Auto de Infração não conseguiu, invertendo o ônus da prova, que em Direito fiscal é sempre de quem acusa, por aplicação analógica do art. 333, I, c/c o art. 126, 2ª parte, do CPC, do art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil e do art. 108, I, do CTN. Reproduz trecho do art. 28, §1º, VI, no qual prever que as infrações tem que ter “...*descrição detalhada dos fatos apurados*...”. Sustenta que não pode aceitar que, em duas linhas, fora detalhada omissão de saída de mercadoria, para fins de incidência do ICMS, um dos impostos mais complexos.

Tudo isso porque não houve estipulação do prazo de duração do procedimento fiscalizatório, que pode ser de 90 dias prorrogado mediante comunicação escrita (art. 28, VII, §1º, do Decreto Estadual nº 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.

Ressalta que o sujeito passivo atua em duas atividades de comunicação: “1) serviços de televisão por assinatura; 2) serviços de internet. O Ilustre Auditor fiscal 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 têm base de cálculo reduzida diferentemente pela legislação”.

No mérito, aduz 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, e nelas pode inferir que a Autoridade fiscalizadora atribui a alíquota adequada aos serviços prestados pela Impugnante, a saber, 25%.

Salienta que as planilhas anexas ao Auto de Infração trazem, outrossim, todos os valores contábeis de serviços prestados, acompanhados de uma redução da base de cálculo de 62,96% para o serviço de televisão por assinatura e de 81,48% para o serviço de internet, mas não se sabe qual a origem desta base de cálculo aplicada pelo Auditor. A falta de clareza do Auto de Infração não lhe permite inferir, tampouco as planilhas são esclarecedoras.

No que tange à alíquota, sustenta que não restam dúvidas, de que a alíquota a ser aplicada é a de 27% – aí já acrescida a alíquota de 2% para o fundo de combate à pobreza, na forma do art. 51, II, I (reproduz) do Regulamento do ICMS do Estado da Bahia.

Quanto à base de cálculo a interpretação não é tão simples, posto que há, no Regulamento do ICMS vigente à época da ocorrência dos fatos geradores objeto deste Auto de Infração, previsão de redução da base de cálculo conforme o art. 86, V (reproduz), autorizada pelo Convênio ICMS 57/99 do CONFAZ, cuja redação não é das melhores.

Entende que, desde o início das atividades empresariais, 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 que, por exemplo, em janeiro de 2012, quando o Contribuinte prestou serviços de televisão por assinatura que somaram o valor de R\$134.241,67, aplicou o percentual de 10% sobre o total da prestação de serviços, tendo por base de cálculo justamente o valor de R\$ 13.424,16. A partir daí, calculou e pagou ICMS aplicando a alíquota (que nunca mudou no período) de 27%, obtendo o valor de R\$3.624,52.

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

Reforça que a partir de 2014, a legislação que era confusa melhorou um pouco, conforme o art. 267 do RICMS, e as cargas tributárias sobre o valor de serviço passaram a ser: 10% de TV por assinatura; 5% de internet. Assim fica 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.

Afirma que presta dois tipos de serviço de comunicação, como adrede mencionado, 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*”. 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.

Frisa que nos exercícios em comento, o próprio contribuinte apurou da maneira correta o tributo incidente sobre tais serviços, considerando a base de cálculo diferenciada entre cada um deles.

Ressalta que há três bases de cálculo distintas a serem aplicadas ao caso: “1) a de serviços de televisão por assinatura de acordo com a interpretação da contribuinte (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 62%); 3) a de serviços de internet (redução da base de cálculo de 81,48% - 82,14% no exercício de 2014)”.

Salienta que 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 art. 86, ou seja, com redução de base de cálculo que implique em tributação efetiva de 5% do valor do serviço prestado.

Destaca que neste caso, o ilustre Auditor apurou corretamente a base de cálculo e utilizou a alíquota correta, de modo que a apuração de ICMS incidente sobre tal atividade está correta. Destarte, em anexo separa em planilha 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.

Acrescenta que outro não é o entendimento dos Tribunais. Cita decisões do Tribunal de Tributos de São Paulo (Tribunal De Impostos E Taxas de São Paulo. PROCESSO: DRTC-III - 894802/2008. AIIM:3107101-6. Decisão em 29/02/2012.).

Requer que seja revista a base de cálculo de todo o período fiscalizado a fim de aplicar a redução prevista aos serviços de televisão por assinatura e de provimento de acesso à internet prestados pelo Impugnante.

Defende-se quanto ao percentual da multa aplicada, pois, 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 auditor aplicou multa de 60% por conta do suposto equívoco.

Frisa que, caso fique comprovado que a base de cálculo eleita pelo ilustre Auditor fiscal é a correta, não há como apenar o contribuinte pela legislação mal formulada, 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.

Pontua que o art. 112 do CTN preconiza a aplicação na seara do Direito Tributário de um preceito tipicamente penal (*in dubio pro reo*), que se pauta na “presunção de inocência”. Cita decisão do STJ (Resp 294.740/SC, 2ª T., rel. Min. Eliana Calmon, j. 09-04-2002).

Aduz que há que se aplicar o 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.

Quanto à infração 2, reconhece sua falha parcialmente, cujo ICMS perfaz o valor de R\$ 6.996,95, pois resta demonstrado na planilha, notas fiscais e comprovantes de cancelamentos de notas fiscais (Anexo II).

Esclarece que as causas para impugnação específica são diversas. Pontua que há mercadorias que ingressaram no estabelecimento por “retorno de substituição em garantia”, ou seja, de um equipamento que fora enviado para reparo em outra Unidade da Federação e retornava ao estabelecimento. É o caso da Nota Fiscal nº 5.495 de 17/07/2014, no valor de R\$1.500,00, sobre a qual foi lavrado o Auto de Infração. Nesta mesma situação encontram-se as Notas Fiscais nºs 4.687 (03/10/2014), 4.747 (22/10/2014) da HTC Reparos em Equipamentos de TV a Cabo.

Afirma que há notas canceladas pelo emitente, como os casos das Notas Fiscais nºs 62 e 63 emitidas pela SSTV – Sistema Sul de Televisão Ltda., cujos comprovantes de cancelamento encontram-se no mesmo referido anexo e que há, equipamentos recebidos em comodato. Tais mercadorias, ainda que vindas de outra Unidade da Federação, foram devidamente registradas em contabilidade com CFOPs devidos, sem apuração do diferencial porque não incide sobre tal operação. Destarte, sustenta pela reforma do Auto de Infração neste ponto a fim de lançar sob esta rubrica apenas o valor de ICMS de R\$6.996,95.

Destaca como proibição o *bis in idem* das infrações 3 e 4. Reproduz a aplicação das multas ora

combatidas, conforme o art. 42 da Lei Estadual nº 7.014/96, inciso XIII-A, alíneas “i” e “l”.

Destaca que o primeiro ponto a atentar é que ambas infrações foram por “*deixar o contribuinte de atender a intimação de entrega de arquivo eletrônico ou de corrigir eventuais informações divergentes*”. Contudo, não há notificações destinadas ao contribuinte. Logo, nulas por completo as duas infrações 3 e 4.

A seguir, ressalta que em se tratando destas duas questões é que, quando da lavratura do Auto de Infração, o agente fiscal aplicou isoladamente o inciso XIII-A, *i* e *l* (!?) do Artigo 42 da Lei nº 7.014/96. Entretanto, a interpretação das normas tributárias deve ser sistemática, considerando não somente a norma em si como o ordenamento jurídico em que está inserida.

Pontua que ao aplicar a sanção por descumprimento de obrigação acessória, o agente fiscal ignorou o inteiro teor da norma, em especial os parágrafos 7º e 8º que impõem ao agente a flexibilização ou a dispensa da aplicação da multa por descumprimento de obrigação acessória quando não constatada a ocorrência de fraude, dolo ou simulação.

As supostas omissões são, no máximo, provenientes de erro humano e não trouxeram qualquer prejuízo ao Erário. Reproduz o artigo 108 e 112 do CTN.

Salienta que a norma estadual que estabelece a penalidade aplicada pelo agente, neste caso, também o vincula a interpretar a norma de maneira mais favorável ao autuado, conforme preceitua o artigo 112, IV do CTN. Transcreve a redução realizado pelo Conselho de Contribuintes de Minas Gerais (Conselho de Contribuintes de Minas Gerais, Acórdão 19.344/11/2ª.).

Destarte, observa que há que se aplicar o artigo 42, §7º da Lei nº 7.014/96, combinado com o art. 112, IV do CTN, aplicando a penalidade mais branda ao contribuinte neste caso, qual seja, a dispensa da referida multa.

Ademais, outra questão se impõe nesta discussão, especialmente em relação à infração 3. Como demonstra o Anexo III, os arquivos foram entregues nos prazos devidos e com as informações supostamente omitidas. O relatório fornecido junto ao Auto de Infração pelo Auditor é ininteligível pois parece uma decodificação de arquivo recebido com problemas.

Assevera que em relação a isso há duas considerações a fazer: 1) o contribuinte é responsável pelo envio, mas não pelo que é recebido pelos servidores da Secretaria da Fazenda; 2) o dispositivo legal que serviu de embasamento para a autuação da infração 3 fala em “*falta de entrega, no prazo previsto na legislação, de arquivo eletrônico da Escrituração Fiscal Digital – EFD*” (art. 42, XIII-A, *l* da Lei nº 7.014/96). Não havendo falta de entrega, não há que se discutir sobre conteúdo (ainda que os documentos ora juntados comprovem que os arquivos foram com as informações apontadas como omitidas).

Sobre a infração 4 em específico, observa que o valor utilizado para apuração da multa não é compatível com as divergências apuradas, que são de apenas R\$ 10.094,00 no exercício de 2012 e de R\$ 2.420,00 no exercício de 2013. Logo, eventual multa somente poderia ser lançada sobre estes valores.

Com relação à infração 05, pontua que a partir da planilha referente à cobrança da diferença de alíquota de aquisição de mercadorias (entradas interestaduais) para uso e consumo, foram verificados e anotados todos os CFOP lançados nos livros de entradas da base de dados da Impugnante em seu software “Alterdata.”

Observa que a partir da planilha do Anexo V as maiorias das entradas estão como CFOP de compras para revenda (CFOP 2102) e outras para o imobilizado (CFOP 2551). Todavia, todas essas compras (entradas), foram lançadas sob esta mesma rubrica, sem as devidas segregações, inclusive as saídas por remessas para conserto, bem como, as entradas por retorno de conserto, e entrada por comodato.

Com base em tal planilha, ressalta que comprovadas pelas Notas Fiscais, excluiu itens CFOP do

código 2551 (entradas para o ativo imobilizado) que totalizaram R\$ 9.944,22. Restaram, pois, as entradas interestaduais com o CFOP 2556, que totalizaram o valor de R\$1.564,13, que o impugnante reconhece como realmente devidos, de um total cobrado de R\$11.108,00 da planilha original.

Destaca que efetuou, conforme demonstra a planilha do Anexo V, todos os lançamentos CFOP-2551 (IMOBILIZADOS), em face do que se compreende da leitura do artigo 272, da Lei nº 13.780/2012-RICMS/BA.

Assim, há que se considerar como devido, apenas o valor de R\$1.564,13 lançados sob esta rubrica.

Por fim, requer:

- Que declare nulo o Auto de Infração por não ter sido lavrado no estabelecimento da Impugnante;
- Que declare improcedente a lavratura do Auto de Infração em questão, pelos motivos retromencionados;
- Que reduza o valor da autuação concernente à infração 1 devido ao erro na obtenção da base de cálculo pelo agente fiscal;
- Que declare a inaplicabilidade da multa de 60% para o caso de mero inadimplemento, reduzindo-a ao percentual de 20%;
- Que declare nulas as multas por infração à obrigação acessória (infrações 3 e 4) ou que, com base no disposto nos §§7º e ss. do artigo 42 da Lei nº 7.014/96, sejam canceladas ou reduzidas.
- Protesta pela produção de todas as provas admitidas em direito, especialmente prova pericial e nova diligência a fim de apurar as incidências do ICMS sobre a prestação de serviços de comunicação.

Na Informação fiscal, fls. 409/420, o autuante inicialmente descreve as infrações e argui quanto às preliminares suscitadas:

Destaca que o Decreto 70.235/72 trata do processo administrativo fiscal na esfera da União, e o Diploma Regulamentar pertinente, que é o Regulamento do Processo Administrativo Fiscal do estado da Bahia — RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, em seu artigo 28, inciso II (reproduz), disciplina de forma clara que a lavratura do Termo de Intimação dispensa a necessidade da lavratura do Termo de Início, portanto não havendo a mínima razão de se recorrer, em sentido restrito, a qualquer das formas previstas no art. 108 do CTN.

De forma idêntica, sustenta que o RPAF/Ba, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, não obriga a isso, pelo contrário, expressamente define que o Auto de Infração poderá ser lavrado na repartição fazendária, consoante o parágrafo 12, do artigo 39 (transcreve).

Ainda em sede de preliminar, nas infrações 3 e 4, há que se verificar se houve ou não intimação ao contribuinte a respeito das divergências e/ou omissões nas informações prestadas em sua escrituração fiscal digital — EFD, infração 3, da mesma forma em relação à infração 4, que diz respeito aos arquivos magnéticos, Convênio ICMS 57/95. Em uma simples verificação nos documentos que integram o processo administrativo fiscal constata-se a total impertinência do afirmado na peça defensiva. No termo de intimação relacionado a EFD (fls. 70) foi dada ciência de que as informações presentes em sua escrituração fiscal digital estavam com inúmeras omissões, inclusive com especificações de registros que estavam ausentes nas informações. Observa que a ciência do contribuinte ocorreu em 28.01.2016, enquanto a lavratura do auto de infração somente foi em 31.03.2016.

No tocante a infração 4, inicialmente a empresa foi instada em 28.01.2016, a proceder à transmissão de arquivos na sua totalidade, ou sua transmissão com tipos de registros obrigatórios e que estavam ausentes, conforme se infere nos documentos de fis. 200 e 201. Após essa data, outra intimação foi feita (01.03.2016), naquela oportunidade para proceder as retificações de

divergências e omissões apontadas nos demonstrativos “P1”, P2”, “0.1” e “Q2”, conforme se constata nos documentos de fls. 191 à 199.

Passa a informar a respeito do mérito.

De início, cumpre tratar da afirmação de que *“A descrição da infração fiscal, em tese, cometida pelo contribuinte fora narrada em apenas duas linhas”*. Diz ser desnecessário porque o que se exige no lançamento crédito tributário, através de auto de infração ou de outra modalidade prevista na legislação, é a presença dos elementos formadores, aspectos que confirmam a existência da obrigação tributária, que são: I- elemento material, II- elemento pessoal, III- elemento quantitativo, IV- elemento temporal, V- elemento espacial. Notam-se todos eles presentes no ato administrativo de lançamento.

Reitera que foram elaborados inúmeros demonstrativos para comprovar, de forma clara e inequívoca, os elementos integrantes da obrigação tributária. De maneira resumida pode ser verificado que nas folhas 01, 02, 03, 04 e 05 foram feitas as narrativas necessárias para se demonstrar o elemento material da obrigação tributária, descrevendo de forma clara o fato constatado e sua perfeita submissão ao antecedente da norma tributária, que parte da doutrina denomina hipótese de incidência. Isso se verifica tanto em relação à obrigação tributária principal, que diz respeito, ao não pagamento do ICMS, ou seu recolhimento a menor do que o devido, como em relação ao descumprimento de obrigação acessória.

Ressalta que os procedimentos adotados na ação fiscal foram de forma solene, registrados em termos, demonstrativos, auto de infração propriamente dito, e inúmeros outros documentos. Caso a empresa, verdadeiramente, tivesse interesse em certificar quanto tempo durou a fiscalização, bastaria recorrer aos documentos que integram o processo. Portanto, conforme consta no Termo de Intimação de fls. 12, o início ocorreu em 07.01.2016, com encerramento em 31.03.2016, data da lavratura do AUTO DE INFRAÇÃO/TERMO DE ENCERRAMENTO e ciência ao contribuinte em 01.04.2016, conforme se infere nos documentos de fls. 01 à 06, portanto dentro do prazo regulamentar que é de 90 (noventa dias), de acordo com o determinado no parágrafo 12, do artigo 28 do RPAF/Ba.

Afirma que o auto de infração está acompanhado de “planilhas demonstrativas de Débito”. Conclui que nesses demonstrativos estão consideradas alíquotas corretas, 27%, pois acrescidas da alíquota de 2% o fundo de combate a pobreza. Destaca que o defendente, apesar de afirmar uma suposta falta de clareza, menciona que teria ocorrido uma redução de 62,96% para serviço de televisão por assinatura e 81,48% para o serviço de internet.

Considera que em todos os Diplomas legais há menção clara de que a carga tributária, no percentual mínimo deve resultar em 10%, **como transcreve, Convenio ICMS 57/99; RICMS/97, RICMS/2012.**

Observa, ainda, que na própria explanação feita pelo contribuinte fica evidente o erro cometido na apuração do imposto que foi recolhido, conforme sua defesa, fls. 243: *“Isto significa, por exemplo, que em janeiro de 2012, quando a Contribuinte prestou serviços de televisão por assinatura que somaram o valor de R\$134.241,67, aplicou o percentual de 10% sobre o total da prestação de serviços, tendo por base de cálculo justamente o valor de R\$13.424,16. A partir daí, calculou e pagou ICMS aplicando a alíquota (que nunca mudou no período) de 27%, obtendo o valor de R\$ 3.624,52”*.

Explica que se o valor das operações, no exemplo dado, foi de R\$134.241,67, o montante apurado pelo contribuinte, conforme acima exposto, de R\$ 3.624,52, corresponde a 2,40% do total das operações (134.241,67). Percebe-se aí o erro, pois a redução de base de cálculo, conforme disposto na legislação, não pode resultar numa carga tributária de 2,40, mas sim em 10%, que é R\$13.424,16, exatamente o valor considerado no levantamento fiscal e no conseqüente lançamento do crédito tributário, vide fls. 17 e 14.

Outro ponto em que o autuado incorre em flagrante equívoco reside no fato de afirmar que não houve mudança na alíquota aplicada às operações de televisão por assinatura. A Lei nº 12.609, de

27/12/12, acrescentou o inciso V ao caput do artigo 16 da Lei nº 7.014/96, passando a alíquota aplicada de 25 % para 26%.

Ressalta que, o sentido do texto legal, o sentido das palavras ao afirmar que a carga tributária resulte em 10%, resta entendimento único, lógico, harmonizado com o sistema normativo, tendo por finalidade definir que a redução da Base de cálculo seja de tal monta que resulte numa tributação de 10% sobre o valor mensurado, valor das operações. Não se visualiza no texto nenhuma lacuna, nenhuma omissão que determine que se recorra a critérios extensivos de interpretação.

Pede a atenção dos Eminentíssimos Julgadores, para um fato no mínimo curioso. O contribuinte utiliza-se do argumento de que a legislação aplicada à definição da carga tributária da prestação de TV por assinatura, para tentar impugnar a exigência, seria “dúbia”, no entanto, ao tratar da mesma matéria quando discorre sobre o provimento à internet, conclui ser mais clara a legislação. Vamos ao que afirma (fls. 246): *“Vejam, ínclitos julgadores, 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.”*

Contudo tratam da mesma forma a matéria, apenas o percentual é que se distingue. Reproduz o art. 86, mc. V e VI do RICMS aprovado pelo Decreto nº 6.284/97.

Quanto às operações de fornecimento de acesso à internet, o próprio autuado afirma, não haver questionamentos sobre os valores considerados na ação fiscal, reputando-os serem corretos.

Esclarece que nas planilhas de fis. 17 à 19 estão demonstradas a apuração do ICMS devido por prestação de serviço de televisão por assinatura, enquanto que nas de fis. 20 à 22, demonstra-se a apuração do serviço de provimento de acesso a internet. Já nas planilhas de fis. 14 à 16 estão totalizados os valores que deveriam ter sido recolhidos, os que foram pagos e os que restam a recolher.

Quanto ao dispositivo legal invocado, art. 112 do CTN, que trata de interpretação mais favorável ao contribuinte quando houver dúvida em relação à capitulação legal do fato, a natureza ou circunstâncias materiais do fato, ou a extensão de seus efeitos, a autoria, à graduação, etc.. e as dúvidas levantadas, mesmo que impertinentes, como demonstrado, dizem respeito à definição da base de cálculo, portanto, não há controvérsia quanto a capitulação da penalidade pelo recolhimento a menor do ICMS devido.

Na infração 1, todos os levantamentos foram feitos com rigorosa observância das cargas tributárias, limitadas pelos dispositivos da legislação tributária acima mencionados, de 10% para as operações relacionadas ao fornecimento de sinal de TV por assinatura e 05% para provimento de acesso à internet.

Quanto à infração 2 — ICMS pela aquisição de bens destinados ao ativo fixo. A empresa contesta parcialmente a exigência do imposto, sob a alegação de que algumas notas fiscais que constam no levantamento fiscal (fls. 66 à 67), estariam relacionadas a retorno em decorrência de garantia, outras por terem sido canceladas e, ainda, em razão de se relacionar a comodato. A seguir analisa essas questões:

- Nota Fiscal nº 5495 de 17.07.20 14 — Apesar de constar no demonstrativo de apuração do imposto relativo a esta infração nenhum Documentos Fiscal de nº 5495, através do valor mencionado e da data, respectivamente R\$ 1.500,00 e 17.07.2014, localizou-se a Nota Fiscal nº 4595 — efetivamente consta no corpo da nota fiscal a referência à devolução e retorno de substituição em garantia;
- Nota Fiscal nº 4687 de 03.10.2014 — Consta na nota fiscal informações de retorno de bem recebido para conserto;
- Nota Fiscal nº 4747 de 22.10.2014 — idem ao acima;

- Notas Fiscais nºs 62 e 63 de 09.09.2014 — quanto ao questionamento de que foram canceladas, além da informação na defesa, há a Nota Fiscal nº 64, na mesma data, além de coincidirem os bens, valores e emitentes;

Quanto a entrada por comodato, apesar de a defesa não mencionar nenhuma nota fiscal, localizou as Notas Fiscais nºs 237 de 21.07.2014 e 357 de 24.07.2014, sob CFOP 2908, que se refere à remessa de bem em comodato.

No tocante a falta de recolhimento de ICMS devido na aquisição interestadual de bens destinados ao ativo fixo, opina a esse Colendo Conselho que reduza os valores de ICMS lançados, conforme quadro de fls. 416/417.

Quanto aos questionamentos da autuada às infrações 3 e 4, analisa-os separadamente por infração.

Quanto a INFRAÇÃO 03 informa que de maneira totalmente inversa ao alegado pela empresa, a intimação para que procedesse a entrega na forma exigida na legislação, foi devidamente efetuada na data de 28.01.2016, conforme se infere no documento de fls. 70. Atente-se que consta a informação de que os arquivos foram transmitidos sem conter inúmeras informações exigidas, a exemplo dos registros D500, D510, D590, D610, D690, D696, D697 e os registros do bloco E.

No tocante a aplicação isolada das alíneas i e l, do inciso XIII-A, do artigo 42 da Lei nº 7.014/96, registra que essa discussão está relacionada, também, a INFRAÇÃO 04 — SINTEGRA, por se tratar da mesma fundamentação feita na defesa. O argumento de que, por disposição dos artigos 108 e 112 do CTN, a aplicação da penalidade não teria obedecido aos mandamentos contidos nos parágrafos 7º e 8º do artigo 42 da Lei nº 7.014, não se coaduna que a matéria fática e legal que envolve as infrações 3 e 4. A uma porque o artigo 108 do CTN trata de situações onde a ausência de disposição expressa se faça presente, o que em nenhuma hipótese se aplica ao caso. A duas porque o artigo 112 fala em interpretação mais favorável quando haja dúvidas quanto capitulação dos fatos, que se aplicaria numa situação onde existisse mais de uma possibilidade de tipificação da infração apontada, o que não é o caso, nem para a infração 3 e nem para a infração 4.

Ainda sobre a aplicação dessas penalidades em razão das infrações 3 e 4, a que se refere o contribuinte, mencionando os parágrafos 7º e 8º, do artigo 42, da Lei nº 7.014/96, registra, inicialmente, que o parágrafo 8º foi revogado desde dezembro de 2012, enquanto que o parágrafo 7º trata de matéria que pode ser discutida em sede de julgamento pelo Colendo Conselho de Fazenda, portanto, não cabendo sua imputação, sob nenhuma possibilidade, ao preposto do fisco na execução dos procedimentos de fiscalização.

Destaca que em nenhum momento da ação fiscal está presente qualquer menção a omissão de receita. Até mesmo porque a omissão e/ou entrega das escriturações e demais informações fiscais impediram que a auditoria fiscal efetuasse roteiros de fiscalizações específicos para confirmar se houve ou não omissão de receita.

Por fim, em relação a essas infrações cabe, em separado, as seguintes análises:

Na Infração 3 - por falta de entrega de EFD na forma prevista na legislação. Ao contrário do que o contribuinte expõe, a fiscalização não impôs a penalidade prevista pela falta de entrega NO PRAZO da EFD, que seria a penalidade de R\$1.380,00. O que se detectou foi a entrega da EFD com total omissões de informações, conforme descrito no documentos de fls. 70, que obrigou a proceder-se a intimação do autuado, objetivando que prestasse as devidas informações, a partir desse ponto, como não foram entregues as informações na forma exigida, uma vez que os arquivos enviados em substituição aos anteriores, permaneceram com as mesmas ausências de registros anotados na referida intimação, o que se pode verificar no documentos de fls. 72, já que mesmo sendo o arquivo enviado em substituição ao anteriormente enviado, fato que se confirma pela informação no terceiro campo, da segunda linha, que se refere ao código da finalidade do arquivo, o número “1” (1 - Remessa do arquivo substituto, vide Guia Prático da EFDICMS/IPI, N.º.

03 do Bloco O), aplicou-se a penalidade de 1% sobre os valores das entradas, conforme disposto no art. 42, XIII-A, “1”, do artigo 42, da Lei 7.014/96.

Registra que foi juntado ao auto de infração, tanto as informações em meio magnético (mídia - fis. 230) com o devido recibo de cópia entregue ao contribuinte, como em documentos impressos, fis. 71 à 178, subdividindo-as, para melhor demonstração em “*documentos relativos a EFD antes a intimação*” e “*documentos relativos a EFD após a intimação para proceder retificação*”, onde se observa que as omissões dos registros referenciados na intimação de fis. 70 (a exemplo dos registros D500, D510, D590, D610, D690, D696, D697 e os registros do bloco E) permaneceram.

INFRAÇÃO 4 — por entrega de arquivos eletrônicos — SINTEGRA contendo informações divergentes dos constantes nos documentos fiscais correspondentes. Frisa que os anos relacionados a esta infração são os de 2012 e 2013, períodos que ainda não estava obrigado a entrega de EFD. Constam no processo documentos que demonstram que o contribuinte, no início da ação fiscal, não havia efetuado a transmissão dos referidos arquivos, exceto em relação ao mês 12/2012, ocasionando a intimação em 28.01.2012, para efetuar o cumprimento dessa obrigação acessória, conforme se verifica no documento de fis. 200 e 201. Somente após a referida intimação é que a empresa efetuou a transmissão dos arquivos, fato que pode ser confirmado no documento “Relação dos Arquivos Recepcionados”, obtido no sistema da SEFAZ, chamado Sistema de Controle de Arquivos Magnéticos — SCAM, emitido em 29.02.2016 (vide fls. 209 à 212).

Afirma que iniciou a verificação das informações contidas nos arquivos eletrônicos, constatando-se inúmeras omissões e divergências entre as informações neles contidas e as informações contidas no livro de Registro de Entradas e no livro de Registro de Saídas. Diante desta situação, elaborou nova intimação em 01.03.2016, desta feita para que se procedessem as devidas retificações (fls. 191), sendo importante frisar que a esta intimação, foram juntadas “LISTAGEM DE DIAGNOSTICO” das citadas omissões e divergências detectadas (vide fis. 192 à 199).

Pontua que em seguida, o contribuinte efetuou, entre as datas de 28 e 29.03.2016, novamente as transmissões dos arquivos magnéticos em questão, conforme se visualiza no relatório “Relação dos Arquivos Recepcionados”, vide fls. 220 à 227. Diante das novas transmissões, iniciou, pela segunda vez, a verificação das informações contidas nos arquivos, confrontado-as com os livros de Registro de Entradas e de Saídas. Procedimento que culminou com as identificações de omissões e/ou divergências relacionadas nos documentos de fls. 182 a 189, impondo-se as penalidades descritas nos demonstrativos de fis. 180 e 181.

Resta, ainda sobre esta infração, por derradeiro, registrar que todos os prazos regulamentares foram obedecidos, bastando, para tanto, observar as datas entre as intimações e as implicações consequentes — 05 (cinco) dias úteis para transmissão de arquivos e de 30 (trinta) dias para as retificações das inconsistências apontadas em relatórios.

Do questionado quanto à infração 5, a defesa argui que houve inclusão no levantamento efetuado de notas fiscais relacionadas a entradas oriundas de retorno de remessas feitas para conserto, bem como de entradas por comodato, afirmando fazer juntada do “Anexo V” para comprovação do alegado.

Disse que embora não conste a juntada do “Anexo V”, que o contribuinte faz referência, da análise da descrição dos bens relacionados na planilha de fls. 229, em consonância com a atividade econômica da empresa — FORNECIMENTO DE SINAL DE TV POR ASSINATURA (vide consulta ao sistema da SEFAZ — Informações do Contribuinte — INC), confirma-se serem todas elas, por sua natureza, destinadas ao uso e consumo. Tomemos como exemplo o mês outubro de 2014, que corresponde a praticamente 70% do imposto exigido, quase a totalidade do débito apurado corresponde a CABO DE TV. Ora, a empresa não efetua vendas, pelo menos não foi identificado nos seus livros Registros de Saídas nenhuma operação de VENDA, além de, como dito, seu CNAE fiscal não conter a atividade de comércio. Além disso, não demonstrou e não se concebe para esse tipo de bem “operação em comodato”.

Por fim, salienta que todos os elementos necessários à perfeita identificação da descrição da obrigação tributária principal, bem como os elementos que serviram de suporte para as verificações fiscais realizadas, com a conseqüente cominação de penalidade por descumprimento de obrigações tributárias acessórias, estão preentes. Protesta pela desnecessidade de qualquer realização de perícia ou até mesmo de diligências.

Requer a procedência total das infrações 1, 3, 4 e 5 e a procedência parcial da infração 2.

Na fl. 433, a Junta converte os autos em diligência à INFAZ de origem, solicitando a intimação do contribuinte sobre a informação fiscal proferida pelo autuante

Intimando o contribuinte, com o recebimento de cópia da informação fiscal de fls. 409/420, este não se manifestou.

VOTO

Nego o pedido de diligencia ou de perícia fiscal, haja vista que considero suficientes para a formação de minha convicção os elementos contidos nos autos, bem como os fatos narrados neste Auto de Infração estão vinculados à escrituração comercial e fiscal ou a documentos que estão na posse do requerente, que poderia, por ele, ter sido juntados aos autos. Quanto à perícia fiscal, nego-a pois a prova dos fatos não depende do conhecimento especial de técnicos, e se apresenta desnecessária em vista das provas produzidas. (Art. 147, I, a,b e II a , b do RPAF/99, Decreto 7.629/99)

Inicialmente cabe rebater as preliminares de nulidade trazidas pelo sujeito passivo. A primeira, com relação à falta de Termo de Inicio de Fiscalização, o que levaria, segundo o defendente à vício insanável de convalidação, não assiste lhe razão. Consoante o art. 26, II, e III, considera-se iniciado o procedimento fiscal no momento da lavratura do Termo de Inicio de Fiscalização, como também no momento da intimação, por escrito, ao contribuinte, seu preposto ou responsável, para prestar esclarecimento ou exibir elementos solicitados pela fiscalização. A ação fiscal foi iniciado com a Intimação para Apresentação de Livros e Documentos, em 07.01.2015, consoante documento de fl. 12.

No que concerne ao local da lavratura do Auto de Infração, que não teria sido no estabelecimento, também não assiste razão ao contribuinte quando impugna o lançamento por esta justificativa, eis que no Regulamento Administrativo Fiscal, Decreto 7.629/99, o § 1º do art. 39, autoriza que o Auto de Infração seja lavrado no estabelecimento do infrator, na repartição fazendária ou no local onde se verificar ou apurar a infração. Desse modo, não há causa para decretar-se a nulidade da autuação por tais motivos.

Constato que os procedimentos adotados na ação fiscal foram de forma solene, registrados em termos, demonstrativos, auto de infração propriamente dito, e inúmeros outros documentos, como ressaltou o auditor fiscal. Verifico que o tempo que durou a fiscalização, está registrado nos atos procedimentais adotados pela fiscalização, consoante os documentos que integram o processo. Portanto, conforme consta no Termo de Intimação de fls. 12, o início da ação fiscal ocorreu em 07.01.2016, com encerramento em 31.03.2016, data da lavratura do AUTO DE INFRAÇÃO/TERMO DE ENCERRAMENTO e ciência ao contribuinte em 01.04.2016, logo, conforme se infere nos documentos de fls. 01 à 06, a ação fiscal decorreu, dentro do prazo regulamentar que é de 90 (noventa dias), de acordo com o determinado no parágrafo 12, do artigo 28 do RPAF/Ba.

Quanto ao argumento de que não recebeu notificação prévia com relação às infrações 03, e 04, verifico que o sujeito passivo foi intimado em 28/01/2016, conforme o Termo de Intimação de fl. 70, em que a empresa ficou intimada a providenciar a retificação das informações omitidas nos arquivos entregues, no prazo de 05 (cinco) dias. Ficou a empresa ciente de que o não cumprimento enseja as penalidades previstas no art. 42, inciso XIII-A, alíneas “l” e “m” da Lei 7.014/96.

Quanto à infração 04, consta na fl. 191 o Termo de Intimação para Apresentação de Informações em Meio Magnético, constando o seguinte teor:

[...] fica a empresa, acima qualificada, intimada a apresentar via INTERNET ou na inspetoria Fazendária, acima citada, com apresentação do recibo de entrega, NO PRAZO DE 30 (TRINTA) DIAS, contados da data de ciência deste Termo de Intimação, os Arquivos Magnéticos, consignando no campo 12 do Registro Tipo 10, o código de finalidade “2”, referente a retificação total de arquivo, devidamente sanados das inconsistências (omissões e/ou divergências) constante na(s) seguinte(s) LISTAGEM (NS) DIAGNÓSTICO (S) anexas (s):” Na ocasião foi-lhe advertido de que o não atendimento do presente Termo de Intimação o sujeitará à multa de 5% sobre o valor da OMISSÃO OU DIVERGÊNCIA, em cada mês, o que for maior, multa que fica limitada a 1%, aplicada sobre o valor das saídas e prestações de serviço realizadas, em cada mês, conforme determinação do Artigo 42, Inciso XIII-A, alínea “i”, da Lei nº 7.014/96.

Verifico que as intimações obedeceram ao disposto no art. 708-B e § 5º do RICMS/97 e art. 261 § 16, e art. 261, § 2º, e § 4º do RICMS/2012, quando foi concedido o prazo de 5 (cinco) dias para a apresentação dos arquivos magnéticos à fiscalização, bem como quanto ao prazo de 30 (trinta) dias concedido para que as correções detectadas pelo fisco fossem retificadas, esta última em 01/03/2016, sendo o AI lavrado em 31/03/2016. Portanto não há irregularidades nas Intimações efetuadas pela fiscalização.

Saliento que ao término da ação fiscal, quando da ciência do contribuinte acerca do Auto de Infração, os demonstrativos da foram-lhe entregues, conforme o Termo de Entrega de fl. 231.

Ademais, o autuante seguiu fielmente ao disposto no art. 39 do RPAF/99, e o Auto de Infração encontra-se apto a surtir seus efeitos jurídicos e legais, com infrações descritas de forma clara, os dispositivos legais foram apontados em cada uma, e fez-se acompanhar dos demonstrativos que fazem parte integrante do mesmo, os quais discriminam a base de cálculo e o imposto devido, os prazos processuais foram seguidos fielmente, por conseguinte não ocorreu violação ou mitigação aos princípios da ampla defesa e do contraditório.

Saliento ainda que a informação fiscal foi prestada de forma detalhada, corroborando com a autuação, e explicando em pormenores os fatos ocorridos no curso da ação fiscal, os quais foram perfeitamente entendidos pelo contribuinte, que demonstrou sua irresignação, de modo amplo e efetivo ao apresentar a sua peça de defesa.

Quanto à afirmativa do defendente de que *“A descrição da infração fiscal, em tese, cometida pelo contribuinte fora narrada em apenas duas linhas”, como bem ressaltou o auditor fiscal, estão presentes no lançamento tributário, os elementos formadores que confirmam a existência da obrigação tributária, que são: 1- elemento material, II- elemento pessoal, III- elemento quantitativo, IV- elemento temporal, V- elemento espacial. Observo que foram elaborados inúmeros demonstrativos para comprovar, de forma clara e inequívoca, os elementos integrantes da obrigação tributária. Lembro e faço minha as palavras do autuante: “ De maneira resumida pode ser verificado que nas folhas 01, 02, 03, 04 e 05 foram feitas as narrativas necessárias para se demonstrar o elemento material da obrigação tributária, descrevendo de forma clara o fato constatado e sua perfeita submissão ao antecedente da norma tributária, que parte da doutrina denomina hipótese de incidência. Isso se verifica tanto em relação à obrigação tributária principal, que diz respeito, ao não pagamento do ICMS, ou seu recolhimento a menor do que o devido, como em relação ao descumprimento de obrigação acessória. ”*

Portanto, rejeito as preliminares de nulidade trazidas na defesa, e passo ao exame do mérito da autuação.

No mérito, na infração 01, que exige ICMS em razão de recolhimento a menor de ICMS relativo a prestação de serviços de comunicação, na modalidade de provimento por Acesso a Internet e por prestação de Serviço de Televisão por Assinatura, cujos demonstrativos encontram-se nas fls. 14 a 22 do PAF, relativos aos meses de janeiro a dezembro de 2012; janeiro a dezembro de 2013, e de janeiro a dezembro de 2014, o sujeito passivo refuta a ocorrência e tenta demonstrar que teria recolhido corretamente o ICMS incidente sobre as mesmas operações de comunicação.

Incide o ICMS sobre a prestação onerosa de serviços de comunicação, por qualquer meio, inclusive a geração, emissão, a recepção, a transmissão, a retransmissão, a repetição e a ampliação de comunicação de qualquer natureza.

O sujeito passivo justifica os recolhimentos que teria efetuado, por ter utilizado o benefício de redução de base de cálculo, posto que nas prestações de serviço de televisão por assinatura há previsão, na legislação, da incidência do ICMS com redução da base de cálculo.

Menciona o defendente que teria ocorrido uma redução de 62,96% para serviço de televisão por assinatura, e de 81,48% para o serviço de Internet. Exemplifica que em janeiro de 2012, quando o Contribuinte prestou serviços de televisão por assinatura que somaram o valor de R\$134.241,67, aplicou o percentual de 10% sobre o total da prestação de serviços, tendo por base de cálculo justamente o valor de R\$13.424,16. A partir daí, calculou e pagou ICMS aplicando a alíquota (que nunca mudou no período) de 27%, obtendo o valor de R\$3.624,52.

Observo que já a partir do exemplo trazido pelo defendente, vê-se que há um equívoco na interpretação da legislação e do qual resultou o recolhimento a menor do ICMS mensal, sobre as prestações de serviço de comunicação, objeto desta infração.

Consoante a legislação aplicável, tais como o Convênio ICMS 57/99, Cláusula primeira, III, RICMS/97, art. 86, V; RICMS/2012, art.267, II, a carga tributária deve alcançar o percentual de 10%, (dez por cento), a partir de 01/01/2001.

Contudo, o defendente, erroneamente, aplicou o percentual de 10% sobre o total da prestação de serviços, e aplicou a alíquota de 27% do que resultou um valor de ICMS bem inferior ao permitido quando concedeu a redução de base de cálculo, que, em verdade, deve ser de tal monta que resulte na carga tributária de 10% sobre o valor das operações, e não da forma como calculou, cuja carga tributária alcançou em torno de 2%.

Outrossim, houve mudança na alíquota aplicada às operações de televisão por assinatura, por meio da Lei nº 12.609 de 27/12/12, que acrescentou o inciso V, caput do artigo 16, da Lei 7.014/96, passando de 25% para 26%.

Contudo, tal benefício fiscal, na modalidade de TV por assinatura, está condicionado ao adimplemento da obrigação tributária principal, sob pena da perda do referido benefício fiscal. Restando caracterizada a infração, o débito deve ser calculado sem a redução da base de cálculo, como dispõe a legislação, (RICMS/97).

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 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 à 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."

E no RICMS/2012:

Art. 267. *É reduzida a base de cálculo do ICMS, em opção à utilização de quaisquer*

outros créditos fiscais:

II - das prestações de serviço de televisão por assinatura, de forma que a incidência do imposto resulte numa carga tributária de 10% (dez por cento), sendo que (Conv. ICMS 57/99):

No que concerne à prestação de serviços de provimento de Internet, encontra-se regulamentada no art. 86, VI do RICMS/97, sendo que a carga tributária seja equivalente ao percentual de 5% (cinco por cento) do valor da prestação, até 31/12/2012 (Conv. ICMS 78/01).

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

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).

No RICMS/2012:

Art. 267. *É reduzida a base de cálculo do ICMS, em opção à utilização de quaisquer outros créditos fiscais:*

IV - 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 (Conv. ICMS 78/01);

O defendente argumenta que a legislação é confusa, não deixa claro como apurar o benefício fiscal, e que somente a partir de 2014 as cargas tributárias sobre o valor de serviço passaram a ser: 10% de TV por assinatura, 5% de Internet, ambas se enquadram no Código Fiscal de Operações sob o nº 5307, qual seja o de “Prestação de Serviço de comunicação a não contribuinte”.

Assevera que o autuante apurou corretamente a base de cálculo e utilizou a alíquota correta, no que concerne ao serviço de Internet, com redução de base de cálculo que implique em tributação efetiva de 5% do valor do serviço prestado.

Quanto à alegação de que não pode ser apenado em virtude de a legislação ser confusa, ou “mal formulada”, não pode ser aceita, pois a legislação é clara e caso houvesse dúvida em relação à sua interpretação, o contribuinte poderia ter formulado Consulta à Administração Tributária, nos termos do art. 55 do RPAF, Decreto 7.629/99, “é assegurado ao sujeito passivo ou entidade representativa de classe de contribuintes ou responsáveis o direito de formular consulta sobre a interpretação e aplicação da legislação tributária, em relação a fato determinado e de seu interesse.”

Infração procedente.

Na infração 02, aponta-se a falta de recolhimento do ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo do estabelecimento.

De imediato a sociedade empresária reconhece o valor de R\$6.996,95. Aponta que há mercadorias que ingressaram no estabelecimento por retorno de substituição em garantia, comodato, outras notas fiscais foram canceladas, questões que o autuante enfrentou como segue:

- *Nota Fiscal nº 5495 de 17.07.20 14 — Apesar de constar no demonstrativo de apuração do imposto relativo a esta infração nenhum Documentos Fiscal de nº 5495, através do valor mencionado e da data, respectivamente R\$1.500,00 e 17.07.2014, localizou-se a Nota Fiscal nº 4595 — efetivamente consta no corpo da nota fiscal a referência à devolução e retorno de substituição em garantia;*
- *Nota Fiscal nº 4687 de 03.10.2014 — Consta na nota fiscal informações de retorno de bem recebido para conserto;*
- *Nota Fiscal nº 4747 de 22.10.2014 — idem ao acima;*
- *Notas Fiscais nºs 62 e 63 de 09.09.2014 — quanto ao questionamento de que foram canceladas, além da informação na defesa, há a Nota Fiscal nº 64, na mesma data, além de coincidirem os bens, valores e emitentes;*

Quanto a entrada por comodato, apesar de a defesa não mencionar nenhuma nota fiscal, o autuante localizou as Notas Fiscais nºs 237 de 21.07.2014 e 357 de 24.07.2014, sob CFOP 2908, que se refere à remessa de bem em comodato.

No tocante à falta de recolhimento de ICMS devido na aquisição interestadual de bens destinados ao ativo fixo, opina o autuante a esse Colendo Conselho que reduza os valores de ICMS lançados, conforme quadro de fls. 416/417.

Concordo com as alterações promovidas pelo autuante, e de acordo com o demonstrativo de fls. 416/417, como segue: Junho de 2014, ICMS no valor de R\$5.747,78; Setembro de 2014, ICMS no valor de R\$2.543,46; Outubro de 2014, ICMS no valor de R\$6.443,41. Dessa forma o total da infração passa a ser de R\$18.567,29.

Infração procedente em parte.

A infração 03, é resultante da multa por descumprimento de obrigação acessória, por não atender a intimação para entrega do arquivo eletrônico da Escrituração Fiscal Digital – EFD, na forma e nos prazos previstos na Legislação Tributária, referente ao mês de janeiro a dezembro de 2014.

Consoante o documento de fl. 70, o contribuinte foi intimado para entregar a Escrituração Fiscal Digital – EFD, mas entregou-a com a falta de informações exigidas, a exemplo dos Registros D500, D510, D590, D610, D690, D696, D697 e os registros do bloco E.

O autuante esclareceu que o contribuinte novamente intimado para entregar os arquivos devidamente corrigidos, em substituição aos anteriores, permaneceu com as mesmas omissões, o que se pode verificar no documento de fls. 72, já que mesmo sendo o arquivo em substituição ao anteriormente enviado, fato que se confirma pela informação no terceiro campo, da segunda linha, que se refere ao código da finalidade do arquivo, o número “1” (1 - Remessa do arquivo substituto, vide Guia Prático da EFDICMS/IPI, N°. 03 do Bloco O).

Diante desta ocorrência aplicou a penalidade de 1% sobre os valores das entradas, conforme disposto no art. 42, XIII-A, “L”, do artigo 42, da Lei 7.014/96.

Verifico que foi juntado ao Auto de Infração, tanto as informações em meio magnético (mídia - fis. 230) com o devido recibo de cópia entregue ao contribuinte, como em documentos impressos,

fis. 71 à 178, subdividindo-as, para melhor demonstração em “*documentos relativos a EFD antes a intimação*” e “*documentos relativos a EFD após a intimação para proceder retificação*”, onde se observa que as omissões dos registros referenciados na intimação de fis. 70(a exemplo dos registros D500, D510, D590, D610, D690, D696, D697 e os registros do bloco E) permaneceram.

Infração procedente.

A infração 04 decorreu da multa por ter fornecido arquivos magnéticos exigidos na legislação tributária, requerido mediante intimação, com dados divergentes dos constantes nos documentos fiscais correspondentes, ficando o valor da multa limitado a 1% do valor das operações de saídas no estabelecimento em cada período, calculando-se a multa sobre o valor das operações ou prestações divergentes, relativos aos períodos de janeiro a dezembro de 2012, e de janeiro a dezembro de 2013.

A multa encontra amparo no art. 42, inciso XIII-A, alínea “i” da Lei 7.014/96, como segue:

- i) 5% (cinco por cento) do valor das entradas e saídas de mercadorias, bem como das prestações de serviços tomadas e realizadas, omitidas de arquivos eletrônicos exigidos na legislação tributária, ou neles informadas com dados divergentes dos constantes nos documentos fiscais correspondentes, não podendo ser superior a 1% (um por cento) do valor das operações de saídas e das prestações de serviços realizadas no estabelecimento em cada período, calculando-se a multa sobre o valor das operações ou prestações omitidas ou sobre o valor das divergências, conforme o caso;*

O demonstrativo das infrações anexo à fls. 180 a 189, denota o acerto na aplicação da multa adrede descrita.

Ademais, constam no processo documentos que demonstram que o contribuinte, no início da ação fiscal, não havia efetuado a transmissão dos referidos arquivos, exceto em relação ao mês 12/2012, pelo que foi intimado em 28.01.2012, para efetuar o cumprimento dessa obrigação acessória, conforme se verifica no documento de fis. 200 e 201. Somente após a referida intimação é que a empresa efetuou a transmissão dos arquivos, fato que pode ser confirmado no documento “Relação dos Arquivos Recepcionados”, obtido no sistema da SEFAZ, chamado Sistema de Controle de Arquivos Magnéticos — SCAM, emitido em 29.02.2016 (fls. 209 à 212).

O autuante, dessa forma, iniciou a verificação das informações contidas nos arquivos eletrônicos, constatando-se inúmeras omissões e divergências entre as informações neles contidas e as informações contidas no livro de Registro de Entradas e no livro de Registro de Saídas. Diante desta situação, novamente intimou o sujeito passivo, em 01.03.2016, desta feita para que se procedessem as devidas retificações (fls. 191), momento em que juntou “LISTAGEM DE DIAGNOSTICO” das citadas omissões e divergências detectadas (fls. 192 à 199).

O autuante esclareceu que diante dessas intimações, o contribuinte efetuou, entre as datas de 28 e 29.03.2016, novamente as transmissões dos arquivos magnéticos em questão, conforme se visualiza no relatório “Relação dos Arquivos Recepcionados”, fls. 220 à 227.

Assim, em virtude das novas transmissões, iniciou, pela segunda vez, a verificação das informações contidas nos arquivos, confrontado-as com os livros de Registro de Entradas e de Saídas, procedimento que culminou com as identificações de omissões e/ou divergências relacionadas nos documentos de fls. 182 a 189, impondo-se as penalidades descritas nos demonstrativos de fis. 180 e 181.

De fato, verifico que os prazos regulamentares foram obedecidos, quando foi concedido ao contribuinte o prazo de 05 (cinco) dias úteis para transmissão de arquivos e de 30 (trinta) dias para as retificações das inconsistências apontadas em relatórios, como determina a legislação, como já analisado quando das arguições de nulidade do Auto de Infração.

Desse modo, por não ter corrigido os arquivos eletrônicos – SINTEGRA, está correta a aplicação da multa disposta nesta infração.

Infração procedente.

A infração 05 resultou da falta de recolhimento do ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento.

Novamente a defesa alega que foram inclusas no levantamento fiscal notas fiscais relativas a entradas oriundas de remessas para conserto, por comodato, e que juntaria o Anexo V para comprovar sua assertiva. Contudo, não o fez nem demonstrou que recebeu bens em comodato, ou com posterior devolução.

Da análise do levantamento fiscal, planilhas de fl.229, são objeto da infração “cabo de tv”, “graxa”, parafuso, cabo, dentre outros que denotam a sua destinação para uso e consumo, porquanto a sociedade empresária não comercializa tais mercadorias, mas exerce a prestação de serviço de comunicação. Infração procedente.

Quanto à multa, também contestada pelo defendente, a sua aplicação é consequência da falta de recolhimento do imposto exigido no presente lançamento, estando correto o percentual de 60%, conforme estabelece o art. 42, inciso II, alínea “a”, da Lei 7.014/96.

Vale ressaltar, que esta Junta de Julgamento Fiscal não tem a competência para apreciação de pedido de dispensa ou redução da multa por infração de obrigação principal, sendo que as multas por descumprimento de obrigações acessórias poderão ser reduzidas ou canceladas pelas Juntas de Julgamento Fiscal, ou pelas Câmaras do CONSEF, desde que fique provado que as infrações tenham sido praticadas sem dolo, fraude ou simulação e que não tenham implicado falta de recolhimento de tributo, consoante o art. 158, do RPAF/99.

Não restou comprovado nos autos que o fornecimento de arquivos magnéticos com dados divergentes dos documentos fiscais correspondentes não tenham implicado falta de recolhimento de tributo, portanto as multas pelo descumprimento de obrigações acessórias ficam mantidas.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **281231.0023/16-0**, lavrado contra **CABLE.COM TELECOMUNICAÇÕES LTDA. - EPP**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$439.061,01**, acrescido das multas de 60%, prevista no art. 42, II, alíneas “f”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das multas por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$72.027,08**, previstas no inciso XIII-A, alíneas “I” e “i”, alteradas, consequentemente, c/c a Lei nº 12.917/13 e arts. 106 e 112 do CTN – Lei nº 5.172/66; e pela Lei nº 10.847/07, com os acréscimos moratórios previstos pela Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 30 de março de 2017

MÔNICA MARIA ROTERS – PRESIDENTE / EM EXERCÍCIO

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - RELATORA

ÁLVARO BARRETO VIEIRA - JULGADOR