

PROCESSO - A. I. Nº 269133.0008/19-9
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - CENTER PRESTADORA DE SERVIÇOS LTDA.
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 4ª JJF nº 0225-04/20V
ORIGEM - INFAZ EXTREMO SUL
PUBLICAÇÃO - INTERNET 11/08/2021

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0155-11/21-VD

EMENTA: ICMS. FALTA DE RECOLHIMENTO. SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO. DOCUMENTO FISCAL NÃO ESCRITURADO NOS LIVROS FISCAIS PRÓPRIOS. Considerações de defesa elide em parte a autuação. Tratando-se de serviços de comunicação não medidos, que envolvam localidades situadas em diferentes Unidades da Federação e cujo preço seja cobrado por períodos definidos, o imposto devido será recolhido em partes iguais para as Unidades da Federação onde estiverem localizados o prestador e o tomador, na forma do § 6º, inc. III, do art. 11 da LC 87/96 (Parágrafo incluído pela LCP nº 102, de 11.7.2000). Refeitos os cálculos do imposto devido ao Estado da Bahia. Infração subsistente parcialmente. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício, em razão da decisão proferida por meio do Acórdão da 4ª Junta de Julgamento Fiscal Nº 0225-04/20VD, que por unanimidade, julgou Procedente em Parte o presente Auto de Infração, lavrado em 27/12/2019, para exigir ICMS o valor histórico de R\$1.775.299,73, acrescido da multa de 100%, em decorrência do cometimento de uma única infração, abaixo descrita:

INFRAÇÃO 01 – 02.08.37: Deixou de recolher o ICMS nos prazos regulamentares referente a prestação de serviço de comunicação não escriturados nos livros fiscais próprios nos anos de 2017 e 2018, conforme demonstrativo de fls. 09/10 dos autos, que faz parte integrante do CD/Mídia de fl. 11. Lançado ICMS no valor de R\$1.775.299,73, com enquadramento no art. 1º, inciso III; art. 2º, inciso VII; e art. 32, da Lei nº 7.014/96, c/c art. 218, inciso III, do RICMS/BA, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012, mais multa de 100% tipificada no art. 42, inciso III, da Lei nº 7.014/96.

Após impugnação apresentada pelo autuado (fls. 16 a 37) e informação fiscal prestada pelo ilustre Auditor (fls. 85 e 86), a instrução fiscal foi concluída e os autos remetidos à apreciação da 4ª JJF que optou pela Procedência Parcial do Auto de Infração nos seguintes termos:

VOTO

Trata-se de Auto de Infração lavrado para exigir débito do ICMS, decorrente de obrigação principal, no montante de R\$1.775.299,73, sob a acusação de que o Contribuinte Autuado deixou de recolher o ICMS nos prazos regulamentares, referente à prestação de serviço de comunicação não escriturado nos livros fiscais próprios, nos anos de 2017 e 2018, conforme demonstrativo de fls. 09/10 dos autos, que faz parte integrante do CD/Mídia de fl. 11, com enquadramento no art. 1º, inciso III; art. 2º, inciso VII; e art. 32, da Lei nº 7.014/96, c/c art. 218, inciso III, do RICMS/BA, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012, mais multa de 100% tipificada no art. 42, inciso II, da Lei nº 7.014/96.

Vê-se da descrição dos fatos, que o contribuinte é detentor de equipamentos de telecomunicações instalados no Estado da Bahia, conforme laudo apresentado pela empresa, que são utilizados para as empresas de serviços onerosos de banda larga e de provedor de internet dos seus assinantes, configurando assim que estas prestações de serviços de telecomunicações são realizadas no Estado da Bahia na forma do demonstrativo, que faz parte integrante do CD/Mídia de fl. 11, com detalhamento dos serviços, elaborado com base nos dados fornecidos pela empresa.

Em sede de defesa, o sujeito passivo explica, conforme diz ter sido claramente demonstrado no laudo

apresentado ao agente Fiscal Autuante, que inclusive foi o que serviu de base para a autuação, nos termos da descrição dos fatos do Auto de Infração, os equipamentos que possibilitam a prestação de serviços de telecomunicação, na modalidade não medida, aos clientes estabelecidos na Bahia, localizam-se no Estado de Minas Gerais, sendo que o Link é adquirido de empresa localizada no Estado de São Paulo.

Assim sendo, diz restar claro que deve ser aplicado o art. 11, inciso III, alínea “c”, § 6º da LC nº 87/96 para recolhimento do ICMS, in verbis:

Art. 11. O local da operação ou da prestação, para os efeitos da cobrança do imposto e definição do estabelecimento responsável, é:

III - tratando-se de prestação onerosa de serviço de comunicação:

a) o da prestação do serviço de radiodifusão sonora e de som e imagem, assim entendido o da geração, emissão, transmissão e retransmissão, repetição, ampliação e recepção;

b) o do estabelecimento da concessionária ou da permissionária que forneça ficha, cartão, ou assemelhados com que o serviço é pago;

c) o do estabelecimento destinatário do serviço, na hipótese e para os efeitos do inciso XIII do art. 12;

c-1) o do estabelecimento ou domicílio do tomador do serviço, quando prestado por meio de satélite; (Alínea incluída pela LCP nº 102, de 11.7.2000)

d) onde seja cobrado o serviço, nos demais casos;

§ 6º Na hipótese do inciso III do caput deste artigo, **tratando-se de serviços não medidos**, que envolvam localidades situadas em diferentes Unidades da Federação e cujo preço seja cobrado por períodos definidos, **o imposto devido será recolhido em partes iguais para as Unidades da Federação onde estiverem localizados o prestador e o tomador.** (Parágrafo incluído pela LCP nº 102, de 11.7.2000). (Grifos acrescidos)

Por sua vez, o inciso XIII, do art. 12, da própria LC nº 87/96, destacado no item “c” do inciso III, do art. 11, acima citado, trata-se da ocorrência do fato gerador, conforme se pode ver na redação abaixo:

Art. 12. Considera-se ocorrido o **fato gerador do imposto** no momento:

XIII - da utilização, por contribuinte, de serviço cuja prestação se tenha iniciado em outro Estado e não esteja vinculada a operação ou prestação subsequentes. (Grifos acrescidos)

Observa-se, então, que não há lide quanto ao fato gerador da ocorrência fiscal, mas, tão somente, eminentemente, quanto ao valor devido do imposto (ICMS) ao Estado da Bahia incidente nas operações, objeto em análise.

Pois bem! De tudo que está posto na peça de defesa, em especial o Laudo Técnico de fls. 55/73 dos autos, emitido pela empresa RTL Consultoria Contábil e Empresarial Eireli, de CNPJ 22.952.486/0001-09, estabelecida em Ribeirão Preto (SP), inclusive, que embasou o agente Fiscal Autuante a constituir o lançamento fiscal, com as informações de consumo dos adquirentes dos serviços de “Acesso a Internet” e “Comunicação Multimídia”, estabelecidos no Estado da Bahia, constantes do demonstrativo que faz parte integrante CD/Mídia de fl. 11 dos autos, não vejo como não enquadrá-los como “**Serviços não Medidos**”, em detrimento dos outros relacionados no inciso III da LC nº 87/96, que trata da prestação onerosa de serviço de telecomunicação.

Neste sentido, vejo restar razão ao defendente enquadrar as operações, objeto da autuação, no § 6º, da LC nº 87/96, vigente à época da ocorrência dos fatos, para acatar a tese de defesa, de que o imposto devido deve ser recolhido em partes iguais às Unidades da Federação onde estiverem localizados o “prestador” e o “tomador” dos serviços, no caso em tela, o Estado da Bahia e o Estado de Minas Gerais, respectivamente, como abaixo destacado.

§ 6º Na hipótese do inciso III do caput deste artigo, **tratando-se de serviços não medidos**, que envolvam localidades situadas em diferentes unidades da Federação e cujo preço seja cobrado por períodos definidos, **o imposto devido será recolhido em partes iguais para as Unidades da Federação onde estiverem localizados o prestador e o tomador.** (Parágrafo incluído pela LCP nº 102, de 11.7.2000). (Grifos acrescidos)

Os serviços de “Acesso a Internet” e “Comunicação Multimídia” dar-se, sempre, através de um conjunto de equipamentos, como bem destacado no Laudo Técnico de fls. 55/73 dos autos, emitido pela RTL Consultoria Contábil e Empresarial Eireli, daí o legislador ao inserir, através LCP nº 102, de 11/07/2000, o § 6º, do inciso III, do art. 11, da LC nº 87/96, que trata do local da operação ou da prestação, para os efeitos da cobrança do imposto (ICMS) e definição do estabelecimento responsável, assertivamente determinou que o imposto decorrente desses serviços, caracterizados como “serviços não medidos de comunicação”, sejam recolhido em

parte iguais para a Unidades da Federação onde estiverem localizados o “prestador” e o “tomador”, vez que, para sua consecução, haverá equipamentos na Unidade da Federação em que estiver localizados o tomador, assim como na Unidade da Federação em que estiver localizado o prestador do serviço.

Em sendo assim, do imposto cobrado no demonstrativo de débito da autuação, constante do demonstrativo de débito impresso na fl. 9 e 10 dos autos, que faz parte integrante do CD/Midia de fl. 11, deve ser reduzido o imposto lançado em 50%, que é o valor devido ao Estado da Bahia, como assim está posto no § 6º do art. 11 da LC nº 87/96, inserido pela LCP nº 102/2000 e recepcionado pela Lei nº 7.014/96, que dispõe sobre o ICMS na Bahia, no seu art. 13, inciso, II, § 4º, apresentado, também, art. 394, do RICMS/BA, aprovado pelo Decreto nº 13.780 de 16/03/2012.

Desta forma, voto pela subsistência parcial do lançamento fiscal, reduzindo o valor lançado do Auto de Infração do valor de R\$1.775.299,73 para o valor de R\$887.649,87 na forma do demonstrativo de débito a seguir destacado:

DATA OCORR	DATA VENCTO	VALOR HISTÓRICO – R\$	VALOR HISTÓRICO JULGADO– R\$
31/01/2017	09/02/2017	62.086,37	31.043,18
28/02/2017	09/03/2017	40.117,16	20.058,58
31/03/2017	09/04/2017	49.503,83	24.751,91
30/04/2017	09/05/2017	42.093,36	21.046,68
31/05/2017	09/06/2017	42.641,40	21.320,70
30/06/2017	09/07/2017	49.779,50	24.889,75
31/07/2017	09/08/2017	51.669,32	25.834,66
31/08/2017	09/09/2017	66.512,72	33.256,36
30/09/2017	09/10/2017	62.258,50	31.129,25
31/10/2017	09/11/2017	58.968,90	29.484,45
30/11/2017	09/12/2017	63.216,91	31.608,45
31/12/2017	09/01/2018	64.763,52	32.381,76
31/01/2018	09/02/2018	72.961,03	36.480,51
28/02/2018	09/03/2018	77.797,55	38.898,78
31/03/2018	09/04/2018	91.984,72	45.992,36
31/04/2018	09/05/2018	83.338,05	41.669,03
31/05/2018	09/06/2018	86.214,85	43.107,43
30/06/2018	09/07/2018	87.309,96	43.654,98
31/07/2018	09/08/2018	96.480,84	48.240,42
31/08/2018	09/09/2018	97.092,67	48.546,34
30/09/2018	09/10/2018	98.532,02	49.266,01
31/10/2018	09/11/2018	101.142,41	50.571,21
30/11/2018	09/12/2018	113.033,10	56.516,55
31/12/2018	09/01/2019	115.801,04	57.900,52
TOTAL DA INFRAÇÃO		1.775.299,73	887.649,87

Sobre o destaque do Contribuinte Autuado na peça de defesa, de que o ICMS, objeto das operações, é declarado 50% em Minas Gerais e 50% na Bahia, não há qualquer elemento probante nos autos, demonstrando o recolhimento aos cofres do Estado, o que torna mais ainda assertiva a imputação fiscal, que diz respeito a falta de recolhimento do imposto (ICMS), nos prazos regulamentares, referente a prestação de serviço de comunicação não escriturados nos livros fiscais próprios, todavia não nos valores lançados, mas tão somente na parte que compete a Bahia, ou seja, 50% dos valores lançado.

Em relação à alegação da defesa, de inconstitucionalidade da multa aplicada, visto que a mesma foi fixada em patamar que torna sua cobrança confiscatória, sendo vedado à luz do artigo 150, inc. IV, da CF/88, verifico que não pode ser acatada. Observo que a sua aplicação neste processo é prevista em dispositivo legal, no caso específico da infração cometida, objeto em análise, art. 42, inc. III, da Lei nº 7.014/96, sendo que a este foro administrativo não cabe discutir a constitucionalidade da legislação posta, bem como apreciação de decisão do Poder Judiciário, conforme assim preconiza o art. 167, I e II do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629 de 09/07/99.

Do exposto, voto pela **PROCEDÊNCIA PARCIAL** do Auto de Infração, em tela.

A 4ª JJF recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF, nos termos do artigo 169, I, “a” do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 18.558/18, com efeitos a partir de 18/08/18.

VOTO

Trata-se de Recurso de Ofício, nos termos do Art. 169, I, “a” do RPAF/99, em razão da decisão da 4ª

Junta de Julgamento, por meio do Acórdão nº 0225-04/20-VD, que por unanimidade julgou Procedente em Parte o presente Auto de Infração, lavrado em 27/12/2019, que tinha como objeto exigir ICMS no valor histórico de R\$1.775.299,73, acrescido da multa de 100%, em decorrência do cometimento de uma única infração, qual seja a falta de recolhimento do ICMS nos prazos regulamentares, referente à prestação de serviço de comunicação não escriturados nos livros fiscais próprios, nos anos de 2017 e 2018, conforme demonstrativo de fls. 09/10 dos autos, que é parte integrante do CD/Mídia de fl. 11. Lançado ICMS no valor de R\$1.775.299,73, com enquadramento no art. 1º, inciso III; art. 2º, inciso VII; e art. 32 da Lei nº 7.014/96, c/c art. 218, inciso III do RICMS/BA, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012, mais multa de 100%, tipificada no art. 42, inciso III da Lei nº 7.014/96.

Em verdade, com base no disposto no Art. 1º, III da Lei nº 7.014/96, o ICMS tem como fato gerador, dentre eles, a prestação dos serviços de comunicação. Em seu Art. 2º, inciso VII está previsto que o ICMS incide sobre a prestação onerosa de serviços de comunicação, por qualquer meio, inclusive a geração, a emissão, a recepção, a transmissão, a retransmissão, a repetição e a ampliação de comunicação de qualquer natureza.

Em análise da descrição dos fatos e do laudo acostados aos autos (Fls. 55 a 73), observa-se que o contribuinte é detentor de equipamentos de telecomunicações instalados no Estado da Bahia, equipamentos estes, que são utilizados para as empresas de serviços onerosos de banda larga e de provedor de internet dos seus assinantes, caracterizando, assim, que estas prestações de serviços de telecomunicações são realizados no Estado da Bahia, na forma do demonstrativo, que é parte integrante do CD/Mídia de fl. 11, com detalhamento dos serviços, elaborado com base nos dados fornecidos pela empresa e já relatado pela JJF.

Em sua defesa, o sujeito passivo enfatizou a clareza de suas atividades, apontando para o laudo anteriormente citado, laudo este, apresentado ao agente Autuante, que inclusive foi o que serviu de lastro para a autuação, conforme se observa na descrição dos fatos do Auto de Infração, os equipamentos que possibilitam a prestação de serviços de telecomunicação, na modalidade não medida, aos clientes estabelecidos na Bahia, localizam-se no Estado de Minas Gerais, sendo que o Link é adquirido de empresa localizada no Estado de São Paulo.

Aduz a JJF, que resta claro que deve ser aplicado o art. 11, inciso III, alínea “c”, § 6º da LC nº 87/96, para recolhimento do ICMS, o qual transcrevo, *in verbis*:

Art. 11. O local da operação ou da prestação, para os efeitos da cobrança do imposto e definição do estabelecimento responsável, é:

III - tratando-se de prestação onerosa de serviço de comunicação:

...

c) o do estabelecimento destinatário do serviço, na hipótese e para os efeitos do inciso XIII do art. 12;

...

§ 6º Na hipótese do inciso III do caput deste artigo, tratando-se de serviços não medidos, que envolvam localidades situadas em diferentes Unidades da Federação e cujo preço seja cobrado por períodos definidos, o imposto devido será recolhido em partes iguais para as Unidades da Federação onde estiverem localizados o prestador e o tomador. (Parágrafo incluído pela LCP nº 102, de 11.7.2000). (Grifos acrescidos)

Cita ainda o inciso XIII, do art. 12 da própria LC nº 87/96, destacado no item “c”, do inciso III do art. 11, acima citado, cuja ocorrência do fato gerador deve ser considerada quando da utilização do serviço, cuja prestação tenha se iniciado em outro Estado, conforme abaixo transcrito:

Art. 12. Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento:

...

XIII - da utilização, por contribuinte, de serviço cuja prestação se tenha iniciado em outro Estado e não esteja vinculada a operação ou prestação subsequentes. (Grifos acrescidos)

Sob esta ótica, assiste razão à defendente no tocante ao enquadramento das operações, face à legislação vigente à época, devendo ser aplicado o disposto no §6º do citado artigo.

Desta forma, entendo que o imposto cobrado no demonstrativo de débito da autuação, constante do demonstrativo de débito impresso na fl. 9 e 10 dos autos, que é parte integrante do CD/Mídia de fl. 11, deve ser reduzido em 50% (valor devido ao Estado da Bahia), obedecendo ao disposto no § 6º, do art. 11 da LC nº 87/96, Lei nº 7.014/96, Art. 13, inciso, II, § 4º e RICMS, Art. 394, aprovado pelo Decreto nº 13.780 de 16/03/2012.

Desta forma, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício, devendo ser mantida a redução de R\$1.775.299,73, para R\$887.649,87.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de ofício apresentado e manter a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **269133.0008/19-9**, lavrado contra **CENTER PRESTADORA DE SERVIÇOS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrido, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$887.649,87**, acrescido da multa de 100%, prevista no art. 42, III da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 02 de junho de 2021.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

EVALDA DE BRITO GONÇALVES – RELATORA

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR – REPR. DA PGE/PROFIS