

PROCESSO - A. I. Nº 279116.1204/11-1
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e GLOBAL VILLAGE TELECOM LTDA.
RECORRIDOS - GLOBAL VILLAGE TELECOM LTDA. e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO - Acórdão 3º JJF nº 0028-03/21-VD
ORIGEM - IFEP SERVIÇOS
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 09/09/2021

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C.J.F. Nº 0208-12/21-VD

EMENTA: ICMS. 1. SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO. PRESTAÇÕES TRIBUTÁVEIS EFETUADAS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. SERVIÇOS-MEIO E DE VALOR ADICIONADO. Parte dos Serviços constantes do levantamento fiscal foram excluídos, com os respectivos valores extintos, considerando decisão judicial que transitou em julgado sem interposição de recurso pelas partes litigantes, tendo a segurança sido concedida à unanimidade, determinando ao fisco baiano a não exigência de ICMS da empresa sobre aqueles serviços específicos, validados pela PGE/PROFIS, elencados na planilha fls.112/113 do presente PAF. Nos termos do art. 122, II do RPAF, extingue-se o processo administrativo fiscal em face de decisão judicial transitada em julgado, contrária à exigência fiscal. Infração parcialmente subsistente. 2. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. a) ENERGIA ELÉTRICA. GLOSA DO CRÉDITO. Conforme alegações defensivas, a energia elétrica utilizada é insumo indispensável à prestação do serviço de telecomunicação, sendo consumida de forma imediata e integral no processo de prestação do serviço de comunicação. Este entendimento está pacificado no CONSEF, e em consonância com o Incidente de Uniformização de nº PGE/PROFIS 2016.209297-0. Infração improcedente. b) AQUISIÇÕES DE BENS DO ATIVO PERMANENTE. Provada a utilização do crédito destacado nas Notas Fiscais de aquisição de bens destinados ao Ativo Permanente do estabelecimento, sem observar a legislação. Autuado não traz à luz deste processo, a prova de que a operação discutida se trata de estorno, por débito indevido, conforme alegado. Exclusão de documento fiscal em que o crédito não foi utilizado. Infração parcialmente subsistente. c) FALTA DE EXIBIÇÃO AO FISCO DOS DOCUMENTOS COMPROBATÓRIOS DO CRÉDITO FISCAL. O Autuado, em sua defesa, apresenta elementos com o condão de elidir a acusação fiscal. Comprovado nos autos o direito ao crédito. Infração improcedente. 3. IMPORTAÇÃO. ERRO NA DETERMINAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO. PAGAMENTO DO IMPOSTO EFETUADO A MENOS. O Autuante, em informação fiscal, conclui que ante os documentos apresentados pela defesa, não houve recolhimento a menos do imposto. Infração insubsistente. 4. DOCUMENTOS FISCAIS. a) NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTAS FISCAIS

NO REGISTRO DE ENTRADAS. MERCADORIAS SUJEITAS À TRIBUTAÇÃO. O valor apurado foi recolhido com os benefícios da Lei 12.903/2013. Neste caso, o contribuinte reconheceu o débito e aceitou os termos da transação prevista na mencionada Lei, ficando prejudicada a defesa em relação a esta infração, nos termos do art. 156, inciso I do CTN. Infração procedente. **b) LIVROS FISCAIS. ESCRITURAÇÃO EM DESACORDO COM AS NORMAS REGULAMENTARES.** Fato reconhecido. Infrações subsistentes. Mantida a Decisão recorrida. Recursos **NÃO PROVIDOS.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recursos de Ofício e Voluntário, interpostos contra Decisão que julgou pela Procedência Parcial do Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 26/03/2011, no valor de R\$5.457.338,14, em razão das seguintes irregularidades:

Infração 01 - 03.09.01 – *Recolheu a menor o ICMS relativo a prestação de serviços de comunicação, decorrente de operações tributadas consideradas como não tributadas, nos meses de janeiro a setembro de 2009, sendo exigido ICMS no valor de R\$4.932.191,78, acrescido da multa de 60%, prevista no Art. 42, II, “a”, da Lei nº 7.014/96. Infração foi julgada procedente em parte e é objeto dos Recursos de Ofício e Voluntário.*

Infração 02 - 01.02.51 - *Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS relativo a aquisição de energia elétrica, na prestação de serviço de comunicação, nos meses de janeiro a setembro de 2009, sendo exigido ICMS no valor de R\$144.166,33, acrescido da multa de 60%, prevista no Art. 42, VII, “a”, da Lei nº 7.014/96. Infração foi julgada improcedente e é objeto do Recurso de Ofício.*

Infração 03 - 01.02.01 - *Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas para integrar o ativo permanente do estabelecimento, nos meses de janeiro, fevereiro e abril de 2009, sendo exigido ICMS no valor de R\$11.073,90, acrescido da multa de 60%, prevista no Art. 42, VII, “a”, da Lei nº 7.014/96. Infração foi julgada procedente em parte e é objeto dos Recursos de Ofício e Voluntário.*

Infração 04 - 01.02.42 - *Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS, sem a apresentação do competente documento comprobatório do direito ao referido crédito, nos meses de janeiro a março de 2009, sendo exigido ICMS no valor de R\$28.515,63, acrescido da multa de 60%, prevista no Art. 42, VII, “a”, da Lei nº 7.014/96. Infração foi julgada improcedente e é objeto do Recurso de Ofício.*

Infração 05 - 12.01.01 - *Recolheu a menor o ICMS devido pelas importações de mercadorias do exterior, em razão de erro na determinação da base de cálculo, quer pela falta de inclusão das despesas aduaneiras incorridas até o desembaraço, quer pela utilização incorreta da taxa cambial, nos meses de junho e agosto de 2009, sendo exigido ICMS no valor de R\$140.334,96, acrescido da multa de 60%, prevista no Art. 42, II, “a”, da Lei nº 7.014/96. Infração foi julgada improcedente e é objeto do Recurso de Ofício.*

Infração 06 - 16.01.01 - *Deu entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas a tributação sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de janeiro, fevereiro, abril, maio, junho, agosto e setembro de 2009, sendo aplicada multa no valor de R\$200.775,54, correspondente a 10% do valor das notas fiscais não registradas, prevista no Art. 42, IX, da Lei nº 7.014/96. Infração foi julgada procedente e é objeto do Recurso Voluntário.*

Infração 07 - 16.04.06 - *Escriturou livro fiscal em desacordo com as normas regulamentares, referente ao livro Registro de Entradas, mês de setembro de 2009, sendo aplicada multa no valor de R\$140,00, prevista no Art. 42, XVIII, “b”, da Lei nº 7.014/96. Infração foi julgada procedente e é objeto do Recurso Voluntário.*

Infração 08 - 16.04.06 - *Escriturou livro fiscal em desacordo com as normas regulamentares, referente ao livro Registro de Apuração do ICMS, mês de setembro de 2009, sendo aplicada multa no valor de R\$140,00, prevista no Art. 42, XVIII, “b”, da Lei nº 7.014/96. Infração foi julgada procedente e é objeto do Recurso Voluntário.*

A 3ª JJF decidiu pela Procedência Parcial do Auto de Infração, em decisão unânime, mediante o Acórdão nº 0028-03/21-VD (fls. 1.264 a 1.286), com base no voto do Relator a seguir transcrito:

“Preliminarmente, sobre os aspectos formais do processo, verifico que o lançamento fiscal foi exposto com clareza, com fundamentação de fato e de direito, na medida em que se descreveu as infrações, fundamentando com a indicação dos documentos pertinentes, assim como, foi indicada a legislação que regula os fatos sob julgamento. O Autuado recebeu as planilhas demonstrativas das irregularidades constatadas.

Não foi identificada nenhuma violação ao princípio da legalidade, do devido processo legal ou a quaisquer

princípios de direito constitucional, administrativo ou tributário, em especial os do processo administrativo fiscal, tendo sido observada a garantia à ampla defesa e ao contraditório, visivelmente caracterizados nos aspectos abordados na impugnação, bem como, na narrativa dos fatos correspondentes às irregularidades imputadas.

Dessa forma, o lançamento de ofício e o processo administrativo fiscal dele decorrentes, não estão incursos em quaisquer das hipóteses do artigo 18 do RPAF/BA, para se decretar a nulidade da autuação.

No mérito, o autuado foi acusado de ter cometido 8 (oito) irregularidades devidamente relatadas na inicial.

O defendente reconheceu o cometimento das infrações 07 e 08, realizando o recolhimento dos respectivos valores. Assim, estas infrações são procedentes, considerando que sobre elas não existe mais lide a ser apreciada.

*A **infração 01** trata de recolhimento do ICMS efetuado a menos, relativamente à prestação de serviços de comunicação, decorrente de operações tributadas, consideradas como não tributadas pelo contribuinte, nos meses de janeiro a setembro de 2009.*

Cabe inicialmente buscar a Lei maior, para dela originar a fundamentação da matéria, pois, nos termos do art.155, II, CF/88, o ICMS, também incidirá sobre prestação de serviços de comunicação, ainda que as prestações se iniciem no exterior.

A Constituição Federal outorgou competência aos Estados para instituir o ICMS, e incluiu no seu campo de incidência as prestações onerosas dos serviços de comunicação.

Assim, ressalto que a Lei Complementar 87/96, estabelece no seu art. 2º, inciso III, a incidência do imposto sobre prestações onerosas de serviços de comunicações, por qualquer meio, inclusive a geração, a emissão, a recepção, a transmissão, a retransmissão, a repetição e a ampliação de comunicação de qualquer natureza.

Já a Lei Estadual nº 7.014/96, repete a Lei Complementar 87/96, e dispõe em seu art. 2º, inciso VII, que o ICMS incide sobre a prestação onerosa de serviços de comunicação, por qualquer meio, inclusive a geração, a emissão, a recepção, a transmissão, a retransmissão, a repetição e a ampliação de comunicação de qualquer natureza.

O Convênio ICMS 69/98, em Cláusula primeira determina que:

“Cláusula primeira Os signatários firmam entendimento no sentido de que se incluem na base de cálculo do ICMS incidente sobre prestações de serviços de comunicação os valores cobrados a título de acesso, adesão, ativação, habilitação, disponibilidade, assinatura e utilização dos serviços, bem assim, aqueles relativos a serviços suplementares e facilidades adicionais que otimizem ou agilizem o processo de comunicação, independentemente da denominação que lhes seja dada”.

Assim, os serviços de comunicação tributáveis pelo ICMS são aqueles que permitem que a mensagem transmitida pelo emissor seja recebida e compreendida pelo receptor, ocorrendo tal processo e ele sendo oneroso, haverá a incidência do ICMS, visto, inclusive, que a competência dos Estados compreende a prestação dos serviços de comunicação de qualquer natureza.

O conceito legal de telecomunicação está disciplinado no § 1º do art. 60 da Lei Geral das Telecomunicações (LGT), Lei nº 9.472, de 16.07.97, expressando que se trata de comunicação especializada pelo meio, pois que utiliza de fio, rádio e outros processos eletromagnéticos. A relevância da distinção, para efeitos tributários, é a de que o ICMS incide sobre todo e qualquer serviço de comunicação (telecomunicação e outros).

A presente lide, tem como núcleo do mérito a questão relativa à incidência do ICMS sobre “Serviços de Comunicação Multisserviços”, incluindo a instalação da conexão, serviços de infraestrutura para permitir conexões a rede de internet conforme descrição detalhadas contidos nos demonstrativos presentes neste PAF, CD fls. 1116.

O defendente apresentou entendimento de que o método empregado pela fiscalização para apurar o montante devido de ICMS sobre “prestação de serviço de telecomunicações”, seria inválido, visto que consistiu, basicamente, na apuração do ICMS sobre toda a receita auferida no período, com exceção de algumas rubricas eleitas pelo fiscal autuante como não tributáveis, subtraindo-se desse valor o ICMS pago. Afirmou que ao lançar mão de metodologia de autuação inversa, ou seja, relacionar o que não é objeto da autuação e presumir que todo o resto é receita tributável sem, contudo, apontar a natureza dos serviços autuados, a fiscalização baiana incorreu em grave equívoco, ao incluir na base de cálculo vários Serviços-Meio e de Valor Adicionado que, a despeito de não serem passíveis de incidência do ICMS por sua própria natureza, já foram objeto de decisão judicial proferida pelo TJBA, através da qual, determinou-se ao fisco baiano, a não exigência de ICMS sobre os referidos serviços. Acrescentou que o presente auto de infração representa flagrante descumprimento de ordem judicial, já transitada em julgado, que veda a autuação, pela Fazenda baiana, de receitas relativas a Serviços-Meio e de Valor Adicionado (Convênio CONFAZ ICMS nº 69/98), exarada pelo TJBA nos autos do Mandado de Segurança nº 3636-3/2009).

Em sede de informação fiscal, o Autuante explicou que os Estados signatários do Convênio 69/98, firmaram entendimento no sentido de que devem ser incluídos na base de cálculo do ICMS incidente sobre os serviços de Telecomunicação, valores cobrados a título de acesso, adesão, ativação, habilitação, disponibilidade, assinatura e utilização dos serviços, bem como, aqueles relativos a serviços suplementares e facilidades adicionais que aperfeiçoem o processo de comunicação, independentemente da denominação que lhes sejam dados.

Sobre o Mandado de Segurança referente ao processo nº 3636-3/2009, datada de 23/07/2009 (fls. 387 a 401), apresentou entendimento de que o objeto da decisão é para que a SEFAZ se abstenha de autuar a dependente, nos serviços especificados no Convênio 69/98, entretanto, quando a Autoridade coatora foi cientificada da decisão, por meio do OF nº. 1684/2011 de 25/08/11 em anexo, o Auto de Infração já havia sido lavrado (26/03/11). Elaborou demonstrativo fls. 112/113, onde segregou todas as operações constantes do lançamento fiscal e que se referiam a serviços especificados no Convênio 69/98, que em atendimento à decisão judicial, não deveriam compor o lançamento de ofício.

Neste cenário, considerando as questões jurídicas que se apresentaram, sobre o escopo determinado pela decisão mandamental trazida aos autos, no que tange as operações autuadas na infração 01, à fl. 901, a 4ª Junta de Julgamento Fiscal encaminhou o presente processo em diligência à PGE/PROFIS, solicitando que fosse emitido Parecer Jurídico quanto à decisão judicial contida no Mandado de Segurança de nº 3636-3/2009 (se em caráter definitivo e se o Estado recorreu da decisão).

Também foi questionado, quanto aos efeitos jurídicos da mencionada decisão sobre a presente autuação (se cabe a efetivação do lançamento, mas não exigência do crédito tributário até decisão final, ou se devem ser excluídos deste lançamento, os valores dos serviços cuja decisão judicial foi pela não abrangência de serviços preparatórios e suplementares, além de assinatura sem inclusão de minutos e facilidades adicionais).

Em atendimento à diligência encaminhada pela 4ª JJF, no que tange ao Mandado de Segurança nº 0000093-69.2009.8.05.0000, foi informado no Despacho da PGE/PROFIS (fls. 1051/1052 do PAF) que: “devem ser cancelados, apenas os itens do Auto de Infração nº 279116.1204/11-1, concernentes à infração 01, relativos aos serviços contemplados no Convênio 69/98, destacados na informação da SEFAZ (fls. 112/113 do expediente anexo SIPRO 061763/2016-0 – fls. 1046/1047 do PAF), conforme decisão transitada em julgado no Mandado de Segurança retro mencionado.

Em síntese, à fl. 1005, consta despacho da PGE, esclarecendo a ocorrência de Trânsito Julgado do multicitado Mandado de Segurança. Esclareceu que o Acórdão que concedeu a segurança pleiteada, foi no sentido de não ser exigível ICMS sobre os serviços de acesso, adesão, ativação, habilitação, disponibilidade, assinatura (sem inclusão de minutos), facilidades adicionais e serviços complementares prestados pelo impetrante. Concluiu que, se o presente PAF se refere a cobrança de ICMS em relação a alguns destes serviços ou a todos eles, deve ser obedecido o comando judicial. Concluiu que as operações que deveriam ser excluídas do levantamento fiscal, são aquelas relacionadas na planilha de fls.112/113 deste PAF. Anexou Decisões do STJ e do STF.

Cabe registrar, que a 3ª JJF converteu o presente PAF em diligência, para que fossem detalhadas analiticamente, as operações quanto a infração 01, sendo solicitado que fosse elaborado demonstrativo indicando os valores mensais correspondentes aos serviços constantes na informação fiscal de fls.112/113, do expediente anexo SIPRO 061763/2016-0, totalizando R\$766.628,18.

Em resposta à diligência, o Autuante afirmou que na elaboração da relação de serviços autuados, fls. 1046/1047, com valor calculado para cancelamento, no total de R\$766.628,48, não foi considerada a Decisão do STF sobre a incidência do ICMS no Serviço de Assinatura, e este serviço foi considerado alcançado pelo Convênio 69/98. Declarou que quando da elaboração da relação de fls.1113/1115, levou em consideração a decisão do STF sobre a incidência do ICMS no Serviço de Assinatura, com a exclusão dos referidos serviços da relação constante nas fls. 862/863, com isso, o valor total a ser cancelado da infração 01, ficou reduzido para R\$114.439,77.

Sobre este entendimento do Autuante, verifico que contraria frontalmente a decisão judicial multicitada, inclusive o Parecer Jurídico exarado pela PGE/PROFIS, que concluiu pela exclusão de todos os serviços constantes da Informação fiscal fls.112/113 e que totaliza R\$766.628,18.

Dessa forma, a 3ª JJF decidiu pela conversão do PAF em nova diligência, para que o Autuante ou Fiscal Estranho ao Feito cumprisse o que foi solicitado na diligência anterior.

A diligência foi atendida fl.1239, e o autuante afirmou ter elaborado demonstrativo conforme solicitado fls.1240/1246.

Ao tomar ciência, o Autuado voltou a se manifestar fls. 1251/1254. Repetiu o solicitado na diligência fiscal por esta 3ª Junta de Julgamento Fiscal. Aduziu que a resposta foi apresentada nos moldes requeridos por este Colegiado, excluindo os serviços que foram objeto do mandado de segurança mencionados neste processo e antes devidamente considerados na manifestação de fls.112/113, validado pela PGE/PROFIS/BA.

Importante registrar, que às fls. 905/906, o defendente reconheceu como devido parte dos valores autuados nesta infração, pois apresentou petição desistindo parcialmente da discussão posta pela impugnação, requerendo a extinção parcial do feito (Infração 01) no que se refere à incidência do ICMS sobre as rubricas especificadas no anexo (fls. 907/915), quitadas com os benefícios da Lei 12.369/11. Ou seja, parte da Infração 01 foi paga com o benefício contido no Convênio ICMS 81/2011, e foi baixado no SIGAT, tomando-se por base o valor recolhido, considerando-se a alíquota reduzida pela Lei, restando uma diferença correspondente as alíquotas autuadas e as operações não autorizadas pelo Convênio. Também foi informado que o autuado aderiu ao REFIS autorizado pelo Convênio ICMS 81/2011, fls. 908 a 915, quando foi autorizado redução da alíquota de 27% para 16%.

Sendo assim, concluo que os serviços de telecomunicação que remanesceram na presente autuação, infração 01, com exceção daqueles excluídos por força da decisão judicial, conforme planilha descritiva fls.1240/1246, são subsistentes. Dessa forma, são devidos os valores do ICMS conforme configuração a seguir, no total de R\$ 4.165.595,73, devendo ser homologados os valores recolhidos. Infração 01 parcialmente subsistente:

MESES /2009	VALOR AUTUADO	SERVIÇOS EXCLUIDOS/decisão Judicial	VALOR ICMS APÓS JULGAMENTO
JANEIRO	204.078,76	38.158,90	165.919,86
FEVEREIRO	310.327,08	49.492,68	260.834,40
MARÇO	328.626,46	56.382,30	272.244,16
ABRIL	401.605,22	51.418,10	350.187,12
MAIO	498.423,70	89.709,51	408.714,19
JUNHO	581.016,91	101.441,43	479.575,48
JULHO	662.453,34	128.528,09	533.925,25
AGOSTO	907.786,94	120.928,67	786.858,27
SETEMBRO	1.037.873,37	130.568,80	907.304,57
TOTAL	4.932.191,78	766.628,48	4.165.563,30

Infração 02: Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS relativo à aquisição de energia elétrica, na prestação de serviço de comunicação, nos meses de janeiro a setembro de 2009.

O defendente alegou, que a energia elétrica é submetida a processo de transformação dentro do seu estabelecimento e no caso em discussão, apresenta-se como bem essencial adquirido para a realização do objeto social da empresa – prestação do serviço de telecomunicação – insumo sem o qual, é impossível a realização do dito serviço. Isso porque, a energia elétrica é materialmente consumida pelas Centrais de Comutação e Controle, que a transformam em corrente contínua e em ondas eletromagnéticas e radieletricas, convertidas em sons nos aparelhos de telefonia, permitindo a comunicação.

Afirmou não existir dúvidas de que o princípio constitucional da não-cumulatividade, tem um conteúdo mínimo de eficácia plena e aplicabilidade imediata. Tal conteúdo mínimo faz com que o contribuinte tenha o direito subjetivo constitucional de se creditar do ICMS suportado na aquisição de insumos, que são produtos essenciais à prestação de serviço, que se consomem integralmente no desempenho dessa atividade, independentemente de qual seja esta atividade.

Sobre os créditos fiscais decorrentes da aquisição de energia elétrica, observo que a Lei Complementar nº 87/96, ao disciplinar o regime de compensação do ICMS, estabelece no art. 20 que “é assegurado ao sujeito passivo o direito de creditar-se do imposto anteriormente cobrado em operações de que tenha resultado a entrada de mercadoria, real ou simbólica, no estabelecimento, inclusive a destinada ao seu uso ou consumo ou ao ativo permanente, ou o recebimento de serviços de transporte interestadual e intermunicipal ou de comunicação”.

Sobre a aquisição de energia elétrica, na prestação de serviço de comunicação, no âmbito desta SEFAZ, visando uniformizar os entendimentos a serem adotados pela Administração Pública Estadual, a Procuradoria Geral do Estado expediu Incidente de Uniformização de nº PGE 2016.209297-0, com o entendimento de que “Empresas prestadoras de serviços de telecomunicações têm direito ao crédito fiscal pelas entradas da energia elétrica efetivamente consumida na geração de telecomunicação. Ressalva: A energia elétrica consumida nas áreas administrativas das empresas não gera direito a crédito fiscal, devendo ser adotadas as providências instrutórias necessárias à segregação da energia efetivamente utilizada no processo produtivo”.

Nas razões defensivas, o autuado afirmou que a energia elétrica utilizada é insumo indispensável à prestação do serviço de telecomunicação, sendo consumida de forma imediata e integral no processo de prestação do serviço de comunicação.

Considerando que a acusação fiscal se refere ao crédito fiscal de ICMS, relativamente à aquisição de energia elétrica, na prestação de serviço de comunicação, inexistindo qualquer referência à energia consumida em áreas administrativas, em consonância com o mencionado Incidente de Uniformização de nº PGE 2016.209297-0, concluo pela insubsistência deste item da autuação fiscal. Infração 02 improcedente.

Infração 03: Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, referente a mercadorias adquiridas para integrar o

ativo permanente do estabelecimento, nos meses de janeiro, fevereiro e abril de 2009. Planilha 03, fl. 128 do PAF.

Refere-se às operações documentadas pelas notas fiscais nº 5793 (CFOP 2912 – Bem recebido para demonstração) e 32.911 (CFOP 2555 – Entrada de bem do ativo imobilizado de terceiro, para uso no estabelecimento).

Relativamente aos créditos decorrentes de entrada de mercadorias no estabelecimento, destinadas ao ativo permanente e respectivo serviço de transporte, deverão ser observadas as disposições constantes no § 6º do art. 29 da Lei 7.014/96. Neste caso, o valor do crédito a ser apropriado se obtém, multiplicando o valor total do respectivo crédito pelo índice ou fator igual a 1/48 da relação entre o valor das operações de saídas e prestações tributadas e o total das operações de saídas e prestações do período, equiparando-se às tributadas, para este fim, as saídas e prestações com destino ao exterior.

O defendente alegou, que tais créditos se referem, em verdade, a notas fiscais que representam operações que não atraem a incidência do ICMS, e que a tomada de crédito se refere a imposto pago indevidamente, e tão somente, retifica o pagamento indevido, não implicando qualquer prejuízo ao fisco baiano. Acrescentou que tais créditos não se referem a aquisições para composição do ativo permanente do estabelecimento, mas sim, a operações que não são passíveis de tributação pelo ICMS, de modo que a tomada de crédito teve como efeito tão somente, anular o pagamento indevidamente feito do tributo.

Em sede de informação fiscal, o Autuante afirmou que, se a operação vinculada às NF citadas não são passíveis de tributação, não há porque haver o creditamento do ICMS, portanto, as alegações apresentadas pelo autuado seriam descabidas.

Considerando que não constavam do processo, os documentos autuados, e visando o convencimento dos Julgadores sobre a questão, às fls. 1057/1058, esta Junta de Julgamento Fiscal deliberou por converter o presente processo em diligência solicitando que o autuante, quanto à infração 03, solicitasse ao defendente e juntasse ao presente PAF, cópias das NFs 5793, 32911 e 170 e a comprovação da escrituração fiscal dos mencionados documentos que resultaram na utilização dos respectivos créditos fiscais.

A diligência foi cumprida e o Autuante aduziu as seguintes informações: (i) a NF 5793 está registrada no livro Registro de Entradas, fl. 196 do PAF, com imposto creditado de R\$3.108,00, espelho da Nota Fiscal à fl. 1107; (ii) a Nota Fiscal 0170, está registrada no livro Registro de Entrada, folha 196 do PAF, sem imposto lançado, espelho da Nota Fiscal à fl. 1108; (iii) a NF 32911, está registrada no livro Registro de Entradas, fl. 243 do PAF, com imposto creditado de R\$6.052,88, espelho da Nota Fiscal à fl. 1009.

Analizando estes elementos associados às alegações do defendente, verifico que embora o Autuado insista, que os créditos fiscais lançados em sua escrituração ocorreram apenas, para estornar um débito lançado anteriormente, e que era indevido, não traz à luz deste processo, a prova de que os mencionados créditos, correspondem efetivamente, a respectivos débitos, lançados em sua escrita fiscal, conforme alegado. Sendo assim, me alinho as conclusões do Autuante, de que estes créditos são indevidos.

Considerando que a diligência fiscal realizada, comprovou que a nota fiscal 0170, está registrada no livro Registro de Entradas, folha 196 do PAF, sem imposto lançado, espelho da Nota Fiscal à fl. 1108, tal documento deve ser excluída do levantamento.

Dessa forma, a infração 03 remanesce, no valor de R\$9.160,88. Infração 03 procedente em parte.

Infração 04: Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS sem a apresentação do competente documento comprobatório do direito ao referido crédito, nos meses de janeiro a março de 2009.

O defendente alegou que os valores constantes na Planilha nº 04 são relativos a saldos credores nos meses de janeiro, fevereiro e março de 2009. Disse que estes saldos foram gerados devido a pagamento do ICMS Antecipado, que corresponde a 80% do valor do mês anterior. Com isso, houve um pagamento a maior do que o saldo devido ao final dos meses em questão, de modo a ensejar o creditamento ora glosado, e que na ocasião foi devidamente apontado no livro Registro de Apuração do ICMS (doc. nº 08, anexo). Afirmou não ser cabível a exigência de ICMS sobre valor que já foi pago, razão pela qual a autuação sobre o creditamento realizado deve ser prontamente excluída destes autos.

Na informação fiscal, o Autuante informou que no confronto da arrecadação existente no sistema SEFAZ com os valores escriturados no livro de Registro de Apuração do ICMS elaborado pelo contribuinte, observa que os valores reclamados se referem a pagamentos efetuados a maior, em relação a apuração realizada pelo autuado. Conclui que procede a alegação do impugnante.

Analizando os elementos constantes do PAF, relativamente a esta infração, constato que o defendente se submete ao pagamento do ICMS Antecipado, correspondente a 80% do valor do mês anterior. Dessa forma, conforme alegou em sua defesa, quando da apuração do valor real do imposto a ser pago no período em questão, verificou recolhimento a maior do ICMS e por isso realizou o creditamento dos valores lançados a maior indevidamente.

Considerando que ante os documentos apresentados, o Autuante afirmou ser pertinente a alegação defensiva e entendeu pela subsistência dos seus argumentos, concluo pela improcedência desta infração. Infração 04 insubsistente.

Infração 05 – 12.01.01: Recolhimento efetuado a menos do ICMS devido pelas importações de mercadorias do exterior, em razão de erro na determinação da base de cálculo, quer pela falta de inclusão das despesas aduaneiras incorridas até o desembaraço, quer pela utilização incorreta da taxa cambial, nos meses de junho e agosto de 2009.

O defendente alegou que recolheu a totalidade do ICMS devido no momento do desembaraço aduaneiro, incluindo as despesas aduaneiras até a conclusão do desembaraço, utilizando-se corretamente da taxa cambial.

Disse que a presente autuação presume equivocadamente, que o ICMS pago no ato do despacho de importação, não incluiu os valores referentes às demais adições, mas basta notar que a soma dos valores de ICMS calculado, independentemente para cada uma das adições, equivale exatamente, ao total do ICMS já pago no despacho original, sendo certo, que a presente autuação está a exigir novamente, o exato valor de ICMS já pago anteriormente. Citou como exemplo, a DI (Nº) 09/0805473-9, indicando o respectivo cálculo do imposto devido.

Sobre esta infração, o Autuante informou que as adições relacionadas na DI foram consideradas no levantamento fiscal de forma isolada (fls. 810, 811 822, 823, 830 e 831), como se independentes fossem, razão pela qual foram cobrados ICMS incidentes sobre cada uma das parcelas que compõe o processo de importação.

Informou que o recolhimento do ICMS incorrido na DI mãe, no momento do desembaraço, abarca a totalidade dos produtos adquiridos, conforme foi demonstrado na peça defensiva fls. 809 a 831. Elaborou quadro indicando o ICMS recolhido, em valor superior aos valores reclamados no período fiscalizado.

Considerando que o Autuante, analisando todos os documentos apresentados pela defesa, apresentou entendimento pela correção do procedimento do Autuado, no que diz respeito ao recolhimento total do imposto devido pelas referidas importações, acolho suas conclusões e a presente infração não subsiste. Infração 05 insubsistente.

Infração 06 – 16.01.01: Deu entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas à tributação sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de janeiro, fevereiro, abril, maio, junho, agosto e setembro de 2009. Multa de 10% sobre o valor das mercadorias, totalizando R\$200.775,54.

Embora o autuado tenha apresentado contestação a este item do presente lançamento, o valor apurado, constante do demonstrativo de débito originalmente elaborado pelo autuante, foi recolhido com os benefícios da Lei 12.903/2013. Neste caso, o contribuinte reconheceu o débito e aceitou os termos da transação prevista na mencionada Lei, conforme Termo de Confissão de Dívida à fl. 1306. O autuado renuncia a qualquer defesa ou recurso tendentes a discutir o referido crédito tributário. Dessa forma, concluo que ficou prejudicada a defesa em relação a esta infração, nos termos do art. 156, inciso I do CTN.

O defendente apresentou nova petição (fl. 923), informando que quitou parcialmente o débito objeto da autuação, no que tange à multa isolada constante no presente Auto de Infração (infração 06), conforme Documento de Arrecadação e comprovante de pagamento que acostou ao presente processo (fls. 925/926), com os benefícios da Lei 12.903/2013. Dessa forma, considero que está encerrada a lide e concluo pela subsistência desta infração. Infração 06 procedente.

Face o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, devendo ser homologados os valores já recolhidos, conforme configuração a seguir:

Auto de Infração		Julgamento		Decisão
Exigido	ICMS Lançado	ICMS Devido	Multa Obrigação acessória	
Infração 01	4.932.191,78	4.165.563,30	-	Procedente em parte
Infração 02	144.166,33	-	-	Improcedente
Infração 03	11.073,90	9.160,88	-	Procedente em parte
Infração 04	28.515,63	-	-	Improcedente
Infração 05	140.334,96	-	-	Improcedente
Infração 06	200.775,54		200.775,54	Procedente
Infração 07	140,00		140,00	Procedente
Infração 08	140,00		140,00	Procedente
Total	5.457.338,14	4.174.724,18	201.055,54	

A 3ª JJF recorreu de ofício da referida decisão para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF, nos termos do Art. 169, I, “a” do RPAF/99.

O Autuado apresentou Recurso Voluntário (fls. 1.292 a 1.312), nos termos do Art. 169, I, “b” do RPAF/99, no qual afirmou ter promovido a quitação parcial da Infração 01, com os benefícios previstos no Convênio ICMS 81/11, integral da Infração 06, com os benefícios da Lei nº 12.903/13, e

também integralmente as Infrações 07 e 08.

Disse que o Acórdão recorrido incorreu em omissão relativamente aos valores recolhidos, já que não detalhou quais os valores que deveriam ser homologados, sendo imperiosa a consideração dos pagamentos efetuados para que seja considerada nova redução parcial da Infração 01, tanto relativamente ao pagamento com fulcro no Convênio ICMS 81/11, no valor original de R\$2.319.144,66, quanto aos serviços de assinatura em valores a serem calculados, e redução integral das Infrações 06, 07 e 08, nos valores de R\$201.055,54, R\$140,00 e R\$140,00, respectivamente.

Aduziu que houve o descumprimento da decisão judicial transitada em julgado exarada nos autos do Mandado de Segurança nº 000093-36.2009.8.05.0000, pois foram mantidos serviços descritos na Cláusula primeira do Convênio ICMS 69/98, dentre os quais o serviço de assinatura mensal, não sendo legítima a tributação de serviço que não envolve uma relação comunicativa, correspondendo apenas à mera disponibilidade da linha telefônica.

Explicou que é autorizatária para prestação de serviços de comunicação, diferentemente das demais empresas de telefonia fixa que são concessionárias, e não incluía minutos na tarifa de assinatura, que tinha o valor fixo de R\$33,80, independentemente da quantidade de minutos contratados separadamente.

Acostou ementa do REsp nº 754.393/DF e do EDcl no REsp nº 1.022.257/RS para demonstrar suas alegações.

Alegou que era regular o crédito tomado sobre o ICMS recolhido nas operações registradas pelas Notas Fiscais nº 5.793 e 32.911, exigido na Infração 03, não tendo havido qualquer refutação a respeito das referidas operações não serem passíveis de tributação, sendo que o crédito glosado foi utilizado apenas para regularizar a operação fiscal que compreendeu o pagamento indevido do tributo em questão.

Requeru o reconhecimento efetivo dos pagamentos referentes às Infrações 01, 06, 07 e 08, e que os autos sejam convertidos em nova diligência para que sejam reanalisados os serviços abarcados pela não incidência do ICMS, conforme decisão judicial transitada em julgado.

Pugnou, em caso de indeferimento da diligência, que seja cancelada parte da Infração 01, relativa ao serviço de assinatura mensal, e integralmente a Infração 03, reconhecendo a regularidade do crédito fiscal tomado sobre o ICMS indevidamente recolhido sobre as operações registradas pelas Notas Fiscais nº 5.793 e 32.911.

Solicitou o cadastramento do advogado que indicou para recebimento das intimações, sob pena de nulidade.

Registro a presença na sessão de julgamento da advogada do Autuado que efetuou a sustentação oral, Sra. Beatriz Alves de Carvalho - OAB/SP nº 441.482.

VOTO

Trata-se de Recursos de Ofício e Voluntário, interpostos contra Decisão que julgou pela Procedência Parcial do Auto de Infração em epígrafe, lavrado para exigir imposto e multa em decorrência de 8 (oito) infrações, sendo objeto do Recurso de Ofício as Infrações 01 a 05, e do Recurso Voluntário as Infrações 01, 03 e 06 a 08.

Constato que o Recurso de Ofício é cabível, tendo em vista que o julgamento de 1ª Instância desonerou parcialmente o presente Auto de Infração no valor histórico de R\$2.832.868,15, conforme extrato (fl. 1.289), montante superior a R\$200.000,00, estabelecido no Art. 169, I, "a" do RPAF/99.

A desoneração na Infração 01, no valor de R\$766.628,48, decorreu da exclusão da autuação dos serviços enquadrados na Cláusula Primeira do Convênio ICMS 69/98, em cumprimento à decisão judicial transitada em julgado, exarada nos autos do Mandado de Segurança nº 000093-

36.2009.8.05.0000, já que o Estado da Bahia só tomou conhecimento após a lavratura do Auto de Infração.

Reputo correta a Decisão, tendo em vista a determinação judicial e os opinativos da PGE, constantes do Auto de Infração.

A Infração 02 foi julgada improcedente, com base no Incidente de Uniformização PGE nº 2016.209297-0, concluindo pelo direito ao crédito fiscal do ICMS pelas entradas de energia elétrica às empresas prestadoras de serviço de telecomunicações, tema já pacificado no âmbito deste CONSEF, motivo pelo qual mantenho a Decisão recorrida.

A Infração 03 foi julgada procedente em parte, tendo sido excluída da autuação a Nota Fiscal nº 170, pela verificação de que não foi utilizado o crédito fiscal na sua escrituração (fl. 196), motivo pelo qual também mantenho a Decisão recorrida.

A Infração 04 foi julgada improcedente porque o Autuado conseguiu comprovar que o crédito fiscal exigido era devido, pois se tratava de imposto pago a maior, em razão da forma de pagamento do imposto das empresas prestadoras de serviço de telecomunicações, antecipando 80% do valor do mês anterior, motivo pelo qual, também mantenho a Decisão recorrida.

A Infração 05 foi julgada improcedente, porque o Autuado conseguiu comprovar que estava correto o ICMS recolhido pelas importações, e que a diferença foi apurada porque o Autuante considerou as DI's de forma isolada, quando eram todas adições relativas a uma mesma importação, fato reconhecido pelo Autuante, motivo pelo qual também mantenho a Decisão recorrida.

Voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício, e passo então a analisar o Recurso Voluntário.

Preliminarmente, indefiro o pedido de realização de novas diligências, por considerar os elementos que compõem o presente processo suficientes para formação do meu convencimento e decisão da lide, com fulcro no Art. 147, I, "a" do RPAF/99.

Saliento que as intimações são efetuadas na forma prevista no Art. 108 e seguintes do RPAF/99.

Verifico que as Infrações 06 a 08 foram integralmente quitadas, não podendo ser objeto de lide, por conta da sua extinção pelo pagamento, sendo que os pagamentos foram corretamente apropriados pelo setor competente desta SEFAZ, o que também esvazia o questionamento do Autuado.

Ressalto, que os lançamentos quitados permanecem na Resolução do Acórdão, mas não são incluídos na certidão para cobrança administrativa e/ou judicial.

No tocante à Infração 03, o Autuado insiste em afirmar que o crédito fiscal remanescente se refere a estornos de débitos lançados anteriormente, de forma indevida, mas não foi acostada nenhuma prova de suas alegações, motivo pelo qual, mantenho a Decisão recorrida.

Na sustentação oral, a representante do Autuado informou que se tratavam de operações que não são tributadas, o que reforça a certeza de que o crédito fiscal escriturado é indevido.

Como já explicado na análise do Recurso de Ofício, a Infração 01 foi julgada procedente em parte, com a exclusão da autuação dos serviços enquadrados na Cláusula primeira do Convênio ICMS 69/98, inclusive os serviços de assinatura, no valor de R\$766.628,48, em cumprimento da decisão judicial transitada em julgado exarada nos autos do Mandado de Segurança nº 000093-36.2009.8.05.0000, conforme a relação elaborada pelo Inspetor da IFEP SERVIÇOS (fls. 1.046 e 1.047).

As mercadorias com os códigos informados no Recurso Voluntário, quando constantes da planilha da autuação, estão com seus valores zerados, não tendo sido considerados na autuação, a exemplo da mercadoria com o código 3/12.701:

NFST	SER	DATA	CNPJ/CPF	UF	COD_SERV.	BC_ICMS	ALIQ	ICMS	VL_TOTAL
000000032	U	2/1/09	00009156658591	BA	3/12701	0,00	27	0,00	50

Registro, que o Autuado reconheceu como devido, parte dos valores lançados nesta Infração, tendo apresentado petição desistindo parcialmente da impugnação e requerendo a extinção parcial do feito, no que se refere à incidência do ICMS sobre as rubricas especificadas (fls. 905 a 915), quitadas com os benefícios da Lei nº 12.369/11, e que o setor competente da SEFAZ deverá verificar se a apropriação foi efetuada corretamente, em relação à diferença entre a alíquota utilizada para o lançamento de 27% e a alíquota determinada para o pagamento com benefício de 16%.

Sendo assim, mantenho a Decisão recorrida, ressaltando que do valor remanescente de R\$4.165.595,73, devem ser homologados os valores recolhidos, considerando os benefícios da citada Lei nº 12.369/11.

Voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** os Recursos de Ofício e Voluntário apresentados, e manter a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **279116.1204/11-1**, lavrado contra **GLOBAL VILLAGE TELECOM LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$4.174.724,18**, acrescido da multa de 60%, prevista no Art. 42, incisos II, “a” e VII, “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das multas por descumprimento de obrigação acessória no valor total de **R\$201.055,54**, previstas nos incisos IX e XVIII, “b” do mesmo diploma legal já citado, com os acréscimos moratórios previstos pela Lei nº 9.837/05, devendo ser homologados os valores efetivamente recolhidos.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 19 de julho de 2021.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS – PRESIDENTE

MARCELO MATTEDI E SILVA – RELATOR

RAIMUNDO LUIZ DE ANDRADE – REPR. DA PGE/PROFIS