

A. I. Nº - 279116.1204/11-1
AUTUADO - GLOBAL VILLAGE TELECOM LTDA.
AUTUANTES - ROGÉRIO ALMEIDA SANTOS e CARLOS ALBERTO BARBOSA DOS SANTOS
ORIGEM - IFEP SERVIÇOS
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 16/04/2021

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0028-03/21-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. Auto de Infração PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 26/03/2011, refere-se à exigência do crédito tributário no valor total de R\$5.457.338,14, em decorrência das seguintes irregularidades:

Infração 01 – 03.09.01: Recolhimento do ICMS efetuado a menos relativo a prestação de serviços de comunicação, decorrente de operações tributadas, consideradas como não tributadas, nos meses de janeiro a setembro de 2009. Valor do débito: R\$4.932.191,78. Multa de 60%.

Infração 02 – 01.02.51: Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS relativo a aquisição de energia elétrica, na prestação de serviço de comunicação, nos meses de janeiro a setembro de 2009. Valor do débito: R\$144.166,33. Multa de 60%.

Infração 03 – 01.02.01: 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. Valor do débito: R\$11.073,90. Multa de 60%.

Infração 04 – 01.02.42: 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. Valor do débito: R\$28.515,63. Multa de 60%.

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. Valor do débito: R\$140.334,96. Multa de 60%.

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. Multa de 10% sobre o valor das mercadorias, totalizando R\$200.775,54.

Infração 07 – 16.04.06: Escrituração de livro fiscal em desacordo com as normas regulamentares, referente ao livro Registro de Entradas, mês de setembro de 2009. Multa no valor de R\$140,00.

Infração 08 – 16.04.06: Escrituração de livro fiscal em desacordo com as normas regulamentares, referente ao livro Registro de Apuração do ICMS, mês de setembro de 2009. Multa no valor de R\$140,00.

O autuado, por meio de advogado, apresentou impugnação às fls. 624 a 653 do PAF. Comenta sobre a tempestividade da defesa, faz uma síntese dos fatos e informa que efetuou o pagamento integral das multas isoladas descritas nas infrações 07 e 08, no valor de R\$140,00 cada uma, conforme demonstram os comprovantes que acostou aos autos (doc nº 04 – comprovantes de pagamento de DAEs), razão pela qual, requer sejam as referidas infrações excluídas da presente autuação. Repete o enquadramento legal para todas as infrações e das multas aplicadas.

A respeito da infração 01, alega 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.

No que tange à infração nº 02, esclarece que a apropriação de créditos de ICMS, considerada indevida pela Fiscalização, é legítima, na medida em que:

1. 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, sendo legítimo o creditamento do ICMS incidente em sua aquisição;
2. ainda que assim não fosse, os serviços de telecomunicação são considerados indústria básica para todos os fins, sendo admitido o crédito relativo ao ICMS incidente sobre a energia elétrica consumida em processo de industrialização;

Sobre o crédito de ICMS glosado através da infração nº 03, diz que tais créditos se referem, em verdade, a notas fiscais que representam operações que não atraem a incidência do ICMS, sendo certo que a tomada de crédito do imposto pago indevidamente, tão somente retifica o pagamento indevido, não implicando em qualquer prejuízo ao fisco baiano.

Afirma que o crédito autuado pela infração 04, nada mais é, do que saldo credor proveniente de pagamento a mais do ICMS, apurado para os meses anteriores àqueles nos quais houve o creditamento.

Diz que as operações de importação autuadas na infração nº 05 tiveram o regular recolhimento da totalidade do ICMS devido, inclusive a complementação referente às adições subseqüentes presentemente autuadas, quando da operação do desembaraço aduaneiro, não sendo devido complementação alguma do imposto, pois tal já foi pago na importação.

Afirma que a exigência de multa formal no montante de 10% das operações tributáveis, no teor da infração nº 06, é absolutamente descabida, tendo em vista que:

1. as notas fiscais nº 283; 284; 761146; 236; e 91 foram regularmente registradas no livro fiscal de registro de entradas da Impugnante, devendo ser prontamente excluídas da presente autuação;
2. sobretudo diante do regular recolhimento do ICMS sobre as operações não registradas, flagrante é a absurdez (falta de lógica) da multa cobrada pela Fazenda Estadual *in casu*, pois inquestionável o seu efeito confiscatório. Acrescenta que, no presente caso impõe-se o cancelamento ou redução da multa por descumprimento de obrigação acessória que não implicou em na falta de recolhimento do imposto, no teor do parágrafo 7º, do artigo 42 da Lei nº 7.014/96.

Apresenta o entendimento de que o presente Auto de Infração deve ser cancelado, conforme alegações a seguir reproduzidas em síntese.

Quanto à infração 01, afirma que a partir da análise da Planilha nº 01, anexa ao presente auto de infração, é possível constatar qual foi o método empregado pela fiscalização para apurar o montante supostamente devido de ICMS sobre “prestação de serviço de telecomunicações”, e que consistiu, basicamente, na apuração do ICMS sobre toda a receita auferida pelo impugnante no período, com exceção de algumas rubricas eleitas pelo fiscal autuante como não tributáveis, subtraindo-se desse valor o ICMS pago (coluna “PLAN 1 – ICMS”, menos a coluna “ICMS R AP”).

Diz que a fiscalização pretende fazer incidir ICMS sobre a totalidade da receita percebida pela empresa no período, com exceção apenas dos serviços relacionados pelos códigos nº 271, 412, 11.110, 11.402, 12.034, 12.041, 12.051, 12.052, 12.098, 12.140, 12.149, 12.152, 12.158, 12.163, 12.190, 12.191, 12.194, 12.500, 12.501, 12.550, 12.620, 12.701, 12.722, 12.759, 12.768, 12.769 e 12.770.

Ressalta que o autuante elencou atividades da empresa, que de fato, não podem ser tributadas pelo ICMS, como por exemplo “(12.163) Taxa Visita Técnica - Defeito Inexistente”; “(12.152) Parcelamento de Fatura”; “(12.052) Tarifa de escolha de nº Personalizado”; “(11.402) Conta Fácil GVT - Serviço de detalhamento das ligações na fatura telefônica”; “(12.500) Multa”; “(12.501) Juros”, entre outros que, por não se tratarem de receita advinda da prestação de serviço de telecomunicações, não poderiam compor a base de cálculo do imposto estadual em exigência.

Alega 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.

Diz que se trata do Mandado de Segurança nº 3636-3/2009, julgado em definitivo pela colenda Seção Cível de Direito Público do egrégio Tribunal de Justiça do Estado da Bahia em 23/07/2009, cuja decisão transitou em julgado em 01/09/2009 (doc. nº 05 – cópia da inicial, do acórdão e da certidão de trânsito em julgado, em anexo), e que determinou à Fazenda Estadual baiana que se abstenha de autuação do impugnante, em decorrência do não recolhimento do ICMS e da prática de qualquer medida administrativa visando a cobrança sobre os Serviços-Meio e de Valor Adicionado que presta (previstos no Convênio CONFAZ ICMS nº 69/98). Reproduz trecho da ementa extraída acórdão.

Reafirma que a presente autuação recai sobre toda a receita auferida no período – excluindo-se apenas o valor do tributo já efetivamente pago, e atribuindo base de cálculo igual a zero para uma lista de rubricas – o que é absolutamente insuficiente para relacionar todos os inúmeros serviços de valor adicionado, facilidades, acesso, adesão, ativação, habilitação, disponibilidade, assinatura e facilidades adicionais prestados, e que estão sendo indevidamente incluídos na base de cálculo do imposto presentemente exigido.

Cita alguns exemplos de receitas que não estão relacionadas na lista de exclusão eleita pelo autuante, sobre as quais pretende a fiscalização fazer incidir ICMS. Diz que a metodologia utilizada para apurar o *quantum* supostamente devido de ICMS, acabou por elencar indevidamente praticamente todos os serviços complementares e facilidades adicionais prestados, em claro desafio ao comando judicial vigente e já transitado em julgado.

Ressalta que já recolheu regularmente o ICMS apurado a partir, exclusivamente das receitas de serviços de telecomunicação e, portanto, ao contrário do que presumiu a fiscalização baiana, a receita residual se refere aos referidos serviços complementares, sobre os quais não há que se cogitar a incidência do ICMS.

Entende que qualquer discussão acerca da matéria, se mostra inútil, quanto mais no âmbito administrativo, haja vista que a questão já se encontra sepultada por decisão transitada em julgado do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, fazendo-se mister seja cumprido o comando judicial exarado nos autos do mandado de segurança nº 3636-3/2009, impondo a imediata extinção do auto de lançamento ora em discussão, no tocante à infração nº 01, com o conseqüente arquivamento do processo fiscal instaurado, sob pena de ver-se a empresa obrigada a comunicar o descumprimento da ordem judicial ao TJBA, demandando ordem direta para que a SEFAZ/BA cumpra a decisão, sob as penas da lei.

Infração 02: Alega que o regime da não-cumulatividade “permite que o crédito fiscal de todas as aquisições de bens e serviços, direta e indiretamente vinculados ao processo de produção e circulação de mercadorias e serviços tributáveis seja oposto ao débito decorrente das operações mercantis de venda e assemelhados, garantindo a natureza jurídica ontológica dos chamados impostos sobre o consumo que devem ser suportados financeiramente pelo consumidor final de mercadorias e serviços”.

Diz que a Lei Complementar nº 87/96, instituiu um amplo regime de não-cumulatividade, estatuinto que todos os bens e serviços adquiridos ensejam o direito ao crédito de ICMS, bastando para isso que sejam inerentes à atividade do contribuinte. A partir do regramento da LC nº 87/96, as únicas restrições ao creditamento referem-se às entradas de mercadorias ou utilização de serviços resultantes de operações ou prestações isentas ou não tributadas, ou que se refiram a mercadorias ou serviços alheios à atividade do estabelecimento.

Afirma que não há na legislação federal, inclusive por força do princípio constitucional da não-cumulatividade, qualquer vedação ao aproveitamento de créditos de ICMS em razão da natureza da atividade desenvolvida pelo contribuinte (se industrial ou prestação de serviços), restando necessário tão somente, que os bens e serviços adquiridos sejam inerentes à atividade do contribuinte, inseridos aí, os tão citados insumos.

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

Afirma 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.

Diz que o reconhecimento do direito ao creditamento de tributos que envolvam a aquisição de produtos intermediários (insumos) consumidos de forma imediata e integral no processo produtivo ou de prestação de serviços é entendimento tradicional, firmado há mais de três décadas pelo STF como corolário do princípio da não-cumulatividade. Diz que há poucos anos, ao enfrentar novamente a matéria, o STF repisou o entendimento para reconhecer, mais uma vez, o direito ao creditamento de impostos oriundos da aquisição de produtos intermediários ou insumos.

Ressalta que a situação não se altera, quando estamos diante de insumos adquiridos para viabilizar a prestação de serviços, objeto social da Impugnante, conforme comprova recentíssimo acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça em caso análogo ao dos presentes autos, quando do julgamento do REsp nº 1.175.166/MG5.

Afirma que, em se tratando de prestação de serviço de comunicação, não há uma mercadoria como resultado final da obrigação de fazer, motivo pelo qual é impossível que o insumo integre o produto final, pois produto final não há. Sendo assim, não se pode negar que o “material” aqui debatido é essencial para a prestação de serviço, que, por isso, deve ser qualificado como insumo.

Registra que a essencialidade passa a ser a nota caracterizadora do insumo nas prestações de serviço e, no presente caso, essa essencialidade é qualificada pelo consumo integral na referida prestação. A energia elétrica é materialmente consumida quando da prestação dos serviços de telecomunicação, sendo utilizada em todos os processos da telefonia fixa comutada, incluindo todos os equipamentos de comutação, de infra-estrutura, de segurança da continuidade e climatização ambiental em atendimento às certificações técnicas do órgão regulador. Em uma frase: sem energia elétrica não há telecomunicação.

Diz que o Relatório Técnico nº 001/2007, do Instituto Nacional de Tecnologia (doc. nº 06, anexo), órgão do Ministério da Ciência e Tecnologia informa que a energia elétrica é essencial para a prestação do serviço de comunicação.

Afirma que são possíveis as seguintes assertivas:

- a) É perfeitamente possível o creditamento de insumos ainda que a atividade desenvolvida pelo contribuinte não seja considerada industrial ou de exportação;
- b) Sendo a energia elétrica insumo indispensável à atividade de telecomunicação, haja vista o processo de transformação por que passa, convertendo-se ao final em onda eletromagnética, não há outra conclusão senão reconhecer o direito do impugnante de aproveitar os créditos de ICMS provenientes da aquisição do referido insumo.

Entende restar claro e insofismável a legitimidade do creditamento efetuado, tendo em vista a natureza de insumo da energia elétrica na prestação do serviço de telecomunicação, em perfeita consonância com os artigos 19 e 20 da Lei Complementar 87/96, motivo pelo qual afirma que deve ser julgada procedente a impugnação.

Também alega, que resiste o Fisco a reconhecer os créditos pelo ICMS suportado, na aquisição da energia elétrica empregada na prestação do serviço de telecomunicação. Com isso, contraria o artigo 33, II, b, da Lei Complementar nº 87/96 (na redação da Lei Complementar nº 102/2000), segundo o qual dá direito de crédito a energia elétrica “consumida no processo de industrialização”. Isso porque os serviços de telecomunicação são definidos, para todos os fins, como indústria básica pelo Decreto Federal nº 640/626.

Entende que se revela tecnicamente incensurável o Decreto nº 640/62, que insere as telecomunicações no âmbito da indústria básica. Diz que se estriba no artigo 33, II, b, da Lei Complementar nº 87/96 (na redação da Lei Complementar nº 102/2000) o seu direito aos créditos decorrentes das entradas da energia elétrica empregada na prestação de seus serviços.

Também comenta que os laudos periciais técnicos em engenharia de telecomunicações já produzidos em ações judiciais análogas à presente demonstraram de forma inequívoca que:

- A) existe um processo de transformação ao qual se submete a energia elétrica, para que possa ser ultimado o serviço de telecomunicação, cuja disponibilização é o próprio produto – energia elétrica – industrializado;
- B) a energia elétrica constitui insumo essencial à atividade-fim das prestadoras de serviços de telecomunicação.

Conclui que está comprovada a legitimidade do creditamento, fulminando a pretensão da Fazenda baiana.

Infração 03: Alega que as 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) 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 tem como efeito tão somente anular o pagamento indevidamente feito do tributo, não sendo hábil a causar qualquer prejuízo na arrecadação do ICMS do impugnante. Basta ver que, de acordo com a própria informação trazida pela fiscalização, os CFOPs informados nas notas denotam a não ocorrência de transferência de titularidade da mercadoria, descaracterizando assim, o fato gerador do tributo estadual na espécie.

Esclarece que não tomou créditos de ICMS da operação acobertada pela nota fiscal nº 170, ao contrário do que afirma o fiscal autuante.

Infração 04: Alega que os valores constantes na Planilha nº 04 são relativos a saldos credores nos meses de janeiro, fevereiro e março de 2009. 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).

Afirma 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.

Infração 05: Alega 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.

Diz 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 mesmo valor de ICMS já pago anteriormente. Citou como exemplo a DI (Nº) 09/0805473-9, indicando o respectivo cálculo do imposto devido.

Afirma que a soma dos valores devidos de ICMS para cada adição alcança R\$ 7.628,53, valor aquém do ICMS efetivamente recolhido por toda a operação (R\$ 8.433,89, conforme registrado pelo próprio Auto de Infração ora impugnado). Frisa que este é exatamente o mesmo caso das importações registradas pelos despachos DI nº 09/0805448-8 e DI nº 09/1026199-1 e suas respectivas adições, como se aduz facilmente dos valores relacionados na Planilha nº 05, anexa ao presente auto de infração.

Ressalta que diante do equívoco da fiscalização, evidente está a total improcedência desta Infração nº 05, devendo ser prontamente cancelada, diante do fato de que o ICMS já foi integralmente recolhido para as importações indevidamente glosadas, sob pena de configurar-se odioso *bis in idem*.

Infração 06: Preliminarmente, alega que a fiscalização estadual incorreu em erro ao apontar notas que, ao contrário do que foi imputado, foram regularmente registradas no seu livro de Entradas (doc. nº 10, em anexo). São as notas de nº 283 (registrada em 02.02.2009); 284 (registrada em 02.02.2009); 761146 (registrada em 05.03.2009); 236 (registrada em 23.09.2009); e 91 (registrada em 01.10.2009). Ante o mencionado equívoco, afirma que os valores glosados relativos a estas notas fiscais devem ser prontamente excluídos da presente autuação, face à inexistência de infração fiscal.

Também comenta sobre a aplicação do parágrafo 7º, do artigo 42 da Lei nº 7.014/96, na cominação da multa. Descumprimento de obrigação acessória com inoccorrência de prejuízo ao fisco.

Diz que a intenção do legislador de graduar a pena de acordo com a gravidade das irregularidades, atende aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. Por este motivo, as multas previstas para infrações que tragam ínsita a tentativa de fraude e aquelas que acarretem prejuízos expressivos ao Erário são deveras maiores que as demais.

Imbuído da consciência de que as penalidades devem ser graduadas de acordo com suas características e consequências, diz que o legislador baiano elaborou sumo relevante instituto para a diminuição do *quantum* das multas, consubstanciado no artigo 42, § 7º, da Lei nº 7.014/96.

Ressalta que, da leitura do mencionado dispositivo, depreende-se que são requisitos para o cancelamento ou redução da multa por descumprimento de obrigação acessória (i) a não ocorrência de dolo, fraude ou simulação e (ii) a não ocorrência de falta de recolhimento do imposto.

Diz que o descumprimento de obrigação acessória se reveste indiscutivelmente, de ambos os requisitos, o que se depreende do próprio auto de infração, uma vez que o mesmo, não traz qualquer imputação de dolo, fraude ou simulação por parte da Impugnante, e tão pouco exige ICMS sobre as operações não registradas.

Apresenta o entendimento, de que a multa cominada pelo Fisco baiano tem natureza confiscatória e diz que o Sistema Tributário Brasileiro encontra sólidos alicerces voltados à proteção do contribuinte contra tributos com efeito de confisco e que violam a capacidade contributiva, natural desdobramento dos princípios da isonomia e da liberdade à luz do Estado Democrático de Direito instituído pela Constituição da República de 1988.

Não obstante a ontológica distinção entre tributo e multa, diz ser inquestionável a aplicabilidade do princípio do não confisco às penalidades fiscais. Sobre o tema, cita decisões judiciais e conclui ser inequívoca a falta de prejuízo à Fazenda Pública da Bahia. Nada mais razoável, então, do que entender pela diminuição da penalidade quando o contribuinte paga, de boa-fé, seus tributos. Reproduz os artigos 108 e 112 do CTN, lições de Celso Ribeiro de Bastos, Hugo de Brito Machado e Ruy Barbosa Nogueira.

Conclui que em função da equidade, a multa aplicada há de ser totalmente relevada, ante a manifesta injustiça da exigência de tal vulto pela prática de infração formal destituída de contornos lesivos. Entende ser plenamente possível que este Conselho, utilizando-se da discricionariedade que lhe é conferida em consideração aos artigos 112 do CTN e artigo 42, § 7º, da Lei nº 7.014/96 – o qual enseja situação menos gravosa ao contribuinte, em prestígio ao princípio do *in dubio pro contribuinte* –, requer a o cancelamento ou, sucessivamente, a redução da multa aplicável a patamares razoáveis.

Por fim, o defendente pede a anulação do auto de infração e a extinção do crédito tributário nele exigido, procedendo para tanto:

1. o cancelamento da Infração nº 01 para o fiel cumprimento da ordem judicial exarada pelo e. TJBA nos autos do Mandado de Segurança nº 3636-3/2009, já transitada em julgado, e que veda a autuação, pela Fazenda baiana, de receitas relativas a Serviços-Meio e de Valor Adicionado (Convênio CONFAZ ICMS nº 69/98);
2. o cancelamento dos débitos relacionados nas Infrações nº 02, 03 e 04, tendo em vista a plena regularidade do creditamento glosado, respectivamente, ao crédito de energia elétrica como insumo indispensável e utilizado em processo de industrialização para sua atividade; bem como, ao crédito oriundo do valor de ICMS indevidamente recolhido e de saldo credor de ICMS -Antecipado pago a maior;
3. o cancelamento da cobrança descrita pela Infração nº 05, com o reconhecimento de que já recolheu integralmente o ICMS sobre as operações de importação e suas adições ora autuadas, não sendo devida qualquer complementação de valor do imposto que já foi recolhido, no pagamento da primeira operação de importação;
4. no tocante à Infração nº 06, preliminarmente (i) o pronto cancelamento da exigência de multa sobre as notas fiscais nº 283; 284; 761146; 236; e 91, pelo fato de que estas foram regularmente registradas no livro fiscal de Registro de Entradas; bem como, (ii) o cancelamento da multa formal no montante de 10% da operações tributáveis não registradas que não implicaram em falta de recolhimento do tributo, com a aplicação do disposto no parágrafo 7º, do artigo 42, da Lei nº 7.014/96; bem como, em razão do seu efeito confiscatório; ou, alternativamente, a sua pronta redução para patamares razoáveis;
5. o reconhecimento do pagamento integral das multas isoladas descritas nas infrações nº 07 e nº 08, conforme demonstra (doc nº 04 – comprovantes de pagamento de DAEs).

O autuante presta **informação fiscal** às fls. 855 a 871 dos autos. Reproduz os itens do Auto de Infração e diz que o defendente reconheceu na íntegra a procedência das infrações 07 e 08 e impugnou as infrações 01, 02, 03, 04, 05 e 06. Faz uma síntese das alegações defensivas e afirma que as infrações reclamadas estão amparadas pela legislação vigente: RICMS-BA/97; Leis 7.014/97, 87/96 e 9.472/97; Convênios 69/98 e 126/98.

Quanto à infração 01, observa 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 seja dada.

Diz que foi juntada à peça defensiva cópia de Mandado de Segurança referente ao processo nº 3636-3/2009, datada de 23/07/2009 (fls. 387 a 401), reproduzindo o ali assegurado.

Entende que o objeto da decisão é para que a SEFAZ se abstenha de autuar a GVT 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), portanto não há que se falar em descumprimento de decisão mandamental.

Reproduz o que estabelece o artigo 11 da lei 1533, de 31/12/51, alterado art. 3º da Lei 4.348, de 26/06/64, atualizado pelo art. 3º da Lei 10.910, de 15/07/04, revogado pela Lei 12.016, de 07/08/09, que trata de Mandado de Segurança.

Em razão da controvérsia, por se tratar de questão jurídica, entende que o presente PAF deve ser submetido ao Representante da Procuradoria Geral do Estado, para emissão de parecer conclusivo, visto que, quando a Autoridade Coatora foi cientificada da decisão do Mandado de Segurança o Auto de Infração já havia sido lavrado. Informa os serviços relacionados no Auto de Infração que fazem parte do escopo do Convênio 69/98, conforme planilha que elaborou às fls. 862/863.

Ressalta que de acordo com o previsto no inciso II, do art. 155, da Constituição Federal, compete aos Estados e ao Distrito Federal a instituição de imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação (ICMS), ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior. Diz que a Lei Complementar nº. 87, de 13 de setembro de 1996, devidamente contida pelo âmbito constitucional do ICMS, trata dos fatos geradores do ICMS.

Salienta que estão sujeitas ao ICMS as prestações de serviço de comunicação, e não apenas o serviço de telecomunicação. Para ter acesso à rede mundial de computadores, o usuário é obrigado a contratar a prestadora de serviço de comunicação (provedor de acesso) que é responsável pelo acesso e identificação deste na rede, mediante pagamento de um valor mensal (assinatura), sem o qual não há possibilidade de se estabelecer qualquer comunicação na internet.

Diz que o autuado utiliza o artifício de segregar nas faturas emitidas contra os seus clientes, o serviço de telecomunicação prestado, dos equipamentos e infra-estrutura fornecidos, e sem equipamentos e sem a infra-estrutura o serviço de Telecomunicação não se concretiza, sendo, portanto, descabida a redução do valor da base de cálculo do ICMS realizada pela Autuada.

Frisa que além de segregar indevidamente os serviços da infra-estrutura, o defendente ainda faz uma superavaliação do valor da locação e em contrapartida uma subavaliação do valor dos serviços de comunicação. Vide faturas anexas. Diz que os equipamentos e a infra-estrutura são imprescindíveis para a concretização do serviço de “telecomunicação”, sem ela não ocorre a prestação do serviço de Telecomunicação.

Informa que o autuado foi intimado a apresentar a relação dos equipamentos objeto da locação consignada na fatura, o impugnante apresentou com a seguinte informação: “Relação detalhada dos equipamentos descritos na fatura como locação de infra-estrutura da GVT”

Reproduz ensinamento de Roque Antonio Carrazza e diz que de acordo com as lições doutrinárias expostas, e o disposto no art. 60 da Lei de Telecomunicações, não restam dúvidas de que o serviço de telecomunicação “é o conjunto de atividades que possibilita a oferta de telecomunicação”, estando inserida entre essas atividades a disponibilização dos equipamentos para transmissão dos dados. O contrato de prestação de serviço de comunicação engloba o fornecimento de equipamentos necessários à sua execução, descaracterizando assim a autonomia e/ou acessoriedade em Contrato de Locação de Bens Móveis.

Entende que é juridicamente possível que duas pessoas se vinculem duas vezes, com independência, por meio de dois contratos, através de um único instrumento. E é possível que esses dois contratos tratem um deles, da prestação de serviço de comunicação e o outro, independentemente, da locação de bens móveis. Para que isso ocorra, as respectivas obrigações devem ser independentes, pois obrigações interdependentes, tantas quantas possam ser, denunciam vontades contratuais interdependentes, convergentes em apenas um contrato.

Afirma que pode haver contratos que dependam da existência de outros, os quais a doutrina chama de “contratos acessórios”, porque dependem dos “contratos principais”, visando predominantemente garantir as obrigações nele contraídas. Assim, por exemplo, é a fiança e o penhor. Para Orlando Gomes (in “Contratos”, 18ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 78), “a

distinção entre contratos principais e acessórios justifica-se em face da aplicação do princípio geral de que o acessório segue a sorte do principal” e, conseqüentemente, “a extinção do contrato principal acarreta a do contrato acessório”.

Diz que no caso em comento, o serviço que a Operadora deve fornecer é o “Serviço de Comunicação Multisserviços”, que se sujeita à incidência do ICMS. E a falta da instalação da conexão à rede, inclusive pela falta de equipamentos, por parte da contratada, a leva à inadimplência de todo o contrato.

Entende restar evidenciado que a execução de contrato de prestação de serviço de comunicação sujeito ao ICMS, por força do disposto no art. 2º, inc. III, da Lei Complementar nº. 87/96, afasta a possibilidade de haver locação de bens móveis, como o impugnante procede.

Infração 02: Reproduz o art. 42, inciso VII, alínea “a” da Lei 7.014/96 e o art. 93, inciso II, alínea “b” do RICMS-BA/97, afirmando que não cabe o argumento defensivo, visto que os serviços prestados pelo autuado (telecomunicações), não se enquadram em qualquer das situações tipificadas na legislação.

Infração 03: Repete a alegação do autuado de que a operação documentada pelas notas fiscais 5793 e 32911, com CFOP 2912 e 2555 respectivamente, não se refere a aquisição de bens do ativo permanente do estabelecimento, mas sim, a operação que não é passível de tributação pelo ICMS, e que a tomada de crédito tem como efeito, tão somente, anular o pagamento do tributo efetuado indevidamente.

Apresenta o entendimento de que, se a operação vinculada à NF citada, não é passível de tributação, não há porque haver o creditamento do ICMS, portanto a alegação apresentada pelo autuado é descabida. Diz ser improcedente a alegação defensiva.

Infração 04: Informa que no confronto da arrecadação existente no sistema SEFAZ com os valores escriturados no livro de Apuração do ICMS elaborado pelo contribuinte, observa-se 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.

Infração 05: Diz 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.

Informa 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. Elabora quadro indicando o ICMS recolhido em valor superior aos valores reclamados no período fiscalizado. Acolhe os argumentos defensivos.

Infração 06: Diante da alegação do impugnante, diz que foi efetuada nova conferência de cada uma das Notas Fiscais relacionadas no demonstrativo desta infração, para certificar a escrituração ou não, no livro de Registro de Entradas, sendo constatado que estão registradas as NFs 283, 284, 761.146, 236 e 91, as demais não foram escrituradas. Conclui que a impugnação procede em parte.

Quanto às infrações 07 e 08 repete que o autuado reconhece a procedência do débito apurado nestas infrações.

Conclui que, depois de analisada a peça defensiva, juntamente com os elementos probatórios juntados pelo impugnante, os valores lançados no Auto de Infração foram revistos conforme demonstrativo que elaborou à fl. 870, apurando o débito, após a defesa, no valor total de R\$5.276.822,07.

Nas considerações finais, reafirma que, por envolver questão Jurídica, quanto ao argumento defensivo trazido na contestação da infração 01, no que diz respeito ao Convênio 69/98, é prudente que o PAF seja levado a apreciação do representante da Procuradoria Geral do Estado para

emissão de Parecer e, se for o caso, orientar providências que se façam necessárias. Pede a procedência parcial do presente Auto de Infração.

Intimado sobre a informação fiscal, o defendente se manifestou às fls. 883 a 897, afirmando que após apresentada impugnação, os autos foram remetidos para a Inspetoria de Fiscalização de Empresas de Grande Porte – IFEP, com objetivo de colher informação fiscal acerca dos argumentos aduzidos na inicial.

Acerca da Infração nº 01, ressalta que restou demonstrado na impugnação e reconhecido pelo autuante na informação fiscal, que os valores autuados incluem diversos serviços de valor adicionado, em desacordo com a decisão exarada pelo TJBA nos autos do Mandado de Segurança de nº 3636-3/2009, que determinou a não incidência do ICMS sobre tais receitas, conforme já foi amplamente alegado na mencionada impugnação.

Diz que o autuante aduz em sua manifestação que o presente auto de infração fora lavrado em 26/03/2011 e, portanto, seria anterior à ciência da decisão que concedeu a segurança da ação em comento, já que esta teria se concretizado supostamente em 28/08/2011, conforme registra o Ofício nº 1684/2011, acostado em anexo à informação fiscal.

Afirma que tal alegação é infundada, uma vez que é notório que os efeitos da segurança concedida retroagem à data da interposição do mandado de segurança preventivo, ajuizado em 21/01/2009, conforme já demonstrado nestes autos (doc. nº 05 da impugnação ao auto de infração). Diz que a decisão possui o condão de desconstituir todos os atos ilegais praticados desde a interposição do mandado de segurança, conforme é pressuposto básico da teoria geral do processo.

Ainda que assim não fosse, entende ser desnecessário fazer qualquer elucubração sobre os efeitos da segurança definitivamente concedida, porque a Procuradoria do Estado da Bahia teve ciência pessoal da liminar que antecipou os efeitos da segurança em data muito anterior, uma vez que a mesma foi deferida em 05/02/2009, antes mesmo da expedição de intimação para que esta prestasse informações nos autos daquele processo judicial. Diz que o próprio relatório da decisão final é expresso em certificar tal configuração.

Afirma ser incabível o argumento de que não haveria conhecimento da decisão vigente à época da lavratura da presente autuação (26/03/2011), uma vez que a Procuradoria Geral do Estado da Bahia já fora cientificada da liminar, desde a sua citação válida, em 02/03/2009, com teor idêntico à decisão definitiva, de modo que a presente autuação se traduz indubitavelmente em descumprimento de ordem judicial.

Conclui que, no tocante à Infração nº 01, além de reiterar o pedido pela absoluta improcedência da autuação, pede que seja determinada nova vista para manifestar-se nestes autos após a juntada de parecer da Procuradoria Geral do Estado acerca da aplicabilidade e abrangência da decisão judicial em comento, conforme requerido nos termos da informação fiscal em referência, em homenagem ao princípio do contraditório e da ampla defesa.

Infração 02: Alega que o autuante limita-se a colacionar o artigo 42, inciso VII, alínea “a” da Lei 7.014/96 para suscitar tratar-se de rol taxativo de hipóteses que autorizam a utilização de crédito de ICMS sobre as aquisições de energia elétrica, e conclui alegando que no âmbito da prestação de serviços do impugnante não consta em nenhuma das situações tipificadas na legislação.

Afirma que não cabe ao Contribuinte reprisar todos os pontos já arguidos na inicial de sua impugnação, mencionando apenas a regularidade do creditamento de ICMS sobre aquisição de energia elétrica. Sobre o tema, repete os argumentos contestatórios trazidos na impugnação inicial. Reitera seu pedido de cancelamento desta infração, alegando regularidade do crédito glosado, nos termos já aventados nestes autos em sede de impugnação.

Infração 03: Diz que o autuante absteve-se de tecer considerações acerca da real natureza das operações documentadas pelas Notas Fiscais nº 5793 e 32.911 e cujo creditamento do ICMS destacado fora originalmente glosado pela fiscalização. Colaciona a opinião fazendária sobre o

procedimento adotado e alega que o próprio fiscal relatou, o procedimento de tomada do crédito em questão tem como objetivo anular o pagamento de ICMS que fora indevidamente feito sobre operação que não atrai sua incidência. Entende que a partir dessa manifestação é certo que a natureza estranha à concretização do fato gerador do tributo em comento da operação glosada é inconteste. Conclui que o imposto que foi recolhido sobre tal operação não é devido, razão pela qual o creditamento glosado não possui o condão de causar qualquer prejuízo ao fisco baiano, se não apenas de regularizar a operação fiscal que compreendeu o pagamento indevido do tributo em questão.

Registra que, ao ignorar tal questão o fisco baiano pretende incidir novamente o ICMS sobre operação que, conforme já reconhecido, não é fato gerador deste tributo, razão pela qual o creditamento do tributo pago indevidamente traduz-se como meio eficaz para regularizar a situação, não ocorrendo qualquer falta de recolhimento ao Estado da Bahia.

Repete que o autuante ignorou a alegação do impugnante, esclarecendo que não tomou créditos de ICMS da operação acobertada pela nota fiscal nº 170, ao contrário do que afirma o fiscal autuante. Conclui que este item da presente autuação não merece prosperar neste ponto, por todos os motivos já expostos nestes autos.

Infrações 04 e 05: Registra que o autuante acatou *in totum* a defesa apresentada para estas infrações, reconhecendo a improcedência da ação fiscal nestes dois pontos, razão pela qual devem ser imediatamente decotados os respectivos valores da autuação epigrafada face à já reconhecida e manifesta improcedência das supostas irregularidades apontadas.

Infração 06: Afirma que, embora o autuante tenha promovido a retificação dos valores glosados, para excluir as operações, que foram equivocadamente, relacionadas na presente autuação, o mesmo ficou-se silente acerca do regular recolhimento do ICMS sobre as operações não registradas, e que torna flagrante a absurdez da multa cobrada pela Fazenda Estadual *in casu*, pois inquestionável o seu efeito confiscatório.

Entende que se impõe o cancelamento ou redução da multa por descumprimento de obrigação acessória, que não implicou em na falta de recolhimento do imposto, no teor do parágrafo 7º do artigo 42 da Lei nº 7.014/96. Isso porque, conforme já exposto, no teor da descrição da Infração de nº 06 o autuante alega que a Impugnante “deu entrada no estabelecimento de mercadoria(s) sujeita(s) a tributação sem o devido registro na escrita fiscal”, aplicando para a hipótese de multa do inciso IX, prevista no artigo 42 da Lei nº 7.014/96, que prevê diversas e diferentes hipóteses de aplicação de multa.

Da leitura do dispositivo legal, alega que se percebe a intenção do legislador de graduar as penas de acordo com a gravidade das irregularidades, atendendo, portanto, aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. Por este motivo, afirma que as multas previstas para infrações que tragam ínsita a tentativa de fraude e aquelas que acarretem prejuízos expressivos ao Erário são deveras maiores que as demais.

Em respeito ao princípio da equidade, diz que a aplicação do benefício previsto na legislação estadual, se impõe, devendo ser cancelada a multa aplicada ou, no mínimo, reduzida a patamares razoáveis, sobretudo tendo em vista o caráter confiscatório da multa aplicada no percentual de 10% da operação não registrada.

Diz que a autuação ora combatida, portanto, reveste-se de clara natureza confiscatória, uma vez que: (i) o mero descumprimento de obrigação acessória não poderia acarretar cobrança de valor deste relevo (aproximadamente R\$ 200 mil); (ii) a base de cálculo utilizada para a determinação da multa transcende os patamares do razoável, além de estar, comprovadamente, equivocada.

Dessa forma, considerando a sua boa-fé, a alegada ausência de prejuízo ao Erário (o ICMS das notas fiscais foi devidamente quitado) e o fato concreto em discussão, entende ser plenamente possível que este Conselho, utilizando-se da discricionariedade que lhe é conferida em consideração aos artigos 112 do CTN e artigo 42, § 7º, da Lei nº 7.014/96 – o qual enseja situação

menos gravosa ao contribuinte, em prestígio ao princípio do in dubio pro contribuinte –, requer a o cancelamento ou, sucessivamente, a redução da multa aplicável a patamares razoáveis.

Por fim, reitera seu pedido pela anulação do auto de infração e a extinção do crédito tributário nele exigido, tudo conforme pedido formulado na Impugnação.

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).

Às fls. 905/906, o defendente apresentou petição desistindo parcialmente da discussão posta pela impugnação, requerendo a extinção parcial do feito (INFRAÇÃO 01) apenas no que se refere à incidência do ICMS sobre as rubricas especificadas no anexo, doc. 01 (fls. 907/915), pois quitadas com os benefícios da Lei 12.369/11.

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 nº 0000093-69.2009.8.05.0000.

Também foi ressaltado, que o contribuinte informou ter aderido a benefícios legais, e quitado parcialmente o crédito tributário, conforme fls. 905/917.

O defendente apresenta nova petição (fl. 923) informando que quitou parcialmente o débito objeto da autuação, no valor de R\$28.152,48, somente 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.

O defendente informa que o Mandado de Segurança nº 0000093-69.2009.8.05.0000 transitou em julgado em definitivo em 17/09/2013, sendo confirmado na íntegra o acórdão proferido pela Seção Cível de Direito Público, que concedeu integralmente a segurança pleiteada. Pede que seja excluído o crédito remanescente da infração 01, por ser encontrar extinto com arrimo no art. 156, X do CTN, em cumprimento à ordem concessiva de segurança concedida em favor do autuado.

Às fls. 1057/1058, esta Junta de Julgamento Fiscal deliberou por converter o presente processo em diligência à INFAZ de origem solicitando que o autuante:

1. Quanto à infração 01, elaborasse dois demonstrativos indicando os valores mensais, sendo um para os serviços relacionados no Auto de Infração que fazem parte do escopo do mencionado Convênio 69/98, que foram objeto do Mandado de Segurança. Outro demonstrativo para os demais serviços relacionados neste item da autuação.
2. 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, comprovando a utilização dos respectivos créditos fiscais.

Também foi solicitado que a Inspeção Fiscal entregasse ao autuado de cópia de todos os elementos que fossem anexados aos autos pelo autuante, com a indicação do prazo de dez dias para o mesmo se manifestar, querendo, sobre os elementos a ele fornecidos.

Em atendimento ao solicitado, foi prestada informação pelo Supervisor da IFEP SERVIÇOS às fls. 1113/1115 do PAF. Quanto à infração 01, elaborou quadro (fls.1113/1114) dos valores relativos aos serviços enquadrados no Convênio 69/98, que não foram pagos pelo Contribuinte, anexo em CD planilhas com a relação dos serviços e suas respectivas descrições.

Também informou que foi elaborado quadro (fl. 1115) dos valores relativos aos demais serviços autuados que não foram pagos pelo Contribuinte, anexo em CD planilhas com a relação dos serviços e com suas respectivas descrições.

Sobre a infração 03, foi informado que 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.

Sobre a Nota Fiscal 0170, informou que está registrada no livro Registro de Entrada, folha 196 do PAF, sem imposto lançado, espelho da Nota Fiscal à fl. 1108.

Quanto à NF 32911, diz que 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.

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%.

Observa que parte da Infração 01 foi paga com o benefício contido no Convênio ICMS 81/2011, foi baixado no SIGAT, tomando-se por base o valor recolhido, considerando-se a alíquota reduzida, restando uma diferença correspondente à diferença entre as alíquotas autuadas e a autorizada pelo Convênio.

Foi solicitado na diligência anterior, que fossem elaborados dois demonstrativos: um indicando os valores mensais que foram objeto do Mandado de Segurança e outro para os demais serviços. Entretanto, os demonstrativos elaborados às fls. 1113/1114, não atendem ao solicitado.

Dessa forma, à fl. 1172, esta Junta de Julgamento Fiscal deliberou por converter o presente processo em nova diligência à INFAZ de origem, para o autuante ou Auditor Fiscal estranho ao feito designado pela autoridade competente, quanto à infração 01, elaborasse dois demonstrativos indicando os valores mensais, sendo um para os serviços relacionados no Auto de Infração que fazem parte do escopo do mencionado Convênio 69/98, que foram objeto do Mandado de Segurança. Outro demonstrativo para os demais serviços relacionados neste item da autuação.

Em atendimento, foi informado às fls. 1182/1183, pelo Supervisor da IFEP SERVIÇOS, que foi elaborado quadro dos valores relativos aos serviços enquadrados no Convênio e demais serviços que não foram pagos pelo Contribuinte, conforme planilha em CD à fl. 1116 do PAF, com a relação dos serviços e com suas respectivas descrições.

Também foi elaborada planilha referente ao “Resumo dos códigos dos demais serviços autuados e não pagos. Apresenta o entendimento de que os relatórios constantes do CD à fl. 1116 do PAF estão de acordo com o que foi solicitado na diligência.

Caso os demonstrativos não atendam às necessidades, que seja solicitado de forma bastante detalhada e com modelo do relatório desejado para o julgamento do processo.

O defendente foi intimado e se manifestou às fls. 1187 a 1193. Faz uma síntese dos fatos e diz que a IFEP, em atendimento à diligência encaminhada por esta JJF, elaborou quadro no qual indica os serviços que estariam abarcados pelo mandado de segurança. Diz que na manifestação apresentada em 19/12/2019, ficou demonstrado que a análise trazida às fls. 1113/1114 diverge frontalmente da análise realizada pela mesma IFEP às fls. 112/113.

No quadro apresentado às fls. 112/113 a IFEP indicou os serviços listado (reproduzido à fl. 1189), totalizando a quantia de R\$766.628,48 a ser excluída da infração 01, em razão do trânsito em julgado no Mandado de Segurança nº 000093-36.2009.805.000.

Já no quadro apresentado na manifestação de fls. 1113/1115, bem como, no arquivo contido no CD que acompanha a conclusão da diligência, a IFEP indica serviços listados (reproduzido à fl. 1190), que totaliza a quantia de R\$114.439,77 a ser excluída da Infração 01.

Diz que na comparação entre os dois quadros, o valor expressivamente menor apurado na diligência de fls. 1113/1114 pela IFEP, decorre da desconsideração de diversos serviços antes considerados na manifestação de fls. 112/113, em patente discordância com seu próprio entendimento e, sobretudo, em dissonância à determinação da PGE/PROFIS no Ofício nº 190/2016 e, consequentemente, à segurança transitada em julgado no Mandado de Segurança nº 000093-36.2009.805.000.

Registra que na informação de fls. 1182/1183, a IFEP, mais uma vez, não excluiu vários serviços que foram objetos do referido Mandado de Segurança, antes considerados na manifestação de fls. 112/113, validada pela PGE/PROFIS, conforme doc. 06.

Acrescenta que os demonstrativos de fls. 1182/1183, não trazem de forma detalhada os serviços autuados abarcados e não abarcados pela decisão transitada em julgado, com os respectivos valores mensais.

Diante da falta de informações requisitadas pela 3ª JJF, com base nos autos, o defendente apresenta os demonstrativos anexos elencando (i) os serviços relativos à infração 01, abrangidos pela decisão transitada em julgado no Mandado de Segurança 000093-36.2009.805.000, com os valores mensais e totais; e (ii) os demais serviços relativos à infração 01, com os valores mensais e totais.

Requer sejam reincluídos na lista de valores a serem excluídos da infração 01, os serviços listados pela própria IFEP às fls. 112/113, já convalidados pela PGE/PROFIS, indicados na manifestação e planilha anexa.

Nova informação fiscal foi prestada pelo Supervisor da IFEP às fls. 1229/1230. Faz uma síntese dos fatos, e em relação à manifestação apresentada pelo defendente às fls. 1186/1192, e informa que na elaboração da relação de serviços fls. 1046/1047, com um 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.

Quando da elaboração da relação de fls.1113/1115, a fiscalização 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.

Esclarece que a alegação do contribuinte sobre a divergência entre as duas relações foi motivada pela forma de apuração, conforme descrito acima. A alegação do defendente de que os demonstrativos das fls. 1182/1183 não trazem de forma detalhada os serviços autuados abarcados e não abarcados pela decisão transitada em julgado não procede, visto que, todos os serviços estão detalhados no CD acostado ao PAF, fl. 1116.

Reproduz o pedido apresentado pelo defendente para que sejam reincluídos na lista de valores a serem excluídos da infração 01 os serviços anteriormente listados pela própria IFEP às fls. 862/863. Caso o mencionado requerimento seja acatado, informa que o valor a ser cancelado da infração 01 é de R\$766.628,48, conforme fls. 1046/1047. Se o requerimento for negado, o valor a ser cancelado da infração 01 é de R\$114.439,77, conforme demonstrativo à fl. 1182, e conclui que a divergência decorre de entendimento jurídico que deve ser definido pelas áreas competentes.

Nova diligência foi solicitada ao Autuante fl.1235. Dessa vez, foi solicitado quanto a infração 01, fosse elaborado demonstrativo indicando os valores mensais correspondentes aos serviços constantes na informação de fls.112/113 do expediente anexo SIPRO 061763/2016-0, totalizando R\$766.628,18, conforme fls.1046/1047 deste PAF.

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

Ao tomar ciência, o Autuado voltou a se manifestar fls. 1251/1254. Traça um histórico dos fatos. Repete o solicitado na diligência fiscal por esta 3ª Junta de Julgamento Fiscal. Aduz que em resposta foi apresentada nos moldes requeridos por este Colegiado, o que teria comprovado que na manifestação anterior do Autuante fls. 1182/1183, a IFEP não excluiu vários serviços que foram objeto do mandado de segurança mencionado neste processo e antes devidamente considerados na manifestação de fls.112/113, validado pela PGE/PROFIS/BA, conforme relaciona.

Reitera seu pedido para que sejam reincluídos na lista de valores a serem excluídos da infração 01, listados anteriormente pela própria IFEP às fls. 112/113 e já convalidados pela PGE/BA indicados na manifestação e agora indicados mensalmente na planilha elaborada em resposta a determinação da diligência de fl. 1235.

Consta às fls.1053/1055 (volume IV) extrato do SIGAT/SICRED com o recolhimento dos valores reconhecidos pelo Autuado.

Vale registrar, que o presente processo foi redistribuído, passando para minha relatoria, considerando a aposentadoria do Relator inicialmente designado, Dr. Arivaldo de Sousa Pereira.

Na sessão de julgamento, houve a participação de Dra. Letícia Alves Silva, OAB/MG 140.149, que realizou a sustentação oral.

VOTO

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 defendente, 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		
Exigido	ICMS Lançado	ICMS Devido	Multa Obrigação acessória	Decisão
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	

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **279116.1204/11-1**, lavrado contra **GLOBAL VILLAGE TELECOM LTDA.**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$4.174.724,18**, acrescido das multas de 60%, prevista no art. 42, inciso II, alínea “a”, e inciso VII, alínea “a da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das multas por descumprimento de obrigação acessória, no valor de **R\$201.055,54**, previstas no art. 42, incisos IX e XVIII, alínea “b” do citado diploma legal, e dos acréscimos moratórios de acordo com o previsto pela Lei 9.837/05, devendo ser homologados os valores já recolhidos.

Esta Junta de julgamento Fiscal, recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art.169, inciso I, alínea “a” item 1 do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 18.558, com efeitos a partir de 17/08/18.

Sala virtual das Sessões do CONSEF, 16 de março de 2021.

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS – PRESIDENTE

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS - RELATORA

ARIVALDO LEMOS DE SANTANA - JULGADOR