

A. I. N° - 281394.0003/17-5
AUTUADO - SATURNO COMUNICAÇÕES LTDA.
AUTUANTE - EDUARDO TADEU FELIPE LEMPÊ
ORIGEM - DAT SUL / INFRAZ EXTREMO SUL
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 04/07/2022

2^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0108-02/22-VD

EMENTA: ICMS. 1. RECOLHIMENTO A MENOS. IMPOSTO LANÇADO E RECOLHIDO A MENOS. DESENCONTRO ENTRE O IMPOSTO RECOLHIDO E O ESCRITURADO. SERVIÇOS DE COMUNICAÇÃO. ESCOLHA DA VIA JUDICIAL. ESGOTADA A DISCUSSÃO NA INSTÂNCIA ADMINISTRATIVA. A opção pela via judicial pelo sujeito passivo importa a renúncia ao poder de recorrer na esfera administrativa ou a desistência da impugnação ou recurso acaso interposto no processo administrativo fiscal, estando a impugnação quanto a ela prejudicada. Igualmente prejudicada a apreciação das questões preliminares suscitadas. Defesa prejudicada. Remessa dos autos à Procuradoria Geral do Estado. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração ora apreciado foi lavrado em 31 de março de 2017 e refere-se à cobrança de ICMS no valor de R\$ R\$ 126.992,43, além de multa de 60% pela constatação da seguinte infração:

Infração 01. **03.01.01.** Recolheu a menor ICMS em decorrência de desencontro entre os valores do imposto recolhido e o escriturado na apuração do mesmo, nos meses de fevereiro, agosto a dezembro de 2014, janeiro a dezembro de 2015.

Tempestivamente, o autuado, por seus advogados, constituídos de acordo com o documento de fl. 55, apresentou impugnação ao lançamento constante às fls. 34 a 47, onde argumenta, após apertado resumo dos fatos, ter a imputação deixado de observar:

- A ocorrência de vício formal na lavratura do Auto de Infração, por duplicidade de exigência fiscal, uma vez que, sobre o mesmo fato gerador e no mesmo período (2014 e 2015), o ICMS incidente sobre as prestações de serviços de comunicação foram exigidas no Auto de Infração em comento, mas também no Auto de Infração 281394.0004/17-1 (Doc. 04).
- Os valores de ICMS pagos através de Denúncia Espontânea, constante do parcelamento 2539915-2 (Doc. 05).
- Outros recolhimentos de ICMS, constantes do Domicílio Tributário Eletrônico (Doc. 06).
- O valor da DIFAL do mês 10/2015, não é o considerado por ele de R\$ R\$ 16.951,52, referente ao mês 12/2015, mas sim, o valor de R\$ R\$ 3.430,00, como se pode constatar na linha “*valor total dos ajustes a débito do imposto*” do Registro Fiscal da Apuração do ICMS – Operações Próprias (Doc. 07).
- Os valores pagos de ICMS no período de janeiro a julho de 2014 foram maiores do que os escriturados na EFD (Doc. 08).
- Em 2015, todos os valores apurados pelo autuante, coincidem com os valores escriturados nas EFD (Doc. 09).

Salienta que tais fatos só ocorreram diante de equívoco do autuante que deixou de observar a EFD retificadora solicitada, e por ele atendida, realizada no prazo legal, como se verifica na alteração do perfil de “B” para “A” anexo (Doc. 10).

Fala que a autoridade fiscal não tem qualquer faculdade ou direito subjetivo de agir, nem tem qualquer interesse próprio ou particular com o exercício de sua função legal, como expressa trecho colacionado da Revista dos Tribunais.

Consigna que atuação do órgão fiscal na cobrança dos tributos a seu encargo, não envolve qualquer interesse próprio das autoridades fiscais, nem é o exercício de um direito subjetivo deste, que também não é parte credora de uma relação jurídica.

Aduz que a ação da autoridade fiscal, impulsionada pelo dever de ofício, tem de apurar o valor do tributo de acordo com os verdadeiros fatos praticados pelo contribuinte, investigando-os sem qualquer interesse no resultado final, já que o princípio da legalidade objetiva exige do Fisco uma atuação oficial e imparcial para a obtenção da verdade dos fatos.

Ressalta que a função fiscal, exercício do poder-dever da autoridade administrativa para exigir o pagamento de tributo devido e/ou controlar e fiscalizar o seu correto pagamento, está sujeita à obediência ao princípio da reserva legal.

Por isso, no caso em exame, devido ao vício que entende possuir, levará, fatalmente, a decretação de sua nulidade.

Analizando o *bis in idem*, constata ocorrer vício formal na lavratura do Auto de Infração, por duplicidade de exigência fiscal, uma vez que, sobre um mesmo fato gerador e no mesmo período (2014 e 2015) o ICMS incidente sobre as prestações de serviços de comunicação estão sendo exigidos através do presente Auto de Infração, mas também, pelo Auto de Infração 2813940004/17-1.

Frisa que ao afirmar o Fisco que a empresa teria recolhido ICMS a menor no fornecimento de serviços de comunicação, óbvio que tal assertiva tem como base os valores escriturados nos livros de Saídas e de Apuração do ICMS, e também afirmar no corpo do lançamento que teria recolhido a menor o ICMS escriturado nos mesmos livros, incorre em dupla exigência fiscal porque os valores exigidos no presente Auto de Infração já constam do outro Auto de Infração.

Infere que a dupla exigência fiscal tem como consequência o enriquecimento sem causa, prática condenável no mundo jurídico, recaindo na ilegal figura jurídica do *bis in idem*.

Complementa que a validade e eficácia do ato administrativo está condicionada a sua prática em motivos reais, idôneos e existentes, no caso, a exigência do tributo se baseou em único fato gerador já considerado no Auto de Infração 281394.0004/17-1, tendo incorrido no fenômeno da dupla exigência fiscal, que, como sabido, se constitui em ato injurídico, ficando configurado o enriquecimento ilícito em detrimento do seu patrimônio pelo seu real e notório empobrecimento.

Traz como paradigma decisões do CONSEF, representadas pelos Acórdãos CJF 0045-11/11, JJF 0016-03/12 e CJF 0158-12/15, transcritos em suas Ementas.

Invoca a Constituição Federal que no seu artigo 150, inciso IV (reproduzido), veda o emprego do confisco tributário, impedindo a todo e qualquer ente político, com poder de imposição fiscal emanado da mesma Carta, venha a cobrar tributos, contribuições ou penalidades (multas), que tenham nítido caráter confiscatório.

Colaciona, ainda, lição doutrinária de Hugo de Brito Machado, para arguir como prejudicial de validade e eficácia da peça base do processo instaurado, ao amparo do princípio do contraditório amplo e pleno, seja a mesma apreciada e decidida, e por tudo o quanto consta dos autos, requer que seja decretada a nulidade total do Auto de Infração, e acaso não seja assim entendida, a sua improcedência, pelos motivos a seguir expostos:

Após reiterar a motivação fática pelo qual entende o lançamento como improcedente, diz faltar motivo para se proceder ao lançamento do crédito tributário, pois o mesmo se configura ato de

vontade pelo qual o Estado aplica a Lei a fato jurídico tributário, determinando situação jurídica individual e concreta.

Encarta lição de Seabra Fagundes, bem como artigo extraído da publicação “Comentários ao Código Tributário Nacional”, texto de Hely Lopes Meirelles além da Ementa do Acórdão JJF 0041-04/14.

Finaliza requerendo a nulidade total do Auto de Infração e se assim não for entendido, a sua improcedência.

Acostou documentos de fls. 58 a 82.

Informação fiscal prestada pelo autuante às fls. 94 e 95, esclarece ter utilizado na fiscalização o último arquivo retificador enviado pelo contribuinte, sendo a única exceção o mês de outubro de 2015, por se tratar de arquivo sem validade jurídica.

Ressalta, entretanto, que foi o mesmo recepcionado agora e considerado na apuração do imposto, sendo este mês o único contestado pela autuada.

Garante que o Auto de Infração 281394.0004/17-1 foi lavrado por “*erro na aplicação da alíquota, sendo que o contribuinte realiza prestação de serviços de comunicação (SCM – Serviço de Comunicação Multimídia), com banda larga, tributado pelo ICMS, alíquota de 28%. A prestação de serviço é oriunda de rede própria*”.

Assevera ser infração diferente da do presente Auto de Infração, que trata de recolhimento a menor de ICMS em decorrência de desencontro entre os valores do imposto recolhido e o escriturado em sua apuração, não havendo duplicidade de exigência fiscal.

Aponta que os valores pagos através de Denúncia Espontânea foram apropriados, apresentando novos valores sob a forma de tabela.

Indica que as receitas código 0767 apresentadas às fls. 68 e 69 se encontram lançadas no “Demonstrativo ICMS recolhido a menor que escriturado”, fl. 08, nos respectivos meses de referência.

Já as receitas de código 0709 – Simples Nacional, não foram consideradas, sendo que os DAS/GRU foram emitidos pela Receita Federal do Brasil e embora façam referência ao período fiscalizado, segundo documentação anexa da mesma, são da apuração do ICMS - Simples Nacional do ano de 2010.

Também as receitas de código 1187 não foram consideradas, vez não estarem relacionadas à infração, informa.

Observa que o arquivo de fl. 71, EFD de outubro de 2015, foi enviado/recebido em 30/03/2017, constando como “sem valor jurídico”. Entretanto, recebeu o mesmo agora, e o valor do débito foi reduzido de R\$ R\$ 16.951,76, para R\$ R\$ 3.430,05.

Pontua ser o contribuinte responsável pela escrituração da EFD e o recolhimento do ICMS.

Reafirma não haver duplicidade de exigência fiscal, sendo infrações diferentes, os valores da Denúncia Espontânea foram apropriados, e todos os recolhimentos considerados.

Juntou documentos de fls. 96 a 140.

Cientificada de forma pessoal do teor da informação fiscal em 08/10/2018 (fl. 144), o sujeito passivo retorna ao feito, para se manifestar às fls. 147 a 150. Após repisar a acusação e os argumentos defensivos apresentados anteriormente, registra que tais fatos somente ocorreram por não ter sido observada, por equívoco, a EFD retificadora solicitada pela empresa, atendida pelo autuante e retificada no prazo legal, como se verifica na alteração de perfil de “B” para “A” em anexo.

Destaca atuar exclusivamente como provedor de acesso a internet, cuja finalidade essencial está em promover aos seus usuários/clientes acesso ao ambiente internet, para tanto, utiliza-se de

concessionárias de serviço público do ramo de telecomunicações, jamais realizando qualquer atividade/serviço a ensejar a cobrança do ICMS – comunicação no desempenho de suas atividades.

Registra que jamais houve desempenho de atividades na modalidade SCM como quer fazer crer o autuante, sendo tal assertiva indene de dúvidas, a partir das mais diversas considerações, invocando o teor do Regulamento dos Serviços de Telecomunicações, aprovado pela Anatel, por meio da Resolução 73/1998, em seus artigos 2º e 3º, elucida que os serviços de valor adicionado, na forma do artigo 61, da Lei 9.472/1997 (reproduzido), não se constituem em serviços de telecomunicações.

Tem como evidente que a empresa autuada, enquanto prestadora, de modo exclusivo, do SVA não realiza qualquer outro serviço de telecomunicação a ensejar incidência de ICMS, estando o desempenho da atividade SVA adstrita ao uso, mediante aquisição onerosa, das redes de serviços de telecomunicações de terceiros, não se confundindo com o mesmo.

Diz restar incontroverso ser usuária de serviço de telecomunicação prestado pela concessionária (atividade-fim) que lhe dá suporte para que possa dar nova utilidade ao serviço adquirido (atividade meio), e, portanto, uma vez sendo a sua atividade exclusiva prover acesso a internet aos seus usuários e, sendo esta atividade definida como serviço de valor adicionado, está afastada a incidência do ICMS sobre tais operações, a exemplo do quanto sumulado pelo STJ, por meio do verbete 334, cujo teor reproduz.

Alega que desse modo, enquanto provedor da internet, lhe compete transmitir ao usuário do serviço a informação indispensável para a realização da comunicação deste com a internet, mediante os meios técnicos que dispõe.

Garante mais uma vez, ser provedor de acesso, em linguagem simplificada, instrumento técnico para que o usuário possa acessar a navegação na internet, possibilitando a entrada deste na rede de comunicação, sendo o provedor tomador de serviços prestados pelas concessionárias, não se confundindo com este, conforme assegura a legislação de regência, se limitando a executar serviços de valor adicionado, isto é, serviços de monitoramento do acesso do usuário à rede, colocando à sua disposição equipamentos e softwares com vistas a eficiente navegação.

Em linguagem técnica, aduz que disponibilizar os meios e modos necessários à prestação dos serviços de comunicação não é o fato imponível do ICMS nesta hipótese, não competindo ao provedor de acesso a internet o recolhimento de ICMS porque não fornece as condições e meios para que a comunicação ocorra, sendo um simples usuário dos serviços prestados pelas empresas de telecomunicações, vez atuarem os provedores de acesso a internet, como intermediários entre os usuários finais e a internet.

Finaliza, pugnando pela nulidade/improcedência do Auto de Infração.

Em 26/10/2018, o órgão preparador encaminhou o feito para julgamento, sem a devida e necessária ciência ao autuante (fl. 152), o que ensejou que em 30/11/2018 a 4ª Junta de Julgamento Fiscal determinasse a realização de diligência para tal fim (fl. 153).

Cientificado da manifestação do autuado em 07/01/2019 (fl. 156), o autuante às fls. 160 a 162, em 18/03/2020, ressalta que a mesma, em seu item 1, nada mais é do que texto semelhante ao apresentado à fl. 35, razão pela qual o seu entendimento permanece o mesmo anteriormente externado.

Quanto ao item 2, indica ter o mesmo teor do já apresentado anteriormente, tendo os valores pagos através de Denúncia Espontânea sido apropriados, e os novos valores de débito do Auto de Infração foram discriminados às fls. 94, 95 e 104. Apresenta demonstrativo ajustado.

Indica para o mesmo, terem sido retirados os lançamentos dos meses de fevereiro, agosto, setembro, outubro e novembro de 2014, sendo que em dezembro daquele ano, o valor lançado no Auto de Infração foi de R\$ R\$ 21.090,93, ao passo que o valor lançado na Denúncia Espontânea foi de R\$ R\$ 17.703,75, restando, pois, R\$ R\$ 3.387,18 a ser cobrado.

Relativamente ao item 3, aponta ser o texto semelhante ao apresentado no item 3, da fl. 35, sendo o entendimento o mesmo externado anteriormente, observando na documentação de fls. 108 a 137 que o ICMS Simples Nacional referente a 2010, foi recolhido em 2014 e 2015, estando discriminado na parte inferior o valor do tributo que compete ao Estado (código 1007), acrescido de juros e multa, com indicação da data de vencimento e período de apuração.

Para o item 4 da manifestação do contribuinte, indica constar à fl. 140, relatório apontando o referido arquivo como “sem validade jurídica”, não existindo denúncia espontânea para o mês de outubro de 2015, sendo o valor histórico da infração reduzido porque o arquivo foi considerado.

Quanto ao item 5, mantém a posição anteriormente externada.

Já no item 6, esclarece se tratar este Auto de Infração de recolhimento a menor de ICMS em virtude de desencontro entre os valores do imposto recolhido e o escriturado no livro de Apuração, no qual verifica somente se o contribuinte recolheu o que escriturou, sendo a responsabilidade da escrituração do mesmo. Caso não tenha utilizado as alíquotas corretas, é outra infração.

Acerca das considerações sobre a tributação de Serviços de Comunicação Multimídia e Serviço de Valor Adicionado, registrou que o Auto de Infração trata de “*recolhimento a menor do ICMS em decorrência de desencontro entre os valores do imposto recolhido e o escriturado na apuração do imposto*”, tendo o contribuinte emitido notas fiscais de serviços de comunicação, a exemplo da fl. 98, onde escriturou a EFD, nas fls. 09 a 32 e recolheu valor menor do que o escriturado.

Cientificado mais uma vez da informação fiscal prestada, através do Domicílio Tributário Eletrônico em 27/02/2020 (fl. 165), volta o sujeito passivo a se manifestar no sentido de que (fls. 167 a 169), a informação prestada não encontra qualquer justificativa a amparar a manutenção da exigência, tampouco discorre acerca do cerne da questão debatida, qual seja, inexistência de incidência do ICMS sobre a real e exclusiva atividade desempenhada pela autuada, de provimento de acesso a internet.

Desse modo, não tendo sido suscitada qualquer argumentação fiscal contrária a aplicação da tese desenvolvida pelo contribuinte, tem como imperiosa a aplicação da Súmula 334 do STJ, cujo teor transcreve.

Percebe que desde o nascedouro do presente Auto de Infração, a autuação fiscal não merece prosperar, especialmente em razão da natureza jurídica da atividade prestada pela empresa, que exerce tão somente a prestação de serviços de acesso à internet na condição de provedor de acesso à rede mundial de computadores a consumidores finais, que são seus clientes/usuários, jamais realizando qualquer atividade/serviço de comunicação no desempenho de suas atividades.

Frisa que enquanto prestadora, de modo exclusivo, do serviço de valor adicionado (SVA) não realiza qualquer serviço de telecomunicação capaz de ensejar a incidência do ICMS, e nesta esteira, outrossim, o desempenho de atividade SVA, está adstrita ao uso, mediante aquisição onerosa das redes de serviços de comunicações de terceiros, não se confundindo com o mesmo, como comprova seu contrato de prestação de serviços realizado com a operadora que anexa (Doc. 01).

Deste modo, garante ser incontrovertido ser usuária do serviço de telecomunicação prestado pela concessionária (atividade fim) que lhe dá suporte para que possa dar nova utilidade ao serviço adquirido (atividade meio), ficando, pois, afastada a incidência do ICMS sobre tais operações, de acordo com a Súmula 334 do STJ.

Por tais razões, pugna pela total improcedência do Auto de Infração.

Apresenta documentos de fls. 172 a 194.

Em 26/11/2021 a autuada pede a juntada de documento que se constitui na decisão judicial referente a matéria (fl. 197), ao tempo que acosta às fls. 198 a 201, decisão da 4ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, relativa a Apelação Cível 8000697-14.2019.8.0256, datada de 03/11/2021, da Desembargadora Gardênia Pereira Duarte, da qual extraio os seguintes trechos:

“Feita tal ponderação passo ao exame da matéria de fundo. Não merece reparo a douta sentença hostilizada, que deu adequada solução à causa, com motivação irreprochável, cujos termos do dispositivo destaco, ‘in litteris’:

‘Com essas considerações e compactuando com o entendimento jurisprudencial pátrio, concluo pela não incidência do ICMS, na atividade econômica da requerente, - ‘provedor de acesso às redes de comunicações’, por tratar-se de serviço de valor adicionado.

(...)

Gize-se que a presente ação é declaratória de que inexiste relação jurídico-tributária quando estiver atendendo seus clientes, no âmbito do município de Teixeira de Freitas como mera provedora de acesso a rede mundial de computadores, nos termos do contrato ID nº 16590574. Portanto com acerto a sentença hostilizada aplicou a jurisprudência do STJ ao caso concreto.

Ante o exposto, NEGO PROVIMENTO ao recurso interposto, MANTENDO A SENTENÇA com base na Súmula nº 334 do STJ e, considerando parâmetros estabelecidos no §§ 2º art. 85 do CPC, majoro os honorários de sucumbência em 5%” (Grifei).

Mais uma vez intervindo no feito, o autuante (fls. 203 e 204), indica que o contribuinte, conforme fls. 98 e 99, fornece prestação de serviço de SVA (Serviço de Valor Adicionado) e SCM (Serviço de Comunicação Multimídia), e sobre a prestação de serviço de SCM incide o ICMS.

Reproduz trecho do Acórdão JJF 0008-01/19, no qual a mesma empresa figura como autuada:

“No contrato de prestação de serviço de conexão à rede internet, anexado pelo autuado às fls. 106 e 107, consta como objeto a prestação de serviços de conexão à rede internet por acesso dedicado via cabo (UTP ou fibra) ou via rádio. À fl. 108, constam as modalidades de pacotes de internet que o autuado disponibiliza a seus clientes. Assim, fica evidente que o autuado não oferece simplesmente um serviço de provimento de acesso à internet, mas oferece a própria internet em diversas planos de velocidade. O autuado disponibiliza cabos e rádios de sua propriedade a fim de possibilitar a comunicação pela Internet, ainda que também utilize a infraestrutura de empresas de telecomunicações. Ele compra acesso à internet junto a empresas de telecomunicações e revende a seus clientes em diversos formatos de velocidade, ficando caracterizada a prestação de SCM.

Convém destacar, que os valores referentes aos serviços de comunicação multimídia (SCM), descritos nas notas fiscais emitidas pelo autuado, sofreram tributação normal, conforme lançamento com código CST 000 no registro de saídas à fl. 6427, do arquivo denominado “registros de saídas 2015” em CD à fl. 07.

Com base nos registros de saídas efetuados pelo autuado, o autuante apurou o valor das prestações registradas com o código CST 000, calculou o débito fiscal pela alíquota de 28% e abateu o valor informado pelo autuado na DMA referente a débitos fiscais relativos a prestações de serviços de comunicação tributadas pelo ICMS, afastando, como já informado, a possibilidade de ocorrência de duplicidade de exigência fiscal com o Auto de Infração nº 281394.0003/17-5”.

Registra que o contribuinte em sua manifestação de fls. 167 a 195, não apresentou nenhuma informação nova quanto ao motivo da lavratura do Auto de Infração e o recolhimento a menor do imposto.

Foram os autos encaminhados pelo órgão preparador em 26/04/2022 (fl. 213), recebidos no CONSEF em 05/05/2022 e retornados a este julgador em 06/05/2022 (fl. 213-v).

Presente na sessão de julgamento o advogado da empresa Dr. Juvenal Sérgio Lima de Oliveira OAB/BA 44.711, que em sede de sustentação oral, arguiu ter o processo administrativo se iniciado em 2017, tendo neste período, o reconhecimento parcial dos argumentos defensivos por parte do Fisco, e tendo as Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF reconhecido a aplicação da Súmula 334 do STJ, inexistindo prestação de serviço SCM, não havendo fato gerador de ICMS, citando ACÓRDÃO JJF N° 0108-02/22-VD

como paradigma o recente Acórdão CJF 0057/12-2022-VD que julgou improcedente acusação de igual teor.

Explica a diferenciação entre o SVA e o SCM.

Lembra prover serviço de internet a terceiros, citando a decisão judicial a seu favor concedida pelo Tribunal de Justiça do Estado da Bahia.

Finaliza requerendo a aplicabilidade da Súmula do STJ, e a declaração de inexistência de fato gerador de ICMS.

Igualmente presente, o autuante, se posiciona no sentido de incidir o ICMS sobre SCM e SVA de acordo com o Grupo 40 do CONFAZ, ainda que respeitando a posição do Poder Judiciário, mantendo a autuação.

VOTO

O presente lançamento constitui-se em uma infração arrolada pela fiscalização, objeto de impugnação por parte do autuado.

Verifico que o sujeito passivo foi intimado acerca do início da ação fiscal através do encaminhamento via Domicílio Tributário Eletrônico de Intimação para Apresentação de Livros e Documentos e/ou Prestação de Informações, mensagem 11.975, cuja ciência se deu em 21/02/2017 (fl. 06).

A memória de cálculo da autuação e os documentos que a suportam se encontram às fls. 08 a 32, impressa, e em formato digital na mídia de fl. 07.

O autuante, quando do lançamento, descreveu com precisão a infração cometida, apontando a conduta praticada pelo contribuinte e tida como contrária à norma legal, os artigos infringidos, a previsão da multa sugerida, os prazos para interposição de defesa, ou usufruto do benefício de redução dos percentuais de multa, além de indicar o sujeito passivo, tudo em conformidade com a disposição contida nos artigos 142 do CTN, 129 do COTEB e 39 do RPAF/99, preenchendo, pois, todos os requisitos de validade sob o aspecto formal.

Por outro lado, o contribuinte compareceu ao processo, exercendo de forma irrestrita o seu direito de ampla defesa, prova disso é que abordou aspectos da infração que entendia lhe amparar, trazendo fatos e argumentos que ao seu entender elidiriam a mesma, e exercendo sem qualquer restrição o contraditório, sob a forma de objetiva peça de impugnação, e manifestações posteriores.

O contribuinte autuado se encontra inscrito no Cadastro de Contribuintes do Estado da Bahia, na condição de “Provedores de acesso às redes de comunicações”, CNAE 61.90-6-01, estabelecido no município de Teixeira de Freitas.

Observo a existência de longo lapso temporal de mais de um ano e dois meses para o cumprimento, pelo autuante, de diligência determinada por esta Junta de Julgamento Fiscal, sem qualquer justificativa.

A acusação é a de que teria recolhido a menor ICMS em decorrência do desencontro entre os valores do imposto recolhido e o escriturado na apuração do imposto.

O contribuinte traz uma série de argumentos defensivos, já devidamente relatados, tendo o autuante em sede de informação fiscal alterado alguns valores lançados, atendendo pleito defensivo.

As questões preliminares aventadas dizem respeito ao lançamento, e em função das observações a seguir, deixarão de ser apreciadas.

E justifico: Diante da notícia de existência de medida judicial interposta pelo contribuinte autuado, julgada pelo Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, trazida aos autos por seus advogados, exatamente sobre a matéria em discussão no presente Auto de Infração, qual seja a

tributação de serviços de comunicação na modalidade de provedor da internet, sua legalidade e constitucionalidade.

A respeito de tais fatos acima relatados, a legislação estadual, especialmente o artigo 125, inciso II, do COTEB (Lei 3.956/81) assim determina:

“Art. 125. Não se incluem na competência dos órgãos julgadores:

(...)

II - questão sob a apreciação do Poder Judiciário ou por este já decidida”.

Já o artigo 127-C da mesma Lei, nos diz:

“Art. 127-C. Encerra-se o processo administrativo fiscal, contencioso ou não, com:

(...)

IV - a desistência da defesa ou do recurso, inclusive em decorrência da escolha da via judicial”.

No mesmo rumo, o artigo 117 do RPAF/99, determina:

“Art. 117. A propositura de medida judicial pelo sujeito passivo importa a renúncia ao poder de recorrer na esfera administrativa ou a desistência da impugnação ou recurso acaso interposto”.

Em complemento, o artigo 122, inciso IV do mesmo Regulamento prevê a extinção do PAF, com a desistência da defesa ou do recurso, inclusive em decorrência de ingresso do sujeito passivo em juízo, relativamente à matéria objeto da lide, antes de proferida ou de tornada irrecorrível a decisão administrativa.

Diante de tal fato, caberá ao Poder Judiciário decidir sobre a questão, ficando, desta maneira, suspensa a exigibilidade do crédito tributário até que haja a resolução definitiva da lide, com a expedição de certidão de trânsito em julgado, do que não se tem notícia nos autos, observando que a lavratura do Auto de Infração tem o condão de evitar os efeitos da decadência, devendo os autos, após as medidas de praxe, serem encaminhados para a Procuradoria Geral do Estado, a fim de que se adotem as devidas e necessárias providências.

No mesmo sentido do posicionamento ora adotado, posso mencionar decisão da Câmara Superior do CONSEF, no Acórdão CS 0001-21/06, de 30/03/2006.

Assim, não cabe a esta Junta de Julgamento fiscal qualquer posicionamento quanto a matéria ora discutida.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PREJUDICADA** a defesa do Auto de Infração nº 281394.0003/17-5, lavrado contra **SATURNO COMUNICAÇÕES LTDA.**, no valor de R\$ **R\$ 126.992,43**, acrescido da multa de 60%, prevista no artigo 42, inciso II, alínea “b” da Lei 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo o mesmo ser encaminhado à Procuradoria Geral do Estado da Bahia, através da sua Procuradoria Fiscal, para adoção das devidas e necessárias providências.

Sala virtual das Sessões do CONSEF, 01 de junho de 2022.

JORGE INÁCIO DE AQUINO - PRESIDENTE

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR - RELATOR

JOSÉ ADELSON MATTOS RAMOS - JULGADOR