

PROCESSO - A. I. Nº 232882.0001/04-0
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e EMPRESA BRASILEIRA DE
TELECOMUNICAÇÕES S/A - EMBRATEL
RECORRIDOS - EMPRESA BRASILEIRA DE TELECOMUNICAÇÕES S/A - EMBRATEL e
FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – ACÓRDÃO 4ª JJF Nº 0193-04/05
ORIGEM - IFEP - DAT/METRO
INTERNET - 25/10/2005

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL
ACÓRDÃO CJF Nº 0323-12/05

EMENTA: ICMS. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. RECEITAS ORIUNDAS DE LIGAÇÕES INTERNACIONAIS - DDI. Nas prestações de serviços de comunicação tipo DDI há previsão, na legislação, da incidência do ICMS. Efetuada a correção no cálculo do imposto. Rejeitada a preliminar de nulidade por ilegitimidade passiva e a arguição de decadência. Mantida a Decisão. Recurso de Ofício **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime. Recurso Voluntário **NÃO PROVIDO**. Decisão não unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário apresentado contra a Decisão proferida pela 4ª JJF que julgou Procedente em Parte do Auto de Infração em epígrafe, bem como de Recurso de Ofício em razão de o julgamento ter desonerado o contribuinte de parte do débito em valor superior ao previsto no art. 169, I, “a”, “1”, do RPAF/99.

O Auto de Infração em lide, lavrado em 14/12/04, exige ICMS, no valor total de R\$3.840.603,89, em razão de dois ilícitos fiscais, sendo o objeto dos presentes Recursos a primeira infração, a qual trata da falta de recolhimento do imposto, no valor de R\$3.493.905,72, relativo a prestação de serviços de comunicação relativos aos serviços de ligações internacionais - DDI.

Ao prolatar o seu voto na Decisão recorrida, a ilustre relatora não acolheu a alegação de decadência, argumentado que o direito da Fazenda Pública de constituir o crédito tributário extingue-se após 5 anos, contado a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, conforme previsto no art. 173, I, do CTN, e no art. 107-A, I, do Código Tributário do Estado da Bahia. Afastou a preliminar de nulidade por ilegitimidade passiva, alegando que ficou caracterizado que o autuado era “o sujeito passivo da relação tributária, sendo ele o prestador de serviço oneroso de comunicação nas chamadas de longa distância internacional, tendo as companhias locais a função de arrecadar e repassar para ele as receitas auferidas com a prestação de serviço, não podendo serem caracterizadas como as prestadoras de serviços na modalidade DDI apenas por emitirem as notas fiscais por força da norma legal vigente”. Também foi rechaçada a alegação de que houve afronta ao princípio da capacidade contributiva, pois “foi a empresa autuado quem recebeu, via repasse, o valor da prestação do serviço oferecida ao usuário final”.

Quanto ao valor do ICMS devido, a ilustre relatora retificou o débito apurado pelos autuantes na infração em tela, afirmando que:

No contexto, a infração está provada. Os autuantes tomaram como base para determinação do imposto valores declarados pelo impugnante como recebidos sobre as prestações de serviços de telecomunicações, modalidade DDI, no exercício de 1999 –Planilha à fl. 33 dos autos. No entanto, o valor a ser exigido deve ser o apresentado pelo autuado quando de sua primeira manifestação. Por força das determinações do art. 86, do RICMS, a alíquota, à época, aplicada não era de 25% e sim de 13%. Os autuantes concordaram que, de fato, na ocasião do cálculo do imposto, embora tivessem apresentado a alíquota de 13%, o calculou à alíquota de 25%.

Pelo exposto mantenho em parte a autuação no valor de R\$3.011.987,68, conforme demonstrativo a seguir.

[...]

Considerando que o valor da desoneração do contribuinte ultrapassava o limite previsto no art. 169, I, “a”, “1”, do RPAF/99, a 4ª JF recorreu de ofício de sua Decisão.

Inconformado com a Decisão proferida pela 4ª JF, o contribuinte apresentou Recurso Voluntário, onde inicialmente alega que já estava decaído o direito de ser constituído o crédito tributário referente a fatos geradores ocorridos antes de 14/12/99, uma vez que o ICMS é um tributo lançado por homologação. Sustenta que a contagem do prazo decadencial, no caso em tela, é feita de acordo com o disposto no art. 150, § 4º, do CTN. Diz que o tratamento dado pela Telebahia às receitas provenientes da prestação do serviço de telefonia internacional era do conhecimento do Estado e, portanto, não havia nenhum impedimento para que o Estado revisasse o lançamento, dentro do prazo assinalado no art. 150, § 4º, do CTN. Para embasar suas alegações, cita farta doutrina, decisões do Superior Tribunal de Justiça, bem como decisões proferidas por tribunais administrativos de vários Estados da Federação.

Afirma o recorrente que o ICMS cobrado no presente lançamento é devido pela Telebahia, pois, até a privatização do Sistema Telebrás, apenas cedia os meios de rede de telecomunicações, cabendo às operadoras locais a prestação dos serviços de telecomunicação de longa distância internacional, originadas na sua área de jurisdição, conforme dispunha a Portaria nº 1.149/74, do Ministério das Comunicações, e, posteriormente, a Portaria nº 525/88. Explica que, com base na Lei Geral das Telecomunicações (LGT), firmou com a Anatel Contrato de Concessão para exploração do Serviço Telefônico Fixo Comutado (STF), nas modalidades longa distância nacional e internacional, contudo, a assinatura desse contrato não importou na imediata prestação do serviço aos usuários finais, pois a Cláusula 33.1 do citado Contrato fixou um prazo de vacância de seis meses. Diz que até a introdução da nova regulamentação para o setor, continuava em vigor a Portaria nº 525/98, e a Embratel permanecia atuando como mera concessionária dos meios necessários à prestação dos serviços de discagem direta internacional e interurbana pela Telebahia.

Após transcrever a definição dos termos “prestadora”, “usuário” e “assinatura”, o recorrente afirma que, sob a égide da Norma nº 05/79, aprovada pela Portaria nº 663/79, não era possível ao usuário eleger outra empresa como prestadora de serviço, que não fosse a detentora da linha telefônica de cuja assinatura era titular. Assegura que os serviços em questão eram prestados aos usuários finais pela Telebahia, não produzindo efeitos, para fins tributários, o Contrato de Concessão nº 90/98, firmado com a Anatel. Diz que em 20/12/98 foi expedida pela Anatel a Resolução nº 85, onde foram diferenciadas as figuras do assinante e do usuário, permitindo que o assinante de uma determinada operadora local utilizasse o serviço de qualquer outra operadora, bem como foi incluído o Código de Seleção de Prestadora (CSP), que viabilizou ao assinante a contratação da operadora de sua escolha. Frisa que, portanto, não havia, até 03/07/99, qualquer relação jurídica entre a Embratel e o assinante da operadora local, pois esse último estava impossibilitado de contratar a primeira para a realização das chamadas.

Prosseguindo em seu arrazoado, o recorrente diz que, mesmo após a implementação do CSP em 03/07/99, ainda não foi possível estabelecer a relação entre o assinante da Telebahia e a Embratel, uma vez que a Resolução nº 33/98 fixou que cabia às teles locais a responsabilidade para faturar, arrecadar, cobrar e repassar os valores exigidos dos usuários do serviço de longa distância nacional e internacional. Ressalta que a publicação dos Contratos de Concessão no Diário Oficial não o torna prestador efetivo do serviço de comunicação. Frisa que não se trata de uma simples convenção particular entre as partes, o que acarretaria ofensa ao art. 123 do CTN, mas de um ato administrativo válido. Salienta que, como a relação onerosa se estabelecia entre a Telebahia e seus assinantes, não poderia a Embratel pagar um tributo que não lançava, não cobrava e não arrecadava aos cofres públicos. Argumenta que não tinha como repercutir o tributo e, portanto, não poderia ser acusado de ter deixado de recolher o imposto, já que foi a Telebahia quem deixou de lançar e transferir o ICMS aos seus assinantes. Ressalta que manter a exigência é violar o princípio da capacidade econômica, previsto no art. 145, § 1º, da Constituição Federal.

Ao finalizar, o recorrente solicita que sejam extintos os créditos tributários referentes aos fatos geradores ocorridos antes de 14/12/99, bem como seja declarada improcedente a exigência fiscal.

Ao exarar o seu Parecer às fls. 495 a 497, a ilustre representante da PGE/PROFIS afirmou que o exercício de 1999 não foi atingido pela decadência, pois a legislação tributária baiana fixou o primeiro dia do exercício seguinte como o momento a partir do qual se inicia a contagem do prazo decadencial. Quanto à questão da sujeição passiva, diz que, no exercício de 1999, o recorrente era o concessionário de serviço de comunicação que detinha a exclusividade para as ligações internacionais, cabendo às prestadoras locais a cobrança e arrecadação dessas prestações de serviços, nos termos da Resolução nº 33 da Anatel. Aduz que a Resolução nº 33 da Anatel, que atribuiu às concessionárias locais o dever de cobrar e arrecadar os valores pertinentes às ligações internacionais não é suficiente para modificar a sujeição passiva. Afirma que como restou comprovado que a prestação de serviços de ligações internacionais cabia à Embratel, deve ser dela exigido o pagamento do ICMS correspondente. Opina pelo Não Provimento do Recurso Voluntário.

VOTO

No que tange ao Recurso Voluntário, passo a apreciar a preliminar de decadência. Essa preliminar já foi rechaçada pela Junta de Julgamento Fiscal, todavia, o recorrente volta a argüir a matéria no seu Recurso Voluntário, por entender que, em relação aos fatos geradores ocorridos durante o exercício de 1999, deve ser obedecido ao que determina o artigo 150, § 4º do CTN.

Com o devido respeito ao posicionamento do recorrente, bem como à farta doutrina e jurisprudência citadas, já está firmado neste CONSEF o entendimento de que o termo inicial da contagem do prazo decadencial é o primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado. O art. 150, § 4º, do CTN, prevê que *“Se a lei não fixar prazo à homologação, será ele de 5 (cinco) anos, a contar da ocorrência do fato gerador”*. Contudo, a legislação tributária do Estado da Bahia, utilizando a permissão contida no § 4º do art. 150 do CTN, fixou o prazo de homologação em cinco anos a contar *“do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado”* (art. 107-A, I, do COTEB, e art. 965, I, do RICMS-BA/97).

A homologação tácita prevista no art. 150, § 4º, do CTN, só ocorreria se o imposto devido tivesse sido lançado pelo sujeito passivo e pago dentro das condições previstas na legislação tributária estadual. Porém, no caso em lide, não houve o lançamento por homologação, e sim, o lançamento de ofício, portanto, não se pode aplicar o previsto no art. 154, § 4º, do CTN, como pleiteia o recorrente.

Para os fatos geradores ocorridos durante o exercício de 1999, a Fazenda Pública tinha até o dia 31/12/04 para constituir o crédito tributário. No caso em tela, o crédito fiscal foi constituído em 14/12/04, quando foi encerrado o procedimento fiscal com a lavratura do Auto de Infração. Assim não houve a alegada decadência relativamente aos fatos geradores ocorridos em 1999.

Quanto à sujeição passiva do recorrente, o Parecer da DITRI, datado de 03/08/04, acostado às fls. 23 a 28 dos autos, não deixa dúvida que a Embratel era, no período abrangido pela autuação, a única empresa que detinha autorização para prestar serviço de comunicação na modalidade de longa distância internacional, conforme previsto no Contrato nº 90/98, celebrado entre a Anatel e o recorrente. Nessa situação, o recorrente assumia a condição de contribuinte do ICMS, nos termos do art. 36, § 2º, III, do RICMS-BA. O fato de a Telebahia faturar, arrecadar, cobrar e repassar os valores exigidos dos usuários do serviço de longa distância internacional não descaracteriza a sujeição passiva da Embratel.

No que tange à capacidade contributiva, também foi correta a Decisão proferida, pois foi o recorrente quem recebeu as receitas decorrentes das prestações de serviço de comunicação e, portanto, não houve a alegada ofensa ao princípio da capacidade contributiva.

Ressalto que a presente matéria já foi objeto do Acórdão CJF Nº 0217-11/04, onde ficou decidido que a Embratel era o sujeito passivo e era devido o imposto referente às prestações de serviço de

longa distância internacional. A seguir, transcrevo parte do voto, onde a ilustre relatora conclui pelo acerto da Decisão recorrida que manteve a Decisão de Primeira Instância:

[...]

De tudo que foi esclarecido pelos autuantes e com a juntada de demonstrativos elaborados pelo recorrente, no caso o documento DETRAF referência R-CEC868-4 – Tráfego Internacional, entidade 071 –TELEBAHIA, onde cobra os valores relativos ao repasse de receitas dos códigos 256, entendo que o recorrente não logra elidir a acusação de que as receitas dos serviços de comunicação a longa distância (DDI) embora cobrado dos assinantes pela Telebahia hoje Telemar, lhes foram repassadas, e portanto, que o imposto é da sua responsabilidade. E nas razões do Recurso Voluntário o recorrente em momento algum admite que as receitas eram repassadas através dos demonstrativos por ele mesmo elaborado.

Por todo o acima exposto, em consonância com a manifestação da PGE/PROFIS, a Decisão de 1ª Instância deve ser mantida, e, o Recurso Voluntário NÃO PROVIDO.

Em face do acima comentado, entendo que a Decisão proferida pela 4ª Junta de Julgamento Fiscal foi acertada e não merece qualquer reparo.

Quanto ao Recurso de Ofício, observa-se que na infração 1 estava originalmente sendo exigido ICMS no valor de R\$3.493.905,72 e, após a Decisão recorrida, o débito passou para R\$3.011.987,68.

Uma análise do demonstrativo de fl. 8, elaborado pelos autuantes, evidencia a razão da retificação efetuada pela Primeira Instância: os autuantes, ao incluírem o ICMS na própria base de cálculo do imposto (coluna 3 do demonstrativo), equivocadamente, dividiram o valor faturado por 0,75, como se a alíquota para as prestações em tela fosse de 25%, sem redução de base de cálculo. Considerando que a alíquota aplicável com a redução da base de cálculo era de 13%, o valor faturado deveria ter sido dividido por 0,87, como considerou a Junta de Julgamento Fiscal. Os próprios autuantes, na informação fiscal, reconheceram o equívoco e acolheram o valor indicado na defesa e que foi acatado pela Junta de Julgamento Fiscal. Dessa forma, considero que a Decisão recorrida está correta e não merece reparo.

Pelo acima exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO de ambos os recursos apresentados, homologando a Decisão recorrida.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício interposto e, em decisão não unânime, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **232882.0001/04-0**, lavrado contra **EMPRESA BRASILEIRA DE TELECOMUNICAÇÕES S/A - EMBRATEL**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$3.358.685,57**, atualizado monetariamente, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a”, da Lei nº 7.014.96, e dos acréscimos moratórios.

VOTO VENCEDOR (Quanto ao Recurso Voluntário): Conselheiros Álvaro Barreto Vieira, Helcônio de Souza Almeida, Nelson Antonio Daiha Filho e Tolstoi Seara Nolasco.

VOTO VENCIDO (Quanto ao Recurso Voluntário): Conselheiros Fauze Midlej e José Antonio Marques Ribeiro.

Sala das Sessões do CONSEF, 19 de setembro de 2005.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – RELATOR

MARIA DULCE HASSELMAN RODRIGUES BALEEIRO COSTA - REPR. DA PGE/PROFIS