

PROCESSO - A. I. Nº 281081.0001/05-4
RECORRENTE - TELEMAR NORTE LESTE S/A
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JF nº 0296-02/05
ORIGEM - IFEP - DAT/METRO
INTERNET - 21/12/2005

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0443-11/05

EMENTA: ICMS. BASE DE CÁLCULO. ERRO NA SUA APURAÇÃO. SERVIÇOS DE COMUNICAÇÃO. EXCLUSÃO DO IMPOSTO DE SUA PRÓPRIA BASE DE CÁLCULO. FALTA DE RECOLHIMENTO. O ICMS integra a sua própria base de cálculo. Sua exclusão ocasiona uma redução irregular que contraria à norma tributária vigente. Infração subsistente. Indeferido o pedido de diligência. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo sujeito passivo, contra Decisão da 2ª JF, que por unanimidade, mediante Acórdão nº 0296-02/05, julgou Procedente o Auto de Infração lavrado em 10/03/2005, para exigência de ICMS no valor de R\$7.672.914,66, sob acusação do cometimento das seguintes infrações:

1. Falta de recolhimento do ICMS no valor de R\$1.229.148,85, em função de divergência entre os documentos fiscais e os lançamentos nos livros fiscais próprios, referente ao período de julho de 2000 a dezembro de 2003, calculado com base na denúncia espontânea de débito apresentada em 20/12/2004, a qual resultou no Auto de Infração nº 300199.0006/04-7, onde foi confessado que o estabelecimento havia deixado de tributar diversos serviços de comunicações, correspondentes à transmissão de dados e aluguel de porta, em razão de ter apurado uma base de cálculo a menos do que a devida ou por ter deixado de oferecer a tributação diversos códigos de faturamento, conforme demonstrativos às fls. 10 a 70.
2. Falta de recolhimento do ICMS no valor de R\$6.443.765,81, em função de divergência entre os documentos fiscais e os lançamentos nos livros fiscais próprios, calculado com base na denúncia espontânea de débito apresentada em 20/12/2004, a qual resultou no Auto de Infração nº 300199.0006/04-7, onde foi confessado que o estabelecimento havia deixado de tributar diversos serviços de comunicações, correspondentes à transmissão de dados e aluguel de porta, em razão de não ter apurado o imposto por dentro da sua base de cálculo, na forma prevista no artigo 52 do RICMS/97 combinado com o artigo 17 da Lei nº 7.014/96, relativo ao período de julho de 2000 a novembro de 2004, conforme demonstrativos às fls. 71 a 109.

O autuado afirma ser uma empresa concessionária de serviços públicos de telecomunicações, e acrescenta que a fiscalização deveria ter aplicado alíquota devida sobre a receita obtida pela empresa, com os serviços de comunicação, objeto da autuação de que trata a infração 2.

Alega mais, que há flagrante desrespeito a Lei Complementar nº 87/96, por ter o autuante desconsiderado o diploma citado, quando este estatui, “a base de cálculo do imposto é, na prestação de serviço de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, o preço do serviço”, pois foi tomado o preço como líquido de ICMS.

Faz exercício aritmético para contestar a prática adotada pela fiscalização, diz que para um valor de receita igual a R\$100,00, sendo a alíquota 25%, o imposto a ser paga é de R\$25,00, não tendo cabimento admitir presunção de receita tributável, como fizeram os prepostos fiscais, que presumiram uma receita tributável de R\$133,33 e sobre ela aplicou a alíquota de 25%, obtendo o crédito tributário de R\$33,33.

Traz ao processo o Ato nº 42.422/2004, da ANATEL, fls. 191 a 196, para demonstrar que a citada Agência fixa as tarifas máximas, líquidas de impostos, para cada serviço, e que abaixo desse valor (majorado pelos tributos incidentes) podem as concessionárias cobrar o que quiserem de seus clientes, não sendo obrigadas a exigir-lhe o teto.

Requeru a produção de prova pericial para comprovar que o Estado não se limitou a exigir o imposto sobre o preço praticado pelo estabelecimento, mas pretende determinar qual o preço que deveria ter praticado, indicando assistente técnico e apresentando 07 quesitos.

Ao final, pede a improcedência do Auto de Infração, protestando provar por todos os meios em direito admitidos, em especial pela perícia acima requerida.

Os autuantes prestam sua informação fiscal às fls. 201 a 209, e esclarecem que agiram em conformidade com art. 17, § 1º, I, da Lei nº 7.014/96, bem assim como está no art. 52 do RICMS.

Esclarecendo também que consoante o sistema tarifário fixado mediante Portaria da ANATEL, órgão regulador vinculado ao Ministério das Comunicações, e adotado pelo autuado, como este alegou em sua defesa, os valores tarifários são líquidos, ou seja, excluídos de tributos, conforme o art. 1º da Portaria nº 226, de 23 de abril de 1997 – ANATEL.

Ressaltam que a este valor as concessionárias de telecomunicação, inclusive a impugnante, agregam os impostos e contribuições incidentes para determinação do preço final a ser cobrado do tomador do serviço, e que o usuário do serviço de comunicação é quem recebe o ônus dos tributos.

Sustenta que ao ser prestado o mesmo serviço a classe de consumidores diferentes, cujos sistemas de tributação divergem (isentos e tributados), como por exemplo, governo estadual e assinantes particulares, o autuado aplica tarifas diferentes que correspondem exatamente à incorporação dos impostos e contribuições.

Diz que a SEFAZ tem o perfeito entendimento quanto à forma de apuração da base de cálculo para determinação do imposto devido, transcrevendo a Ementa do Acórdão JJF nº 0384-03/03, da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do CONSEF, que julgou Procedente o Auto de Infração nº 300199.0001/03-7, contra a mesma empresa autuado, que versa sobre a mesma matéria do presente auto.

Os prepostos fiscais discordam que seja realizada a perícia solicitada na defesa, por considerar que se encontram nos autos os elementos de provas do cometimento da infração, o pleito do contribuinte não encontra amparo no artigo 147, II, “a”, do RPAF/99, pois o assunto independe de conhecimentos de técnicos especiais.

Foi negada a diligência fiscal, por entender o órgão julgador, que o processo reúne todas as condições de ser apreciado, e mais pelo fato dos quesitos formulados serem semelhantes aos que já foram respondidos em processo idêntico, do mesmo autuado.

Mantém a ação fiscal pela procedência do Auto de Infração

A JJF após reproduzir os objetos da autuação, diz que com relação a infração 01 o débito foi calculado com base nos valores escriturados no Registro de Saídas como operações isentas, com código de operação idênticos aos que foram reconhecidos e pagos pelo contribuinte através do Auto de Infração nº 300199.0006/04-7 (serviços de comunicações, correspondentes à transmissão de dados e aluguel de porta), conforme demonstrativos às fls. 10 a 70.

Já o débito da infração 2, houve recolhimento do imposto a menor por erro na determinação da base de cálculo.

Os valores utilizados para determinação da base de cálculo, não foram impugnados pelo autuado. Que, no entanto se insurge quanto ao critério adotado, sob o fundamento de que o procedimento infringiu o artigo 13, II, da Lei Complementar nº 87/96, segundo o qual, *“a base de cálculo do imposto é, na prestação de serviço de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, o preço do serviço”*, e foi tomado o preço como líquido de ICMS.

A diligência fiscal requerida pelo autuado não foi acatada, por entender a JJF que todos os quesitos formulados são idênticos aos que já foram objeto de diligência em outro processo

administrativo fiscal em nome do autuado, cujas respostas obtidas por preposto fiscal estranho ao feito foram transcritas na peça defensiva.

Considerando a JJF, que o sujeito passivo já figurou em outro processo administrativo fiscal que trata da mesma matéria ora em comento, mais precisamente o AI nº 300199.0001/03-7, que foi julgado procedente, por Decisão unânime, através do Acórdão JJF nº 0384-03/03, e Não Provido o Recurso Voluntário interposto pelo autuado, conforme Acórdão CJF nº 0142-11/04, acompanho as decisões dos referidos Acórdãos por considerar que a lide se resume na questão relacionada com a determinação da base de cálculo do ICMS “por dentro”.

A JJF após transcrição integral dos votos da Primeira e Segunda Instâncias, diz que o débito também foi apurado, pela receita declarada pelo próprio contribuinte, cujos números consignados no trabalho fiscal não foram impugnados. Considera perfeita a metodologia utilizada para a determinação da base de cálculo do imposto adotada pelos autuantes, inteiramente de acordo com a legislação tributária em vigor, que determina que o ICMS integre a base de cálculo, merecendo ressaltar que os valores tarifários básicos dos serviços de comunicação são fixados pela ANATEL (Agência Nacional de Telecomunicações), sem neles está incluído qualquer tributo por não ser de sua competência tal mister, inclusive o próprio autuado em sua peça defensiva assevera que a agência reguladora fixa as tarifas máximas, líquidas de impostos.

Por outro lado, considera o i. relator da JJF, que não há dúvidas de que a empresa em qualquer atividade econômica pode adotar o preço que convenha ao seu negócio. Contudo, no caso em comento, se acaso o contribuinte tivesse adotado tarifas inferiores às fixadas pela ANATEL, deveria ter apresentado prova no sentido que o ICMS já estava incluído na receita declarada em seus livros fiscais. Observa que esta comprovação poderia ser feita, como exemplo, através da apresentação das notas fiscais de serviços, ainda que por amostragem, acompanhada de planilhas de custos representativa da composição das tarifas praticadas (custos dos serviços + tributos + demais despesas, se fosse o caso). Conclui que neste processo os autuantes aplicaram corretamente a legislação que determina o cálculo por dentro do ICMS, qual seja o artigo 13, inciso II, da Lei Complementar nº 87/96.

E vota pela Procedência do Auto de Infração.

Para contestar a Decisão recorrida, o recorrente faz uso de Recurso Voluntário com o intuito de combater o Acórdão nº 0296-02/05 exarado pela 2ª JJF, onde acentua seu descontentamento com o critério do cálculo do ICMS, que em sua opinião contraria o art. 13, III, da Lei Complementar nº 87/96, que segundo entende “*a base de cálculo do imposto é, na prestação de serviço de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, o preço do serviço*” – tomou tal preço como líquido de ICMS (ou seja, tomou-o como o valor de que o recorrente se apropriaria, após o pagamento do imposto) e calculou, como se fosse o próprio agente econômico, **o preço que este, na sua visão, deveria cobrar**, para fazer face ao dever fiscal.

Salienta o recorrente, que o preço do serviço é delimitado em seu valor máximo pela ANATEL, embora este limite normalmente seja o cobrado pelas concessionárias, poderá também não ser. Nada impede que a concessionária cobre preço inferior àquele delimitado pela ANATEL. E afirma que independente do valor auferido, o ICMS é calculado com base naquilo que foi efetivamente pago pelo consumidor.

Aduz que, a prevalecer o raciocínio do fisco baiano, sempre que uma operadora cobrar preço inferior ao de tabela, teria que recolher o imposto não com base no preço do serviço, mas sim, com base no preço da tabela, considerada líquida do imposto o que implicaria no acréscimo de aproximadamente 33% do valor máximo. Cometendo-se uma avalanche de transgressões fiscais: aumento artificial do preço do serviço cobrado, não aplicação da base de cálculo sobre o preço do serviço, aumento ilegítimo do imposto, etc.

Assevera que o erro da autuação está em admitir, que sobre um valor oferecido a tributação, venha o fisco imiscuindo-se em seara própria da iniciativa privada, calcular qual deveria ser, no seu entender, o preço cobrado pela empresa. Toma como exemplo uma receita efetiva de R\$100,00 o fisco presumiu uma receita tributável de R\$133,33 e sobre ela aplicou a alíquota de

25%, obtendo um crédito tributário de R\$33,33, e não de R\$25,00, conforme reconhecido e pago pelo recorrente.

Para melhor elucidar seu posicionamento, o recorrente transcreve Parecer elaborado por advogado paulista Hamilton Dias de Souza, trazendo ao mesmo tempo informativo do STJ, sobre Decisão que versa sobre a matéria, em julgado de relatoria da i. Min. Eliana Calmon, em julgado de 08/06/04:

“O tribunal de origem entendeu que o preço do serviço é o valor efetivamente recebido por quem o presta, não podendo ser incluídos na base de cálculo os descontos concedidos aos clientes, pois estaria sendo cobrado tributo sobre valor irreal, não recebido pelo contribuinte. Aqui houve por vontade ou liberalidade da empresa prestadora, abatimento de preço do serviço, com emissão de nota fiscal onde constava o desconto, cujos valores foram glosados, pela fiscalização, que decidiu lavrar Auto de Infração ao entendimento de que a base de cálculo do serviço é o seu valor integral, silenciando o legislador quanto as deduções pertinentes, de tal sorte que se deve considerar o preço bruto. Segundo o art. 9º do DL nº 406/68, a base de cálculo do ISS é o valor do serviço prestado, entendendo-se como tal o correspondente ao que foi recebido pelo prestador. Se o abatimento no preço do serviço fica subordinado a uma condição a cargo do tomador do serviço, tal desconto deve-se agregar à base de cálculo. Diferentemente, se o desconto não é condicionado, não há base econômica impositiva para fazer incidir o ISS sobre valor não recebido pelo prestador”.

Ao concluir afirma que está demonstrado de maneira inequívoca que os valores remanescentes da infração 1, bem como o montante da infração 2, decorrem do inédito critério de cálculo adotado pelo fisco baiano, que ao invés de considerar as receitas efetivamente auferidas, e sobre elas aplicar o percentual do imposto, presume receitas maiores que as reais, para constituir a base de cálculo sobre a qual incidirá o tributo.

Reedita seu pedido de perícia já negado pela JJF, para segundo seu entendimento, produzir prova pericial comprobatória de que o recorrente já pagou tudo o que devia, sendo improcedente o débito ora em discussão.

E conclui requerendo o Provimento do Recurso Voluntário, para que seja reformada a Decisão de Primeira Instância, extinguindo o crédito tributário.

O representante da PGE/PROFIS após abordar as questões jurídicas que circundam a questão, aprova a atitude do fisco, reconhecendo inexistir qualquer arbitrariedade na adoção da correção da base de cálculo, e diz que imaginar ao contrário seria legitimar as hipóteses de subfaturamento programado das bases impositivas do imposto, relativo à circulação de mercadorias, serviços de transporte e comunicação.

Diante do exposto opina pelo Improvimento do Recurso Voluntário, pois as argumentações expedidas pelo recorrente contrariam frontalmente a texto expresso de lei.

VOTO

A lavratura do Auto de Infração apurou falta de recolhimento do ICMS, pela divergência entre os documentos fiscais e os lançamentos nos livros fiscais próprios, relativamente a diversos serviços de comunicação, de responsabilidade da concessionária, em razão de não ter apurado o imposto por dentro, na forma prevista no art. 52 do RICMS/97, em combinação com o art. 17 da Lei nº 7.014/96.

A infração 1 teve o seu valor calculado a partir dos valores escriturados no livro Registro de Saídas como operações isentas, com códigos de operação idênticos aos que foram reconhecidos e pagos pelo contribuinte através do Auto de Infração nº 300199.0006/04-7 (serviços de comunicações, correspondentes à transmissão de dados e aluguel de porta), conforme demonstrativos às fls. 10 a 70.

Já na infração 2, a motivação consistiu no recolhimento a menos do ICMS, por erro na determinação da base de cálculo, cujos valores foram extraídos da planilha elaborada pelo autuado em sua Denúncia Espontânea.

O recorrente em nenhum momento insurgiu-se contra os valores utilizados para determinação da base de cálculo, sua discordância é quanto ao critério adotado, que na sua visão agride o art. 13 da Lei Complementar nº 87/96, que estabelece, “a base de cálculo do imposto é, na prestação de serviço de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, o preço do serviço”, e foi tomado o preço como líquido de ICMS.

O pedido de diligência defendido pelo recorrente afigura-se como inócuo, uma vez que as questões formuladas são idênticas às que já foram objeto de diligência em outro processo administrativo fiscal em nome do autuado, cujas respostas obtidas por preposto fiscal estranho ao feito foram transcritas na peça defensiva, portanto, com base no art. 147, I, do RPAF/99, fica o mesmo indeferido pela sua desnecessidade em contribuir para enriquecer as provas consideradas suficientes para subsidiar o julgamento.

Considerando que o que está se julgando já figurou em outro processo administrativo fiscal que trata de matéria absolutamente idêntica ao presente PAF, com precisão o Auto de Infração nº 300199.0001/03-7 e que foi julgado Procedente, por unanimidade tanto na JJF Acórdão nº 0384-03/03, como na CJF que Negou Provimento ao Recurso Voluntário, interposto pelo recorrente, Acórdão nº 0142-11/04.

Vê-se que o fulcro da questão reside na determinação da base de cálculo, e que o Auto de Infração está inteiramente embasado na legislação pertinente, tanto é verdadeiro que o recorrente em idêntica situação, e usando os mesmos argumentos, não logrou convencer este CONSEF, que o condenou em processo absolutamente idêntico.

De modo que voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, para julgar como PROCEDENTE o Auto de Infração em lide.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **281081.0001/05-4**, lavrado contra **TELEMAR NORTE LESTE S/A**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$7.672.914,66**, sendo R\$960.148,23, atualizado monetariamente, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios, e mais R\$6.712.766,43, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a”, da citada lei, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 06 de novembro de 2005.

ANTÔNIO FERREIRA FREITAS – PRESIDENTE

EDUARDO NELSON DE ALMEIDA SANTOS - RELATOR

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