

A. I. N° - 232882.0010/05-7
AUTUADO - EMPRESA BRASILEIRA DE TELECOMUNICAÇÕES S/A - EMBRATEL
AUTUANTES - EDNALDO AVELINO DE PAIVA, PAULO ROBERTO SILVEIRA MEDEIROS e
ABELARDO DE ANDRADE CARDOSO
ORIGEM - IFEP - DAT/METRO
INTERNET - 30/03/06

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0071-03/06

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. Rejeitada a arguição de decadência de parte do lançamento fiscal. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 05/12/05, exige ICMS no valor de R\$173.824,67, acrescido da multa de 60%, em decorrência da falta de recolhimento do imposto relativo à prestação de serviços de comunicação correspondente aos serviços de ligações internacionais - DDI. A empresa apresentou, à fiscalização, planilha com os valores faturados sobre ligações internacionais, porém sem o devido recolhimento do ICMS (exercício de 2000).

O autuado apresentou defesa às fls. 436 a 449, por meio de advogado legalmente constituído (fl. 450), e preliminarmente, argumentou que a cobrança do crédito tributário pertinente aos fatos geradores ocorridos no período de 01/01/00 a 07/12/00 deve ser cancelada tendo em vista, a decadência do direito de sua constituição. Alegou que para fins de contagem do prazo decadencial, deve ser aplicado o disposto no art. 150, § 4º, do CTN e não o previsto no art. 173 do citado diploma legal. Ressaltou que existem dois regimes decadenciais distintos no CTN. O primeiro, aplicável aos tributos sujeitos a lançamento por homologação, cujo prazo de cinco anos conta-se da data do fato gerador da obrigação tributária (caso presente) e o segundo, para os tributos sujeitos a lançamento de ofício ou por declaração, cujo prazo, embora de cinco anos, somente tem sua contagem iniciada a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter ocorrido. Transcreveu às fls. 438 a 443, diversos trechos de autoria dos professores Aliomar Baleeiro, Paulo de Barros Carvalho e acórdãos do STJ e dos Tribunais Administrativos do Paraná, Minas Gerais, Distrito Federal e de São Paulo, para reforçar a tese de que na situação presente, operou-se a decadência de todos os fatos geradores do ICMS anteriores a 07/12/00.

No mérito, preliminarmente, transcreveu parte de um texto do professor Paulo de Barros Carvalho, o qual define o termo de comunicação, sintetizando que em qualquer processo comunicacional envolve: emissor, canal, mensagem, código e receptor.

Afirma que equivocadamente o fisco “fundamenta o lançamento no sentido de que os serviços prestados pela impugnante não seriam considerados destinados ao exterior, mas como prestação interna”, ignorando a efetiva comunicação internacional, com participação do destinatário situado no exterior, visto que o processo de comunicação cria uma relação jurídica, não restrita a pessoas situada no país.

Alega que a exigência do ICMS, sobre as operações de comunicação internacional afronta a norma instituidora da imunidade contida nos art. 155, II, § 2º, X e XII da Constituição Federal,

ratificado nos artigos 3º, II e 32, I da Lei Complementar 87/96, que transcreveu às fls. 445 e 446.

Transcreveu parte de textos dos professores Ives Gandra da Silva Martins e Roque Antônio Carrazza, os quais demonstram o entendimento de que os serviços de transporte e comunicações iniciados no Brasil e concluídos no exterior, não estão sujeitos ao ICMS, fundamentado nos dispositivos contidos na Constituição Federal e LC 87/96, anteriormente citados. Diz que, materialmente a autuação institui novos fatos geradores do ICMS, colidindo com a Constituição Federal e hipóteses de incidência previstas na mencionada Lei Complementar, sem observar as limitações impostas pelos artigos 97, 110 e 111 do CTN.

Argumenta que o agente público exerce atividade vinculada à lei, e que inexistindo qualquer previsão legal para tributar as prestações de serviços de comunicação internacional, pelo ICMS, o ato é viciado em seu objeto. Afirma que é falaciosa a alegação de que o seu prestador e o seu tomador se encontram no Brasil, visto que os prestadores do serviço de comunicação, além da impugnante, possuem cabos transoceânicos para viabilizar o destino das ligações (mensagem).

Alega que não é sensato a afirmação de “que o serviço de comunicação internacional é prestado ao originador da chamada no Brasil e não é prestado ao seu interlocutor no estrangeiro”, haja vista que, ambos possuem interesse na mensagem quanto ao conteúdo da comunicação.

Ressalta que o Código Brasileiro de Telecomunicações (Lei 4.117/62) define nos artigos 4º e 5º, “b”, como serviços internacionais, as prestações de serviços entre estações brasileiras fixas ou móveis, e estações estrangeiras ou estações brasileiras móveis que se achem fora dos limites da jurisdição territorial da União e que conforme previsto no art. 22, IV da CF88, é de competência privativa da União legislar sobre telecomunicações.

Alega que não pode prosperar o entendimento do Fisco Bahiano em caracterizar “por nacional o serviço de comunicação internacional, lastreado pelo art. 11, II da Lei Complementar nº 87/96”, visto que no seu entendimento o mencionado dispositivo estabelece o efeito de identificação do Estado que é devido o ICMS e do estabelecimento responsável pelo seu pagamento, enquanto o que se discute é se o serviço é tributável ou não, com base na legislação tributária.

Por fim, requer que seja declarada nula em face de ter operado a decadência e se não acatada, que seja cancelada a autuação por ausência de sustentação jurídica.

Os autuantes, na informação fiscal prestada às fls. 494 a 497, preliminarmente afirmam que já existe jurisprudência no CONSEF, relativamente à falta de recolhimento do ICMS oriundo de ligações internacionais (DDI), sobre as prestações de serviços de telecomunicações, conforme Acórdãos JJF 0144-04/04 e JJF 0193-04/05.

Quanto à alegação defensiva da decadência parcial do crédito tributário, relativo aos lançamentos até o dia 07/12/00, afirmam que diante das regras previstas no art. 965, I, do RICMS/97, a faculdade da Fazenda Pública de constituir o crédito tributário extingue-se no prazo de cinco anos, contados a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado e que na presente situação, o lançamento refere-se a operações registradas no exercício de 2000, com trabalhos iniciados e concluídos no curso do exercício de 2005, em conformidade com o dispositivo regulamentar acima citado.

Ressaltaram que em relação ao posicionamento doutrinário, conceitos e legislação federal invocada na defesa do autuado, por dever funcional, restringiram o embasamento legal no Regulamento do ICMS do Estado.

Salientam que todos os valores autuados foram considerados como serviço de telecomunicação internacional (DDI), conforme faturas juntadas ao processo, nas quais o autuado não destacou o ICMS das aludidas operações.

Esclarecem que intimaram o autuado para demonstrar mensalmente as operações internacionais de serviços de telecomunicações e seus respectivos recolhimentos, tendo o mesmo apresentado uma planilha (fl. 105), na qual constam que os valores foram faturados sem o devido destaque do ICMS, conforme faturas acostadas ao PAF (fls. 108 a 432).

Afirmam que diante das provas apresentadas pela impugnante, relativas a não incidência do ICMS sobre a prestação do serviço de telecomunicação internacional, é devido o recolhimento do imposto nos serviços de longa distância internacional, e mantêm a totalidade da infração indicada na autuação.

VOTO

O autuado, na defesa apresentada suscitou a nulidade da autuação, sob a alegação de que é previsto o prazo de cinco anos para a formalização do crédito tributário dos tributos por homologação conforme disposto no art. 150, § 4º do CTN. Rejeito a preliminar de nulidade suscitada tendo em vista que lançamento fiscal foi realizado em 05/12/05, com ciência do autuado em 07/12/05.

O art. 173, I do CTN, incorporado ao art. 107-A, I, do Código Tributário do Estado da Bahia (Lei nº 3.956/81) e no RICMS/97 através do seu art. 965, I determina que:

Art. 173 - O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados:

1 - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado;

Assim, a legislação tributária do Estado da Bahia fixa prazo à homologação do lançamento, não podendo ser argüida a determinação do art. 150, § 4º do CTN, que se aplica quando a lei do ente tributante não fixar prazo à homologação. Os créditos constituídos foram relativos ao exercício de 2000, ou seja, os fatos geradores ocorreram entre o período de 01/01/00 a 31/12/00 e só seriam desconstituídos se o lançamento tributário ocorresse a partir do dia 01/01/06.

Ademais, a aplicação da regra do art. 150, § 4º, do CTN, pressupõe as situações em que o contribuinte lançou o valor do imposto e antecipou o seu pagamento antes da homologação pela autoridade administrativa. Na situação presente, o pagamento do ICMS não foi antecipado, não sendo caso de lançamento por homologação, e sim, lançamento de ofício. Assim sendo, o prazo para a contagem iniciou-se em 01/01/00, com prazo final em 31/12/05. O presente lançamento ocorreu em 05/12/05. Logo, não há o que se falar em decadência.

No mérito, o Auto de Infração trata da exigência de ICMS relativo à prestação de serviços de comunicação relativos a ligações internacionais (DDI).

O autuado, na defesa apresentada não questionou o montante do imposto exigido na infração fiscal que lhe foi imputada, fundamentando a sua impugnação com os seguintes argumentos:

- a) que as operações de comunicação internacional são imunes de tributação pelo ICMS, nos termos do art. 155, II, § 2º, X e XII da CF88 e artigos 3º, II e 32, I da Lei Complementar 87/96;
- b) que é equivocado o fundamento do lançamento, na premissa de que os serviços prestados não seriam considerados destinados ao exterior, mas como prestação interna.

Quanto à primeira alegação, verifico que a Lei Estadual do ICMS, Lei 7.014/96, com suas alterações, inclui no campo de incidência do ICMS, a prestação onerosa de serviços de comunicação (art. 2º, VII) e define como momento da ocorrência do fato gerador do imposto:

Art. 4º Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento:

(...)

XIII - da prestação onerosa de serviços de comunicação de qualquer natureza, inclusive na geração, emissão, transmissão, retransmissão, repetição, ampliação ou recepção de comunicação, por qualquer meio ou processo, ainda que iniciada ou prestada no exterior, observado o seguinte:

a) quando se tratar de serviço de telecomunicações, o imposto será devido a este Estado:

1 - nos serviços internacionais tarifados e cobrados no Brasil, cuja receita pertença às operadoras, e o equipamento terminal brasileiro esteja situado em território deste Estado.

Portanto, no presente caso, as faturas acostadas pelo autuante às fls. 108 a 432 do PAF, comprovam que o contribuinte prestou serviços de comunicações, correspondente a serviços internacionais tarifados, e tendo as ligações sido originadas do Brasil, gerou uma receita para o estabelecimento autuado, que é o contribuinte do ICMS (art. 5º, § 2º, III da Lei 7.014/96). Logo, conforme o dispositivo legal acima transcrito, ocorreu o fato gerador do imposto e é devido o ICMS ao Estado da Bahia.

O art. 13, III, “d”, da Lei 7.014/96, com a redação original que teve vigência até 31/12/00, e com redação vigente à época abaixo transcrita, define com local da operação ou da prestação, para os efeitos da cobrança do imposto e definição do estabelecimento responsável, em se tratando de prestação onerosa de serviço de comunicação:

Art. 13. O local da operação ou da prestação, para os efeitos da cobrança do imposto e definição do estabelecimento responsável, é:

(...)

III - tratando-se de prestação onerosa de serviço de comunicação:

(...)

d) o do estabelecimento ou domicílio do tomador do serviço, quando prestado por meio de satélite (LC 87/96 e 102/00);

e) onde seja cobrado o serviço, nos demais casos.

Assim sendo, não pode ser acolhido o argumento defensivo de que o Fisco Bahiano pretenda caracterizar como nacional, o serviço de comunicação internacional. Em primeiro lugar, porque a descrição da infração contida nos autos indica “a falta de recolhimento do imposto relativo à prestação de serviços de comunicação relativos aos serviços de ligações internacionais – DDI”, portanto a exigência fiscal refere-se a prestação de serviços de comunicações referente a ligações internacionais. Em segundo lugar, embora o processo comunicacional internacional envolvam diversos suportes físicos (rede fixa de telefonia, canais de rádio, satélite ou cabos transoceânicos), para transmissão da mensagem, o fato é que todos os custos deste processo comunicacional, são suportados pelo agente que deu origem ao mesmo, exceto se a ligação for a cobrar, caso em que o ônus da ligação é transferido ao receptor.

No presente caso, as faturas juntadas ao processo identificam ligações internacionais na modalidade DDI (Discagem Direta Internacional), cujo serviço foi prestado pelo estabelecimento autuado aos assinantes de telefonia, utilizando os meios (canal) de comunicações proporcionado pelo impugnante juntamente com as companhias locais, e pago ao prestador do serviço, o qual está instalado no Estado da Bahia. De acordo com o dispositivo legal acima transcrito neste voto, esta prestação é tributada pelo ICMS, e o imposto é devido ao Estado da Bahia, onde foi cobrado o serviço. O sujeito passivo da relação tributária é o prestador de serviço oneroso de comunicação nas chamadas de longa distância internacional e responsável pelo seu pagamento, o

estabelecimento prestador (autuado).

Observo ainda, que em relação ao Acórdão JJF 0193-04/05, a Câmara do CONSEF, negou provimento ao recurso voluntário impetrado pelo autuado, conforme Acórdão CJF 323-12/05 e decidiu como devido o ICMS oriundo de ligações internacionais (DDI), sobre as prestações de serviços de telecomunicações.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **232882.0010/05-7**, lavrado contra **EMPRESA BRASILEIRA DE TELECOMUNICAÇÕES S/A. - EMBRATEL**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$173.824,67**, atualizado monetariamente, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a”, da Lei nº 7.014.96 e dos acréscimos moratórios.

Sala das Sessões do CONSEF, 13 de março de 2006.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – RELATOR

MARIA DO SOCORRO FONSECA DE AGUIAR - JULGADORA