

A. I. N° - 281228.0001/06-7
AUTUADO - EMPRESA BRASILEIRA DE TELECOMUNICAÇÕES S/A EMBRATEL
AUTUANTES - EDINALDO AVELINO DE PAIVA, CRYSTIANE MENEZES BEZERRA, PAULO
ROBERTO SILVEIRA MEDEIROS, ABELARDO DE ANDRADE CARDOSO
ORIGEM - IFEP – SERVIÇOS
INTERNET - 27/09/06

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0276-03/06

EMENTA: ICMS. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO. SERVIÇO DE TELECOMUNICAÇÃO. RUBRICAS FACILIDADES OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS CONSIDERADAS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. O ICMS não incide sobre a comunicação propriamente dita, mas sobre a “relação comunicativa”, isto é, a atividade de em caráter negocial, alguém fornecer a terceiro condições materiais para que a comunicação ocorra. Rejeitadas as preliminares de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 18/05/2006, refere-se à exigência de R\$1.637.201,69 de ICMS, acrescido da multa de 50%, pela falta de recolhimento do imposto, no prazo regulamentar, referente a prestações de serviço de comunicação escrituradas nos livros fiscais próprio. O autuado deixou de recolher o ICMS sobre serviços de comunicações considerados como não tributados. Os valores foram apurados com base em relatórios oferecidos pelo contribuinte, conforme anexos I, II, III, acostados aos autos.

O autuado, por seu advogado, apresentou impugnação às fls. 146 a 163, alegando que o lançamento de ofício promovido pelos Agentes Fiscais é de manifesta insubsistência, mormente por seu requisito de validade, patente de nulidade. Diz que os autuantes afirmaram que o autuado teria infringido o artigo 124, I do RICMS-BA, que dispõe tão somente acerca de prazo para recolhimento do ICMS e transcreve o aludido artigo. Declara que sem citar razão ou qualquer simples justificativa, os agentes fiscais, tão somente anexaram de forma totalmente aleatória: os demonstrativo de receitas faturadas pela impugnante e não tributadas, descrição de serviços que não foram objeto de tributação, intimações, termo de arrecadação de livros e algumas contas de prestação de serviços. Entende que tais documentos não se prestam para justificar o lançamento de ofício, assim como a delimitação da matéria tributável e todo o demais necessário para conferir liquidez e certeza ao Auto de Infração lavrado, assim como conceder ao contribuinte, seu constitucional direito à ampla defesa e ao contraditório. Acrescenta que pelos aludidos documentos é possível aferir tão somente que os autuantes reclamam o ICMS- Comunicação, que supostamente incidiria sobre atividades e prestações de Internet, cessão de infra-estrutura para outras operadoras, aluguel de equipamentos, dentre tantos outros que não guardam qualquer relação com comunicação em sentido estrito. Diz que o lançamento é ato administrativo vinculado à lei, estando definido no artigo 142 do CTN. Saliencia que na sua lavratura devem estar presentes os elementos constitutivos de qualquer lançamento. Cita ensinamentos do Professor Aliomar Baleeiro e Seabra Fagundes, para fortalecer a sua posição. Aduz que ausentes os requisitos do lançamento, este deve ser declarado nulo. Diz que o ponto nodal do Auto de Infração, ora guerreado, é se os serviços apontados são, de fato, serviços de comunicações, a fim de suportar, ou não, a incidência do ICMS. Acrescenta que os agentes fiscais, simplesmente deixaram de apontar no lançamento realizado justamente os serviços cuja prestação teria originado o dever de recolher o ICMS, ou seja, não é possível sequer se conhecer os fatos

geradores ocorridos. Entende que o Auto de Infração, ora atacado, encontra-se desprovido de um dos elementos essenciais, qual seja, a determinação da matéria tributável, e esta omissão compromete a validade do mesmo, inquinando-o de nulidade. Ressalta que a mera menção da capitulação legal de que o impugnante não teria recolhido o tributo tempestivamente não se presta a demonstrar a matéria tributável, não justificando a razão pela qual as prestações autuadas estariam adstritas à hipótese de incidência do ICMS. Diz que esposar entendimento que se extrai da capitulação legal no sentido de que houve pagamento em atraso, importa em verdadeira contradição, pois seria possível desde já afirmar que o tributo não poderia ser exigido, já que, pela menção do referido dispositivo estaria regularmente pago. Alega que os autuantes incorreram em cerceamento do direito de defesa, visto que deixaram de relacionar os fatos ocorridos com a valoração jurídico-tributária, condição essencial para a validade da constituição do crédito tributário. Cita ensinamentos do Professor Aurélio Pitanga Seixas Filho para fortalecer suas alegações defensivas. Transcreve o artigo 18, IV do RPAF. Acrescenta que em nenhum momento os autuantes descreveram o fato praticado como infração ao artigo 124 I do RICMS, e não houve fundamentação dos argumentos descritos na autuação, o que caracteriza nulidade insanável do lançamento. Cita julgados do Conselho de Contribuintes da Receita Federal para amparar suas argumentações. Sienta que não há nenhuma justificativa no ordenamento jurídico pátrio e na legislação baiana para a tributação pelo ICMS de serviços alheios à comunicação em sentido estrito, além do malfadado Convênio ICMS nº 69/98, reproduzido pela legislação baiana no artigo 4º § 4º do RICMS-BA. Diz que o aumento da base de cálculo do ICMS- Comunicação por meio de Convênio ICMS nº 69/98 é inconstitucional e ilegal, o que impõe o cancelamento do Auto de Infração em comento. Alega que em se tratando de tributo cujo pagamento deve ser antecipado pelo sujeito passivo sem prévio exame da autoridade administrativa, na sistemática moldurada pelo lançamento por homologação, o direito da Fazenda Pública de homologar ou não o recolhimento realizado pelo contribuinte, esvai-se no prazo de 05(cinco) anos, a partir da ocorrência do fato gerador, nos termos do artigo 150 § 4º do CTN. Diz que no caso em apreço, o período de apuração do débito se prende ao interregno de janeiro de 2001 a dezembro de 2003, e a lavratura do auto de infração se deu em 25/05/2006, ou seja, os supostos créditos tributários cujo fato gerador tenha se dado no período anterior a 25/05/2001 decaíram, pois se passaram mais de cinco anos contados da ocorrência do fato gerador. Entende que a constituição do crédito tributário nos tributos sujeitos ao lançamento por homologação se dá ou de forma expressa ou de maneira ficta, e é a partir deste marco inicial que se contam os cinco anos a título de prescrição, nos termos do artigo 150 § 4º do CTN, e que se não houve a manifestação do Fisco quanto à homologação, e esta de seu de forma ficta, o Erário perde o direito de constituir o crédito e, por conseguinte, de cobrá-lo. Cita ensinamentos do Professor Ricardo Lobo Torres, e acórdão do Superior Tribunal de Justiça para respaldar suas alegações. No mérito, diz que o ICMS só incide sobre prestações de serviços de comunicação em sentido estrito. Alega que a CF/88, atribuiu exclusivamente aos Estados e ao Distrito Federal a competência para tributar, por meio do ICMS, a prestação de serviços de comunicação, Acrescenta que, por outro lado, reservou aos Municípios competência para instituir impostos sobre serviços de qualquer natureza, exceção feita aos serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, mantidos no campo de incidência do ICMS. Sienta que a Carta Magna no seu artigo 146, III, 'a', atribuiu à lei complementar a definição do fato gerador, da base de cálculo e dos contribuintes nela discriminados. Entende que é matéria privativa da referida lei, respeitados os limites constitucionais, a determinação dos fatos geradores e das bases de cálculo dos impostos discriminados na Constituição da República. Diz que no âmbito do ICMS, foi editada, em 1996, a Lei Complementar 87/96, sendo que antes regulava o ICMS, provisoriamente, o Convênio 66/88, editado pelo Confaz, ao abrigo do art. 34 da ADCT da CF/88. Entende que a Lei Complementar 87/96, em seu artigo 2º, III estabelece que o ICMS incide sobre "prestações onerosas de serviços de comunicação, por qualquer meio inclusive a geração, a emissão, a recepção e a ampliação de

comunicação de qualquer natureza “(ICMS- Comunicação) e que no artigo 12, VII, considera ocorrido o fato gerador do imposto no momento em que acontecerem as mencionadas atividades. Finalmente, o art. 13, III, determina que a base de cálculo do imposto é, “na prestação de serviço de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, o preço do serviço”. Acrescenta que, em que pese a definição do campo de incidência na legislação pertinente, foi editado o Convênio ICMS 02/96, que ampliou a base de cálculo do ICMS- Comunicação, para incluir-lhe o valor correspondente ao respectivo preço: I- assinatura da telefonia celular, II- salto III- atendimento simultâneo, IV- siga-me V- telefone virtual. Diz que, posteriormente, revogando o Convênio 02/96, foi editado o Convênio ICMS nº 69/98, que ampliou o leque de serviços sujeitos à incidência do ICMS. Diz que desde o antigo imposto sobre serviços de comunicação, o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, já haviam firmado o entendimento de que o conceito de “serviço de comunicação”, para fins de tributação, deve ser considerado em sentido estrito, não sendo possível a inclusão, na base de cálculo do tributo incidente sobre serviços de comunicação outras atividades paralelas desempenhadas pelas empresas de telefonia e transcreve julgados do STF e STJ. Entende que, não obstante já pacificada a questão nos Tribunais Superiores, com o advento da CF/88, os fiscos estaduais houveram por bem se lançarem em nova tentativa de exigir o imposto sobre prestação de serviço de comunicações, agora o ICMS, sobre hipótese de incidências que não estavam sob sua competência (serviços adicionais, locação de equipamentos, serviços de manutenção, dentre outros), através da edição dos Convênios ICMS 02 de 1996 e posteriormente o Convênio 69 de 1998, tentativa esta que, conforme será demonstrado, a exemplo das tentativas anteriores, também já fora rechaçada pelos Tribunais pátrios, em manifesta afronta aos princípios basilares do Direito Tributário. Quanto ao conceito jurídico tributário de serviço de comunicação, cita ensinamentos do Professor Paulo de Barros Carvalho. Diz que é forçoso concluir que o processo comunicativo, segundo teóricos das comunicações e lingüistas, consiste na transmissão, de uma pessoa para outra, de informação codificada. Acrescenta que o esquema de comunicação supõe, portanto, a transmissão de mensagem, por meio de um canal, entre um emissor e um receptor, que possuem em comum, ao menos parcialmente, o repertório necessário para a decodificação da mensagem. Cita o professor Aires F. Barreto e Ministro José Delgado, para fortalecer suas argumentações defensivas. Transcreve o artigo 110 do CTN, e salienta que a jurisprudência do STF, firmou-se no sentido de proteger institutos de direito público e privado, de alterações em seus conceitos por parte da lei tributária. Declara que a obediência do direito tributário aos conceitos que lhe são estranhos, assim como a obediência explícita ao artigo 110 do CTN, foi corroborada pelo Supremo Tribunal Federal em diversas oportunidades, como no RE 116.772, o STF manteve a aplicação restritiva dos institutos de direito privado, ao decidir pela impossibilidade de incidir contribuição social sobre folha de salário sobre a remuneração de autônomos, já que não é empregado, não recebe salários, e, portanto, não é remunerado por meio de folha de salários. Ressalta que no âmbito da aplicação dos conceitos de direito privado pelo direito tributário, o Ministro do STF, Maurício Corrêa, se manifestou sobre a questão, dizendo que não podem ser alterados pela legislação tributária. Declara que a taxatividade das operações de telecomunicações passíveis de integrar o serviço de comunicação objeto da competência tributária dos Estados, imposta pela Lei Complementar 87/96, é decorrente do princípio da tipicidade fechada em matéria tributária. Salienta que não bastasse a distinção acima exposta, é interessante trazer à discussão as disposições da LGT, que consagrou expressamente a distinção entre os conceitos de serviço de comunicação e serviço de valor adicionado, já anteriormente firmada no plano internacional. Reproduz o artigo 61 do aludido diploma legal, e entende que o fornecimento de utilidades adicionais (como aquelas relativas ao acesso, armazenamento, apresentação, movimentação ou recuperação de informações), pode abranger tanto a locação de bens e equipamentos como a prestação dos mais diversos serviços de aplicativos informáticos. Ressalta que tais serviços, não sendo caracterizados como de comunicação, estão fora do alcance do ICMS- Comunicação. Dessa

forma, somente poderão ser tributados pelo ISS, nos termos da legislação própria. Acrescenta que, admitir a incidência do ICMS- Comunicação sobre tais serviços pelo simples fato de guardarem relação com o serviço de comunicação, com o qual não se confunde, seria permitir a usurpação da competência impositiva dos Municípios perante os Estados, o que a CF/88, e somente ela, prevê em caso excepcionalíssimos. Diz que o Convênio ICMS 69/98, alargou a base de cálculo do ICMS- Comunicação. Declara que o STJ manifestou-se expressamente sobre a impossibilidade de se exigir ICMS- Comunicação, sobre serviços de outra natureza, citando o Recurso Especial nº 402.407-MG; Relator Ministro Humberto Gomes de Barros, e transcreve o teor do acórdão. Salienta que também o Egrégio Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro já se manifestou sobre a questão, reproduzindo voto do Ministro Teori Albino Zavascki. Diz que de igual forma é o entendimento do MM. Juízo da 9ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Salvador em demanda judicial na qual litigam a ora impugnante e o Estado da Bahia, nos autos do processo nº 11020.012/2006. Conclui, requerendo a nulidade da ação fiscal e a improcedência da autuação.

Os autuantes, produzem informação fiscal (fls. 213 a 233), recorrendo, inicialmente, sobre a autuação e as razões de defesa, explicando que todas as infrações levantadas no PAF estão legalmente amparadas pelo Regulamento do ICMS-BA, aprovado pelo Decreto 6.284/97, explicando que existe jurisprudência firmada no contencioso deste Consef, sobre a falta de recolhimento de ICMS relativo às receitas oriundas da prestação de serviços de telecomunicação, transcrevendo o Acórdão 0384-03/03. Sobre a questão preliminar da decadência, reproduzem os artigos 150 do CTN e artigo 965 do RICMS-BA, para ratificar a autuação, e entendem não ser afeito às suas atribuições a discussão sobre entendimento judicial, posto que, devem obediência ao RICMS por responsabilidade funcional. Quanto à arguição do autuado de que o PAF não foi instruído de forma clara de modo a identificar, os serviços autuados, alertam ao impugnante de que uma leitura superficial do PAF não é suficiente para o entendimento do procedimento. Exige-se conhecimentos fiscais, pois o critério de colocação dos anexos não foi aleatória. Diz que foram observados todos os requisitos legais exigidos no RPAF e RICMS. Acrescentam que não há qualquer sombra de dúvida sobre qual é o objeto da autuação, tendo sido explicitado os elementos da regra matriz, sujeito ativo, sujeito passivo, base de cálculo, alíquota do tributo incidente, fato gerador e local e data da ocorrência do mesmo. Reconhecem que a capitulação da infração utilizada não foi completa, colocando como infringido, apenas o artigo 124, I do RICMS-BA, quando na verdade deveriam ser relacionados, também os seguintes dispositivos: artigo 4º, incisos I e II, parágrafo 1º, combinado com os artigos 51, inciso II, alínea “I”, 66, 68, 124, inciso I, 568 ou 569 do RICMS-BA. Solicitam ao Egrégio Conselho de Fazenda Estadual que proceda a complementação da capitulação legal da infração objeto de autuação, com base na competência atribuída a este colegiado, com base no art. 18, § 1º e 2º do RPAF. Declaram que a omissão alegada pela impugnante em sua defesa, não acarreta a nulidade do Auto de Infração, pois, nos fatos descritos na autuação, encontram-se claramente definidos os elementos necessários para determinar; a natureza da infração, o autuado e o montante do débito tributário, conforme exigido pelo art. 18 § 1º do RPAF. Aduzem que a autuação foi objeto de longas e exaustivas reuniões que ocorreram no decorrer de dois anos de fiscalização sobre o autuado, e que a empresa obteve todas as informações e esclarecimentos necessários. Entendem que o impugnante se defende das infrações tipificadas na legislação mencionada. Aduzem que os trabalhos de fiscalização foram embasados em relatórios submetidos oferecidos pela autuada, no qual constam os valores faturados no Estado da Bahia, com todas as informações necessárias à identificação do tipo de serviço prestado, data e horário da prestação do serviço, consumidor, valor do serviço, tudo baseado nas CPS- Contas de Prestação de Serviço, emitidas pelo autuado e que acostam aos autos, o Portifólio dos Serviços, com a descrição e explicação detalhada do serviço, fornecido pela própria empresa. Entendem que o autuado não apresentou em sua impugnação, provas documentais que amparem a sua pretensão, e citam o artigo 333 do CPC, que

trata do ônus da prova. Quanto à questão da jurisprudência do STF e STJ, alertam que o ICMS é um outro tributo, cuja competência tributária é dos Estados membros da federação, diverso portanto do antigo ISC, e com o qual não pode ser equiparado. Declaram também que o protesto do autuado sobre exigência do ICMS sobre atividade e prestações da Internet, cessão da infraestrutura para outras operadoras, aluguel de equipamentos, dentre outros, é improcedente e também o defendente não apresentou provas documentais que suportem suas alegações defensivas. Repetem que o ônus da prova incumbe ao réu como reza o artigo 333 do CPC. Salientam que, a autuação está perfeitamente em consonância com o entendimento da DITRI, que reproduzem na íntegra às folhas 222 a 225. Transcrevem, também o pensamento dos tributaristas Carlos Augusto Coelho Branco, Roque Carraza, Aires Barreto, Luiz Rodolfo Cabral e Acórdão 046/2002 do Consef. Argumentam que a decisão do Poder Judiciário da Bahia não adentrou no mérito da questão, que a decisão é apenas liminar em Mandado de Segurança. Reiteram que a sistemática utilizada pela fiscalização é consistente e baseada nos diversos relatórios de faturamento Analítico e Sintético disponibilizados pelo autuado. Reproduzem o artigo 66 do RICMS que trata da base de cálculo nas prestações de serviços de transporte interestadual ou intermunicipal e de serviços de comunicação e Convênio 69/98. Concluem pela procedência total do Auto de Infração.

VOTO

Inicialmente, rejeito a preliminar de nulidade suscitada pelo autuado, alegando cerceamento do direito de defesa, tendo em vista que se constata da leitura da peça defensiva que o defendente compreendeu perfeitamente o objeto da acusação, em que pese a omissão dos autuantes na indicação dos dispositivos infringidos. Verifico que se encontram claramente identificados, os elementos necessários para determinar com segurança a infração, o infrator e montante do débito tributário, consoante disposto no artigo 18 do RPAF. No corpo do Auto de Infração, está descrito claramente os fatos considerados como ilícito tributário, e todos os anexos ao Auto de Infração, descritos pelos autuantes (I, II, III), foram recebidos pelo autuado.

Quanto à segunda preliminar de nulidade, inerente a decadência do exercício de 2001, não tem acolhimento, pois o auto de Infração foi lavrado em 18/05/2006 e a ciência do autuado ocorreu em 25/05/2006, portanto, a autuação se deu antes do término do prazo decadencial estipulado de 5 anos, conforme previsto no parágrafo único do art. 173 do CTN, o qual foi reproduzido no art. 965 do RICMS-BA, aprovado pelo Dec. 6.284/97. Embora o § 4º. do artigo 150 do Código Tributário Nacional estabeleça que o prazo decadencial, em relação aos tributos sujeitos ao lançamento por homologação (caso do ICMS), deva ser contado a partir da ocorrência do fato gerador, a doutrina tem entendido que tal prazo está relacionado com o imposto que foi efetivamente antecipado pelo contribuinte e oferecido à Fazenda Pública, o qual, após decorridos os cinco anos previstos legalmente, é aceito, por assim dizer, pelo sujeito ativo da relação tributária.

Entretanto, quando o contribuinte deixa de oferecer parcelas do tributo e o Fisco atua no sentido de recuperá-las mediante lançamento de ofício, isto é, por meio de Auto de Infração, o prazo para a contagem da decadência deve ser aquele expresso no artigo 173, inciso I, do Código Tributário Nacional, o qual estabelece que ‘o direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado’, e não o foi pelo sujeito passivo.

Na situação em análise, os fatos geradores do imposto ocorreram no período de janeiro /2001 a dezembro /2001 e o prazo para a constituição do crédito tributário se extinguiria no dia 31/12/2006. Como o presente Auto de Infração foi lavrado em 18/05/2006, não havia se configurado, ainda, a decadência do prazo para o lançamento do tributo. Ressalte-se, por oportuno, que a jurisprudência assente do Supremo Tribunal Federal, considera que, lavrado o auto de infração,

não há mais que se cogitar de prazo de decadência, independentemente de notificação do lançamento ao sujeito passivo.

O entendimento acima descrito é aquele manifestado reiteradamente por este CONSEF, consoante os inúmeros acórdãos até esta data prolatados, dentre os quais podemos transcrever alguns:

1. Acórdão CJF nº. 274-12/02, com voto da lavra do Conselheiro Sr. Ciro Roberto Seifert:

(...)

“Na segunda alegação preliminar, foi trazido o argumento que, considerando que o Auto de Infração foi lavrado em 30/04/2001, só poderia tratar dos impostos cujos fatos geradores ocorreram após o dia 30 de abril de 1996, em razão da extinção dos créditos tributários relativos aos fatos geradores anteriores, por decadência, visto que o prazo de 5 (cinco) anos para que o sujeito ativo realizasse o ato homologatório de lançamento do crédito tributário, previsto no art. 150, § 4º, do CTN, já teria expirado.

Tal dispositivo do CTN determina que, se a lei não fixar prazo à homologação, será ele de 5 (cinco) anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.

Ocorre que o art. 173, I, do mesmo CTN, preconiza que o direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário, significa dizer lançamento de ofício, como é o caso do Auto de Infração, extingue-se após 5 (cinco) anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

Desta forma, está claro que não se operou a decadência do período anterior a 30 de abril de 1996, como pretendeu fazer crer o Recorrente.

2. Acórdão CJF nº. 0150-12/02 – voto vencedor da lavra da Conselheira Sra. Ivone de Oliveira Martins:

(...)

Relativamente à 3ª preliminar que argüi a decadência do direito ao crédito tributário relativo ao exercício de 1995, sendo a mesma preliminar de mérito, também não comungo do entendimento do Ilustre Relator que concordou com as razões apresentadas pelo recorrente.

Trata-se de matéria que não sendo pacífica na doutrina e no âmbito deste CONSEF também tem havido divergências de interpretação acerca do prazo decadencial regulado no art. 173, I, do CTN (Lei nº 5.172/66).

Tem sido tormentosa a distinção que se faz quanto a fixação do prazo de decadência do direito ao lançamento dos tributos por homologação e os que decorrem do lançamento prévio por parte do sujeito ativo ou seja do titular do crédito tributário. Assim há uma corrente que defende a aplicação da regra do § 4º do art. 150, e, outra corrente entende que prevalece a regra do art. 173 e seu parágrafo único, do CTN, com a ciência do autuado como entendeu o Relator.

Segundo Hugo de Brito Machado na sua obra Curso de Direito Tributário, 13ª edição, pág. 148 - O Tributário Federal de Recursos, seguindo orientação proposta pelo Ministro Carlos Mário da Silva Velloso, e o STF acolhendo proposta do Ministro Moreira Alves, fixaram entendimento pelo qual o Auto de Infração consuma o lançamento tributário, não se havendo mais, depois de sua lavratura, de cogitar de decadência.

Sem dúvida a fiscalização iniciada em 13/10/2000 e concluída em 29/12/2000, com a lavratura do Auto de Infração em questão, afasta a arguição de decadência, vez que o sujeito ativo exerceu o seu direito de através do lançamento constituir o crédito tributário no prazo decadencial.”

Diante do entendimento manifestado por esse CONSEF, aplica-se ao caso, a norma do art. 173, inc. I, do CTN, pois o prazo decadencial só se inicia no primeiro dia do exercício seguinte a ocorrência dos fatos geradores, em relação ao imposto que não foi declarado pelo sujeito passivo. Na presente lide, o contribuinte não declarou nem praticou quaisquer atos relacionados ao lançamento do imposto para o Estado da Bahia. A decadência é forma de extinção de direito daquele que não realiza os atos necessários à sua preservação, face à inércia do seu titular. Opera-se a decadência após o decurso de certo prazo, previsto na lei. O ICMS é imposto lançado por homologação que pressupõe atividade anterior, desenvolvida pelo sujeito passivo, no sentido de calcular o tributo devido e antecipar o pagamento sob condição de posterior revisão pela autoridade administrativa. Não tendo o contribuinte antecipado o pagamento devido, nem expressa nem tacitamente dar-se-á a homologação. Nesse caso, então, terá lugar o lançamento de ofício disciplinado no art. 149, do CTN, conforme leciona a Prof^ª. MISABEL DERZI, em nota de atualização, ao livro Direito Tributário Brasileiro, de autoria de ALIOMAR BALEEIRO, 11^a edição, ano de 2000, Editora Forense, Rio de Janeiro, pág. 912. A conduta do contribuinte em relação às operações objeto do Auto de Infração não foi no sentido de cumprir a obrigação tributária para o Estado da Bahia e nem mesmo de comunicar a ocorrência dos fatos que ensejaram o posterior lançamento. Somente por ocasião de fiscalização desenvolvida no contribuinte se operou o total conhecimento das operações praticadas pelo recorrente. Assim, a inexistência de pagamento de tributo que deveria ter sido lançado por homologação, ou a prática de dolo, fraude ou simulação por parte do sujeito passivo ensejam a prática do lançamento de ofício - são situações que se equivalem. Inaplicável se torna, portanto, a forma de contagem disciplinada no art. 150, § 4º, do CTN, própria para a homologação tácita do pagamento (se existente). Ao lançamento de ofício aplica-se a norma do art. 173, inc. I. Nesse sentido se posiciona a doutrina majoritária (cf. Luciano Amaro, Direito Tributário Brasileiro, São Paulo, Ed. Saraiva, pp. 383-384; Paulo de Barros Carvalho, Decadência e Prescrição, Caderno de Pesquisas Tributárias, n° 1, Resenha Tributária, 1976, p. 156) e a jurisprudência dos tribunais superiores e do Conselho Estadual de Fazenda da Bahia. Só para exemplificar, o antigo Tribunal Federal de Recursos fez editar a Súmula n° 219, citada também pela prof^ª. MISABEL DERZI, com o seguinte teor: "Não havendo antecipação de pagamento, o direito de constituir o crédito previdenciário extingue-se decorridos 5 (cinco) anos do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que ocorreu o fato gerador. Portanto, rejeito a preliminar de nulidade, argüida pelo defendente.

Quanto à segunda preliminar suscitada pelo autuado, também a rejeito, tendo em vista que se constata da leitura da peça defensiva que o defendente compreendeu perfeitamente o objeto da acusação, em que pese a omissão dos autuantes na indicação dos dispositivos infringidos. Verifico que se encontram claramente identificados, os elementos necessários para determinar com segurança a infração, o infrator e montante do débito tributário, consoante disposto no artigo 18 do RPAF.

No mérito, da análise das peças processuais constato que o sujeito passivo, em momento algum, trouxe aos autos provas documentais que venham elidir as acusações fiscais, as quais foram apuradas na escrita do próprio contribuinte.

A Lei Complementar n° 87/96, no art. 2º, III, assim como o art. 1º, III, c/c o art. 2º, VII, da Lei n.º 7.014/96, além do art. 1º, §2º, VII, do RICMS/97, prevêm que o ICMS incide sobre as prestações onerosas 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. Assim, deve-se incluir na base de cálculo do imposto os valores tributáveis ou tidos como isentos, objetos das infrações exigidas neste Auto de Infração.

Nas razões defensivas o autuado alegou que é ilegítima a exigência do tributo por se referir a fatos não sujeitos à incidência do ICMS, porque entende o autuado que não se tratam propriamente de serviços de comunicação.

Quanto ao fato gerador, nas prestações de serviços de comunicação de qualquer natureza e por qualquer processo, o art. 4º, § 4º, do RICMS/97, estabelece:

“Art. 4º.

(...)

§ 4º Estão compreendidos no campo de incidência do ICMS os serviços cobrados a título de acesso, adesão, ativação, habilitação, disponibilidade, assinatura e utilização dos serviços, bem como os serviços suplementares e facilidades adicionais que otimizem ou agilizem o processo de comunicação, independentemente da denominação que lhes seja dada (Conv. ICMS 69/98).”

No mesmo sentido, a Cláusula primeira do Convênio ICMS 69/98, estabelece 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.” (grifo nosso).*

O entendimento deste CONSEF, em decisões anteriores relativas ao mesmo tema, tem sido no sentido de que as denominadas “facilidades” integram a base de cálculo do ICMS, conforme o trecho do voto da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal, abaixo transcrito:

“2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0197-12/03

(...)

VOTO

(...)

*“Quanto ao Recurso Voluntário também voto por seu improvimento porque as razões apresentadas pelo recorrente em relação aos itens 01 e 03 não estão lastreadas em elementos probantes e em relação ao item 02 porque o provimento de **“facilidades”** ou o provimento de acessos são serviços que adicionam valor ao serviço de comunicação, sendo da mesma natureza, ou seja, são prestações onerosas de serviços de comunicação e estão, portanto, sujeitas ao ICMS, nos termos da Constituição Federal e legislação infraconstitucional imediata e mediata. Acresço que o pensamento da Ministra Eliana Calmon está equivocado porque se baseia em pressuposto falso, o de que um serviço de valor adicionado não é serviço de comunicação. Ora, qualquer serviço que se insere numa prestação de serviço maior pode ser classificado como serviço de valor adicionado. Por exemplo, o serviço de demolição de prédio antigo para construção de prédio novo. Embora seja um serviço de “desconstrução” se insere na prestação com a mesma natureza de serviço de construção civil. Assim, o provimento de acesso, conquanto possa ser tido como não sendo um serviço de telecomunicação, nos termos da legislação pertinente.”(grifo nosso).*”

Entendo que é subsistente a exigência fiscal, haja vista que, consoante a legislação, o ICMS incide sobre a comunicação propriamente dita, e também sobre os serviços complementares ou suplementares e facilidades adicionais que otimizem ou agilizem o processo de comunicação, que o autuado fornece aos seus clientes.

Verifico que os serviços estão dentro do campo de incidência do ICMS conforme preleciona o artigo 4º, I, § 4º do RICMS-BA.

Concordo inteiramente com as alegações dos autuantes, de que para que um serviço de telecomunicação seja prestado, ou melhor, para que uma mensagem saia de um local e chegue a outro, é necessário que percorra um “caminho”, o qual é realizado através de equipamentos, cabos, fios, ondas eletromagnéticas, modems, satélites, etc., sem tais equipamentos não pode haver a prestação do serviço de telecomunicação, ou seja, são imprescindíveis.

Relativamente à arguição de inconstitucionalidade, informo que o artigo 167, I, do RPAF/99, afasta da competência dos órgãos julgadores a declaração de inconstitucionalidade.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração, considerando que ficou caracterizado nos autos o cometimento da infração apurada.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **281228.0001/06-7**, lavrado contra **EMPRESA BRASILEIRA DE TELECOMUNICAÇÕES S.A. EMBRATEL**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$1.637.201,69**, acrescido da multa de 50%, prevista no art. 42, inciso I, alínea “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 24 de agosto de 2006.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE

OLAVO JOSÉ GOUVEIA OLIVA - RELATOR

EDUARDO RAMOS DE SANTANA - JULGADOR