

A. I. N° - 279692.0005/07-1
AUTUADO - TNL PCS S/A
AUTUANTES - PAULO ROBERTO SILVEIRA MEDEIROS, RICARDO RODEIRO MACEDO DE AGUIAR e EDISON LEMOS
ORIGEM - IFEP SERVIÇOS
INTERNET - 12. 08. 2008

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0260-01/08

EMENTA: ICMS. LIVROS FISCAIS. REGISTRO DE SAÍDAS. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE COMUNICAÇÃO. PRESTAÇÕES TRIBUTÁVEIS ESCRITURADAS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. EXIGÊNCIA DE IMPOSTO. Restou provado através de diligência solicitada à ASTEC/CONSEF que parte substancial do valor exigido diz respeito a serviço de interconexão, conforme documentos DETRAF. Refeitos os cálculos, reduzindo-se o débito. Infração parcialmente caracterizada. Não acolhida arguição de decadência do direito de constituição do crédito tributário. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 07/11/2007, reclama do autuado ICMS no valor de R\$ 1.048.053,82, acrescido da multa de 60%, em decorrência de falta de recolhimento do ICMS na prestação de serviço de comunicação por escrituração de valores tributáveis como não tributáveis, nos meses de julho a dezembro de 2002.

Consta que o contribuinte prestou serviços de comunicação e não os tributou pelo ICMS, escriturando os mesmos nas colunas “isentas e não tributadas” e “outras” em seu livro Registro de Saídas e no relatório de faturamento-SAP (CD contendo os arquivos magnéticos em anexo). Consta ainda que, intimado a apresentar as NFSTs, o DETRAF outros documentos fiscais e contábeis que comprovassem que tais serviços de comunicação prestados não estavam ao alcance da tributação do ICMS, o contribuinte não apresentou nenhum documento ou justificativa (intimações em anexo). Registram os autuantes que houve circularização de intimações aos seis principais clientes do contribuinte (intimações em anexo) com o objetivo de conseguir cópias das NFSTs, porém apenas três NFSTs foram apresentadas por um cliente (Telemar), três clientes (Vivo, Embratel, e Vésper) informaram que não receberam nenhuma das NFSTs relacionadas (respostas em anexo) e os outros dois clientes (TIM e Intelig) sequer responderam as intimações. Também há o registro de que no cálculo do valor do imposto devido, foi incluído o valor do ICMS em sua própria base de cálculo, em virtude de o contribuinte não ter adicionado o ICMS aos valores lançados no livro Registro de Saídas, visto que os serviços de comunicação prestados foram tratados como não tributados.

O autuado, através de advogados legalmente constituídos, apresentou peça impugnatória ao lançamento de ofício às fls. 45 a 56 dos autos, descrevendo inicialmente a acusação fiscal e os dispositivos legais supostamente (sic) infringidos e da multa aplicada.

Prosseguindo, diz que a autuação está fundamentada na suposta prestação de serviços tributáveis pelo ICMS, sem o devido recolhimento ao Estado da Bahia, mas que demonstrará ser indevida, uma vez que se trata de prestação de serviços de interconexão (“Faturamento DETRAF”), o qual se submete a regime especial de recolhimento diferido de ICMS pela empresa responsável por faturar o

serviço, não sendo este o seu caso, conforme estabelecido pelo Convênio ICMS nº. 126/98. Acrescenta, ainda, que o crédito tributário exigido se encontra parcialmente extinto pela decadência.

Continuando, afirma que o Código Tributário Nacional estabelece que nos casos de tributos sujeitos a lançamento por homologação, o prazo de 05 (cinco) anos para a extinção do crédito tributário, tem a sua contagem a partir da ocorrência do fato gerador, conforme o artigo 150, § 4º, que reproduz.

Assevera que somente foi cientificado do Auto de Infração em 08/11/2007, e por isso os créditos supostamente existentes até a data de 08/11/2002, encontram-se extintos em função da decadência. Alega que a regra do § 4º do artigo 150 do CTN, somente não é aplicável aos tributos lançados por homologação na hipótese de ausência de qualquer pagamento, o que não é o caso dos autos.

Diz que a Primeira Seção do STJ, acolhendo a tese acima esposada, por unanimidade, prolatou acórdão ao julgar Embargos de Divergência no Recurso Especial nº 101.407/SP, em 07/04/2000, que transcreve. Acrescenta que tal decisão tem sido reiterada pelo STJ em todas as oportunidades, definindo o posicionamento do Tribunal acerca da aplicação do § 4º do artigo 150 do CTN, reproduzindo decisões no AgReg no RESP 657.405/RS; RESP 572.603/PR.

Aduz que, como somente foi cientificado da autuação em 08/11/2007, deve ser declarada a extinção da maioria dos créditos constantes do Auto de Infração, em virtude de serem anteriores à data de 08/11/2002, consoante o artigo 156, V, do CTN, por já terem sido atingidos pela decadência.

Continuando, sustenta que diversamente do entendimento do Fisco baiano, não se trata de prestação de serviços de comunicação sujeito à tributação do ICMS, mas, em verdade, trata-se de interconexão de redes, serviço que é submetido a um regime especial de recolhimento diferido do ICMS, (“Faturamento DETRAF”), conforme estabelecido pelo Convênio ICMS nº. 126/98.

Comenta como se operacionaliza a interconexão, dizendo que esta é a ligação existente entre redes de diferentes prestadoras de serviço, possibilitando a conexão de um ponto existente na rede prestadora A com outro ponto existente na rede da prestadora B, passando, se necessário, pela rede das prestadoras C, D, E, etc.

Assevera que a interconexão é necessária porque as diversas operadoras telefônicas não têm como instalar, em todo território nacional e internacional, redes de tráfego próprias para realizar, do início ao fim, todas as chamadas originadas em sua área de atuação, pois, além de economicamente inviável, tal procedimento levaria a uma desnecessária redundância de meios. Assim, a operadora completa a chamada utilizando-se dos meios necessários para tanto, que podem compreender a utilização de sua rede própria ou de terceiros. Apresenta exemplo, no intuito de esclarecer o que foi dito acima.

Diz que no intuito de simplificar o regime sem qualquer alteração nos resultados, o Convênio 126/98, concentrou toda a arrecadação na operadora de origem, valendo dizer que a receita de interconexão que a TNL recebeu da Telefônica não gerará ICMS a pagar para a TNL, uma vez que o Convênio determina que a Telefônica – operadora de origem da chamada – recolha o ICMS sobre os valores faturados ao usuário final, nos quais já se incluem as receitas de interconexão. Exemplifica como ocorre a interconexão sob a égide do Convênio ICMS nº 126/98, da seguinte forma:

Fatos:

- o usuário da Telefônica liga para o usuário TNL;
- Telefônica faz uso da rede da TNL para completar a chamada;
- Telefônica cobra o valor integral da ligação de seu usuário;
- Telefônica paga à TNL o valor devido pela utilização da rede desta última.

ICMS:

Pago pela Telefônica quando da emissão da fatura ao usuário final.

Afirma que, em sendo assim, o valor que a TNL recebe da Telefônica não pode ser tributado, pois já o foi uma vez (a Telefônica pagou o ICMS devido sobre o valor integral da chamada, que já inclui os custos de interconexão) sendo o ICMS recolhido sobre o valor da chamada.

Acrescenta existir na hipótese, um mero diferimento do ICMS devido pela TNL, que não paga o imposto devido quando do recebimento dos valores pela cessão de sua rede à Telefônica, porém, esta paga o imposto quando fatura o valor da chamada telefônica, sem aproveitar qualquer crédito anterior, por não ter ocorrido pagamento por parte da TNL. Portanto, trata-se de diferimento no recolhimento do imposto, que não se confunde com imunidade, isenção ou não incidência.

Sustenta que a interconexão nada mais é, que a prestação de serviço de telecomunicação de uma operadora a outra, através de disponibilização das redes de acesso, incidindo o ICMS por força do artigo 155, II, da Constituição Federal, do artigo 2º, III da Lei Complementar nº 87/96, cujo recolhimento se submete ao regime especial estabelecido pelo Convênio ICMS nº 126/98. Aduz que a regulamentação da interconexão em nosso ordenamento jurídico se encontra na Lei nº 9.472/97 e na Norma 24/96, aprovada pela Portaria nº 1.537/96 do Ministro das Comunicações, que reproduz. Cita e transcreve ainda, lição de Helena Xavier sobre o conceito de interconexão, que em nenhuma hipótese se confunde com a locação de coisas, sendo inquestionavelmente serviço de telecomunicação.

Observa que à época da autuação deixou de apresentar documentação ao Fisco que comprovasse a regularidade da operação, contudo, diz que vale conferir o contrato-modelo de interconexão acostado às fls. 104 a 266.

Pede a juntada das notas fiscais emitidas para as empresas de telecomunicações no período autuado às fls. 268 a 425, relacionadas no “Demonstrativo de cobrança de ICMS sobre a Prestação de Serviços de Comunicação”, assim como que se veja os comprovantes de pagamentos realizados pelas operadoras de serviços de telecomunicações à TNL, em decorrência de serviço de interconexão de redes à fl. 429.

Conclui requerendo a procedência da impugnação, com o cancelamento do Auto de Infração e extinção do crédito tributário nele consubstanciado.

Os autuantes prestaram informação fiscal às fls. 435 a 440, contestando inicialmente as alegações defensivas quanto à decadência do direito de constituição do crédito tributário. Reportam-se e transcrevem sobre o artigo 965, I, II, parágrafo único, do RICMS/BA, para dizerem que o lançamento referente ao exercício de 2002 foi iniciado e concluído no ano de 2007, portanto, dentro do prazo previsto no RICMS/A. Informam que existe jurisprudência do CONSEF sobre a matéria, citando o Acórdão nº 2532/00 da 1ª JF.

Quanto aos argumentos relativos aos serviços de interconexão, dizem que apesar de intimado para apresentação do DETRAF o autuado não entregou, sendo este documento o único que pode comprovar se os serviços de comunicações prestados, os quais foram escriturados como isentas e ou não tributadas, realmente se referem à interconexão.

Esclarecem que circularizaram intimações aos principais clientes do autuado com o intuito de obtenção das NFSTs referentes aos serviços de comunicações prestados, porém, apenas um cliente apresentou NFSTs, no caso, Telemar.

Sustentam que o fato de o recolhimento do ICMS sobre a prestação de serviço de interconexão ser diferido não dá ao autuado o direito de isentar-se da responsabilidade de apresentar o DETRAF ao Fisco, na forma dos Convênios nº 126/98 e 04/89.

Quanto aos comprovantes de pagamentos, dizem que não conseguiram conciliar os valores recebidos pelo autuado com as NFSTs, não tendo como se saber se tais pagamentos se referem a prestação de serviços de interconexão.

Concluem sugerindo a realização de diligência, a fim de que o autuado apresente o DETRAF, registrando que este deve ser apresentado conciliado com as NFSTs (Notas Fiscais de Serviços de Telecomunicação) que constam na planilha de cálculo às fls. 06 a 11 dos autos.

A 1ª Junta de Julgamento Fiscal- JJF, considerando as alegações defensivas e a contestação dos autuantes, converteu o processo em diligência à Assessoria Técnica do CONSEF - ASTEC/CONSEF, a fim de que fosse designado Auditor Fiscal para intimar o autuado a apresentar os Documentos de Declaração de Tráfego e Prestação de Serviços – DETRAF's, correspondentes às Notas Fiscais de Serviços de Telecomunicação – NFST' arroladas na planilha de cálculo às fls. 06 a 11 dos autos, bem como a efetuar a conciliação entre os valores pagos as outras operadoras (fls. 427 a 431) com as NFST's apresentadas às fls. 268 a 425.

Foi solicitado ainda que o diligente verificasse se os DETRAF's apresentados teriam correspondência com as NFST's, arroladas na autuação, identificando aquelas que não guardassem relação com os referidos DETRAF's, e que após a verificação, deveria o revisor elaborar novo demonstrativo, com as devidas correções, se fosse o caso.

Através do Parecer ASTEC nº. 98/2008 (fls.449 a 451), o diligente Jorge Inácio de Aquino, esclareceu que, após a apresentação dos documentos pelo autuado, efetuou análise que confirmou a existência de correlação entre os DETRAF's e as NFST's arroladas na autuação, restando como “não conciliados” os documentos não correspondentes indicados nas planilhas, elaborando demonstrativo que acosta aos autos à fl. 452, apontando o ICMS remanescente no valor de R\$ 154,33.

Quanto à conciliação solicitada, observou que por se tratar de documentos financeiros do autuado que registram o encontro de contas relativos aos pagamentos do tráfego das interconectividade entre as empresas prestadoras de serviço de telefonia celular, não apresentam uma relação direta com a tributação pelo ICMS do presente caso.

Intimado o autuado sobre o resultado da diligência realizada pela ASTEC/CONSEF, este à fl. 482 se manifestou, concordando com as razões expostas no Parecer ASTEC nº 098/2008.

Os autuantes à fl. 484, também concordaram com a conclusão apresentada no parecer ASTEC/CONSEF acima referido.

VOTO

Versa o Auto de Infração em lide sobre a falta de recolhimento de ICMS, por ter o autuado escriturado valores tributáveis como não tributáveis.

Do exame das peças processuais, verifico que, em preliminar, o autuado argúi a ocorrência de decadência do direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário quanto aos fatos geradores ocorridos no exercício de 2002, sob o argumento de ter sido ultrapassado o prazo previsto no art. 150, § 4º, do CTN, cuja contagem começa a partir da data de ocorrência do fato gerador.

Entendo que a pretensão do contribuinte não pode prosperar, haja vista que as disposições do artigo 173, I, do CTN, que são as mesmas previstas no art. 107-A, I, do Código Tributário do Estado da Bahia (Lei 3.956/81) e no art. 965, inciso I, do RICMS/97, prevêm que o direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após cinco anos, contados a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

No caso em exame, o contribuinte deixou de oferecer parcelas do tributo e o Fisco agiu no sentido de recuperá-las mediante o lançamento de ofício, isto é, por meio de Auto de Infração, e, neste caso, é aplicável o prazo decadencial expresso no artigo 173, inciso I, do CTN, conforme explicitado acima.

Assim sendo, o prazo para a contagem iniciou-se em 01/01/2003, com termo final em 31/12/2007. Como a ação fiscal se iniciou através de intimação datada de 18/04/2007 e o lançamento ocorreu em 07/11/2007, não há que se falar em decadência do direito.

Cumpre registrar, que esse tem sido o entendimento do CONSEF em reiteradas decisões, a exemplo dos Acórdãos CJF 0102/12-05, 0113/12-05 e 0192-11-05, este último cujo trecho é parcialmente reproduzido abaixo:

“Sobre o tema “decadência”, já me pronunciei em outras oportunidades, entre elas a que gerou o Acórdão CJF nº 0274-12/02, da 2ª CJF, e CJF nº 0061-11/05, da 1ª CJF, nos seguintes termos:

“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.”

*Este meu entendimento encontra lastro em Decisão do Superior Tribunal de Justiça, STJ, 1ª Seção, EResp. 101.407/SP, Rel. Min. Ari Pargendler, DJ: 08.05.00, pois aquele precedente jurisprudencial, contém o seguinte mandamento: “Se o pagamento do tributo **não for antecipado**, já não será o caso de lançamento por homologação, hipótese em que a constituição do crédito tributário deverá observar o disposto no **artigo 173, I, do Código Tributário Nacional**. Embargos de divergência acolhidos.” (grifo meu)*

Foi exatamente o que ocorreu neste Auto de Infração: o contribuinte ao utilizar indevidamente redução de base de cálculo e crédito fiscal de ICMS, bem como deixar de realizar o estorno de crédito fiscal previsto na legislação, promoveu a redução do imposto a ser recolhido, e, conseqüentemente, não houve o pagamento antecipado deste imposto.

Assim, entendo que, também no presente caso, por se tratar de lançamento de ofício, via Auto de Infração, não se operou a decadência para o período de janeiro a setembro de 1999, pois o prazo que a Fazenda Pública Estadual teria para constituir o crédito tributário relativo a este findaria em 01-01-2005, e o Auto de Infração foi lavrado em 10-09-2004 e o contribuinte cientificado do mesmo em 29-09-2004.”

Diante do exposto, não acolho a arguição de decadência.

No que concerne ao aspecto fático da exigência fiscal, noto que o autuado sustenta que se trata de interconexão de redes, serviço que é submetido a um regime especial de recolhimento diferido do ICMS, (“Faturamento DETRAF”), conforme estabelecido pelo Convênio ICMS nº. 126/98.

Observo, também, que os autuantes afirmam que o fato de o recolhimento do ICMS sobre a prestação de serviço de interconexão ser diferido, não exclui a responsabilidade do autuado de apresentar o DETRAF ao Fisco, na forma dos Convênios nº 126/98 e 04/89.

Portanto, como se verifica, tanto o autuado quanto os autuantes têm o mesmo entendimento sobre o serviço de interconexão, ou seja, o recolhimento do ICMS é diferido.

Também coaduno com esse entendimento, haja vista que a prestação de serviço de interconexão tem um tratamento específico, sendo a responsabilidade pelo recolhimento do ICMS da operadora de origem da chamada.

Na realidade, no presente caso, a discussão se cinge a necessidade de comprovação dos serviços de interconexão prestados pelo contribuinte, haja vista que este lançou no livro Registro de Saídas na coluna “isentas e não tributadas” e apesar de intimado a comprovar mediante apresentação do DETRAF os lançamentos efetuados, não atendeu a intimação, o que implicou na lavratura do Auto de Infração em exame.

Por se tratar de matéria fática, esta 1ª JJF converteu o processo em diligência à ASTEC/CONSEF, tendo o ilustre diligente Jorge Inácio de Aquino, apresentado através do Parecer ASTEC nº 98/2008, o resultado da verificação solicitada, confirmando a existência de correlação entre os DETRAF's e as NFST's arroladas na autuação em quase sua totalidade, resultado este com o qual concordo integralmente.

Verdadeiramente, restaram como “não conciliados” apenas os documentos indicados no demonstrativo acostado pelo diligente à fl. 452, que aponta o ICMS remanescente no valor de R\$154,33.

Cumprе consignar que, tanto o autuado como os autuantes concordaram com o resultado da diligência fiscal realizada pela ASTEC/CONSEF.

Diante do exposto, a autuação é parcialmente subsistente, passando o ICMS originalmente exigido no valor de R\$ 1.048.053,82 para o valor de R\$ 154,33.

Voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **279692.0005/07-1**, lavrado contra **TNL PCS S/A**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$154,33**, acrescido da multa de 60%, prevista no artigo 42, II, “a”, da Lei nº 7014/96 e dos acréscimos legais.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169 inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/00, com efeitos a partir de 10. 10. 00.

Sala das Sessões do CONSEF, 04 de agosto de 2008.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS- PRESIDENTE/RELATOR

ÂNGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO - JULGADOR

VALMIR NOGUEIRA DE OLIVEIRA - JULGADOR