

A. I. Nº	- 279468.0007/10-9
AUTUADO	- TELEMAR NORTE LESTE S/A.
AUTUANTES	- MARIA CRISTINA DE O. ALMEIDA, ROQUELINA DE JESUS e SANDRA MARIA S. NOYA
ORIGEM	- IFEP SERVIÇOS
INTERNET	- 20. 12. 2010

1^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0388-01/10

EMENTA: ICMS. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO. SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO. OPERAÇÕES DE SAÍDAS DE CARTÕES TELEFÔNICOS SEM REGISTRO NA ESCRITA FISCAL. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Mediante a realização de auditoria de estoques, ficou comprovado que o sujeito passivo realizou operações de saídas de cartões telefônicos desacompanhadas de documentação fiscal, deixando, assim, de recolher o ICMS incidente sob a correspondente prestação de serviço de comunicação. A diferença das quantidades de saídas, apurada mediante levantamento quantitativo, constitui comprovação suficiente da realização de operações de saídas de cartões telefônicos sem a emissão da correspondente documentação fiscal. Afastadas a arguição de decadência e a solicitação de perícia. Infração caracterizada. Auto de Infração **PROCEDENTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 27/07/10, exige ICMS, no valor de R\$1.665.917,01, acrescido da multa de 70%, em decorrência da falta de recolhimento do imposto no prazo regulamentar referente a prestações de serviços de comunicação não escrituradas nos livros fiscais próprios, no exercício de 2005.

Em complemento à acusação consta que foi apurado, por meio *de levantamento quantitativo de estoque de cartões indutivos e já-pagos, que o contribuinte deu saída de créditos sem a emissão do documento fiscal e consequentemente deixou de recolher o ICMS sobre a prestação de serviço de telecomunicação, no valor histórico de R\$ 1.665.87,01. O cartão telefônico é indispensável para utilização nas chamadas telefônicas efetuadas através dos telefones públicos, podendo realizar tanto chamadas locais como de longa distância. Estes cartões contêm um conjunto de créditos pré-pagos para serem usados como forma de pagamento das ligações efetuadas em telefones públicos. Os créditos de telefonia são objetos de circulação relativamente ao seu valor de face, sendo que o preço de venda do cartão é apurado pela quantidade de créditos. Os créditos são vendidos pelas operadoras pelos valores estabelecidos pela ANATEL.*

O autuado apresenta defesa (fls. 13 a 21) e, após demonstrar a tempestividade da impugnação e descrever os fatos, sustenta que a exigência fiscal é indevida, conforme relatado a seguir.

Preliminarmente, o suscita a decadência dos créditos referentes às parcelas anteriores a 02/08/05, pois considera que, por ser o ICMS um imposto sujeito ao lançamento por homologação, a contagem do prazo decadencial se faz a partir da ocorrência dos fatos geradores, nos termos do art. 150, §4º, do Código Tributário Nacional (CTN). Diz que, como só foi notificado do lançamento em 02/08/10, o crédito tributário referente ao período anterior a agosto de 2005 já está abrangido pela decadência e portanto, não mais pode ser exigido.

Explica que, quando ocorre o pagamento antecipado do tributo, a contagem do prazo decadencial se faz a partir do fato gerador, nos termos do art. 150, § 4º, do CTN, porém, quando não ocorre o recolhimento, o termo inicial será o primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, ao teor do art. 173, I, do CTN. Diz que esse entendimento já está pacificado no STJ, conforme jurisprudência que transcreve. Sustenta que o caso em comento se enquadra na hipótese prevista no art. 150, § 4º, do CTN, uma vez que ocorreu “o pagamento a menor do crédito tributário”, bem como não houve dolo, fraude ou simulação.

No mérito, assevera que a autuação não procede, pois a fiscalização não apresentou indícios de que o autuado tenha comercializado esses referidos cartões telefônicos. Diz que é incontroverso que os cartões efetivamente deram entrada no seu estabelecimento, porém afirma que esses bens perderam-se por extravio, consumo interno (testes, amostragens etc.), por danos no armazenamento e outras causas, que podem, ainda, incluir eventuais furtos. Diz que os cartões telefônicos constituem bens de difícil controle, sendo comum que expressivas quantidades terminem se perdendo, antes de alcançarem o consumidor final. Destaca que, por inexistir prova de que esses cartões foram comercializados, não há como se exigir o ICMS em questão, haja vista a inocorrência do respectivo fato gerador.

Salienta que eventuais irregularidades constatadas pelo fisco, especialmente formalidades atinentes à apresentação de registros de controle de baixa de estoque, não podem ensejar a cobrança de imposto, mas sim, de mera multa por descumprimento de obrigação acessória.

Requer a realização de perícia, para verificar se houve prestação de serviços de comunicação, mediante cartões indutivos, sem a escrituração dos documentos fiscais. Apresenta quesitos a serem respondidos e indica seu perito.

Ao finalizar sua defesa, o autuado solicita que o Auto de Infração seja cancelado e que o correspondente crédito tributário seja extinto. Solicita que as publicações sejam feitas no nome de Eduardo Fraga, OAB/BA 10.658.

As autuantes prestam informação fiscal às fls. 54 a 62 e, inicialmente, explicam que o autuado é uma concessionária de serviço público de comunicação, que tem como objeto a prestação onerosa de serviço de comunicação e que pratica, com habitualidade, a comercialização de cartões telefônicos indutivos para utilização nos terminais de uso público. Ressaltam que, para fins de incidência do ICMS, esses cartões não são considerados como mercadorias, ou seja, não é a operação de venda dos próprios cartões que é tributada pelo ICMS, mas sim a prestação de serviço de comunicação através do cartão telefônico. Informam que o Auto de Infração foi lavrado em razão de ter sido constatado, por meio de levantamento quantitativo de estoque, que no exercício de 2005, o autuado deu saída a créditos de cartões telefônicos indutivos sem a respectiva emissão da nota fiscal de serviços de telecomunicações e, consequentemente, deixou de recolher o ICMS referente a prestações de serviço de comunicação, infringindo o instituído no inciso I do §2º do art. 4º, do RICMS-BA, aprovado pelo Decreto 6.284/97.

Quanto à decadência suscitada na defesa, as autuantes afirmam que o Código Tributário do Estado da Bahia (COTEB), instituído pela Lei nº 3.956/81, atendendo ao que estabelece o parágrafo § 4º do artigo 150 do CTN, fixou o prazo de homologação como sendo de cinco anos em seu artigo 28, § 1º. Dizem que a arguição de decadência não procede, pois o lançamento fiscal é referente a operações ocorridas no período de janeiro a dezembro de 2005, tendo o autuado sido notificado do início da ação fiscal em 22/03/10 (fl. 6) e da lavratura do Auto de Infração em 02/08/10. Enfatizam que, desse modo, foram rigorosamente cumpridos os prazos previstos no art. 28, § 1º, do COTEB, e no art. 965 do RICMS-BA.

No mérito, explicam que a infração foi apurada mediante levantamento quantitativo de estoques por espécies de mercadorias (cartões telefônico), no exercício fechado conformidade com o artigo 936 do RICMS-BA e com a Portaria 445/98. foi efetuado com base nas notas fiscais de entradas e saídas de c

arquivos magnéticos, e do livro Registro de Inventário. Discorrem sobre a fórmula empregada no levantamento quantitativo de estoque, o qual está demonstrado nos Anexos 1, 2 e 3, constantes no CD anexado à fl. 9 dos autos.

Destacam que a diferença das quantidades das saídas de mercadorias, apurada mediante levantamento quantitativo de estoque realizado com base em dados constantes nos arquivos magnéticos previstos no Convênio ICMS 57/95 e no livro Registro de Inventário, constitui comprovação suficiente da realização de operações sem a emissão da documentação fiscal exigível, conforme previsto no artigo 4º da Portaria 445/98.

Mencionam que, caso os cartões tivessem sido extraviados, danificados, consumidos internamente ou furtados, o autuado deveria ter emitido nota fiscal para dar baixa em seu estoque, utilizando o CFOP (código fiscal de operação e prestação) correspondente.

Afirmam que a realização de perícia é desnecessária, pois o levantamento quantitativo foi baseado em arquivos magnéticos e livros fiscais fornecidos pelo próprio contribuinte, de forma que os peritos trabalhariam com a mesma documentação utilizada pela fiscalização e chegariam aos mesmos resultados.

As autuantes solicitam que o Auto de Infração seja julgado procedente.

VOTO

Inicialmente, saliento que não há nos autos qualquer indício de cerceamento do direito de defesa e do contraditório, nem ofensa ao princípio do devido processo legal, uma vez que o procedimento fiscal não violou as disposições legais pertinentes, a infração foi descrita de forma clara e precisa, a apuração da irregularidade está embasada em demonstrativos, cujos dados foram extraídos de arquivos magnéticos e de livros fiscais do próprio sujeito passivo, tendo sido determinados, com segurança, a infração e o infrator. Além do que, o autuado impugnou o lançamento, demonstrando ter pleno conhecimento dos fatos arrolados na acusação fiscal que originou a lavratura do presente Auto de Infração.

O autuado alega que o direito de a Fazenda Pública Estadual constituir o crédito tributário referente aos fatos geradores ocorridos até 02/08/10, data em que tomou ciência do Auto de Infração, já está decaído. Assevera que, por ser o ICMS um imposto lançado por homologação, a contagem do prazo decadencial se faz a partir da data da ocorrência do fato gerador, nos termos do art. 150, §4º, do CTN. Também afirma que não agiu com dolo, fraude ou simulação.

Com o devido respeito, divirjo da tese defendida pelo autuado, pois 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).

A homologação tácita, prevista no art. 150, § 4º, do CTN, só ocorre quando o imposto devido é lançado pelo sujeito passivo e pago dentro das condições previstas na legislação tributária. No caso em comento, os valores que estão sendo cobrados foram apurados mediante uma auditoria de estoque, a qual detectou saídas de cartões telefônicos sem a emissão da correspondente documentação fiscal. Desse modo, no caso em tela, não houve o lançamento por homologação e, portanto, não se pode aplicar o previsto no art. 150, § 4º, do CTN, como pleiteia o autuado.

Para os fatos geradores ocorridos durante o exercício de 2005, a Fazenda Pública tinha até o dia 31/12/10 para constituir o crédito tributário. No caso em tela, o cré

27/07/10, quando foi encerrado o procedimento fiscal com a lavratura do Auto de Infração., tendo sido o autuado notificado do lançamento em 02/08/10. Portanto, não houve a alegada decadência.

A realização de perícia – exame realizado por um técnico ou pessoa habilitada dotada de conhecimentos especializados sobre a matéria – destina-se a fornecer ao julgador subsídios para o deslinde de pontos controversos, sendo que o julgador não fica obrigado a decidir a lide segundo esses subsídios. A realização de perícia é, portanto, um procedimento destinado a atender uma necessidade que venha a ter o julgador. Quando o julgador entende que já possui elementos suficientes para proferir a sua decisão, o indeferimento do pedido de perícia não acarreta cerceamento de defesa.

No caso em tela, ao confrontar os argumentos trazidos na defesa com o Auto de Infração e seus anexos, considero que já estão presentes nos autos todos os elementos suficientes para se decidir a matéria em análise. Dessa forma, com fulcro no artigo 147, inciso II, alíneas “a” e “b”, do RPAF/99, indefiro o pedido de realização de perícia.

Quanto ao pedido do autuado para que as intimações relativas ao presente processo sejam encaminhadas ao subscritor da peça defensiva, ressalto nada obstar que seu pleito seja atendido e que o órgão competente da Secretaria da Fazenda envie as intimações e demais comunicações concernentes ao andamento deste processo para o endereço requerido. Saliento, no entanto, que o não atendimento a essa solicitação não caracteriza nulidade do Auto de Infração, uma vez que as situações previstas para intimação ou ciência da tramitação dos processos ao contribuinte estão disciplinadas no art. 108 do RPAF/99.

Adentrando no mérito da lide, observo que o autuado foi acusado de ter deixado de recolher ICMS referente a prestações de serviços de comunicação não escrituradas nos livros fiscais próprios, tendo sido essa irregularidade apurada mediante a realização de levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias (cartões telefônicos) no exercício de 2005.

Em sua defesa, o autuado argumenta que não há provas de que tenha comercializado os referidos cartões telefônicos. Sustenta que os cartões podem ter sido extraviados, consumidos internamente, danificados e, até mesmo, furtados.

Os demonstrativos que compõem o levantamento quantitativo de estoques de cartões telefônicos, acostado ao processo em CD-ROM (fl. 9), atestam a existência de diferenças nas quantidades das saídas de cartões telefônicos durante o exercício de 2005. Esses demonstrativos foram elaborados com base em informações prestadas pelo próprio autuado por meio de arquivos magnéticos, bem como em dados obtidos do livro Registro de Inventário. Dessa forma, a omissão de operações de saídas de cartões telefônicos está comprovada.

Conforme o entendimento pacificado neste CONSEF e o previsto no artigo 4º da Portaria 445/98, a diferença das quantidades de saídas de mercadorias, apurada mediante levantamento quantitativo de estoques, constitui comprovação suficiente da realização de operações sem emissão da documentação fiscal exigível.

Se essa diferença apurada no levantamento quantitativo foi decorrente de perda, extravio, furto, consumo interno ou transferência, o autuado deveria ter comprovado esse fato com a apresentação da nota fiscal correspondente, o que não foi feito. Nesse ponto, se faz oportuno registrar que no presente lançamento tributário de ofício não está sendo cobrado imposto em decorrência de descumprimento de formalidades no registro de baixa de estoques, como tenta fazer crer a defesa, mas, sim, em virtude da realização de operação de saída de cartão telefônico sem a emissão da devida documentação fiscal e, em consequência, da falta de pagamento do ICMS correspondente à prestação do serviço de comunicação.

Pelo acima exposto, a infração imputada ao autuado subsiste integralmente.

ACÓRDÃO JJF Nº 0388-01/10

Created with

Voto, portanto, pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 279468.0007/10-9, lavrado contra **TELEMAR NORTE LESTE S/A**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$1.665.917,01**, acrescido da multa de 70%, prevista no art. 42, inc. III, da Lei nº 7014/96 e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 10 de dezembro de 2010.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – RELATOR

VALMIR NOGUEIRA DE OLIVEIRA – JULGADOR