

A. I. N° - 274068.0011/10-7
AUTUADO - STEMAR TELECOMUNICAÇÕES LTDA.
AUTUANTES - EDINALDO A. PAIVA, CRYSTIANE M. BEZERRA e PAULO R. CAMPOS MATOS
ORIGEM - IFEP SERVIÇOS
INTERNET - 08.04.2011

4^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0068-04/11

EMENTA: ICMS. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. **a)** OPERAÇÃO TRIBUTADA CONSIDERADA COMO NÃO TRIBUTADA; **b)** OPERAÇÃO TRIBUTADA NÃO ESCRITURADA, **c)** OPERAÇÃO TRIBUTADA RECOLHIDA A MENOS. Apesar de o contribuinte não ter adentrado no mérito, há de se ressaltar 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. Infrações subsistentes. Rejeitada a preliminar de decadência. As multas aplicadas são as legalmente previstas para as infrações cometidas. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 30.08.2010, refere-se à exigência de ICMS no valor de R\$ 130.288,39, relativo ao exercício de 2005, em razão da constatação das seguintes irregularidades:

Infração 01 - Falta de recolhimento do ICMS, no valor de R\$ 103.027,34, na prestação de serviço de comunicação por escrituração de valores tributados como não tributados. Foi consignado ainda que, o contribuinte deixou de recolher ICMS sobre serviços de comunicações tributados e considerados pelo contribuinte como não tributados. Os valores foram lançados nos livros de saída na coluna de isentos e não tributados. Os dados foram fornecidos pelo contribuinte através dos arquivos estabelecidos nos Convênios 57/96 e 115/03. Tudo conforme os anexos I-A e I-B que fazem parte deste Auto de Infração e cujas cópias foram entregues ao contribuinte.

Infração 02 - Falta de recolhimento do ICMS, no valor de R\$ 12.656,52, na prestação de serviço de comunicação por escrituração de valores tributados como não tributados. Foi consignado ainda que, o contribuinte deixou de recolher ICMS sobre serviços de comunicações prestados através de cartão telefônico tributado que é considerado pelo contribuinte como não tributado. Os valores foram lançados nos livros de saída na coluna de isentos e não tributados. Os dados foram fornecidos pelo contribuinte através dos arquivos estabelecidos no Convênio 57/96. Tudo conforme o anexo 2, que faz parte deste Auto de Infração e cuja cópia foi entregue ao contribuinte.

Infração 03 – Deixou de recolher o ICMS, no valor de R\$ 3.750,00, no prazo regulamentar referente a prestações de serviço de comunicação não escriturados nos livros fiscais próprios. Foi consignado ainda que, o contribuinte emitiu a Nota Fiscal nº 1272 de simples faturamento vinculada a Nota Fiscal nº 1271 de remessa, onde consta o destaque de imposto. A NF 1272 foi lançada no livro de Registro de Saída nº 5, página 12, sem incidência de imposto e a NF 1271 não foi lançada. Tudo conforme Anexo 3, que faz parte deste Auto de Infração e cuja cópia foi entregue ao contribuinte.

Infração 04 – Recolheu a menor o ICMS, no valor de R\$ 10.308,75, relativo a prestação de serviços de comunicação. Foi consignado ainda que, o contribuinte lançou ICMS sobre a prestação de serviço de comunicação em valores menores que o devido. O valor da base de cálculo da NF 1799 é de R\$ 40.950,00 (soma dos itens) e o ICMS destacado é de R\$ 10.237,50, com alíquota de 25%. No

livro de Saída a NF 1799 foi lançada com base de cálculo de R\$ 4.950,00 e o imposto debitado de R\$ 1.023,75, com alíquota de 25%. Sendo a alíquota de ICMS de prestação de serviço de comunicação de 27%, o contribuinte recolheu separadamente no campo outros débitos do livro de Apuração 2% complementar sobre a base de cálculo de R\$ 4.950,00. O valor correto do imposto devido da NF 1799 é de R\$ 11.056,50, considerando a base de cálculo de R\$ 40.950,00 e a alíquota de 27%. Porém só foi recolhido R\$ 1.122,75, gerando um valor a recolher de R\$ 9.933,75. Já o imposto do item 3 da NF 40 no valor de R\$ 375,00 não foi recolhido conforme demonstrativo no anexo 4. Tudo conforme anexo 4, que faz parte deste Auto de Infração e cuja cópia foi entregue ao contribuinte.

Infração 05 – Deixou de recolher o ICMS, no valor de R\$ 545,78, em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas. O contribuinte deu saída de aparelho de telefone para pessoa física, sem destaque de ICMS, através da NF 12.185. Tudo conforme anexo 5, que faz parte deste Auto de Infração e cuja cópia foi entregue ao contribuinte.

A Claro S/A, sucessora por incorporação da autuada, através de seu advogado devidamente habilitado, apresenta tempestivamente sua defesa, às fls. 69 a 87 dos autos, onde aduz que tem como objeto social a implantação, operação e prestação de serviços de telecomunicações, no Brasil e no exterior, compreendendo, ainda, a compra, a venda, a locação, a cessão de uso de meios e equipamentos a qualquer título, a importação e a exportação de equipamentos e outros produtos, bem como a prestação de serviços correlatos. Em seguida, após discorrer sobre a acusação fiscal, salienta que os valores exigidos não são devidos, uma vez que:

- a) Nos termos do art. 150, § 4º, do CTN operou a decadência de parte dos créditos exigidos, referente aos períodos compreendidos entre janeiro e agosto de 2005, homologando, tacitamente, os valores recolhidos e extinguindo-se o crédito tributário, nos termos do art. 156, VII, do CTN. Cita doutrina, legislação e jurisprudência (inclusive Acórdão CJF nº. 0012-11/10, deste CONSEF);
- b) Há ilegalidade para exigência da multa aplicada contra a defendant por suposta infração praticada por Stemar Telecomunicações Ltda., visto que a aplicação da multa se deve em razão das supostas infrações praticadas pela empresa sucedida, quando ainda desempenhava suas atividades, antes de ser incorporada pela BCP S/A, antiga denominação da defendant, conforme previsto no art. 132 do CTN, o qual estabelece a responsabilidade apenas pelos tributos devidos. Destaca que não há que se falar na exigência de multa contra suposta infração não praticada pela defendant, inclusive porque se trata de exigência de caráter sancionatório, pessoal e subjetivo. Cita jurisprudência.
- c) Na remota hipótese de o lançamento fiscal não ser integralmente cancelado, argúi a inaplicabilidade das multas autuadas em razão de seu caráter confiscatório, devendo imperar a proporcionalidade entre as supostas infrações e as aplicações das multas correspondentes. Cita doutrina e jurisprudência.

Diante do exposto, requer que as intimações relativas ao presente feito sejam realizadas exclusivamente em nome do advogado Marcelo Neeser Nogueira Reis.

Os autuantes, na informação fiscal às fls. 108 a 116 dos autos, quanto à alegação de que operou a decadência de parte dos créditos exigidos, salientam que o § 4º do art. 150 do CTN dispõe que será de cinco anos o prazo a contar da ocorrência do fato gerador, para que a Fazenda Pública se pronuncie, considerando-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, *se a lei não fixar prazo à homologação*. Ressaltam que o Estado da Bahia estipulou o prazo de homologação, através da Lei nº. 3.956/81, considerando, em seu art. 28, § 1º, ocorrida a homologação tácita do lançamento, após cinco anos, contados a partir de 1º de janeiro do ano seguinte ao da efetivação do lançamento pelo contribuinte, prazo este também previsto no art. 965, I, do RICMS, aprovado pelo Decreto nº. 6.284/97.

Concluíram os autuantes que não tem cabimento a alegação do autuado de que os créditos existentes de janeiro a agosto de 2005 encontram-se extintos, uma vez que o lançamento fiscal foi efetuado em 01/09/20010 (30/08/2010), logo, dentro do prazo previsto no Código Tributário da Bahia.

Por fim destacam que, quanto a decisão da 1ª CJF do CONSEF/BA, através do Acórdão CJF nº 0012-11/10, citado pela defendant, no sentido de que considera o prazo decadencial de 5 anos a contar da ocorrência do fato gerador, na realidade, esse acórdão considerou o auto de infração improcedente devido ao mérito e não acatou o voto do relator com relação ao prazo decadencial.

Inerente à alegada ilegalidade da exigência da multa aplicada contra a defendant por supostas infrações praticadas por Stemar Telecomunicações Ltda., os autuantes sustentam não proceder, porque o Auto de Infração foi lavrado contra a Stemar Telecomunicações Ltda e não contra a impugnante (sucessora). Salientam que, conforme mencionado na defesa de que a Stemar Telecomunicações Ltda foi sucedida, em 31 de dezembro de 2005, pela BCP S/A, antiga denominação da defendant, os autuantes ressaltam que no Estado da Bahia, a inscrição estadual de nº 59.805.850 da Stemar Telecomunicações Ltda, ainda não foi baixada, visto que se encontra suspenso o processo da baixa, portanto não se pode falar em ilegalidade.

No tocante à alegação da inaplicabilidade da multa em razão de seu caráter confiscatório, defendem os autuantes não prosperar, pois as referidas multas de 60% e 70% estão estabelecidas na Lei nº. 7.014/96, no art. 42, incisos II, “a”, e III, portanto, dentro da legalidade.

Por fim, aguardam que o Auto de Infração seja julgado procedente.

Às fls. 119 a 121, constam o pagamento, em espécie, do valor de R\$ 4.107,61, mais acréscimos moratórios de R\$ 2.356,45 e da multa de R\$ 1.601,96, perfazendo o montante recolhido de R\$ 8.066,02, em relação à parte da infração 01.

VOTO

Trata-se de Auto de Infração lavrado, em 30.08.2010, para exigir do sujeito passivo cinco infrações, no montante do ICMS de R\$ 130.288,39, relativo às prestações de serviços de comunicações tributadas, porém escrituradas como não tributadas, ou não escrituradas ou recolhido a menor, no exercício de 2005, conforme demonstrado às fls. 20 a 61 dos autos.

Inicialmente, quanto ao pedido de que as intimações sejam efetuadas exclusivamente em nome do seu advogado, há de se ressaltar que o art. 108 do RPAF, determina que a intimação será feita pessoalmente ao sujeito passivo ou interessado, seu representante ou preposto, como também através de via postal ou por meio eletrônico, independentemente da ordem, ou através de edital publicado no Diário Oficial do Estado, quando não for possível as formas anteriores.

Em seguida, deixo de acatar a preliminar de decadência relativa aos créditos exigidos nos períodos compreendidos entre janeiro e agosto de 2005, pois decorrente da previsão legal contida no § 4º do artigo 150 do CTN, o qual dispõe que “*Se a lei não fixar prazo à homologação, será ele de 5 (cinco) anos, a contar da ocorrência do fato gerador...*”, a legislação pertinente no Estado da Bahia, insita no § 1º do art. 28 da Lei. nº. 3.956/81 (Código Tributário do Estado da Bahia – COTEB), fixou o *primeiro dia do exercício seguinte ao da ocorrência da hipótese tributária de incidência como o momento a partir do qual se iniciaria a contagem do prazo decadencial para constituição do respectivo crédito tributário*. Assim, quando da lavratura do Auto de Infração, em 30.08.10, não havia operado a decadência do direito de a Fazenda Estadual constituir o crédito tributário relativo aos fatos geradores do exercício de 2005. Este é o entendimento atual do CONSEF, conforme podemos comprovar, inclusive através do Acórdão CJF 0012-11/10, trazido aos autos pelo próprio autuado.

No tocante à suposta ilegalidade para exigência da multa aplicada contra a defendant (Claro S/A), na condição de sucessora, por suposta infração praticada por Stemar Telecomunicações Ltda, sucedida, corrobora com o entendimento dos autuantes de que não procede tal alegação, pois o Auto de Infração foi lavrado contra a Stemar Telecomunicações Ltda, inscrição estadual de nº 59.805.850, haja vista que a referida empresa Stemar Telecomunicações Ltda, ainda não foi baixada do Cadastro de Contribuinte do Estado da Bahia.

Por fim, inerente à alegação de que as multas aplicadas são de caráter confiscatório, também comungo com a tese dos autuantes de que as multas aplicadas são as legalmente previstas para as infrações cometidas.

Apesar de o defensor não ter adentrado no mérito das infrações, há de se ressaltar que o art. 2º, III, da Lei Complementar nº. 87/96 definiu como sujeitas ao ICMS as prestações onerosas de serviço de comunicação. Tal previsão está também contida no art. 1º, III, c/c o art. 2º, VII, da Lei nº. 7.014/96, além do art. 1º, § 2º, VII, do RICMS/97, os quais prevêem 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. Por outro lado, o § 4º do art. 4º do RICMS/97, dispõe que 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 complementares e facilidades adicionais que otimizem ou agilizem o processo de comunicação, independentemente da denominação que lhes seja dada.

Diante do exposto, voto **PROCEDENTE** o Auto de Infração, devendo homologar-se os valores já recolhidos (fls. 119/121).

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **274068.0011/10-7**, lavrado contra **STEMAR TELECOMUNICAÇÕES LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 130.288,39**, acrescido das multas de 60% sobre R\$ 126.538,39 e 70% sobre R\$ 3.750,00, previstas, respectivamente, no art. 42, incisos II, “a”, e III da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo homologar-se os valores recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 25 de março de 2011.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE

FERNANDO A. B. DE ARAÚJO – RELATOR

PAULO DANILO REIS LOPES - JULGADOR