

A. I. Nº - 269135.0001/11-4
AUTUADO - TIM NORDESTE S/A
AUTUANTES - JOSÉ MARIA B. COSTA, GILSON DE A. ROSA JUNIOR e ROSALVO R. VIEIRA FILHO
ORIGEM - IFEP SERVIÇOS
INTERNET - 10.02.2012

4^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0006-04/12

EMENTA: ICMS. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO. BASE DE CÁLCULO. ERRO NA DETERMINAÇÃO. OPERAÇÃO TRIBUTADA CONSIDERADA COMO NÃO TRIBUTADA. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. O ICMS incide sobre as prestações onerosas de serviços de comunicação, por qualquer meio, inclusive a geração, emissão, recepção, transmissão, retransmissão, repetição e ampliação de qualquer natureza. Estão compreendidos no campo de incidência os serviços cobrados a título de acesso, adesão, ativação, habilitação, disponibilidade, assinatura e utilização, bem como os assim chamados complementares ou facilidades adicionais, que agilizem ou otimizem o processo de comunicação, independentemente da denominação que lhes seja dada. Infração parcialmente elidida após revisão fiscal, que retirou dos demonstrativos as operações já tributadas ou não sujeitas ao ICMS. Rejeitada a preliminar de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Auto de Infração, lavrado no dia 05/08/2011, para exigir ICMS no valor de R\$ 646.803,06, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a” da Lei nº 7.014/96, sob a acusação de falta de recolhimento do imposto, por escrituração de valores tributados como não tributados, haja vista que o sujeito passivo teria deixado de tributar serviços de telecomunicações oferecidos a seus clientes, qualificados pelos autuantes como contribuintes não isentos.

Através de advogado regularmente constituído (substabelecimentos às fls. 65/66), a sociedade empresária TIM CELULAR S/A ingressa com impugnação às fls. 38 a 62, na qualidade de sucessora por incorporação.

Após aduzir a tempestividade da peça e transcrever a acusação, afirma que o lançamento não deve prosperar.

Inicialmente, suscita preliminar de nulidade, pois, a seu ver, em afronta ao art. 142, CTN, não foi identificado o fato gerador, tampouco demonstrada a materialização da hipótese de incidência, vício que prejudicou o seu direito à ampla defesa.

Segundo alega, os fiscais não se preocuparam em identificar os lançamentos nas NFST [sigla não especificada], a fim de confirmar se os mesmos efetivamente diziam respeito a fatos sujeitos à tributação pelo ICMS, limitando-se simplesmente a somar todos os valores a débito, com o fim de constituir a base de cálculo, o que argumenta com base em decisões administrativas, doutrina e no Convênio ICMS 115/2003, Anexo Único, item 6.2.3.2 (fl. 45).

A análise completa nas NFST somente é possível em meio físico. Assim é que os autuantes deveriam ter observado as suas primeiras vias, ainda que por amostragem, juntamente com a escrita contábil (Livro Razão e Balancetes), elementos que se prestam a identificar a natureza e as rubricas das receitas.

Pondera que em nenhum momento foi intimado para apresentar livros e documentos, fiscais ou contábeis.

No mérito, sustenta que a cobrança recai sobre atividades meio e serviços suplementares (que não se confundem com os serviços de telecomunicações), aplicativos e softwares, comercialização de mercadorias e multas.

Em seguida, passa a pormenorizar cada um desses itens, como atividades meio e serviços suplementares, que são, por exemplo, auxílio à lista telefônica (serviço de informação, e não de comunicação: discagem 102), alterações de números, assinatura mensal durante suspensão (manutenção do número durante determinado período), habilitação, bloqueio etc.

Destaca que impetrou mandado de segurança em **face do Estado** da Bahia, de número 0001542-92.2010.805.0000-0, objetivando o reconhecimento do seu direito de não ser submetido à exigência do imposto estadual (ICMS), em decorrência do desenvolvimento de atividades meio e serviços suplementares, cuja liminar foi concedida (fl. 52 e documentos 03 e 04).

Com o desenvolvimento dos serviços de telefonia, em especial em virtude da possibilidade de conexão à Internet diretamente dos aparelhos telefônicos, passou a conceder aos usuários o acesso a aplicativos e softwares, a serem utilizados com tal fim (vídeos, músicas, imagens, “ringtones”, jogos etc.). Tais conteúdos são adquiridos pelos clientes junto às empresas distribuidoras, cabendo ao autuado o papel de intermediação de acesso, através da prestação de serviços de dados.

O “download” desses softwares e aplicativos (que não se confunde com a sua disponibilização) – por ser serviço de telecomunicação – é devidamente submetido à incidência do tributo, registrado em itens específicos das NFST, e não naqueles acima mencionados.

Prosegue aduzindo que promove a comercialização de aparelhos telefônicos, além de “chips”, “simcards” e “smartcards”, emitindo a correspondente nota fiscal, na qual há o destaque do ICMS, recolhido em favor do Estado. Ocorre que, em alguns casos, há vendas parceladas ou cobranças futuras, que constam das NFST emitidas para os clientes, e, consequentemente, dos arquivos digitais previstos no sobredito Convênio. Considerando que, por ocasião da venda da mercadoria, promoveu o recolhimento do imposto, é claro que, quando da emissão da NFST para registro da cobrança, a respectiva quantia não deve ser novamente submetida à tributação.

Realiza também a cobrança de multas e juros por meio das NFST, quando, por exemplo, das rescisões contratuais, que não são serviços de telecomunicações e não se sujeitam ao ICMS.

Por fim, cita os ajustes, que servem para adequar os valores das faturas aos efetivamente devidos pelos usuários. Há casos em que o cliente reclama cobranças efetuadas a maior, hipóteses em que – após apuração – são registrados em favor dos mesmos, na (s) próxima (s) NFST, valores a título de “ajuste chamadas”, “ajuste mensalidades / franquias” e “ajuste base de cálculo de impostos”, o que não pode provocar nova incidência tributária.

Por força do art. 132, CTN, no seu entendimento, não cabe a aplicação da multa de 60% contra si, em virtude da incorporação da sociedade autuada pela impugnante, conforme jurisprudência e doutrina que colaciona.

Finaliza fornecendo endereço para correspondências, requerendo a nulidade ou improcedência do Auto de Infração e o cancelamento da multa.

Na informação fiscal, de fls. 100 a 104, os autuantes, além de manifestarem discordância quanto aos argumentos relativos ao mandado de segurança e à multa, com juntada de decisão do STJ, ponderam que não houve cerceamento de direito de defesa, uma vez que a conduta ilícita está expressamente designada no corpo da peça inicial.

Com referência ao mérito, asseveraram que os estados signatários do Convênio ICMS 115/2003 firmaram entendimento no sentido de que devem ser incluídos na base de cálculo os valores cobrados a título de adesão, acesso, ativação, habilitação, disponibilidade, assinatura e utilização

de serviços, bem como aqueles concernentes a serviços suplementares e facilidades adicionais que aperfeiçoem o processo de comunicação, independentemente da denominação conferida.

Não obstante isso, consoante planilhas de fls. 105 a 116, retiraram do lançamento as cifras referentes às rubricas “ASSINATURA MENSAL DURANTE SUSPENSÃO TEMP”, “TIM CHIP PDV”, “COBRANÇA ÚNICA PARCELA TIM CHIP”, “COBRANÇA TIM CHIP”, “RESCISÃO CONTRATUAL”, “PARCELAMENTO PROMOCIONAL” e “DOAÇÃOES”. Desse modo, a exigência fiscal foi modificada de R\$ 646.803,06 para R\$ 581.156,00 (fl. 116).

Devidamente intimado (fl. 116-A), o impugnante se manifesta às fls. 118 a 121, reiterando as razões e os argumentos defensivos, em especial os atinentes à penalidade, isso porque, quando determinado crédito tributário encontra-se com sua exigibilidade suspensa, por força de decisão judicial, ainda que seja facultado ao fisco constituir o crédito, não se pode aplicar multa, já que o não recolhimento se deu em virtude de autorização do Poder Judiciário.

VOTO

Não têm amparo fático ou jurídico os argumentos relativos aos pressupostos de validade do procedimento fiscal, pois os autuantes expuseram com clareza a fundamentação de fato e de direito, descrevendo no corpo da peça inicial o ilícito tributário, fundamentando com a indicação dos documentos e demonstrativos, bem como de seus dados e cálculos, assim como indicaram o embasamento jurídico.

Igualmente, não foi identificada cobrança em duplicidade, violação ao princípio do devido processo legal ou a quaisquer outros de direito constitucional, administrativo ou tributário, em especial os do processo administrativo fiscal, tendo sido observada a garantia à ampla defesa e ao contraditório, visivelmente caracterizada nos aspectos abordados na impugnação.

A intimação para apresentação de livros e documentos, que o defendant disse não existir, está juntada à fl. 28 dos autos.

Portanto, fica rejeitada a preliminar de nulidade.

Quanto ao mandado de segurança, de acordo com o entendimento que já se pode reputar pacificado nos tribunais superiores do País, a constituição do crédito estatal não é obstada pela medida judicial, mas sim a sua execução. Coube às autoridades administrativas, para evitar os efeitos da decadência, lançar de ofício, principalmente porque na situação em exame o “*mandamus*” não transitou em julgado.

Nos termos dos arts. 158/159 do RPAF/99, esta Junta não possui atribuição legal para apreciar pedido de cancelamento de multa por descumprimento de obrigação principal. Por outro lado, a responsabilidade por sucessão não é questão em contenda na presente lide, e não deve ser apreciada na instância administrativa, a quem cabe decidir tão somente se o lançamento de ofício é procedente (total ou parcialmente), improcedente ou nulo (inclusive no caso de ilegitimidade passiva, o que não se verifica).

No mérito, os fatos são regidos pelo Convênio ICMS 115/2003, bem como pelos dispositivos legais e regulamentares abaixo citados. O Convênio dispõe sobre a uniformização e disciplina a emissão, escrituração, manutenção e prestação das informações dos documentos fiscais emitidos em via única por sistema eletrônico de processamento de dados para contribuintes prestadores de serviços de comunicação.

Com relação à insurgência contra a incidência do ICMS sobre serviços como atividades suplementares, atividades meio, cessão de softwares ou aplicativos (intermediação na prestação de serviços de dados) etc., não assiste razão à sociedade incorporadora, pois, conforme consignado no Parecer da PGE/PROFIS atinente ao Auto de Infração nº 28108110016/05-1, o art. 2º, III da Lei Complementar nº. 87/1996 definiu como sujeitas ao tributo as prestações onerosas de serviço de comunicação, e não apenas de telecomunicação, subespécie daquele.

A Lei nº. 9.472/1997 (Lei Geral de Telecomunicações) conceituou no caput de seu art. 60 o serviço de telecomunicação: “conjunto de atividades que possibilita a oferta de telecomunicação”, o que demonstra que a prestação em exame não ocorre apenas quando se realiza a telecomunicação propriamente dita, mas abrange até mesmo a sua disponibilização, estendendo-se a todo conjunto de atividades a ela relacionadas, o que implica em computar na base de cálculo do imposto as facilidades e serviços complementares, que as agilizem ou otimizem.

Tal previsão está também contida no art. 1º, III c/c art. 2º, VII da Lei nº. 7.014/96, além do art. 1º, § 2º, VII do RICMS/97, os quais estatuem que o ICMS incide sobre as prestações onerosas de serviços de comunicação, por qualquer meio, inclusive a geração, emissão, recepção, transmissão, retransmissão, repetição e ampliação de qualquer natureza.

Por outro lado, o § 4º do art. 4º do RICMS/97 dispõe que estão compreendidos no campo de incidência do imposto os serviços cobrados a título de acesso, adesão, ativação, habilitação, disponibilidade, assinatura e utilização, bem como os assim chamados complementares ou facilidades adicionais, que agilizem ou otimizem o processo de comunicação, independentemente da denominação que lhes seja dada.

Logo, devem ser incluídos na base de cálculo do imposto alguns dos valores contra os quais o defendant se insurge. Ressalto que o CONSEF vem decidindo neste sentido em processos fiscais similares, dos quais consta o próprio impugnante (ou sua incorporada) na condição de sujeito passivo, a exemplo dos Acórdãos 142-11/04 e 167-12/04.

Relativamente às rubricas “ASSINATURA MENSAL DURANTE SUSPENSÃO TEMP”, “TIM CHIP PDV”, “COBRANÇA ÚNICA PARCELA TIM CHIP”, “COBRANÇA TIM CHIP”, “RESCISÃO CONTRATUAL”, “PARCELAMENTO PROMOCIONAL” e “DOAÇÕES”, agiram com acerto os autuantes quando as retiraram do lançamento, seja porque algumas delas referem-se a operações já tributadas, seja porque outras não se sujeitam ao campo de incidência do ICMS.

Acato o levantamento de fl. 116, elaborado pelos auditores, de modo que a exigência fiscal reste alterada de R\$ 646.803,06 para R\$ 581.156,00.

Infração parcialmente elidida.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, no montante de R\$ 581.156,00.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **269135.0001/11-4**, lavrado contra **TIM NORDESTE S/A**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 581.156,00**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Esta Junta recorre de ofício da decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a”, item 01 do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/00, com efeitos a partir de 10/10/2000.

Sala das Sessões do CONSEF, 26 de janeiro de 2012.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE

PAULO DANILLO REIS LOPES – RELATOR

JORGE INÁCIO DE AQUINO - JULGADOR