

PROCESSO - A. I. Nº 269135.0008/11-9
RECORRENTE - TIM NORDESTE S/A.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JJF nº 0136-01/12
ORIGEM - IFEP SERVIÇOS
INTERNET - 10/07/2013

2^a CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0196-12/13

EMENTA: ICMS. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO. SERVIÇO DE TELECOMUNICAÇÃO. FALTA DE RECOLHIMENTO. OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS ESCRITURADAS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. CONTRIBUINTES NÃO ISENTOS. Restou comprovado o efetivo registro de operações tributáveis prestadas a contribuintes como se tivessem sido prestadas a órgãos públicos, não tributáveis. Infração subsistente. Não acolhida a preliminar de nulidade da Decisão de primeiro grau. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVÍDO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Cuidam os autos de Recurso Voluntário interposto contra a decisão da 1^a Junta de Julgamento Fiscal, pela Procedência do presente Auto de Infração, lavrado em 25/10/2011 para exigir o ICMS de R\$333.649,68, acrescido da multa de 60%, em decorrência da falta de recolhimento do imposto nas prestações tributáveis de serviços de comunicação escriturados como não tributáveis, nos meses de janeiro a julho de 2010.

Consta, ainda, que “*devido a não tributação pelo ICMS de Serviços de Comunicação para clientes diversos, CONTRIBUINTE NÃO OFERECEU A TRIBUTAÇÃO DIVERSAS RECEITAS DE TELECOMUNICAÇÕES ORIUNDAS DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS A CONTRIBUINTES NÃO-ISENTOS, conforme lançado nos registros magnéticos entregues a fiscalização conforme determina Convênio ICMS 115/03. Sendo a base cálculo do imposto determinada conforme art. 52 do RICMS Dec. 6284/97. Tudo apurado conforme Anexos e os respectivos registros magnéticos na forma do Convênio 115/03, todos apensos a este PAF. Ressalte-se que não foram anexados ao PAF os demonstrativos com a totalidade dos dados devido ao seu grande volume, entretanto anexamos ao PAF um CD com os dados gravados em planilha Excel onde encontram-se a totalidade dos dados que deram origem às planilhas resumo mensal que estão anexas a este PAF*”.

A Junta de Julgamento Fiscal dirimiu a lide da seguinte forma:

Cuida o presente Auto de Infração da falta de recolhimento do imposto na prestação de serviço de comunicação por escrituração de valores tributáveis como não tributáveis.

O impugnante se insurge da acusação indicando, inicialmente, uma diferença de R\$83.828,69 por ele detectada, ao examinar os valores dos serviços autuados, em seguida, ao abordar o mérito da acusação alega que os serviços sobre os quais recai a acusação fiscal decorreram de serviços prestados para órgãos públicos, motivo este pelo qual deixou de cobrar o imposto, em razão da isenção prevista na legislação. Discorrendo extensivamente acerca da imunidade intergovernamental recíproca, reproduzindo fragmentos de posições doutrinárias sobre a matéria, bem como dispositivos constitucionais e infraconstitucionais para corroborar com sua tese.

Constatou nos autos que o contribuinte recebeu em meio magnético todos os demonstrativos de apuração e de débito que fundamentam e quantificam discriminadamente a origem da base de cálculo, fl. 19. Além do que, verifico também que, em sede de defesa, não foi questionado em momento algum pelo sujeito passivo qualquer obscuridade ou dificuldade de avaliar o teor da acusação ou quanto fora apurado na ação fiscal desenvolvida.

Mesmo com a planilha acostada à fl. 563, não tem como prosperar a diferença R\$83.828,69, apontada pelo

autuado. Eis que, nela somente constam divergências, indicadas através de mero comparativo mensal do “Total das Saídas Isentas + Não Tributadas”, por ele apuradas em relação aos valores constantes do Auto de Infração, fl.06, sem identificar a origem, e muito menos carrear aos autos as documentações que geraram as possíveis divergências. Assim, fica patente a fragilidade da alegada diferença, incapaz, portanto, para macular a certeza dos montantes apurados pela fiscalização, haja vista que se originaram de planilha analítica com dados discriminados e individualizados das operações, advindos de arquivos magnéticos fornecidos pelo próprio sujeito passivo. Caberia ao autuado fazer acompanhar a sua planilha de dados analíticos demonstrando cada uma das falhas ou omissões que resultou na diferença por ele indicada. Sem a efetiva comprovação de inconsistência ou incorreção pontualmente identificada, não é possível contraditar de forma inequívoca os valores apurados.

No que tange a alegação de que os serviços de comunicação, objeto do Auto de Infração, foram prestados a órgãos públicos, constato que não tem pertinência alguma, uma vez que ficou claramente demonstrado pelos autuantes, ao prestarem à Informação Fiscal, na planilha acostadas às fls. 284 a 528, que nenhuma das prestações de serviços arroladas no levantamento fiscal foram tomadas por órgão público. Então, resta evidenciado nos autos que, por total ausência de fundamento, não subsiste a tese defensiva, remanescente devidamente comprovado o correto procedimento adotado pelos autuantes que resultou na lavratura do Auto de Infração.

Com fundamento no art. 147, I, do RPAF/BA, indefiro o pedido de diligência requerida pelo autuado com a finalidade de identificar as fatura e serviços que motivaram a autuação e comprovar que o ICMS foi recolhido, tendo em vista que a planilha apresentada pelos autuantes as fls. 284 a 528, suprem essa lacuna e não foi refutada pelo sujeito passivo.

Diante do exposto, verifica-se que, ao contrário do que alega o defendente os serviços de comunicação arrolados no presente Auto de Infração não foram prestados a órgãos públicos, e sim a pessoas físicas, portanto, resta caracterizada a infração.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

Inconformado com o julgado de Primeira Instância, o sujeito passivo interpôs Recurso Voluntário, inicialmente informando que é uma empresa prestadora de serviços de telecomunicação, especificamente, de telefonia celular.

Preliminarmente, suscita a nulidade da Decisão recorrida, sob o argumento de que recebeu duas intimações para tomar ciência do Acórdão JJF nº 0136-01/12 (fls. 589 a 592): a primeira intimação com a informação de que o auto de infração havia sido julgado PROCEDENTE e a segunda, PROCEDENTE EM PARTE, o que cerceou o seu direito de defesa, “*tendo em vista que seria impossível apresentar a melhor argumentação para a defesa, com base no falho julgamento*”.

No mérito, alega que prestou serviços de telecomunicação para órgãos públicos estaduais e, portanto, tais prestações são isentas do ICMS nos termos do artigo 31, inciso IV, do RICMS/97. Conclui que parte da autuação é, portanto, indevida. Discorre sobre a não incidência de tributos sobre o patrimônio, renda e serviços da União, Estados e Municípios, de partidos políticos, entidades sindicais, educacionais e assistenciais, conforme previsto na Constituição Federal.

Quanto aos demais serviços que não foram prestados a órgãos públicos, informa que “*na grande maioria foi verificado que se tratavam de faturas contestadas pelo consumidor final*”. Informa que, quando a contestação da fatura é procedente, gera um crédito no valor cobrado de forma equivocada e o desconta das faturas seguintes.

Acrescenta que há uma diferença entre o valor do débito e o valor de ICMS devido referente às prestações, no montante de R\$83.828,69, “*o que demonstra uma total imprecisão na presente autuação*”.

Requer o provimento do Recurso Voluntário e que as intimações sejam feitas em nome dos advogados subscritores do apelo recursal.

A PGE/PROFIS opinou pelo Não Provimento do Recurso Voluntário, afastando a preliminar de nulidade suscitada, entendendo que não há vício ou falha na decisão de primeiro grau, bem como na sequência dos atos administrativos realizados pelo fisco estadual.

Ressalta que o equívoco cometido na intimação feita ao contribuinte não lhe causou prejuízo, nem comprometeu seu direito de defesa, haja vista que o autuado demonstra, na súplica recursal, a ciência inequívoca quanto à conclusão do julgamento proferido pela Junta de Julgamento Fiscal (auto de infração procedente), não havendo motivo a ensejar a repetição do ato de intimação ou a decretação de nulidade do acórdão recorrido.

No mérito, diz que as planilhas anexadas pelo autuante comprovam que nenhuma das prestações de serviços arroladas no levantamento fiscal foi feita a órgão público e sim a pessoas físicas.

Salienta que a suposta diferença apontada pelo autuado carece de fundamento, pois ele não apontou a origem de tais divergências e nem tampouco apresentou provas materiais capazes de contrariar a certeza e liquidez dos montantes apurados pela fiscalização, com lastro em arquivos magnéticos fornecidos pelo próprio sujeito passivo.

VOTO

Observo que o recorrente é uma empresa que se dedica à prestação de serviços de telecomunicação, mais especificamente telefonia celular, e, nesta autuação, o ICMS foi lançado sob a acusação de que o contribuinte teria deixado de tributar receitas oriundas de prestações de serviços feitas a contribuintes não isentos.

Inicialmente, deixo de acatar a preliminar de nulidade da Decisão recorrida, porque, apesar de ter havido falha na intimação feita ao contribuinte, dando-lhe ciência do resultado do julgamento de primeira instância (numa intimação consta que o auto de infração foi procedente e na outra, que o lançamento de ofício foi procedente em parte), tal equívoco não trouxe nenhum prejuízo ou cerceio ao seu direito de defesa.

A conclusão a que cheguei, de que o direito ao contraditório foi respeitado, encontra fundamento no fato de que o autuado apresentou seu recurso voluntário de forma abrangente, demonstrando que entendeu perfeitamente a decisão de piso. Além disso, em ambas as intimações foi enviada uma cópia do Acórdão JJF nº 0136-01/12, o que permitiu ao recorrente verificar qual havia sido, efetivamente, o resultado do julgamento proferido (fls. 589 a 592).

No mérito, o contribuinte se limitou a apresentar três alegações: a) que prestou serviços de telecomunicação a órgãos públicos estaduais, com isenção do tributo (artigo 31, inciso IV, do RICMS/97); b) que “*na grande maioria foi verificado que se tratavam de faturas contestadas pelo consumidor final*”; c) que há uma diferença de R\$83.828,69 entre o valor do débito lançado e o montante de ICMS devido relativo às prestações realizadas.

Para tentar corroborar as suas assertivas, o autuado acostou aos autos as planilhas de fls. 563 a 570, entretanto, verifico que:

- a) não há nenhuma menção às notas fiscais emitidas pela empresa e sua correlação com as supostas prestações de serviços a órgãos públicos estaduais ou mesmo a faturas contestadas pelos usuários dos serviços;
- b) também não há nenhuma explicação para a origem da mencionada diferença de R\$83.828,69, mas apenas um demonstrativo sintético mensal que nem sequer reflete a suposta diferença.

Por outro lado, o autuante anexou ao PAF os demonstrativos de fls. 284 a 528 que comprovam que os documentos fiscais foram emitidos para pessoas físicas (e não para órgãos públicos), sendo que, em sua grande maioria, consta o fornecimento de “recarga programada”.

Ademais, a ocorrência de crédito financeiro, oriundo de erro na fatura e sua repercussão no débito do ICMS, também não restou comprovada.

Por tudo quanto foi exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2^a Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 269135.0008/11-9, lavrado contra **TIM NORDESTE S/A**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$333.649,68**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 27 de junho de 2013.

CARLOS FABIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA – RELATORA

MARIA OLÍVIA TEIXEIRA DE ALMEIDA - REPR. DA PGE/PROFIS