

A. I. N° - 300201.0007/12-4
AUTUADO - TELEFÔNICA INTERNATIONAL WHOLESALE SERVICES BRASIL LTDA
AUTUANTE - VÂNIA FERRARI RAMOS
ORIGEM - IFEP SERVIÇOS
INTERNET - 19/02/2013

3^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0028-03/13

EMENTA: ICMS. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE COMUNICAÇÃO. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE EILD (EXPLORAÇÃO INDUSTRIAL DE LINHA DEDICADA). FALTA DE RECOLHIMENTO Ambas as empresas, cedente e cessionária, devem estar relacionadas no Anexo do Ato COTEPE, pois se tivesse o legislador apenas a intenção de autorizar o diferimento de forma genérica para os serviços de EILD, ou para a empresa destinatária dos serviços, o texto da Cláusula décima seria elaborado de forma diversa, com conteúdo claro quanto à habilitação da destinatária e não de ambas, já que o texto legal cita que o diferimento se dá “*entre empresas de telecomunicação relacionadas no Ato COTEPE 10/08*”. Infração mantida. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O auto de infração em lide, foi lavrado na data de 30/08/2012, quando foi efetuado lançamento no valor total de R\$715.129,98, por não ter sido recolhido no prazo regulamentar o ICMS referente à prestação de serviço de comunicação, não escriturado nos livros fiscais próprios, no mês de setembro de 2010.

O autuado apresentou impugnação ao lançamento às fls. 27/40 do Processo Administrativo Fiscal – PAF, aduzindo as seguintes razões de defesa: que nos termos em que foi lavrado, o Auto tem por objeto a exigência de suposto crédito tributário correspondente ao ICMS, que teria deixado de ter sido recolhido pela Impugnante no período de apuração correspondente a setembro/2010, relativamente aos serviços de comunicação (EILD) prestados à Empresa “*Telecomunicações de São Paulo S/A – TELESP*”, devidamente registrados na Nota Fiscal nº 65, emitida em 09/09/2010.

Justifica que cumpriu com as obrigações fiscais que lhe são impostas pela legislação, não havendo que se falar, portanto, na exigência do recolhimento de quaisquer valores concernentes ao ICMS, pois há neste caso, o diferimento do ICMS para o momento em que for cobrado o serviço de EILD, ao usuário final, tendo em vista que a prestação do serviço gravada pelo ICMS, já ocorreu quando a ‘chamada entre operadoras’ foi efetivada.

Continuando, aduz que na prestação dos serviços de comunicação prestado entre as operadoras de telecomunicações, tal como se deu no presente caso, o imposto incidente na prestação do serviço de EILD, será devido apenas sobre o preço do serviço cobrado do usuário final, razão pela qual, o ICMS incidente na operação, nos termos das normas autorizadoras, deverá ser diferido para o momento da cobrança do serviço prestado ao usuário final.

Esclarece, ainda, que com a finalidade de regulamentar o regime especial de recolhimento do ICMS, instituído pelo Convênio ICMS nº 126/98, o Conselho Nacional de Política Fazendária – CONFAZ, editou o Ato COTEPE/ICMS nº 10/2008, por meio do qual fez divulgar a relação das empresas prestadoras de serviços de telecomunicações beneficiadas com regime especial de apuração e escrituração do ICMS de que trata o mencionado Convênio.

Argumenta que cumpre destacar, que a despeito de a Impugnante não fazer parte da relação das Empresas que teriam direito de gozar do benefício do regime especial em questão, não há que se falar na imputação de sua responsabilidade pelo recolhimento do crédito fiscal. Isso porque, não houve qualquer prejuízo ao Erário no que concerne ao recolhimento dos valores correspondentes ao ICMS, uma vez que estes valores foram posteriormente repassados nas contas emitidas em desfavor dos assinantes da Empresa “*Telecomunicações de São Paulo S/A – TELESP*”, que efetivamente prestou os serviços de telecomunicação, tendo em vista a previsão contida na Cláusula décima, onde os valores objeto do presente lançamento fiscal tiveram seu recolhimento diferido para o momento de emissão da fatura ao usuário, ou seja, para os clientes da Empresa “*Telecomunicações de São Paulo S/A – TELESP*”.

Acrescenta ainda, que resta sobejamente demonstrada a insubsistência do lançamento fiscal, tendo em vista que a Impugnante não pode ser colocada no pólo passivo da relação obrigacional, uma vez que, nos termos da legislação de regência, o ICMS teve seu recolhimento diferido para o usuário final do serviço de telecomunicação, que, *in casu*, é o assinante da Empresa “*Telecomunicações de São Paulo S/A – TELESP*”.

Por fim, diz que é importante ressaltar o descomedimento da multa de ofício aplicada, que equivale a um percentual de 100% do valor do imposto exigido; que percebe-se a manifesta desproporcionalidade da multa imposta, de igual valor do próprio imposto lançado, tornando-se flagrantemente abusiva e confiscatória, além de afrontar as disposições contidas nos arts. 5º, LIV, e 150, IV, ambos da Constituição Federal de 1988; cita posições doutrinárias a respeito do tema, notadamente de Helenilson Cunha Pontes e transcreve decisões dos ministros do Supremo Tribunal Federal onde demonstra, que já se firmou entendimento no sentido de que as penalidades não poderão, ainda que constatada eventual fraude ou simulação (que não é o caso em lide), ser superiores ao montante do tributo exigido, sendo que é possível ao órgão Julgador, principalmente em função do art. 108, IV, § 2º, do CTN, reduzir penalidade expressamente prevista em lei; que nas situações em que ocorre mera ausência de recolhimento do tributo, sem a ocorrência de uma conduta dolosa, como é o caso em análise, aquele Tribunal já teve a oportunidade de proferir decisões que determinam a redução das multas abusivas para o percentual de 30%, sob pena de afronta ao princípio do não-confisco .

Finaliza sustentando que diante de todo o exposto, caso seja considerado devido algum valor lançado, a Requerente postula pelo cancelamento ou a redução da multa aplicada, em virtude de seu nítido caráter confiscatório e pela ausência de proporcionalidade; que ante o exposto, pede que o presente auto de infração seja julgado totalmente improcedente, com a consequente anulação do crédito tributário e arquivamento do processo administrativo. Subsidiariamente, requer seja determinado o cancelamento e/ou redução da multa cominada no lançamento fiscal, tendo em vista seu nítido caráter confiscatório e pela ausência de proporcionalidade entre o seu valor e o da infração supostamente cometida. Protesta, por fim, por todos os meios de prova em direito admitidos, especialmente pela posterior juntada de documentos.

A autuante, em sede informação fiscal às fls. 72/73, argüiu que a autuada emitiu contra a TELESP – TELECOMUNICAÇÕES DE SÃO PAULO, nota fiscal com destaque de ICMS, conforme cópia à fl. 19 mas não lançou o imposto em seus livros fiscais; que no entanto, a TELESP se creditou, conforme seu livro de apuração do ICMS, mês de setembro de 2010 e sua DMA, anexados às fls. 74/75 e que não há de falar-se em diferimento. Que quanto à multa dita confiscatória, ela está prevista na Lei 7.014/96, portanto, dentro do ordenamento jurídico vigente.

Ratifica os termos do Auto de Infração, e pede pela sua procedência, por estar embasada na legislação vigente.

VOTO

Da análise deste processo, constato que o auto de infração foi lavrado em cumprimento às formalidades inerentes ao procedimento de fiscalização, pelo não recolhimento do ICMS por

estabelecimento neste Estado, sendo identificado o sujeito passivo, descrita a infração, tipificada a multa, anexadas as provas, e demonstrado o valor do ICMS lançado, não havendo portanto, vício formal que venha ensejar a nulidade do lançamento tributário.

Pelo exposto no relatório, a lide se deve ao fato de houve lançamento de ofício do ICMS destacado em nota fiscal, destinada a contribuinte de outro estado, ambos prestadores do serviço de telecomunicações, e que por tratar-se de Exploração Industrial de Linha Dedicada - EILD, modalidade em que uma empresa de telecomunicações fornece seus serviços a outra empresa de mesma atividade, mediante remuneração preestabelecida. Em razão do Convênio ICMS 126/08, foi concedido a algumas destas empresas, regime especial de diferimento, de forma que o ICMS incidirá sobre o preço cobrado do usuário final, para aquelas empresas relacionadas em ato COTEP.

O serviço prestado o qual pode ser considerado como EILD, está definido no artigo 61 da resolução nº 73 da Agência Nacional de Telecomunicações - ANATEL, abaixo transscrito:

Art. 61. Quando uma prestadora de serviços de telecomunicações contratar a utilização de recursos integrantes da rede de outra prestadora, para constituição de sua rede de serviço, fica caracterizada situação de exploração industrial

Assim, a característica fundamental da EILD, é que, ao contrário do que comumente ocorre, o tomador dos serviços fornecidos pela empresa contratada, não é o usuário final, como soe acontecer, mas sim, outra empresa de telecomunicações; são pois, prestações de serviços entre contribuintes e não entre empresa e seus clientes, os usuários finais.

A autuante justifica em sua informação fiscal, que a empresa contratante, a TELESPI, lançou a crédito na sua escrituração, conforme comprovantes anexados, o valor do ICMS destacado na nota fiscal emitida pela impugnante, e que não há de falar-se em diferimento.

Em princípio não vejo nesta argumentação, relação de causa e efeito, pois pelo fato de a empresa destinatária se creditar do imposto, não se pode caracterizar a ausência de diferimento na operação, visto que, caso haja legalmente o diferimento, e ela venha a proceder de forma irregular na sua escrituração ao apropriar o crédito, isto é uma questão que diz respeito à fiscalização do Estado de São Paulo, não implicando por conseguinte em um efeito que implique na descaracterização do diferimento efetuado pela empresa aqui estabelecida.

No entanto, à luz da própria declaração da impugnante, de que não faz parte do ATO COTEPE, cujo anexo publica a relação das empresas beneficiárias do regime especial, faz-se necessário o exame desta situação à luz da legislação vigente, para que se possa avaliar a existência ou não do diferimento, e a eventual legalidade do lançamento tributário efetuado neste processo. Assim, vejamos o que diz o RICMS-BA/97, vigente à época do fato gerador, art. 569-A, que reproduz a situação prevista no Convênio 126/98.

Art. 569-A. As empresas prestadoras de serviços de telecomunicação, indicadas em ato da COTEPE, adotarão regime especial de tributação do ICMS incidente sobre as prestações de serviços de telecomunicações, observados os termos a seguir e os demais procedimentos previstos no referido convênio:

I - (...)

VII - na cessão onerosa de meios das redes de telecomunicações, inclusive por empresas de Serviço Limitado Especializado – SLE, Serviço Móvel Especializado – SME e Serviço de Comunicação Multimídia – SCM, a outras empresas de telecomunicações constantes no Ato COTEPE 10/08, de 23 de abril de 2008, nos casos em que a cessionária não se constitua usuário final, ou seja, quando utilizar tais meios para prestar serviços públicos de telecomunicações a seus próprios usuários, o imposto será devido apenas sobre o preço do serviço cobrado do usuário final.

O RICMS reproduz as cláusulas do Convênio ICMS 126/98, que convém transcrever, para que não parem dúvidas quanto à interpretação que aqui será dada:

Cláusula primeira: Fica concedido às empresas prestadoras de serviços de telecomunicação relacionadas em Ato Cotepe, doravante denominadas simplesmente empresa de telecomunicação, regime especial para cumprimento de obrigações tributárias relacionadas com o Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS, nos termos deste convênio

Cláusula décima: Na prestação de serviços de comunicação entre empresas de telecomunicação relacionadas no Ato COTEPE 10/08, de 23 de abril de 2008, prestadoras de Serviço Telefônico Fixo Comutado - STFC, Serviço Móvel Celular - SMC ou Serviço Móvel Pessoal - SMP, o imposto incidente sobre a cessão dos meios de rede será devido apenas sobre o preço do serviço cobrado do usuário final.

Assim é que, na redação da Cláusula primeira, está explicita a condição de “*empresas prestadoras de telecomunicação relacionadas em Ato Cotepe*” para fruição do regime de diferimento, e além disso, nos termos da Cláusula décima do Convênio, também está claro que diferimento é concedido “*entre empresas relacionadas no Ato COTEPE*”, não bastando que apenas as empresas cessionárias estejam na lista do Anexo do Ato COTEPE, mas que ambas estejam.

Em consulta ao citado anexo, constatei que a empresa destinatária faz parte do citado Anexo, item 66, mas a legislação claramente não concede o regime de diferimento para a empresa destinatária que esteja relacionada no citado Ato COTEPE, mas nos termos das cláusulas primeira e décima – “entre empresas relacionadas em Ato Cotepe”.

Em sendo assim, entendo que ambas as empresas, cedente e cessionária, devem estar relacionadas no Anexo do supracitado Ato, pois se tivesse o legislador apenas a intenção de autorizar o diferimento de forma genérica para os serviços de EILD, ou para a empresa destinatária dos serviços, os textos das Cláusula primeira e décima seriam elaborado de forma diversa, com conteúdo claro quanto à habilitação da destinatária e não de ambas, já que o texto legal cita que o diferimento se dá “*entre empresas de telecomunicação relacionadas no Ato COTEPE 10/08*”.

Assim, considero que o lançamento a crédito efetuado pela empresa destinatária, a TELESPI, ocorreu exatamente porque esta sabia se tratar de um remetente que não constava no ATO COTEPE, e portanto, fora do regime de diferimento estabelecido no Convênio ICMS 126/98, lançando o valor do imposto na sua escrita como crédito fiscal.

Quanto ao pedido de dispensa de multa, na situação em exame, por se tratar de multa sobre descumprimento de obrigação principal, esta Junta não tem competência para apreciar tal pedido, visto que a sua apreciação e admissibilidade, à luz do que disciplina o Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF/BA, diz o seguinte:

“Art. 159. Poderá ser requerida à Câmara Superior do CONSEF a dispensa ou redução de multa por infração de obrigação principal ao apela de equidade:

§ 1º O pedido de aplicação de equidade deverá fundamentar-se em qualquer das seguintes circunstâncias e ser acompanhado, se for o caso, das devidas provas, sob pena de não ser conhecido:

I - ter o sujeito passivo sido induzido a erro por orientação ou comportamento de funcionário fiscal;

II - ter o sujeito passivo agido de boa-fé, diante de razoável e justificada dúvida de interpretação;

III - ter o sujeito passivo agido de boa-fé, em razão de ignorância da legislação tributária, tendo em vista o seu nível de instrução e as condições adversas do local da infração;

IV - ter o sujeito passivo agido por força maior ou caso fortuito.

§ 2º O pedido a que se refere este artigo será formulado no prazo de 30 (trinta) dias após a intimação do Auto de Infração, da Notificação Fiscal ou da Decisão do órgão julgador, acompanhado da comprovação do pagamento do principal e seus acréscimos.”

Do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do auto de infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE**, o Auto de Infração nº 300201.0007/12-4, lavrado contra **TELEFÔNICA INTERNATIONAL WHOLESALE SERVICES BRASIL LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$715.129,98**, acrescido da multa de 100%, prevista de no artigo 42, III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 30 de janeiro de 2013

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE

ILDEMAR JOSÉ LANDIN – RELATOR

JOSE FRANKLIN FONTES REIS - JULGADOR