

A. I. N° - 269135.0014/12-7
AUTUADO - TIM CELULAR S/A.
AUTUANTES - JOSE MARIA BONFIM COSTA e GILSON DE ALMEIDA ROSA JUNIOR
ORIGEM - IFEP SERVIÇOS
INTERNET 11.04.2013

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0066-04/13

EMENTA: ICMS. 1. LIVROS FISCAIS. ESCRITURAÇÃO IRREGULAR. MULTA. Comprovado que o contribuinte escriturou o livro de Saídas de forma irregular, fica mantida a infração com a correção da multa aplicada para o valor de R\$ 140,00, previsto na Lei nº 7.014/96, art. 42, inciso XVIII, “b”. **2. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO. SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. VALORES TRIBUTADOS COMO NÃO TRIBUTADOS.** Trata-se de diversas receitas de telecomunicações oriundas de prestações de serviços a contribuinte não inscritos. Infração comprovada. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 28/09/2012, exige ICMS e multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$159.458,76, através das seguintes infrações:

1 – Escriturou livro fiscal em desacordo com as normas regulamentares. Tendo escriturado na coluna destinada a numeração das NFs de saída apenas o mês e ano das operações, não indicando os respectivos números das NFs correspondentes a essas saídas. Assim, para cada série de NF de saída foi colocada na coluna “número” apenas a indicação “012008”, indicando referir-se ao mês de janeiro de 2008, e assim sucessivamente para cada mês do respectivo ano de 2008. Multa no valor de R\$ 1.680,00.

2 – Falta de recolhimento do ICMS na prestação de serviço de comunicação por escrituração de valores tributados como não tributados. 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 no livro Registro de Saídas e nos registros magnéticos entregues a fiscalização através do arquivo Sintegra registros 75,76 e 77, de onde foram extraídos os dados apresentados nas planilhas de apuração do imposto devido, anexas a este PAF. Tudo apurado conforme ANEXO A e os respectivos registros magnéticos, todos apensos a este PAF. Salientamos que o contribuinte não escriturou no livro de registro de saídas as NFs de maneira individualizada, nota a nota, ou seja, não registrou individualmente o nº da NF, data de emissão, valor total, base de cálculo, alíquota e imposto destacado conforme determina a legislação vigente. Dessa forma os dados apresentados nos demonstrativos foram extraídos dos registros 75,76 e 77 do arquivo SINTEGRA. ICMS no valor de R\$ 157.778,76 e multa de 60%.

O autuado ingressa com defesa, fls. 29 a 36, e destaca a tempestividade da peça impugnatória, e com relação à infração 1, em que está sendo cobrada multa, referente ao ano de 2008, por ter sido escriturado na coluna destinada ao número da nota fiscal do livro Registro de Saídas da filial, indevidamente, os dados de mês no correspondente à competência da apuração. Explana que esta ocorrência deve-se ao fato de que o detalhamento das notas fiscais emitidas pelas operadoras prestadoras de co-billing não serem enviados no momento da apuração, e que, para suprir a ausência destas informações são utilizadas a criação de Notas Fiscais Fictícias. Assim, em substituição ao número da Nota Fiscal, utiliza-se o mês e ano referente à competência daquela apuração questionada pelo fisco. Destaca que tal prática visa cumprir com a obrigação principal, pois recebe das operadoras uma planilha consolidada com os dados do faturamento do mês, o

que demonstra a sua boa-fé, pois mesmo sem ter todos os dados, e não ter dado causa a falta destes, realizou corretamente o recolhimento da obrigação tributária.

No que concerne à infração 2, que decorreu da falta de recolhimento de ICMS de Serviços de Comunicação para clientes diversos, especificamente a contribuintes não isentos, a infração foi apurada em razão de a fiscalização ter identificado com base nos Registros Sintegra tipo “75” (código de produtos e serviços), “76” (nota fiscal de serviços de comunicação e telecomunicações) e “77” (serviços de comunicação e telecomunicação), no ano de 2008, que para cada competência uma parte da receita proveniente das notas fiscais emitidas pelas operadoras de co-billing não foi levada à tributação.

Alega que o Auto de Infração também englobou OCC's de juros e multas, que são cobranças financeiras, portanto não tributadas pelo ICMS. Também encontram-se no presente AI a autuação por falta de recolhimento do ICMS em notas fiscais de serviços prestados à Assembleia Legislativa da Bahia, sendo essa operação também imune à tributação, visto que o serviço é prestado para a própria administração pública, pois de outra forma o Estado estaria se “auto” tributando.

Invoca o princípio da proporcionalidade das sanções tributárias, posto que a multa pelo descumprimento de uma obrigação acessória não pode ter como baliza o valor do tributo a ela referente, por se tratar de mero descumprimento de um dever instrumental. Deve ser a sanção adequada para desencorajar a postura que se deseja evitar por parte do contribuinte, mas não pode funcionar como um instrumento de arrecadação.

Afirma que quando a impugnante, supostamente, deixou de cumprir as obrigações acessórias, quais sejam, a entrega fora das especificações dos arquivos magnéticos exigidos pelo Convênio 57/95, e a entrega atrasada dos arquivos magnéticos do Convênio 115/03, além de não ter causado qualquer dano ao erário, também não impossibilitou que o fisco confirmasse o valor do tributo devido e recolhido, o que torna ainda mais questionável a multa da forma como aplicada.

Ademais, a impugnante cometeu infração que não prejudicou o recolhimento do imposto, por isso, a penalidade jamais deveria ser aplicada com valores tão altos. Cita a doutrina em que o princípio da proporcionalidade deve ser interpretado levando-se em consideração os requisitos da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito. Outrossim, a aplicação da multa deve otimizar o atendimento dos princípios da isonomia e da capacidade contributiva.

Destaca a vedação ao uso do tributo com efeito de confisco, o que seria a apropriação arbitrária do bem de propriedade do contribuinte.

Aponta que houve equívoco na cobrança de multas contínuas de R\$ 140,00, na infração 1, posto que estamos diante de 12 meses de multas que tratam dos mesmos fatos geradores, portanto infração de natureza continuada. Traz jurisprudência do STJ, e exemplifica com alguns julgados.

Requer que sejam consideradas nulas as multas aplicadas, por estarem revestidas de vícios, inclusive a da infração 2. A final pede que as intimações referentes ao presente processo sejam feitas, exclusivamente, em nome de ERNESTO JOHANNES TROUW, OAB/RJ Nº 121.095 e FÁBIO FRAGA GONÇALVES, OAB/RJ Nº 117.404, que receberão as intimações na Av. Rio Branco nº 99, 7º andar, Centro, Rio de Janeiro – RJ, CEP 20.040.004.

O autuante presta a informação fiscal, fls. 58 a 60, e esclarece que a empresa não atendeu à previsão legal quando não escriturou corretamente o livro de Saídas. Entende que ocorreu uma infração, a cada mês, por isso a aplicação da multa formal mensal.

Quanto aos argumentos apresentados na infração 2, a impugnante não recolheu o ICMS incidente sobre prestações de serviços de comunicação prestados a contribuinte não isentos, conforme lançado no livro de Saídas, e nos registros magnéticos entregues à fiscalização, através do arquivo SINTEGRA, registros 75, 76 e 77, de onde foram extraídos os dados apresentados nas planilhas de apuração do imposto devido, anexas ao PAF. Esclarece que a cobrança realizada no Auto de Infração não abarcou, em nenhum momento, receitas sobre a cobrança de multas e juros.

Como pode se verificar no Anexo A do PAF, foi cobrado a não tributação dos serviços de código 8000170 e SCSD sendo que ambos os códigos são de serviços de co-billing, conforme extraído do arquivo SINTEGRA, fonte dos dados constantes no Anexo A, e também informado pelo próprio contribuinte quando questionado pela fiscalização. Por meio da intimação nº 03/2008, requereu ao contribuinte o esclarecimento sobre a não tributação destas saídas e recebeu a confirmação de que se tratava de co-billing, que não foi lançado nos arquivos magnéticos do Conv. 115/2003, mas que as mesmas foram tributadas e lançadas no RAICMS sob a rubrica “outros débitos”, o que não restou comprovado na ação fiscal. Salienta que não estão relacionadas no Anexo A do PAF, saídas para a Assembleia Legislativa da Bahia, como alega o contribuinte. Mantém a ação fiscal e pede a procedência do Auto de Infração.

VOTO

Saliento que o presente Auto de Infração obedeceu, em sua lavratura, aos ditames do Art. 39 do RPAF/99, e encontra-se apto a surtir seus efeitos jurídicos e legais.

Saliento que não se inclui na competência deste órgão julgador a apreciação de questões sobre a constitucionalidade de leis. Ademais, as multas aplicadas estão tipificadas na Lei nº 7.014/96, que instituiu o ICMS no Estado da Bahia.

No mérito, na infração 1, foi aplicada a multa prevista no art. 42, inciso XVIII, alínea “b” da Lei nº 7.014/96, que se relaciona à escrituração de livro fiscal em desacordo com as normas regulamentares, como segue:

Art. 42

XVIII - R\$ 140,00(cento e quarenta reais):

a) pela escrituração de livros fiscais sem prévia autorização, havendo tantas infrações quantos forem os livros assim escriturados;

b) pela escrituração irregular, em desacordo com as normas regulamentares.

O contribuinte reclama quanto à periodicidade da multa sugerida pelo autuante, no valor de R\$ 140,00 para cada período mensal, que abrangeu o mês de fevereiro de 2008 até o mês de dezembro de 2008, totalizando R\$ 1.680,00, pois se trata de infração continuada, haja vista que se referem ao mesmo ato infracional.

De fato, entendo que o contribuinte tem razão no seu argumento, posto que quando o legislador quis individualizar as infrações, ele mesmo assim especificou, quando tipificou as infrações no art. 42 da Lei nº 7.014/96, a exemplo da multa que se refere à escrituração de livros fiscais sem prévia autorização, quando expressamente menciona: “havendo tantas infrações quantos forem os livros assim escriturados”, (art. 42, XIII- “a”, acima descrito). Logo, no caso de ocorrência de escrituração irregular, cuja penalidade está prevista na alínea “b” do mesmo dispositivo, a multa é única, e cabe para o cometimento da infração, que se relaciona com o livro de Saídas.

Deste modo, corrijo o valor da multa sugerida para o valor de R\$ 140,00, previsto no art. 42, inciso XVIII, alínea “b” da Lei nº 7.014/96, que corresponde à escrituração irregular do livro fiscal, com data de ocorrência de 31/12/2008.

Infração procedente com correção da multa.

Na infração 2, está sendo exigido o ICMS em decorrência de falta de recolhimento na prestação de serviço de comunicação por escrituração de valores tributados como não tributados.

As prestações de serviço de comunicação, ainda que se iniciem no exterior, estão sujeitas ao ICMS, a partir da previsão da Carta Magna de 1988. Coube à Lei Complementar 87/96 estabelecer que o ICMS incide sobre: “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. (art. 2º, III).

Assim, todo serviço de comunicação, definido na Lei Complementar nº 87/96, poderá estar sujeito à incidência do ICMS, desde que tal definição tenha sido adotada, parcial ou integralmente, pela lei estadual ou distrital, em observância aos princípios da legalidade e da tipicidade fechada.

No estado da Bahia, a Lei nº 7.014/96, dispõe no art. 2º, VII, que o ICMS incide sobre a prestação onerosa 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.

Outrossim, ocorre o fato gerador do ICMS no momento da prestação onerosa de serviços de comunicação de qualquer natureza, inclusive na geração, emissão, transmissão, retransmissão, repetição, ampliação ou recepção de comunicação, por qualquer meio ou processo, ainda que iniciada ou prestada no exterior, observado o seguinte:

a) quando se tratar de serviço de telecomunicações, o imposto será devido a este Estado:

1 - nos serviços internacionais tarifados e cobrados no Brasil, cuja receita pertença às operadoras, e o equipamento terminal brasileiro esteja situado em território deste Estado;

2 - na prestação de serviços móveis de telecomunicações, desde que a estação que receber a solicitação esteja instalada no território deste Estado;

b) caso o serviço seja prestado mediante ficha, cartão ou assemelhados, considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento do fornecimento desses instrumentos ao usuário ou a terceiro intermediário, ou, quando para utilização exclusivamente em terminal de uso particular, no momento do reconhecimento ou ativação dos créditos.

Na base de cálculo das prestações de serviços de comunicação, segundo o § 11 da Lei nº 7.014/96, devem ser incluídos os valores cobrados a título de acesso, adesão, ativação, habilitação, disponibilidade, assinatura e utilização dos serviços, bem como aqueles relativos a serviços suplementares e facilidades adicionais que otimizem ou agilizem o processo de comunicação, independentemente da denominação que lhes seja dada.

Os dados apresentados nas planilhas de apuração do imposto, fls. 08/09, foram obtidos do livro Registro de Saídas e dos registros magnéticos entregues à fiscalização, arquivo SINTEGRA Registros 75, 76 e 77, que são aqueles utilizados pelo prestadores de serviços de comunicação, posto que o Registro tipo 75 - deve ser informado somente pelos contribuintes que informarem registros 54 ou 60R ou 61R ou 74 ou 77 e conterà listagem das mercadorias ou serviços informados nestes registros.

O Registro tipo 76 deve ser informado somente pelos contribuintes prestadores de serviços de comunicação ou telecomunicação e conterà informações dos documentos fiscais de modelos 21 e 22 em relação às prestações efetuadas.

O Registro tipo 77 da mesma forma, mas conterà informações dos itens de serviços constantes nos documentos fiscais de modelo 21 e 22, em relação às prestações efetuadas.

O sujeito passivo reconheceu que, indevidamente, não levou à tributação parte de sua receita, e como pode ser verificado, o objeto desta infração é a cobrança relativa aos serviços de código 8000170 e SCSD, ambos os códigos de serviços de co-billing, conforme extraído do arquivo SINTEGRA, e ratificado pelo contribuinte.

Como ressaltou o autuante, esse ao verificar que aquelas saídas não estavam tributadas, recebeu como resposta que se tratava de co-billing, que não foi lançado nos arquivos magnéticos consoante a determinação do Convênio ICMS 115/2003, mas que os mesmos foram tributados e lançados no livro de Apuração, na rubrica “outros débitos”, mas essa informação não restou confirmada na ação fiscal.

Outrossim, o autuante salientou que não estão relacionados no Anexo do PAF, saídas para a Assembléia Legislativa do Estado da Bahia, nem foram exigidas parcelas de multas e de juros, posto que são despesas financeiras e não prestações de serviços de comunicação. A multa aplicada é a prevista na Lei nº 7.014/96.

Diante do exposto fica mantida a infração na íntegra.

Destaco que foi solicitado que as intimações referentes ao presente processo sejam feitas, exclusivamente, em nome de ERNESTO JOHANNES TROUW, OAB/RJ Nº 121.095 e FÁBIO FRAGA GONÇALVES, OAB/RJ Nº 117.404, que receberão as intimações na Av. Rio Branco nº 99, 7º andar,

Centro, Rio de Janeiro – RJ, CEP 20.040.004, e não há óbice para o seu cumprimento, contudo o não atendimento não implica em nulidade, nos termos do RPAF/99.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração com redução da multa.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** com redução da multa, o Auto de Infração nº **269135.0014/12-7**, lavrado contra **TIM CELULAR S.A.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no de **R\$157.778,76**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, alíneas “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$140,00**, prevista no inciso XVIII, “b”, da citada lei, com os acréscimos moratórios previstos pela Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 26 de março de 2013

JORGE INÁCIO DE AQUINO - PRESIDENTE

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - RELATORA

JOÃO VICENTE COSTA NETO - JULGADOR