

AI Nº - 298636.0073/13-7
AUTUADO - TIM NORDESTE SA
AUTUANTE - EDSON JOSE DE OLIVEIRA CARNEIRO
ORIGEM - IFEP SERVIÇO
INTERNET 13.09.2013

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0183-04/13

EMENTA: ICMS. 1. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO. OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS CONSIDERADAS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. a) AUXÍLIO A LISTA. Serviço de auxílio a lista se insere no rol dos serviços suplementares estabelecidos no Convênio ICMS 69/98, portanto dentro do campo de incidência do ICMS. Infração caracterizada. **b) RECARGA PROGRAMADA.** Equivale ao serviço transmissão de mensagem do emissor “A” para o receptor “B”, enquadrando como serviço de prestação de serviço de comunicação na forma do Convenio ICMS 69/98, o que o diferencia é o momento de pagamento do imposto. Infração caracterizada. Auto de Infração **PROCEDENTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide foi lavrado em 19/03/2013 e exige ICMS no valor de R\$138.066,84, em razão das seguintes irregularidades:

1: Falta de recolhimento do ICMS na prestação de serviço de comunicação por escrituração de valores tributados como não tributados, referente a prestações de serviço de auxílio a lista nos meses de janeiro à julho de 2010, sendo exigido ICMS no valor de R\$69.761,43, acrescido da multa de 60%.

2: Falta de recolhimento do ICMS na prestação de serviço de comunicação por escrituração de valores tributados como não tributados, referente a prestações de serviço de recarga programada nos meses de janeiro à julho de 2010, sendo exigido ICMS no valor de R\$68.305,41, acrescido da multa de 60%.

Às fls. 16 a 30, o autuado apresenta defesa, com documento anexo, impugnando todas as duas infrações, na qual apresenta os seguintes esclarecimentos:

Diz ser uma pessoa jurídica regularmente constituída, cuja atividade principal é a prestação de serviços de telecomunicações, conforme se constata de seu Estatuto Social. Em 26.03.2013, alega que foi surpreendida com a lavratura do Auto de Infração em epígrafe, no valor histórico de R\$69.761,43.

No que tange a Infração nº 1, diz ser em razão da falta de recolhimento de ICMS na prestação de serviço de comunicação por escrituração de valores tributados como não tributados (auxílio a lista), correspondente ao valor histórico de R\$68.761,43. Já a Infração nº 2, por a falta de recolhimento do ICMS sobre recarga programada, correspondente ao valor histórico de R\$68.305,41, ambas em relação ao período de janeiro, fevereiro, abril, junho, julho e agosto de 2010.

Contudo, diz que se equivoca esta Administração Estadual, uma vez que o recolhimento do ICMS relativo à “recarga programada” é feito no momento em que os créditos são disponibilizados para o cliente pré-pago. Dessa forma, se o imposto fosse novamente destacado no momento de

apresentação dos arquivos magnéticos do Convênio ICMS nº 115/03, referente à sua base de cliente pós-pago, estaria recolhendo o ICMS em duplicidade.

No que tange a cobrança sobre o serviço chamado “auxílio à lista telefônica”, quando a autuação a identifica como sujeito passivo da obrigação principal, o faz de forma equivocada, uma vez que além de não ser um serviço sujeito à tributação do imposto, também não é a pessoa jurídica responsável pelo serviço.

Ocorre que, como restará demonstrado pelos argumentos doravante expostos, a presente cobrança não merece prosperar, uma vez que o ICMS foi corretamente recolhido e no momento adequado, nos termos da legislação do Estado do Piauí (Bahia)

Do mérito quanto à cobrança em duplicidade do ICMS sobre o serviço de recarga programada. Primeiramente, explica como funciona o serviço de recarga programa por meio de um fluxograma que a seguir relato: *“cliente PÓS-PAGO solicita a TIM que seja transferido mensalmente R\$50 para um cliente PRÉ-PAGO. Cliente PRÉ recebe o crédito mensalmente e nesse momento é feita a tributação do ICMS. O valor da “Recarga Programada” é cobrado na Fatura do Cliente PÓS sem o débito do ICMS, pois já foi cobrado anteriormente”*.

Assim resume a operação: cliente PÓS-PAGO contrata o serviço para recarga mensal de valor e data escolhidos por ele em um número de telefone PRÉ-PAGO, também apontado pelo cliente. Mensalmente, o número PRÉ-PAGO escolhido recebe a recarga no valor contratado e, no momento em que tal recarga é realizada, o ICMS já é recolhido.

Observa que, assim vem emitindo as notas fiscais e realizando o recolhimento conforme determina a legislação do Estado da Bahia. Em outras palavras, diz o autuado, a própria legislação baiana determina que o recolhimento do ICMS e a emissão das notas fiscais de serviços de telecomunicação devem ocorrer no momento da ativação dos créditos no celular pré-pago.

Chama a atenção do Convênio ICMS nº 115/03, destacando que 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.

E diz que tal Convênio foi celebrado com objetivo de facilitar a troca de informações entre o fisco e os contribuintes, uma vez que os arquivos são entregues de forma digital, diminuindo a quantidade de papel e gerando maior segurança, eis que os documentos apresentados são submetidos a uma certificação digital.

Observa que tais informações são usadas tanto pelo fisco para comprovar que não houve o correto recolhimento ou escrituração do ICMS quanto pelos contribuintes, para demonstrar que escrituraram e recolheram o ICMS de acordo com as normas vigentes. Destaca que preencheu corretamente os arquivos enviados ao fisco, cumprindo suas obrigações principais e acessórias.

Assim, diz que, apresentando os códigos de autenticação de documentos fiscais referentes ao recolhimento realizado, com as notas fiscais apresentadas pelo fisco no presente Auto de Infração, é possível comprovar que o ICMS foi recolhido corretamente (Doc. 02), na forma do RICMS da Bahia.

No que tange a cobrança de ICMS sobre a Infração nº 1, o serviço de auxílio à lista telefônica é um serviço de valor adicionado, portanto a prestação de tal serviço não guarda qualquer relação com a efetiva prestação do serviço de telecomunicação e por isso não se sujeita a incidência do ICMS.

A respeito da incidência do imposto sobre serviços de valor adicionado, diz que o Superior Tribunal de Justiça ao analisar a legalidade da Cláusula Primeira do Convênio ICMS nº 69/98, que inclui nas hipóteses de incidência do imposto os serviços de adesão, acesso, ativação, habilitação, disponibilidade, assinatura e utilização dos serviços, se posicionou no sentido de que é ilegal a

cobrança do imposto sobre tais serviços, quando do julgamento do REsp nº. 816.512/PI, posteriormente substituído pelo REsp nº. 1.176.753/RJ, sob a sistemática dos Recursos Representativos de Controvérsia (Art. 543-C do CPC), que o cita.

Dessa forma, conforme já assentado pelo STJ, os serviços de valor adicionado não podem ser objeto da incidência do ICMS. Logo, diz o autuado, quando o presente auto de infração cobrou o ICMS sobre os serviços de auxílio a lista telefônica, agiu de forma ilegal e sem observar o entendimento jurisprudencial.

Isto porque o serviço de telecomunicação, nos moldes do artigo 60 e §1º da Lei Geral de Telecomunicações – LGT (Lei nº. 9.472/97), é o “conjunto de atividades que possibilita a oferta de telecomunicação”, sendo esta a transmissão, emissão ou recepção de símbolos, caracteres, sinais, escritos, imagens, sons ou informações de qualquer natureza.

Por sua vez, diz que o art. 61 da LGT define serviço de valor adicionado como aquela “atividade que acrescenta, a um serviço de telecomunicações que lhe dá suporte e com o qual não se confunde, novas utilidades”. Destaca o parágrafo primeiro deste dispositivo:

“Art. 61, § 1º. Serviço de valor adicionado não constitui serviço de telecomunicações, classificando-se seu provedor como usuário do serviço de telecomunicações que lhe dá suporte, com os direitos e deveres inerentes a essa condição.” (grifou-se)

Sendo assim, o serviço de telecomunicação propriamente dito é aquele que transmite mensagens de modo oneroso, o qual não se confunde, de forma alguma, com os serviços de valor adicionado (preparatórios), mencionados na Cláusula Primeira do Convênio ICMS nº 69/98. Então, exigir o ICMS sobre tais serviços é, antes de tudo, uma afronta à legislação federal, mais especificamente a Lei Geral de Telecomunicações, conforme exposto acima.

Vale ressaltar que o objetivo do serviço de auxílio a lista telefônica é prestar assessoria ao usuário da rede de telecomunicações que deseje saber o número do telefone de determinado assinante. Assim, a prestação desse serviço enseja a incidência do ISS e não a do ICMS para as operadoras de telefonia fixa. Veja-se que na lista anexa a Lei Complementar nº 116/03, existe tal previsão:

“17 – Serviços de apoio técnico, administrativo, jurídico, contábil, comercial e congêneres.

17.01 – Assessoria ou consultoria de qualquer natureza, não contida em outros itens desta lista; análise, exame, pesquisa, coleta, compilação e fornecimento de dados e informações de qualquer natureza, inclusive cadastro e similares.”

Desse modo, destaca que, embora a Cláusula Primeira do Convênio nº 69/98 pretenda estender a incidência do ICMS sobre os serviços de valor adicionado, a cobrança do imposto sobre tais serviços é claramente ilegal.

Afirma que o ICMS somente incide quando há efetiva transmissão de mensagem, do emissor “A” para o receptor “B”, por um terceiro contratado para tanto (prestador do serviço de comunicação). Atividades preparatórias e conexas ao serviço de comunicação, ou seja, que a ele adicione facilidades, mas que não envolvam a consecução de uma efetiva relação comunicativa, afastam-se das hipóteses de incidência do imposto em tela. Assim, diz que, os serviços de valor adicionado definitivamente não são fatos geradores do ICMS, motivo pelo qual não há que se falar em cobrança do imposto.

O Serviço de Informação de Código de Acesso (serviço de auxílio à lista telefônica) tem como objetivo prestar informações aos usuários sobre o Código de Acesso de Assinantes. Tal serviço é realizado exclusivamente pelas prestadoras do Serviço Telefônico Fixo Comutado destinado ao uso do público em geral (STFC). Assim, diz que as empresas responsáveis pelo serviço de auxílio à lista telefônica são aquelas empresas que operam na telefonia fixa.

Relata, também, que, toda vez que a operadora de telefonia móvel deseja disponibilizar tal serviço aos seus clientes deve primeiramente contratar com a telefonia fixa tal serviço. Logo, diz o autuado, sendo o serviço de auxílio à lista telefônica de responsabilidade das prestadoras de telefonia fixa, não há qualquer motivação para lhe imputar a responsabilidade pelo recolhimento do imposto. E mais, ainda que fosse considerado como serviço de comunicação, o ICMS seria devido pelas operadoras de telefonia fixa e não pelas operadoras de telefonia móvel, tendo em vista que são aquelas que detêm o serviço.

Desse modo, observa que, quando a autuação o identifica como sujeito passivo da obrigação principal, faz de forma equivocada na medida em que além de não ser um serviço sujeito à tributação do imposto, também não é a pessoa jurídica responsável pelo serviço.

No que tange a multa aplica, de 60% do valor do imposto, esta não pode prosperar, destaca o autuado. Diz que, conforme demonstrado acima, realizou o recolhimento total do ICMS cobrado no presente Auto de Infração. Além de ter recolhido integralmente o imposto, realizou o destacamento e escrituração de acordo com a legislação da Bahia.

Por outro lado, no que tange a cobrança sobre o serviço de auxílio à lista telefônica, diz que a cobrança é comprovadamente indevida. Desse modo, em ambos os casos, inexistindo fato gerador, a obrigação jamais se origina.

Observa, também, que foram aplicadas multas diferentes para cada um dos períodos infringidos, o que não deveria ocorrer, uma vez que as supostas infrações possuem claramente caráter continuado. Isto porque não se está diante de diversas infrações distintas, mas sim de infrações sequenciais, de igual natureza, tendo em vista tratarem da mesma tutela jurídica.

Alega também que as multas administrativas são o tipo de penalidade pecuniária que buscam compensar o possível dano causado pelo contribuinte ao Estado com a prática da infração. No entanto, se a multa é fixada em valor excessivo se comparado a infração cometida, tal penalidade toma caráter de ato confiscatório e se desvia por completo da sua finalidade, impondo-se a sua anulação judicial. Observa que este é o entendimento pacífico em todos os Tribunais.

Assim, diz que a aplicação da multa deve ser sempre adequada, necessária e proporcional em sentido estrito para chegar ao fim a que se propõe, otimizando assim, o atendimento dos princípios da isonomia e da capacidade contributiva.

Questiona a legalidade do procedimento adotado pelo Fisco, também em razão da aplicação da multa, eis que embora sua cominação esteja intimamente relacionada à idéia de sanção e apenamento, existe uma proporcionalidade que precisa ser respeitada.

Diante de todo o exposto, requer a Impugnante seja julgado inteiramente improcedente o Auto de Infração nº 298636.0073/13-7, com o intuito de que seja afastada a cobrança das obrigações acessória e principal.

Se este não for o entendimento do Ilmo. Julgador, o que se supõe por mera argumentação, que seja posto o presente processo administrativo em diligência, em respeito ao princípio da verdade material e a garantia da ampla defesa, para que seja apresentada uma maior documentação, tendo em vista o pouco tempo da Impugnante para levantá-los em sua totalidade.

Do contrário, que seja aplicada uma única penalidade para as infrações supostamente cometidas, em razão do caráter continuado das infrações.

Outrossim, requer que todas as intimações sejam postadas, publicadas ou diligenciadas em nome dos advogados ERNESTO JOHANNES TROUW, OAB/RJ nº 121.095 e FÁBIO FRAGA GONÇALVES, OAB/RJ nº 117.404, com escritório na Avenida Rio Branco nº 99, 7º andar, Centro, Rio de Janeiro, RJ.

À fl. 57 consta a Informação Fiscal em que o autuante tece suas considerações de forma separada, conforme a seguir exposto:

Em relação à infração 1 - serviço de auxílio a lista, destaca o Convenio ICMS 69/98, no qual a Bahia é Estado signatário, firma entendimento no sentido de que se incluem na base de cálculo do ICMS incidente sobre prestação de serviços de comunicação os valores relativos a serviços suplementares e facilidades adicionais que otimizem ou agilizem o processo de comunicação, independente da denominação que lhe seja dada. Portanto, afirma que deve ser cobrado ICMS do serviço de auxílio a lista que se enquadra nessa categoria.

Quanto a infração 2 – serviço de recarga programa, a definição de “recarga programada” no portfólio (anexo ao processo em CD-R) apresentado pelo contribuinte é: *“recarga em reais na fatura pós-pago que estão sendo entregues ao saldo do cliente pré-pago correspondente”*. Portanto, diz o autuante, o pagamento do serviço é realizado antes da prestação do serviço, através de uma fatura pós-pago, porém se trata de um serviço pré-pago.

A defesa do contribuinte deturpa a definição de recarga programada, destaca o autuante, quando diz que o serviço é disponibilizado antecipadamente para depois ser pago e que foi feito o recolhimento do ICMS no momento da utilização do serviço, mas não apresenta nenhum comprovante de recolhimento do ICMS. Ademais, afirma que os Livros de Apuração e Sidas do ICMS não possuem nenhum lançamento que faça referencia ao referido serviço com o recolhimento do imposto.

Diz, também, que consultou o INC e também não encontrou nenhum DAE relativo a tais recolhimentos. Conclui, dizendo que, não existe nenhum documento ou lançamento em Livro Fiscal que comprove o pagamento do imposto referente a prestação de serviços de telecomunicação com recarga programada.

Destaca, ainda, que, quando estava fiscalizando, telefonou para TIM pedindo esclarecimento sobre o que vem a ser “Recarga Programada” e foi informado que se trata de uma modalidade de serviço pré-pago, ou seja, o pagamento é feito antes do serviço ser disponibilizado.

Assim, observa que, a defesa teria por obrigação provar que os impostos foram recolhidos, mas não apresenta qualquer prova do recolhimento do imposto, apenas alega que foi recolhido em momento anterior.

Observa que, as páginas de demonstrativo colacionado aos autos às fls. 42 a 45 pelo autuado, quando da apresentação da manifestação de defesa, são cópias incompletas das planilhas que elaborou para calcular o ICMS devido e não recolhido na autuação.

Pelo exposto, pede que o Auto de Infração seja julgado procedente.

VOTO

Inicialmente, há de se ressaltar que o Auto de Infração preenche todas as formalidades legais previstas, não ensejando em qualquer violação ao devido processo legal e a ampla defesa do contribuinte, visto que todas as acusações constam os dispositivos legais tidos como infringidos e estão devidamente lastreadas em demonstrativos analíticos entregues em mídia, conforme se pode observar nos documentos às fls. 07 a 08 dos autos.

Quanto à pretensão de que todas as intimações sejam postadas, publicadas ou diligenciadas em nome dos seus patronos, Ernesto Johannes Trouw, OAB/RJ nº 121.095 e Fábio Fraga Gonçalves, OAB/RJ nº 117.404, com escritório na Avenida Rio Branco nº 99, 7º andar, Centro, Rio de Janeiro, RJ, há de se registrar que não existe nenhum óbice em acatar o pedido, no entanto, o não atendimento a tal solicitação não caracteriza nulidade do Auto de Infração, uma vez que a forma de intimação ou ciência do ato processual ao sujeito passivo encontra-se prevista no artigo 108, do RPAF, e, em perfeita sintonia com o estabelecido no art. 127 do CTN.

Ademais o defendente pede que seja posto o presente processo em diligência, em respeito ao princípio da verdade material e a garantia da ampla defesa, para que seja apresentada uma maior documentação, tendo em vista o pouco tempo da Impugnante para levantá-los em sua totalidade. Com fundamento no art. 147, inciso I, alínea “a” do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629 de 09/07/99, entendo desnecessária, por considerar suficientes os elementos contidos nos autos, para formação de minha convicção e dos julgadores na análise da lide, bem assim, por entender que o autuado exerceu o direito da ampla defesa e contraditório, quando demonstra na sua manifestação pleno conhecimento dos fatos arrolados no Auto de Infração, além de ser uma matéria tratada em outros julgados deste Conselho de Fazenda onde o autuante é parte integrante.

Trata-se de Auto de Infração lavrado para exigir o ICMS de R\$156.555,95, acrescido da multa de 60%, decorrentes de duas infrações, em razão da falta de recolhimento do imposto nos prazos regulamentares, referentes às operações tributáveis de serviços auxílio a lista e recarga programada, escrituradas nos livros fiscais próprios como não tributadas.

No que tange a infração 1, que diz respeito a cobrança de ICMS sobre o serviço de auxílio à lista, o defendente alega que se trata de um serviço de valor adicionado, portanto, à luz do seu entendimento, a prestação de tal serviço não guarda qualquer relação com a efetiva prestação do serviço de telecomunicação e por isso não se sujeita a incidência do ICMS.

Contrapõe o Fiscal Autuante, alegando que o serviço de auxílio a lista se insere no rol dos serviços suplementares estabelecidos no Convênio ICMS 69/98, portanto dentro do campo de incidência do imposto, ora cobrado na autuação.

Quanto a infração 2, que diz respeito a cobrança de ICMS sobre o serviço de recarga programada, o defendente traz como argumento de defesa apenas informação de que já teria pago o imposto cobrado na autuação, sem entretanto acostar aos autos nenhum elemento probante, exceto, quanto a descrição na sua peça de defesa de que tais informações pode ser obtida, pelo Fiscal Autuante, analisando os “campos” de dados dos arquivos magnéticos entregues a Fazenda Pública Estadual na forma estabelecida pelo Convenio ICMS nº 115/03, relativo as suas operações no período da autuação.

Destaca o Fiscal Autuante de que analisou todos os Livros Fiscais de Apuração e Saídas do período fiscalizado não encontrando nenhum lançamento que pudesse fazer referência ao recolhimento do imposto, nem tampouco encontrou nenhum documento de arrecadação do contribuinte que relacione com recolhimento de imposto referente à prestação de serviço com recarga programada na forma da autuação.

No mérito, a questão fundamental é saber se a prestação onerosa desses serviços pelo autuado a consumidores finais, em especial os de “*auxílio a lista*”, são de comunicação e se são tributáveis pelo ICMS, já que os de “*recarga programada*” não há controvérsia quanto à incidência do imposto, a controvérsia se instala quanto ao defendente ter recolhido o imposto ou não na ocorrência do fato gerador.

Compulsando os termos da primeira Cláusula do Convenio ICMS 69/98, do qual o Estado da Bahia é signatário, observa-se claramente a inserção de serviços suplementares que otimizem ou agilizem o processo de comunicação, dentro do campo de incidência do ICMS. No caso específico do serviço de “*auxílio a lista*” me apresenta como um serviço suplementar dentro do rol de serviços onerosos de comunicação disponibilizados pela a autuada. É o que se observa da a redação da Cláusula primeira do Convenio ICMS 69/98 a seguir descrito:

Cláusula primeira Os signatários firmam entendimento no sentido de que se incluem na base de cálculo do ICMS incidente sobre prestações de serviços de comunicação os valores cobrados a título de acesso, adesão, ativação, habilitação, disponibilidade, assinatura e utilização dos serviços, bem assim aqueles relativos a serviços suplementares e facilidades adicionais que otimizem ou agilizem o processo de comunicação, independentemente da denominação que lhes seja dada.(Grifo acrescido)

De outra parte, o art. 2º, III, da Lei Complementar nº. 87/96 define 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 prevêm 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 o processo de comunicação, independentemente da denominação que lhes seja dada, o que entendo abrigar a incidência do ICMS sobre os serviços de **auxílio a lista** e recarga programada, objeto da presente autuação.

Para que haja a incidência de ICMS é necessário que o serviço de comunicação seja prestado a terceiros e que o mesmo seja oneroso, e sobre essa assertiva não há controvérsia entre as partes. Os serviços objeto da presente exigência fiscal, assim como os demais oferecidos pelo contribuinte autuado e que são tributáveis, são os que o seu tomador (usuário), pagando por eles, se utiliza dos meios de comunicação disponibilizados pelo prestador de serviço para conseguir a informação desejada (auxílio à lista) ou para efetivar a transmissão de mensagem do emissor “A” para o receptor “B”, por meio de um terceiro contratado, no caso específico o autuado (recarga programada).

Nesses casos, o usuário paga ao detentor dos meios de comunicação o preço para que estes serviços sejam efetuados. De acordo com a legislação tributária, o serviço de comunicação tributável por meio de ICMS se perfaz com a colocação à disposição do usuário dos meios e modos aptos à transmissão e recepção de mensagens, bem assim serviços complementares e facilidades adicionais que otimizem o processo de comunicação.

Isto posto, quando uma relação entre o prestador de serviço de comunicação e o usuário possibilita, a este último, o acesso a uma informação ou aquisição de bem de forma onerosa, torna-se evidente a incidência do ICMS o que, a meu ver, se aplica ao caso em tela, pois preenche os requisitos de ser uma prestação onerosa de serviços de comunicação e é nesse sentido que este CONSEF tem decidido, a exemplo dos Acórdãos JJF Nº 0080-02/12, JJF Nº 0013-04/13, CJF Nº 0091-13/12 e CJF Nº 0218-11/10.

Em sendo assim, entendo que sobre o serviço de “*auxílio a lista*” há a incidência do ICMS, estando caracterizada a infração 1, sendo integralmente subsistente o valor exigido.

Da mesma forma sobre o serviço de “*recarga programada*” há a incidência do ICMS, que aliás não há controvérsia entre as partes. Na realidade, sobre o serviço de recarga programada, objeto da infração 2, a discussão está na afirmação do autuado de que já teria efetuado o pagamento do imposto devido nas operações constantes do demonstrativo de débito da autuação, porém não apresenta nenhum elemento de prova concreta de tais recolhimentos aos Cofres do Estado no que dispõe o art. 123 do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629 de 09/07/99.

Ademais os próprios lançamentos das operações nos livros fiscais competentes depõem contra o autuado, pois estão lançados como operações não tributadas, o que denota não ter havido efetivamente o recolhimento do imposto devido a Fazenda Pública Estadual.

Logo, entendo caracterizada a infração 2, relativo a incidência do ICMS sobre serviço de “*recarga programada*”, sendo integralmente subsistente o valor exigido.

Saliento que *a este foro administrativo não cabe discutir a constitucionalidade da legislação posta, bem como apreciação de decisão do Poder Judiciário* conforme assim preconiza o art. 167, I e II do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629 de 09/07/99. Cabe destacar, entretanto, que o

Auto de Infração obedeceu em sua lavratura ao disposto nos arts. 39, 40, 41 do citado diploma legal, e se encontra apto a surtir seus efeitos jurídicos e legais, sendo que Fiscal Autuante cumpriu o seu dever funcional em obediência à legislação vigente no Estado da Bahia.

Sobre a multa aplicada, esta tem previsão legal e deve ser mantida, pois em conformidade com o art. 42, II, “a” da Lei nº 7.014/96 é a devida para as infrações cometidas.

Do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **298636.0073/13-7**, lavrado contra **TIM NORDESTE SA**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$138.066,84**, acrescido da multa de 60% prevista no art. 42, inciso II, alínea “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 22 de agosto de 2013.

JORGE INÁCIO DE AQUINO – PRESIDENTE

JOÃO VICENTE COSTA NETO – RELATOR