

A. I. Nº - 298636.0070/12-0
AUTUADO - TIM NORDESTE S/A.
AUTUANTE - EDSON JOSÉ DE OLIVEIRA CARNEIRO
ORIGEM - IFEP SERVIÇOS
INTERNET - 08.07.2014

4^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0133-04/14

EMENTA: ICMS. 1. ADICIONAL DO FUNDO ESTADUAL DE COMBATE À POBREZA. OBRIGATORIEDADE DO RECOLHIMENTO NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE COMUNICAÇÃO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. A matéria se encontra *sub judice* no âmbito do Poder Judiciário. Exigibilidade do crédito tributário, entretanto, deve ficar suspensa, nos termos do artigo 151, inciso II, do CTN. 2. MULTA POR DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO PRINCIPAL E DE MORA. DEPÓSITO JUDICIAL. A finalidade do depósito judicial é evitar a aplicação das penalidades, caso a Decisão seja desfavorável ao sujeito passivo. Consta-se, *in casu*, que os valores depositados judicialmente se assemelham aos exigidos na autuação, contudo na hipótese de uma decisão de mérito desfavorável ao contribuinte no mandado de segurança, eles serão convertidos em renda e, consequentemente, o crédito será totalmente extinto. Defesa PREJUDICADA em relação à obrigação principal, e IMPROCEDENTE quanto à multa e acréscimos moratórios. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 18/12/2012, exige ICMS no valor de R\$4.677.943,06, e multa de 50% em decorrência da falta de recolhimento do ICMS no prazo regulamentar referente a prestações de serviço de comunicação escrituradas nos livros fiscais próprios. A infração conforme o demonstrativo de fl. 06 foi apurada com base no cruzamento entre os valores do ICMS obtidos no Livro Registro de Apuração de ICMS com o recolhimento correspondente através de consulta aos DAE's pagos.

O autuado ingressa com defesa, da qual somente anexa a fl. 01, apesar de ter juntado CD, fls. 59 e 78 do PAF, tendo os autos retornado à inspetoria de origem com vistas à que fosse anexada a defesa em sua completude, o que foi atendido, conforme fls. 83/95.

O autuante presta a informação fiscal, fl. 80, e esclarece que os valores cobrados no Auto de Infração foram depositados em juízo, conforme comprovantes anexados pela defesa. Entende que o imposto é devido à Fazenda Pública e o Auto de Infração deve ser compensado com os valores depositados. Aduz que entrou em contato telefônico com o funcionário da Tim Nordeste, Sr. Carlos Colombo, sobre os débitos e nenhuma explicação lhe foi dada sobre os depósitos em juízo.

Ademais, esclarece que as alegações da defesa de que os valores cobrados estão vinculados à cobrança do fundo de pobreza, referente à telefonia móvel prestado mediante cartão na modalidade pré-pago, não tem nenhum fundamento, pois todos os serviços de telecomunicações lançados no RAICMS estão discriminados pelo CFOP (Código Fiscal de Operações e Prestações) correspondentes. Não há referência a “prestação mediante cartão na modalidade pré-pago”. Pede a procedência da autuação.

Logo, consoante a defesa de fls. 83 a 95, o autuado em preliminar aduz que o lançamento fiscal é improcedente e ilegítimo, posto que os créditos tributários, ora exigidos, encontram-se com a sua exigibilidade suspensa, na forma do art. 151, II do Código Tributário Nacional, por força de realização do depósito judicial nos Autos do Mandado de Segurança nº 0013497-98.2002.8.05.0001, no dia 28.01.2002, em trâmite na 1ª Vara de Fazenda Pública da Comarca de Salvador, em data anterior à lavratura do auto de infração, o que torna desnecessária a realização do lançamento fiscal ora impugnado.

Quanto ao período de apuração de outubro de 2009, a Impugnante esclarece que, por um equívoco, acabou realizando o recolhimento do adicional ao FECP, em 06.07.2010, no valor de R\$ 14.994,93, sendo R\$ 12.932,05 a título de principal e R\$ 2.062,88 relativos aos juros e multa devidos pelo pagamento em atraso da exação, tal como se extrai do respectivo pagamento (**doc. nº 05**).

Nesse contexto, afirma que deve ser considerado de que o valor que foi pago pela Impugnante, no montante principal de R\$ 12.932,05, é justamente o valor depositado judicialmente nos autos do Mandado de Segurança nº 0013497-98.2002.8.05.0001. Portanto, os débitos de adicional ao FECP ora exigidos encontram-se com a sua exigibilidade suspensa, em virtude da realização de depósito judicial, nos termos do artigo 151, II, do CTN, razão pela qual se revela absolutamente desnecessária a lavratura deste auto de infração, pois os respectivos débitos já foram constituídos pelo autolançamento, seja em virtude da sua declaração em Guia de Informação sobre a Apuração do ICMS – GIA, seja em decorrência da realização do depósito judicial, conforme amplamente reconhecido pelo E. Superior Tribunal de Justiça na decisão *"AgRg no Ag 1144686/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 28/09/2010, DJe 02/02/2011"*.

Frisa que a realização de depósito judicial garante ao Estado da Bahia o pagamento dos débitos de adicional ao FECP, devidamente corrigidos, caso a Impugnante venha a ser derrotada nos autos do Mandado de Segurança nº 0013497-98.2002.8.05.0001, não havendo, portanto, qualquer justificativa para a cobrança do tributo, muito menos da multa de mora ora exigida. Nesse sentido, destaca precedente do E. Superior Tribunal de Justiça (REsp 490.641/PR, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 21/10/2003, DJ 03/11/2003, p. 254).

Assim pontua que a Impugnante confia no reconhecimento da improcedência do auto de infração ora impugnado, com o consequente cancelamento dos débitos de adicional ao FECP em questão.

No mérito, diz que os débitos de adicional ao FECP são manifestamente indevidos, pois estão a serviços de telefonia móvel prestados mediante cartão, na modalidade pré-paga.

Com efeito, afirma que logo após a instituição do adicional ao FECP, foi editado o Decreto Estadual nº 8.088/2001, que, em seu artigo 3º, acrescentou o artigo 51-A, ao Regulamento de ICMS (Decreto Estadual nº 6.284/1997). Transcreve o dispositivo e pontua que ao verificar o §2º, do artigo 3º, do artigo 51-A, do antigo Regulamento do ICMS (que vigorou até 2011), exclui do campo de incidência do adicional ao FECP os serviços de comunicação prestados mediante ficha ou cartão. Assim, observa que, por esse motivo, os débitos de adicional ao FECP, em questão, são manifestamente indevidos, o que impõe o imediato cancelamento do auto de infração ora impugnado.

Alega a impossibilidade de aplicação da multa por força do art. 132 do CTN, posto que todos os débitos ora exigidos decorrem de supostas infrações cometidas pela TIM NORDESTE S/A, que foi incorporada pela Impugnante (a TIM CELULAR S/A), conforme documentos acostados à presente.

Relata que pela simples leitura do dispositivo legal acima transcrito, tem-se que a incorporadora responde apenas pelos **TRIBUTOS** devidos pela sociedade incorporada, não havendo qualquer responsabilidade em relação às penalidades aplicadas posteriormente a essa data e que sejam decorrentes de infrações praticadas pela incorporada.

Traz comentários de LUCIANO AMARO (AMARO, Luciano, *in "Direito Tributário"*, 6ª ed., Ed. Saraiva, SP). e transcreve o entendimento há muito consolidado pelos Tribunais Administrativos Pátrios acerca da matéria (*Recurso de Ofício nº 144183, 1ª Câmara do 1º Conselho dos Contribuintes, Conselheiro ACÓRDÃO JJF Nº 0133-04/14*

Relator Paulo Roberto Cortez, Julgado em 22.03.06 Recurso Voluntário nº 134469, 1ª Câmara do 1º Conselho dos Contribuintes, Conselheiro Relator Sebastião Rodrigues Cabral, Julgado em 17.03.05). Nesse contexto, diante da interpretação restritiva a ser conferida ao artigo 132, do Código Tributário Nacional, afirma que dúvidas não restam quanto à impossibilidade de que seja imputada à Impugnante a penalidade prevista no artigo 42, inciso I, alínea “a”, da Lei Estadual nº 7.014/1996.

Pede e requer o cancelamento do auto de infração ora impugnado, bem como de todas as exigências fiscais dele decorrentes, a título de principal, juros, e multa, nos seguintes termos:

- (i) *preliminarmente, o lançamento fiscal é inteiramente improcedente e ilegítimo, posto que os créditos tributários ora exigidos encontram-se com a sua exigibilidade suspensa, na forma do artigo 151, II, do Código Tributário Nacional, por força da realização de depósito judicial nos autos do Mandado de Segurança nº 0013497-98.2002.8.05.0001, em trâmite na 1ª Vara de Fazenda Pública da Comarca de Salvador, em data anterior à lavratura do auto de infração, o que torna totalmente desnecessária a realização do lançamento fiscal ora impugnado (Item III.1, da impugnação);*
- (ii) *quanto ao mérito, os débitos de adicional ao FECP ora exigidos são manifestamente indevidos, por força do disposto no §2º, do artigo 3º, do artigo 51-A, do antigo Regulamento do ICMS (que vigorou até 2011), que excluiu do seu campo de incidência os serviços de comunicação prestados mediante ficha ou cartão (Item IV.1, da impugnação);*
- (iii) *sucessivamente, ao menos a penalidade aplicada deve ser cancelada nos termos do artigo 132, do Código Tributário Nacional, diante da incorporação da TIM NORDESTE S/A pela ora Impugnante, ocorrida em 30.12.2009.*

Por fim, informa que os seus advogados possuem escritório na Avenida Rio Branco, nº 110, 14º andar, Centro, Rio de Janeiro, RJ, CEP: 20040-0001, telefone 21 2132-1855, e requer que todas as intimações sejam realizadas em nome do advogado ANDRÉ GOMES DE OLIVEIRA, inscrito na OAB/RJ sob o nº 85.266, sob pena de nulidade.

Novamente os autos retornaram à IFEP/Serviços, para que a defesa original fosse anexada, conforme determinação contida no art. 8º do RPAF/99, no que foi atendida conforme o documento de fls. 154 a 166 do PAF.

A 4ª JJF diligenciou o PAF à inspetoria de origem, para que fossem adotadas as seguintes providências: (fl. 194)

- "1 - Que o autuante seja cientificado da manifestação da empresa autuada, consoante os documentos de fls. 83 a 191, e sobre eles preste nova informação fiscal.*
 - 2 - Caso haja modificações na autuação originária, pede-se a elaboração de novos demonstrativos, inclusive o de débito. Neste caso, o contribuinte deve ser cientificado e receber os novos demonstrativos. Também o prazo de 10 (dez) dias deve ser seguido para que o contribuinte possa se manifestar.*
 - 3 - Havendo manifestação por parte do sujeito passivo, o autuante deve prestar nova informação fiscal.*
- Por último, cumpridas essas formalidades, o PAF deve retornar ao CONSEF, para o prosseguimento da instrução processual."*

O autuante presta, novamente, informação fiscal, fls. 198, e logo, informa que o valor exigido no Auto de Infração se refere ao fundo da pobreza, instituído pela Lei nº 7.988/2001, cuja exigibilidade é inquestionável. Entende que o auto deve ser julgado procedente, com a sua exigibilidade suspensa.

Salienta que foi feita uma pequena correção do valor devido referente ao mês de outubro/2009 em função do contribuinte ter apresentado DAE de pagamento de R\$12.932,05, o qual não foi relacionado, inicialmente, no Auto de Infração. Assim, com a correção o valor histórico de R\$4.677.943,06 passa para R\$4.665.011,01, sendo juntada nova planilha com os valores atualizados, consoante documento de fl. 199.

Esclarece que a alegação de que os valores cobrados nos autos são indevidos, pois se referem a serviços de comunicação prestados mediante ficha ou cartão, é descabida e sem fundamento pois a Portaria nº 133/2002 em anexo, deixa claro que o adicional de fundo da pobreza não será cobrado apenas para as fichas e cartões indutivos para uso de telefone público (TUP).

Sustenta que a empresa autuada não presta serviços de telefone público no Estado da Bahia e existe cobrança de fundo de pobreza sobre serviços de cartões pré-pagos de aparelhos celulares conforme Portaria 133, anexa a esta diligência.

Em nova manifestação, fls. 213/219, o contribuinte inicialmente, ratifica as preliminares anteriormente apresentadas, e afirma que a fiscalização comete equívocos ao alegar que os débitos exigidos através da autuação deveriam ser suspensos até o deslinde da ação judicial da qual foram realizados os referidos depósitos. Destaca que os débitos sequer poderiam ter sido constituídos, uma vez que à época da lavratura do lançamento fiscal, sua exigibilidade encontrava-se suspensa, conforme o art. 151, II, CTN.

Aduz que o presente lançamento não tem qualquer cabimento, na medida em que os débitos consubstanciados já foram constituídos através do lançamento por homologação, revelado através do Mandado de Segurança nº 0013497-98.2002.8.05.0001.

Vislumbra, novamente, a impossibilidade de cobrança da FECP em função da não incidência de ICMS sobre serviços de telecomunicações prestados mediante ficha ou cartão, como fora já esposado na inicial, pois o autuado apurou o montante e realizou o citado depósito em substituição ao pagamento antecipado que seria obrigada, por se tratar de tributo sujeito ao lançamento por homologação.

Reafirma que o depósito judicial, configura verdadeira confissão de dívida, na medida em que, caso o processo judicial tenha desfecho desfavorável aos seus interesses, certamente os valores depositados serão convertidos para o Estado da Bahia. Assim, caso a fiscalização reconheça a integralidade do depósito, consequentemente, está homologando o lançamento realizado pelo sujeito passivo, restando, constituir o débito que se pretende cancelar. Junta jurisprudências do STJ, através do julgamento do EREsp nº 898.992/PR, no sentido de que o depósito do montante integral do tributo que se pretende afasta a cobrança e representa o verdadeiro lançamento por homologação.

Chama atenção que de acordo com a inteligência de precedentes elencados, não seria necessário a realização do lançamento de ofício, pela fiscalização, para evitar a decadência, eis que os débitos discutidos judicialmente com o depósito integral já se encontram constituídos. Destaca, ainda, que o Auto de Infração não representa nenhum prejuízo ao Estado da Bahia, uma vez que, o desfecho do Mandado de Segurança citado seja desfavorável ao contribuinte, os valores depositados e relacionados aos débitos de FECP serão convertidos em renda ao erário público.

Afirma que tinha certeza do cancelamento dos débitos exigidos, pois as Assessorias Jurídicas e outras Secretarias Fazendárias defendem o cancelamento dos autos lavrados em situações idênticas.

Pede, novamente, cancelamento do Auto de Infração devido à existência de depósito judicial no Mandado de Segurança citado.

O autuante, por sua vez, toma ciência, fls. 221/222, e informa que não tem nada mais a acrescentar ao que já foi colocado, na informação fiscal e na conclusão da diligência solicitada pela JJF. Aguarda Julgamento.

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.

No presente lançamento está sendo exigido o ICMS em decorrência da falta de recolhimento do ICMS no prazo regulamentar referente a prestações de serviço de comunicação escrituradas nos livros fiscais próprios. A infração, conforme o demonstrativo de fl. 06, foi apurada com base no cruzamento entre os valores do ICMS obtidos no livro Registro de Apuração de ICMS com o recolhimento correspondente através de consulta aos DAE's pagos.

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.

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.

Quanto ao Fundo Estadual de Combate à Pobreza, instituído pela Lei nº 7.988/2001, o sujeito passivo está discutindo a sua legalidade em relação às operações de comunicação efetuadas por meio de cartão.

Portanto, o contribuinte apresentou a sua peça defensiva pretendendo, no âmbito administrativo, ver afastada a cobrança do imposto e da multa por descumprimento da obrigação principal e de mora, tendo em vista que discorda da incidência do referido Fundo Estadual de Combate à Pobreza sobre os serviços de telefonia celular prestados por cartão, conforme exigido pela Diretoria de Arrecadação, Crédito Tributário e Controle da SEFAZ/ BA.

Em consequência da propositura de medida judicial pelo sujeito passivo (Processo nº 0013497-98.2002.8.05.0001), ocorreu a renúncia ao poder de recorrer na esfera administrativa ou a desistência da impugnação ou recurso acaso interposto, encerrando-se, por consequência, o procedimento administrativo fiscal, contencioso ou não, em decorrência da escolha da via judicial, nos termos dos artigos 27, IV e 117 do RPAF-BA e 151, inciso II, do CTN.

Deste modo, quanto à incidência de multa e de acréscimos moratórios, o sujeito passivo por interpretar que o Adicional de 2%, previsto no art. 51-A do RICMS não deveria incidir nas operações com a prestação de serviços de comunicação realizados através de meios físicos (cartões e assemelhados), ingressou com o mandado de segurança perante a 1ª Vara da Fazenda Pública, renunciando, automaticamente o seu direito de discutir o mérito da autuação pela instância administrativa, conforme o art. 27, IV, do RPAF.

Posteriormente requereu autorização para efetuar o depósito judicial dos valores supostamente devidos, em conformidade com os recibos de depósito anexos fls. 137 a 148, referentes ao período objeto dessa autuação.

Sem dúvida, a suspensão da exigibilidade do crédito tributário, previsto no art. 151, II, do CTN, permite que o sujeito passivo efetue o depósito do valor do crédito fiscal que acha devido, a fim de se discutir a exigência do débito, seja na esfera administrativa, seja na via judicial.

Efetuado o depósito integral do crédito, caso o julgamento do mérito do mandado de segurança seja desfavorável ao contribuinte, o valor é convertido em renda ao FISCO e o crédito se extingue.

Consoante o entendimento da jurisprudência e a da doutrina, o depósito do crédito fiscal, quando feito em sua integralidade, inibe a exigência de juros ou multa de mora.

Este entendimento vem norteando as decisões deste CONSEF, a exemplo do ACÓRDÃO CJF Nº 0064-12/09 e Acórdão CJF nº 0005-21/06.

Na hipótese da decisão judicial ser desfavorável ao contribuinte, os valores depositados serão convertidos em renda, com a consequente extinção do crédito exigido, o que evita a aplicação das penalidades.

Logo julgo improcedente a incidência da multa e dos acréscimos legais, previstas neste Auto de Infração, e ressalto que o autuante ao constatar que no mês de outubro de 2009 o contribuinte teria pago o valor de R\$ 12.932,05, o que resultou na diminuição do valor do ICMS exigido de R\$ 4.677.943,06 para R\$ 4.665.011,01.

Assim sendo, fica extinto o processo administrativo fiscal, e prejudicada a defesa apresentada, devendo os autos ser remetido à PGE/PPROFIS para as providências cabíveis.

Ressalto que foi requerido que as intimações sejam realizadas em nome do advogado ANDRÉ GOMES DE OLIVEIRA, inscrito na OAB/RJ sob o nº 85.266, com escritório na Avenida Rio Branco, nº 110, 14º andar, Centro, Rio de Janeiro, RJ, CEP: 20040-0001, telefone 21 2132-1855, mas o seu não cumprimento não conduz à nulidade processual, haja vista que não há previsão nesse sentido no RPAF/99 (Decreto nº 7.629/99).

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PREJUDICADA** a defesa apresenta quanto ao mérito do imposto exigido e manter o Auto de Infração nº **298636.0070/12-0**, lavrado contra **TIM NORDESTE S. A.**, no valor de **R\$ 4.677.943,06** sem incidência de multa e de acréscimos moratórios. Os autos deverão ser remetidos à PGE/PROFIS para adoção das medidas cabíveis, ficando suspensa a exigibilidade do crédito tributário quanto à obrigação principal, nos termos do artigo 151, inciso IV, do Código Tributário Nacional.

Sala das Sessões do CONSEF, 03 de julho de 2014.

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO – RELATORA

JOWAN DE OLIVEIRA ARAUJO - JULGADOR