

PROCESSO - A. I. Nº 279468.0006/17-0
RECORRENTE - TELEMAR NORTE LESTE S/A. (OI)
RECORRIDO - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 3ª JJF nº 0065-03/18
ORIGEM - IFEP SERVIÇOS
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 05/10/2018

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL
ACÓRDÃO CJF Nº 0262-12/18

EMENTA: ICMS. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO. SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO. PRESTAÇÃO TRIBUTÁVEL CONSIDERADA COMO NÃO TRIBUTÁVEL. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Existência de Mandado de Segurança. A escolha da via judicial pelo sujeito passivo implica renúncia à discussão da lide na esfera administrativa, devendo o PAF ser remetido à PGE/PROFIS para controle da legalidade e adoção das medidas cabíveis, conforme Art. 126 do COTEB. Mantida a Decisão recorrida. Considerar o Recurso **PREJUDICADO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra Decisão que considerou prejudicada a defesa apresentada, diante da renúncia à discussão da lide na esfera administrativa, em razão da propositura de medida judicial, do Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 13/12/2017, para exigir crédito tributário em função da seguinte irregularidade:

INFRAÇÃO 1 - 03.08.37 - Deixou de recolher o ICMS no(s) prazo(s) regulamentar(es) referente a prestação de serviço de comunicação não escriturados nos livros fiscais próprios, nos meses de agosto a dezembro de 2015 e janeiro a dezembro de 2016, sendo exigido ICMS no valor de R\$9.625.907,53, acrescido da multa de 100%, prevista no Art. 42, III, da Lei nº 7.014/96.

Consta que o Autuado não recolheu o ICMS incidente sobre o serviço de assinatura cobrado nas faturas por entender que é serviço não tributado, que, apesar da decisão do STF no Recurso Extraordinário 912888 do Rio Grande do Sul, assegurando a incidência do ICMS sobre o serviço de assinatura, existe o Mandado de Segurança nº 0228842520118050001, em trâmite no juízo da 2ª Vara da Fazenda Pública do Estado da Bahia, determinando a suspensão da exigibilidade do crédito tributário relativo à assinatura mensal, e que este Auto de Infração foi lavrado devido à orientação da PGE/PROFIS de que deve o Estado da Bahia lançar o crédito tributário e suspender a exigibilidade até o julgamento do mérito.

A 3ª JJF, por unanimidade, considerou prejudicada a defesa apresentada, diante da renúncia à discussão da lide na esfera administrativa em razão da propositura de medida judicial, mediante o Acórdão nº 0065-03/18 (fls. 83 a 88), com base no voto do Relator de primeiro grau, a seguir transcrito:

“O presente processo exige ICMS referente à prestação de serviços de comunicação não escriturados nos livros fiscais próprios, pelo fato do autuado não ter recolhido o ICMS incidente sobre o serviço de assinatura cobrado nas faturas, por entender que o serviço não é tributado.

Inicialmente verifico que foram observados os requisitos que compõem o Auto de Infração, previstos no Art. 39 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal - RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, inclusive a comprovação de entrega de todos os documentos.

Apesar de o lançamento ter sido amparado na legislação vigente, bem como em decisão do STF no Recurso Extraordinário nº 912888 do Rio Grande do Sul, que assegurou a incidência do ICMS sobre o serviço de assinatura, o autuado está amparado por liminar em mandado de segurança, com suspensão da exigência do crédito tributário.

Dessa forma, as atuantes constituíram o crédito, por meio deste lançamento, para resguardar o direito do fisco em razão da decadência. Todavia, consoante o entendimento exarado pela PGE/PROFIS, a exigibilidade do crédito tributário apurado ficará suspensa em obediência à citada liminar, até a decisão final proferida pelo Poder Judiciário, porém, o ato administrativo do lançamento é vinculado, não podendo deixar de ser realizada a sua constituição.

De acordo com o entendimento pacificado deste CONSEF, em matérias semelhantes e, consoante o disposto no

Art. 126, do COTEB – Código Tributário do Estado da Bahia e no artigo 117, do RPAF/99, “a propositura de medida judicial pelo sujeito passivo importa a renúncia ao poder de recorrer.

Concluo que, em relação ao mérito da questão, foram indicados no Auto de Infração os dispositivos legais previstos na legislação tributária estadual, que prevê a tributação do serviço de comunicação em lide, no entanto, sua análise fica prejudicada pelo fato de o autuado estar discutindo a matéria no âmbito do Poder Judiciário, devendo o PAF ser remetido à PGE/PROFIS para adoção das providências de sua alçada.

Quanto à multa exigida na autuação, o autuado na sua defesa arguiu a impossibilidade de sua aplicação, alegando está protegido por liminar em mandado de segurança, nos termos do art. 151, IV do CTN, que suspende a exigibilidade do crédito tributário.

Conforme anteriormente exposto, o contribuinte obteve autorização para, provisoriamente, não pagar o imposto devido no serviço de comunicação ora combatido, até o julgamento final do Mandado de Segurança. Efetivamente estando o contribuinte protegido judicialmente para pagar o imposto com base de cálculo apurada de acordo com o seu entendimento, só haverá infração se a liminar for julgada desfavorável ao impugnante e será legítima a imposição da multa pela infração cometida.

O RPAF/BA, no seu art. 39 determina que o Auto de Infração conterá, entre outras coisas, a descrição dos fatos considerados infrações de obrigações tributárias principal e acessórias, a alíquota e o percentual da multa cabível, tidos como infringidos em que esteja tipificada a infração com a multa correspondente. Portanto, na lavratura do Auto de Infração, o fisco estadual não pode efetuar o lançamento do crédito tributário sem a imposição da multa correspondente.

Dessa forma, a multa indicada na autuação, foi corretamente aplicada, com previsão no Art. 42, III, da Lei nº 7.014/96, devendo a sua exigibilidade ficar suspensa, enquanto o Mandado de Segurança estiver pendente de decisão judicial.

Quanto à mora, para se prevenir do seu pagamento em decorrência de uma possível decisão judicial desfavorável, do crédito tributário que teve a sua exigibilidade suspensa por força de liminar em mandado de segurança, o contribuinte pode fazer o depósito judicial do imposto exigido, o que conduz em conversão do depósito em renda do Estado, extinguindo, assim, o crédito tributário, os acréscimos moratórios e atualização monetária. Caso a decisão judicial venha ser favorável ao contribuinte, é assegurada a restituição do depósito judicial, com os devidos acréscimos moratórios e atualizado monetariamente.

Pelo acima exposto, em relação ao imposto que provisoriamente está suspensa sua exigibilidade, por proteção judicial, se for julgada desfavorável ao contribuinte, o crédito tributário deverá ser atualizado monetariamente e acrescido dos juros de mora previstos na legislação estadual, contando prazo a partir da data da ocorrência dos fatos geradores.

Ressalto que, esta Junta não tem competência para dispensar multa por descumprimento de obrigação principal e, ainda conforme disposto no Art. 167, I a III, do RPAF/99, não se incluem na competência dos órgãos julgadores administrativos a declaração de invalidade em tese de lei ou outro ato normativo vigente no ordenamento jurídico, a negativa de aplicação de ato normativo emanado dos poderes Legislativo e Executivo e as decisões transitadas em julgado proferidas por membros do Poder Judiciário.

Diante do exposto, fica PREJUDICADA a defesa, mantendo-se o lançamento até decisão final pelo Poder Judiciário.”

O Autuado apresentou Recurso Voluntário (fls. 98 a 104), nos termos do Art. 169, I, “b”, do RPAF/99, no qual alegou a impossibilidade da aplicação de multa, já que vigia liminar determinando o não recolhimento do tributo à época dos fatos geradores, conforme doutrina e jurisprudência acostadas.

Ressaltou que a multa foi aplicada em razão de obrigação principal, não incidindo o disposto no Art. 117, §3º, do RPAF/99, por não ser obrigação acessória, e que não há óbice no Art. 167, I a III, do RPAF/99, entendendo ser dever deste CONSEF excluir a referida multa.

Defendeu que a base de cálculo do ICMS comunicação é o preço do serviço, ou seja, o valor da operação, nos termos do Art. 13, III, c/c o seu §1º, da Lei Complementar nº 87/96, salientando que o Acórdão recorrido não se manifestou sobre esta questão, a qual disse não ser objeto da ação judicial.

Destacou que não discute a possibilidade do cálculo “por dentro” do ICMS, mas a impossibilidade da majoração da base de cálculo do imposto efetuada, devendo o imposto ser calculado com base no preço praticado, sem presumir valores diferentes dos cobrados, transcrevendo voto do Ministro Nelson Jobim do STF no RE nº 212.209/RS.

Requeru o provimento do Recurso para que seja cancelada a multa imposta e recalculado o tributo devido com base no efetivo “preço do serviço”, bem como as intimações e decisões sejam feitas em nome de seu patrono, conforme dados que informou.

VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra Decisão que julgou pela procedência do presente Auto de Infração, lavrado em decorrência da falta de recolhimento do ICMS incidente sobre o serviço de assinatura cobrado nas faturas de prestação de serviços de comunicação, não escriturado nos livros fiscais próprios, por entender que é serviço não tributado.

Foi informado que este Auto de Infração foi lavrado por orientação da PGE/PROFIS no sentido de que deve o Estado da Bahia lançar o crédito tributário, e suspender a exigibilidade até o julgamento do mérito do Mandado de Segurança nº 0022884-25.2011.8.05.0001, em trâmite no juízo da 2ª Vara da Fazenda Pública do Estado da Bahia, apesar da decisão do STF no Recurso Extraordinário nº 912888 do Rio Grande do Sul, assegurando a incidência do ICMS sobre o serviço de assinatura.

De acordo com o entendimento pacificado deste CONSEF em matérias semelhantes, e consoante o disposto no Art. 126 do Código Tributário do Estado da Bahia - COTEB, Lei nº 3.956/81, e no Art. 117 do RPAF/99, a propositura de medida judicial pelo sujeito passivo importa a renúncia ao poder de recorrer.

Assim, verifico que foram indicados no Auto de Infração os dispositivos legais previstos na legislação tributária estadual, que prevê a tributação do serviço de comunicação em lide, mas, no entanto, sua análise fica prejudicada pelo fato do Autuado estar discutindo a matéria no âmbito do Poder Judiciário.

Saliento que o crédito tributário, cuja exigibilidade está provisoriamente suspensa por proteção judicial, caso julgada desfavorável ao contribuinte, deverá ser atualizado monetariamente e acrescido da multa e dos juros de mora previstos na legislação estadual, contando prazo a partir da data da ocorrência dos fatos geradores, conforme estabelecido nos Arts. 41 e 42 da Lei nº 7.014/96 e nos Arts. 100 a 102 da Lei nº 3.956/81, salvo modulação dos efeitos porventura declarada na ação judicial.

Destaco que não se incluem na competência dos órgãos julgadores administrativos a declaração de invalidade em tese de lei ou outro ato normativo vigente no ordenamento jurídico, a negativa de aplicação de ato normativo emanado dos poderes Legislativo e Executivo e as decisões transitadas em julgado proferidas por membros do Poder Judiciário, bem como a autorização para dispensar multa por descumprimento de obrigação principal, conforme disposto nos Arts. 158 e 167, I a III, do RPAF/99.

Diante do exposto, fica **PREJUDICADO** o Recurso Voluntário, em razão da escolha da via judicial, e mantido o lançamento até a decisão final pelo Poder Judiciário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, considerar **PREJUDICADO** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **279468.0006/17-0**, lavrado contra **TELEMAR NORTE LESTE S/A.**, no valor de **R\$9.625.907,53**, acrescido da multa de 100%, prevista no art. 42, III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo o PAF ser remetido à PGE/PROFIS para controle da legalidade e adoção das medidas cabíveis, conforme Art. 126 do COTEB, diante da renúncia à discussão da lide na esfera administrativa, em razão da propositura de medida judicial.

Sala das Sessões do CONSEF, 16 de agosto de 2018.

MAURICIO SOUZA PASSOS – PRESIDENTE

MARCELO MATTEDI E SILVA – RELATOR

LEÔNCIO OGANDO DACAL – REPR. DA PGE/PROFIS