

PROCESSO - A. I. Nº 279468.0004/19-3
RECORRENTE - TELEMAR NORTE LESTE S/A. (OI)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 3ª JF nº 0082-03/20-VD
ORIGEM - IFEP SERVIÇOS
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 22/01/2021

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJE Nº 0284-12/20-VD

EMENTA: ICMS. PRESTAÇÃO DE 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 11/11/2019, para exigir crédito tributário em função da seguinte irregularidade:

Infração 01 - 02.08.37 - 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 janeiro a agosto de 2017, sendo exigido ICMS no valor de R\$1.566.831,28, acrescido da multa de 100%, prevista no Art. 42, III, da Lei nº 7.014/96.

Consta que o Autuado deixou de recolher 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 nº 912888 do Rio Grande do Sul, assegurando a incidência do ICMS sobre o serviço de assinatura, independentemente da franquia de minutos concedida ou não ao usuário.

Está registrado que o Autuado também infringiu os Arts. 16, V, 16-A, 17, §1º, I e II, e §11, da Lei nº 7.014/96.

A 3ª JF, 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 0082-03/20-VD (fls. 282 a 292), com base no voto do Relator, 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 cabe enfrentar a preliminar de nulidade suscitada pelo Impugnante sob o fundamento de que o Auto de Infração padece de vício de fundamentação aduzindo a ausência de determinação clara da matéria tributável.

Verifico, depois de compulsar todos elementos que instruem o Auto de Infração que não deve prosperar a pretensão da Defesa, haja vista que a peça acusatória afigura-se constituída de todos os elementos necessários a compreensão plena da acusação fiscal, tendo sido de forma minudente indicada a infração infringida, o enquadramento legal e a tipificação da multa sugerida.

Constato também que foram observados os requisitos que compõem o Auto de Infração, previstos no art. 39, do RPAF-BA/99, inclusive a comprovação de entrega de todos os documentos.

Assim entendo superada a preliminar de nulidade suscitada.

Apesar de o lançamento ter sido amparado na legislação vigente, bem como em decisão do STF no Recurso Extraordinário 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.

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 e no art. 117, do RPAF-BA/99, “a propositura de medida judicial pelo sujeito passivo importa a renúncia ao poder de recorrer na esfera administrativa ou a desistência da impugnação ou recurso acaso interposto”.

Em relação ao mérito da questão, concluo que, como já esclarecido por ocasião do enfrentamento da preliminar suscitada 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.

Em sede de Defesa, o Autuado apresentou o entendimento da impossibilidade da aplicação da multa imposta no Auto de Infração, alegando estar protegido por liminar em mandado de segurança, nos termos do inciso IV, do art. 151, do CTN, que suspende a exigibilidade do crédito tributário.

No presente caso o Impugnante obteve autorização para, provisoriamente, não pagar o imposto devido no serviço de comunicação ora combatido, até o julgamento final do Mandado de Segurança. Logo, estando salvaguardado 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.

Por força do quanto expressamente determinado pelo art. 39, RPAF-BA/99, entre outros elementos, deverá conter no Auto de Infração 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. Por esse motivo, na lavratura do Auto de Infração, o fisco estadual não pode efetuar o lançamento do crédito tributário sem a imposição da multa correspondente.

Verifico que a multa indicada na autuação, foi corretamente tipificada, com previsão no art. 42, inciso III, da Lei 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.

Quanto ao imposto que provisoriamente está suspensa sua exigibilidade, por proteção judicial, se ao final da ação, 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.

Observe que este Órgão julgador não tem competência para dispensar multa por descumprimento de obrigação principal e, ainda conforme disposto nos incisos de I a III, do art. 167, do RPAF-BA/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.

No que concerne à solicitação para que as intimações acerca das datas de julgamento, bem como das decisões proferidas, sejam feitas em nome do advogado ANDRÉ MENDES MOREIRA, OAB/MG nº 87.017, Tel. (031) 3289-09000, e-mail: intimacoesbh@sachacalmon.com.br, com endereço à Alameda da Serra, nº 119, 13º andar, Vila da Serra, Nova Lima /MG, CEP nº 34006-056, sob pena de nulidade, saliento que embora não seja obrigatória a comunicação de intimações e decisões ao advogado da empresa, mas sim, à parte envolvida na lide, no endereço constante do seu cadastro junto ao Estado, não se constituindo nulidade, caso assim seja feito, nada obsta de que seu pleito seja atendido pelo setor competente deste CONSEF, enviando as intimações sobre o presente processo no endereço indicado.

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

O Autuado apresentou Recurso Voluntário (fls. 302 a 314), nos termos do Art. 169, I, “b” do RPAF/99, no qual suscitou a nulidade insanável da autuação por vício de fundamentação, porquanto não foi possível compreender como foi apurada a matéria tributável, já que a alíquota indicada não foi 26%, aplicável aos serviços de comunicação, conforme previsto no Art. 16 da Lei nº 7.014/96.

Alegou a ilegitimidade do adicional de alíquota do ICMS para o financiamento do Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza – FUNCEP/BA e da impossibilidade da sua inclusão na base de cálculo da multa, defesa que entende que deva ser apreciada por este CONSEF, vez que não está abarcada na discussão desenvolvida no bojo do Mandado de Segurança nº 0022884-25.2011.8.05.0001, e que não houve manifestação de juízo na Decisão ora recorrida.

Disse que a referida cobrança, se de fato está sendo feita, diante da ausência de clareza do Auto de Infração, não merece prosperar em virtude da sua patente ilegitimidade e inconstitucionalidade, já que os serviços de comunicação não são supérfluos, sendo, portanto, essenciais, conforme reconhecido pelo Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, tendo ocorrido a aplicação inversa do princípio da seletividade.

Aduziu que, demonstrada a similitude entre a autuação e a repercussão geral reconhecida no bojo do RE nº 714.139/SC, na conformidade do Art. 1.030, II do CPC, aplicável supletiva e subsidiariamente, este processo administrativo deve ser sobrestado até que sobrevenha julgamento definitivo.

Defendeu 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.

Questionou a forma de cálculo do imposto utilizada na autuação por entender que a base de cálculo do ICMS sobre o serviço de comunicação é o preço do serviço, ou seja, o valor da operação, nos termos do Art. 13, III, c/c o §1º, I da Lei Complementar nº 87/96, restando impossibilitada a majoração da base de cálculo promovida pela autuação (*gross up*).

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 excerto do voto do Ministro Nelson Jobim do STF no RE nº 212.209/RS.

Asseverou que o Tribunal Administrativo do Estado de Pernambuco e o pleno do CRT/GO já se posicionaram contra tal pleito fiscal e que, recentemente, o STJ, em decisão monocrática que anexou cópia, manteve a decisão do TJ/BA, destacando que a cobrança do tributo não pode ser efetuada sobre preço ficto ou presumido.

Requeru, preliminarmente, a nulidade da autuação ante a ausência de requisitos mínimos para constituição da exigência, consoante o Art. 142 do CTN, no mérito, seja excluído o adicional de alíquota para o financiamento do FUNCEP/BA, pois incidente sobre serviços essenciais, e, sucessivamente, seja:

- a) determinado o seu sobrestamento até que sobrevenha julgamento definitivo do RE nº 714.139/SC (Tema 745);
- b) cancelada a multa imposta, uma vez que o ICMS só não foi recolhido em razão de ordem judicial neste sentido, sendo inexistente a mora, e;
- c) recalculado o tributo supostamente devido para que a alíquota regular do ICMS incida sobre o preço do serviço.

Solicitou que as intimações e decisões sejam feitas em nome de seu patrono, conforme dados que informou, sob pena de nulidade.

Registro a presença na sessão de julgamento da advogada do Autuado que efetuou a sustentação oral, Dra. Ana Laura de Paula Lana Souza - OAB/BA nº 173.808.

VOTO

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 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.

Rejeito a nulidade suscitada. Primeiro porque consta da descrição do Auto de Infração que o Autuado também infringiu o Art. 16-A da Lei nº 7.014/96, que trata exatamente da adição de dois pontos percentuais à alíquota dos serviços de comunicação, cuja arrecadação será inteiramente vinculada ao Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza. Segundo porque o Autuado teve plena consciência do que se tratava e efetuou a sua defesa de forma integral, não havendo porque se falar de deficiência de motivação ou cerceamento do direito de defesa.

Foi informado também na descrição da infração, que este Auto de Infração foi lavrado com base na decisão do STF no Recurso Extraordinário nº 912.888, do Rio Grande do Sul, que assegurou a incidência do ICMS sobre o serviço de assinatura, independentemente da franquias de minutos concedida ou não ao usuário.

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.

Portanto, como foi registrado no campo de descrição da infração que o Autuado também infringiu os Arts. 16, V, 16-A, 17, §1º, I e II, e §11 da Lei nº 7.014/96, que abarcam todos os questionamentos sobre o adicional de alíquota para o Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza e a inclusão do imposto para formação da sua base de cálculo, esta discussão foge à competência deste CONSEF.

Quanto ao pedido para que seja determinado o sobrestamento do andamento deste processo até que sobrevenha julgamento definitivo do RE nº 714.139/SC, não há previsão para que isso ocorra na tramitação dos processos administrativos, mas tão somente na esfera judicial.

Não existe qualquer óbice para que o patrono do Autuado receba as intimações relativas a este processo. Entretanto, a falta desta intimação não se constitui em motivo para a nulidade da comunicação, desde que o Autuado seja intimado nos termos do Art. 108 e seguintes 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 manter a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 279468.0004/19-3, lavrado contra **TELEMAR NORTE LESTE S/A. (OI)**, no valor de **R\$1.566.831,28**, 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 Virtual das Sessões do CONSEF, 19 de outubro de 2020.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS – PRESIDENTE

MARCELO MATTEDI E SILVA – RELATOR

RAIMUNDO LUIZ DE ANDRADE – REPR. DA PGE/PROFIS