

PROCESSO	- A. I. N° 269135.0009/20-4
RECORRENTE	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO	- TELEFÔNICA BRASIL S.A.
RECURSO	- RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 1ª JJF nº 0014-01/24-VD
ORIGEM	- DAT METRO – IFEP SERVIÇOS
PUBLICAÇÃO	- INTERNET 10.10.2024

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO CJF N° 0232-11/24-VD**

EMENTA: ICMS. FALTA DE RECOLHIMENTO. PRESTAÇÕES DE SERVIÇOS TRIBUTADAS COMO NÃO TRIBUTADAS. Exigência fiscal reduzida após constatação de que grande parte do valor originalmente cobrado foi calculado sobre descontos concedidos pelo sujeito passivo a seus clientes. Não cabe aplicar a isenção prevista no art. 265 do inc. XLV do RICMS/2012, às empresas públicas e às sociedades de economia mista. Estas se submetem ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários (art. 173, § 1º da Constituição Federal). Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Cuidam os presentes autos, de Recurso de Ofício interposto em razão do Acórdão 1ª JJF nº 0014-01/24-VD, julgou Procedente em Parte o presente Auto de Infração, lavrado em 12/12/2020, para reclamar ICMS no valor histórico de R\$ 31.251.729,71, em decorrência de uma única infração, descrita a seguir:

Infração 01 – 02.08.38: 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 nos registros magnéticos entregues a fiscalização conforme determina Convênio ICMS 115/03.

Sendo a base de cálculo do imposto determinada conforme Art. 17, § 1º, inciso I, da Lei 7.014/96. Tudo apurado conforme Anexos e os respectivos registros magnéticos na forma do Convênio ICMS 115/03, todos apensos a este PAF. Ressalte-se que não foram anexados ao PAF os demonstrativos com a totalidade dos dados devido ao seu grande volume, entretanto anexamos ao PAF um CD com os dados gravados em planilha Excel onde encontram-se a totalidade dos dados que deram origem as planilhas resumo mensal que estão anexas a este PAF.

A 1ª Junta de Julgamento Fiscal apreciou a lide em 21/02/2024, acórdão anexados às fls. 232 a 236, e decidiu pela Procedência Parcial do presente lançamento, em decisão unânime. O Acórdão foi fundamentado nos termos a seguir reproduzidos.

VOTO:

Verifiquei que foram observados todos os requisitos que compõe o auto de infração, previstos no art. 39 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF), Decreto nº 7.629/99.

O presente auto de infração consiste na exigência de ICMS em razão de suposta realização de prestações onerosas de serviços de comunicação tributáveis como não tributáveis.

Afasto toda discussão acerca da constitucionalidade da multa aplicada no presente auto de infração. De acordo com o inciso I do artigo 167 do RPAF, não é competência deste órgão julgador a declaração de constitucionalidade da legislação tributária estadual nem a negativa de aplicação de ato normativo emanado de autoridade superior. A multa aplicada está prevista no art. 42 da Lei nº 7.014/96.

Após idas e vinda do processo, com explicações trazidas pelos autuantes e pelo autuado em busca da verdade material, ficou comprovado que 96% do valor exigido originalmente neste auto de infração decorreu da maneira como o autuado realizou o lançamento nas faturas de descontos concedidos aos clientes. Confirmado, então, que grande parte do imposto exigido neste auto de infração como prestação não tributada foi, na verdade, descontos concedidos aos clientes pelo autuado, a exigência fiscal foi reduzida de R\$ 31.251.729,71 para R\$ 1.166.854,92.

Assim, a lide permanece sobre esse valor sob a afirmação defensiva de que os valores remanescentes dizem respeito a prestações para empresas públicas e de economia mista, isentas do ICMS, conforme inciso XLV do art. 265 do RICMS. A alegação, contudo, não veio acompanhada de provas. Nos arquivos produzidos pelos autuantes que demonstraram a diminuição do valor exigido para R\$ 1.166.854,92 não aparecem como destinatário quaisquer empresas públicas ou de economia mista.

Ademais, o inciso XLV do art. 265 do RICMS estabelece a isenção do ICMS apenas nas prestações de serviços de telecomunicações utilizados por órgãos da administração pública estadual direta e suas fundações e autarquias mantidas pelo poder público estadual e regidas por normas de Direito Público. As empresas públicas e as sociedades de economia mista, não são órgãos públicos, e sim entidades com personalidade jurídica de direito privado. Órgãos públicos são unidades da administração pública que não possuem personalidade jurídica. As empresas públicas e as sociedades de economia mista não são entidades despersonalizadas. Ao contrário: são pessoas jurídicas, criadas por lei, que atuam em atividades de interesse da administração pública, prestando serviços ou exercendo atividades gerais de caráter econômico ou de interesse social da Administração. Logo, não estão contempladas na regra de isenção do imposto, positivada no RICMS/BA, até porque a interpretação dessa norma deve ser literal, conforme determina o art. 111, inc. II, do Código Tributário Nacional (CTN).

Convém ainda pontuar que o Regime Tributário aplicável às empresas públicas e às sociedades de economia mista, positivado na CF/88, no art. 173, determina que tais entidades devem se sujeitar ao regime jurídico das empresas privadas, inclusive quanto às obrigações tributárias, de forma que a regra de imunidade tributária recíproca prevista no texto da Lei Maior, não as alcança.

Por todo exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do auto de infração, ficando reduzida a exigência fiscal para R\$ 1.166.854,92, conforme demonstrativo sintético à fl. 257.

Como a redução do crédito tributário foi superior a R\$ 200.000,00, a 1ª JJF interpôs Recurso de Ofício com base no art. 169, inc. I do RPAF/99.

VOTO

Observo que a decisão da 1ª JJF desonerou o sujeito passivo, reduzindo o crédito tributário lançado de R\$ 31.251.729,71 para R\$ 1.166.854,92, em valores históricos, fato este, que justifica a remessa necessária do presente feito para reapreciação nesta Câmara de Julgamento Fiscal, restando cabível o presente recurso.

Quanto ao mérito, a conduta autuada foi descrita como “*Falta de recolhimento do ICMS na prestação de serviço de comunicação por escrituração de valores tributados como não tributados.*”, referentes a prestação de serviços de comunicação não oferecidos a tributação pelo ICMS, conforme lançamentos nos registros magnéticos entregues à Fiscalização - Convênio ICMS 115/03.

O Sujeito Passivo se opôs ao lançamento, alegando que *(i)* sobre parte das operações classificadas como isentas ou não tributadas houve o destaque e recolhimento do ICMS; *(ii)* parte das operações autuadas dizem respeito à inclusão indevida na base de cálculo do imposto, pela Fiscalização, de descontos incondicionais concedidos, em afronta ao disposto no art. 13, § 1º, inc. II, alínea “a” da Lei Complementar nº 87/96 e art. 17, § 1º, inc. II, alínea “a” da Lei nº 7.014/96; *(iii)* parte dos valores autuados dizem respeito à serviços meio (locação) ou adicionais que não estão sujeitos à incidência do ICMS-Comunicação; e *(iv)* a parcela remanescente foi prestada para empresas públicas e de economia mista, cuja isenção está prevista de forma no artigo 265, inc. XLV do RICMS/BA.

Identificando divergências entre os dados apresentados pelos autuantes e os documentos fiscais apresentados pelo sujeito passivo, os membros da 1ª JJF converteram o processo em diligência, fl. 199, para que os autuantes analisassem as divergências apontadas, que procedida, não houve alteração no entendimento do Fisco, resultando em nova manifestação da autuada, oportunidade

que foi apensado aos autos o Termo de Constatação elaborado pela empresa de auditoria KPMG Assessores Ltda., fls. 222 a 233, com o objetivo de apresentar o resultado da análise das informações prestadas pela autuada referentes ao Convênio ICMS 115/2003, de modo a verificar a natureza dos itens autuados assim como validar os valores do ICMS recolhidos no período.

O citado termo concluiu que: (1) 94,5% dos valores tidos como operações isentas e não tributadas correspondem a descontos que foram concedidos pela Telefônica aos seus consumidores; (2) os valores dos descontos foram escriturados equivocadamente no campo destinado a operações isentas e não tributadas, mas não causaram reflexo quanto a falta de recolhimento de ICMS; e (3) 0,03% das operações isentas e não tributadas correspondem a serviços de telecomunicações prestados pela Telefônica a clientes isentos de ICMS, cuja isenção está amparada pela legislação estadual, sendo indevida a cobrança de ICMS sobre eles.

Nova diligência, fl. 247, foi determinada pelos membros da 1ª JJF com o propósito de os autuantes procederem nova análise, o que resultou na informação às fls. 258 a 281, com o refazimento dos demonstrativos sintético e analítico, uma vez que restou comprovado que a maioria dos serviços prestados pela Recorrente, 96% do valor inicialmente exigido, decorreu do lançamento nas faturas de cobrança dos serviços prestados, de descontos concedidos aos clientes, ou seja, a maior parte da exação, tida inicialmente como prestação tributada, registrada pela Recorrente como não tributada, correspondeu a descontos concedidos aos clientes.

Na informação prestada no cumprimento da diligência, os autuantes declararam que “(...)*a empresa realizou um procedimento de lançamento de DESCONTOS aos clientes nas suas faturas de maneira diversa do previsto na legislação, efetuando desdobrando em dois lançamentos daquilo que deveria ser realizado em apenas um único. (...) Ao adotar este procedimento INDEVIDO e sem o conhecimento do Fisco, o contribuinte induziu a uma apuração equivocada dos valores não oferecidos a tributação do ICMS no momento da fiscalização*”.

Em conclusão, informaram que: “*Após entender este mecanismo de escrituração dos lançamentos no Convênio 115/03 que ficou explicado no Laudo Técnico de autoria da KPMG apresentado pela autuada, esta fiscalização realizou a revisão dos arquivos magnéticos e apuração dos valores efetivamente devidos chegando a valores finais a serem cobrados bem inferiores aos lançados no PAF. Verificou-se que aproximadamente 96% das operações autuadas correspondem a descontos que foram concedidos pelo contribuinte aos seus clientes e registrados no campo operações ISENTAS-NÃO TRIBUTADA*”.

A Recorrente, apesar da significativa redução da exação, manteve a contestação sobre o valor remanescente alegando de que os estes valores corresponderiam a prestações de serviços de comunicação para empresas públicas e de economia mista, prestações que entende serem isentas do ICMS, conforme previsto no art. 265, inc. XLV do RICMS/2012, mesmo tendo os autuantes informado que “(...)*também foi feita verificação e constatou-se existirem alguns poucos serviços que estavam sendo cobrados indevidamente pois realmente haviam sido prestados a contribuintes amparados por imunidade ou isenção. Estes valores foram excluídos e os demonstrativos refeitos já consideram estas alterações, ou seja, foram excluídos da cobrança todos os serviços prestados a contribuintes isentos ou imunes, o que provocou pequenas alterações dos valores inicialmente lançados como isentos e, portanto, objeto de autuação, apenas nos meses de janeiro, maio e junho de 2019*”.

A defesa não aportou aos autos qualquer prova de sua alegação. Os julgadores *a quo*, constataram que no novo demonstrativo elaborado pelos autuantes, não constam como destinatários quaisquer órgãos da administração pública, fundações ou autarquias mantidas pelo poder público estadual.

O art. 265, do inc. XLV do RICMS/2012, assim determina:

Art. 265. São isentas do ICMS: (...)

XLV – as prestações de serviços de telecomunicações utilizados por órgãos da administração pública estadual direta e suas fundações e autarquias mantidas pelo poder público estadual e regidas por normas de Direito Público, devendo o benefício ser transferido aos beneficiários, mediante a redução do valor da

prestação, na quantia correspondente ao imposto dispensado (Conv. ICMS 107/95); (Grifo do relator).

Já no Convênio ICMS 107/95 que autoriza os estados a concederem isenção do ICMS nas operações com energia elétrica e nas prestações de serviços de comunicação, assim consta a redação da Cláusula primeira.

Cláusula primeira Ficam os Estados do Acre, Amapá, **Bahia**, Ceará, Espírito Santo, Goiás, Maranhão, Mato Grosso, Minas Gerais, Pará, Paraíba, Paraná, Pernambuco, Rio de Janeiro, Rio Grande do Norte, Roraima, São Paulo, Sergipe e o Distrito Federal autorizados a conceder isenção do ICMS nas operações internas de fornecimento de energia elétrica, destinadas a consumo por órgãos da Administração Pública Estadual Direta e suas Fundações e Autarquias, mantidas pelo Poder Público Estadual e regidas por normas de Direito Público, bem como nas prestações de serviços de telecomunicação por eles utilizadas. (Grifos do relator).

O Acórdão da 1ª JJF, explicou que “As empresas públicas e as sociedades de economia mista, não são órgãos públicos, e sim entidades com personalidade jurídica de direito privado. Órgãos públicos são unidades da administração pública que não possuem personalidade jurídica. As empresas públicas e as sociedades de economia mista não são entidades despersonalizadas. Ao contrário: são pessoas jurídicas, criadas por lei, que atuam em atividades de interesse da administração pública, prestando serviços ou exercendo atividades gerais de caráter econômico ou de interesse social da Administração. Logo, não estão contempladas na regra de isenção do imposto, positivada no RICMS/BA, até porque a interpretação dessa norma deve ser literal, conforme determina o art. 111, inc. II, do Código Tributário Nacional (CTN) ”.

Explicou ainda o Relator que o regime tributário aplicável às empresas públicas e às sociedades de economia mista, conforme previsto no art. 173 da Constituição Federal, devem se sujeitar ao regime jurídico das empresas privadas, inclusive quanto às obrigações tributárias, e conclui que a regra de imunidade tributária recíproca prevista na Constituição Federal, não as alcança.

É fato que o art. 178, § 1º, trata das empresas públicas, as sociedades de economia mista e outras entidades que explorem atividade econômica, estabelecendo que:

Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

§ 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre: (...)

II - a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários;

A Lei Federal nº 13.303/2016, que dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, prevê no seu art. 5º que: “A sociedade de economia mista será constituída sob a forma de sociedade anônima e, ressalvado o disposto nesta Lei, estará sujeita ao regime previsto na Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976. “, ou seja, submetem-se ao regime jurídico das empresas privadas.

É farta a jurisprudência que justifica considerar que as empresas públicas e as sociedades de economia mista se submetem ao mesmo regime tributário aplicado às empresas privadas como no AgReg no Recurso Extraordinário com Agravo 689.588/GO, Relator: Min. LUIZ FUX.

Ementa:

AGRADO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. TRABALHISTA. AÇÃO DE COBRANÇA AJUIZADA PELO EMPREGADOR. INDENIZAÇÃO POR DANO MATERIAL. PRAZO PRESCRICIONAL. ARTIGO 7º, XXIX, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. OFENSA INDIRETA.

1. A violação reflexa e oblíqua da Constituição Federal decorrente da necessidade de análise de malferimento de dispositivos infraconstitucionais torna inadmissível o recurso extraordinário. Precedentes: RE 596.682, Rel. Min. Carlos Britto, DJe de 21/10/10, e o AI 808.361, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe de 08/09/10.

2. A discussão a respeito da prescrição trabalhista situa-se no âmbito da legislação infraconstitucional. Precedentes: AI 817.484-AgR, Primeira Turma, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, DJe 1º.2.2011 e AI

486.246-AgR, Segunda Turma, Relatora Ministra Ellen Gracie, DJe 6.8.2010.

3. *As empresas públicas que exercem atividade econômica sujeitam-se ao regime jurídico das empresas privadas, inclusive quanto às obrigações trabalhistas e tributárias.* Precedentes: RE 552.217-AgR, Rel. Min. Eros Grau, Segunda Turma, DJe 22.10.2009, e RE 599.628-AgR, Rel. para o acórdão Min. Joaquim Barbosa, Plenário, DJe 17.10.2011.

4. *In casu, o acórdão recorrido assentou: “RECURSO DE REVISTA - PRESCRIÇÃO. AÇÃO DE COBRANÇA AJUIZADA PELO EMPREGADOR. INDENIZAÇÃO POR DANO MATERIAL.* Nos termos da jurisprudência atual desta Corte, o prazo prescricional a que alude o art. 7º, XXIX, da Constituição Federal, também alcança a pretensão do empregador.

Portanto, considero correta a decisão de piso, que concluiu pela procedência parcial da exação no montante de R\$ 1.166.854,93 e se encontra fundamentada em documentos, no laudo da empresa de consultoria e registros da empresa autuada, assim como se conforma com a legislação, portanto correta.

Assim, entendo que a Decisão recorrida se encontra adequada e devidamente justificada, não cabendo qualquer reparo.

Do exposto, NEGO PROVIMENTO ao Recurso de Ofício.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NÃO PROVER o Recurso de Ofício apresentado e manter a Decisão recorrida que julgou PROCEDENTE EM PARTE Auto de Infração nº 269135.0009/20-4, lavrado contra TELEFÔNICA BRASIL S.A., devendo ser intimado o recorrido para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$ 1.166.854,92, acrescido de multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a” da Lei nº 7.014/96, e acréscimos legais.

Sala Virtual das sessões do CONSEF, 06 de setembro de 2024.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

JOSÉ ADELSON MATTOS RAMOS – RELATOR

THIAGO ANTON ALBAN – REPR. DA PGE/PROFIS