



GOVERNO DE RORAIMA

"AMAZÔNIA: PATRIMÔNIO DOS BRASILEIROS"

CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FISCAL

DIVISÃO DE PROCEDIMENTOS ADMINISTRATIVOS FISCAIS

JULGAMENTO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA-DECISÃO Nº 071/2021

PROCESSO Nº: 1206/2019

AUTO DE INFRAÇÃO Nº: 001848/2019 - OS nº 001607/2018

SUJEITO PASSIVO: CLARO S/A

CGF: 24. 014927-5 - CNPJ: 40.432.544/0244-02

ENDEREÇO: Rua Coronel Pinto, nº 741, Bairro: Centro -Boa Vista/RR

REPRESENTANTE LEGAL - GERENTE: PRISCILA CRISTINA G. DO NASCIMENTO

ADVOGADOS: NICOLE MARIA PAMPLONA CÔRTE REAL - OAB- RJ - 227.207

RENATA CUNHA SANTOS - OAB-RJ Nº 126.462

ANDRÉIA MARUES DE ARAÚJO - OAB-RJ Nº 998

ENDEREÇO: RUA HENRI DUNANT, nº 780 - Torre - B - 16º Andar - Santo Amaro - São Paulo - CEP: 04.709-110

AUDITORES FISCAIS AUTUANTES: Elenilzo de Oliveira Bonfim e Alberto Silva da Cruz.

EMENTA: ICMS - FALTA DE PAGAMENTO DE ICMS-ESCRITURADO INCIDENTES SOBRE PRESTAÇÕES DE SERVIÇOS TRIBUTÁVEIS - ESCRITURADAS MAS LANÇADOS COMO NÃO TRIBUTADOS NO LIVRO REGISTRO DE SAÍDAS NO CAMPO "ISENTAS". APURAÇÃO VIA LEVANTAMENTO FISCAL ADEQUADO - EXERCÍCIO 2015(143 NOTAS FISCAIS DE ENTRADAS NO MÓDULO FRONTEIRA NÃO ESCRITURADAS NO LIVRO REGISTRO DE ENTRADAS-LRE). DÉBITOS CONSTATADOS PELO QUADRO DEMONSTRATIVO DE CÁLCULOS(FLS.03) NA PLANILHA(FLS.16/22) E NO CD- MÍDIA(FLS.23). CONTRIBUINTE DEVIDAMENTE CIENTIFICADO DE TODOS OS ATOS (FLS. 02, 24, 25, 26 E 27). IMPUGNAÇÃO TEMPESTIVA (FLS. 33/47 E ANEXOS-FLS.48/82). ARGUMENTOS INCONSISTENTES. INFRAÇÃO CONFIGURADA. AUTO DE INFRAÇÃO Nº 001848/2019 PROCEDENTE.

RELATÓRIO

Trata-se de crédito tributário sobre a exigência do valor de R\$ 275.539,70(duzentos e setenta e cinco mil, quinhentos e trinta e nove reais e setenta centavos), lançado por meio do **Auto de Infração Nº 001848/2019, lavrado em 24/07/2019, a título de ICMS, multa e juros, em decorrência da FALTA DE PAGAMENTO DE ICMS-ESCRITURADO INCIDENTES SOBRE PRESTAÇÕES DE SERVIÇOS TRIBUTÁVEIS - MAS LANÇADOS COMO NÃO TRIBUTADOS NO LIVRO REGISTRO DE SAÍDAS-LRS NO CAMPO "ISENTAS, não recolhidos, APURADOS ATRAVÉS DE LEVANTAMENTO FISCAL, referente EXERCÍCIO 2015, DÉBITOS CONSTATADOS PELO QUADRO DEMONSTRATIVO DE CÁLCULOS(FLS.03) NA PLANILHA(FLS.16/22) E NO CD- MÍDIA(FLS.23), relacionados no referido Auto de Infração(fls.02).**

Foram indicados como dispositivo infringido o Artigo 71, do RICMS - Decreto 4.335-E/2001, com a aplicação da penalidade prevista no artigo 69, inciso I, alínea "g", da Lei Nº 059/93, multa de 100% (cem por cento) sobre o valor do imposto.

Visando consubstanciar a acusação oficial, foram anexados ao processo os seguintes documentos: Auto de Infração nº 001848/2019(fls.02), **Quadro Demonstrativo de Cálculos e Apuração de ICMS (fls. 03)**, cópia da Ordem de Serviço nº 001607/2018(fls.04), Relatório de Execução de Ordem de Serviço(fls.05/15), Relatório de notas Fiscais de Entradas com assento no Módulo Fronteira e Não Escrituradas no LRE (fls.16/22), cópia do CD- MÍDIA com os arquivos relativo à fiscalização descritos na (fls.23), cópia do Termo de Início de Fiscalização (fls.24), cópia do pedido e de autorização e prorrogação da Ação Fiscal(fls.25/26), Termo de Encerramento de Fiscalização (fls. 27), encaminhamento do Auto de Infração nº 001848/2019, para a Agência de Rendas de Boa Vista(fls.28), cópias do Extrato e da FAC ATIVA do Contribuinte (fls.29 e 30), Termo de Juntada e da IMPUGNAÇÃO tempestiva do contribuinte/autuado (fls.31 e 32/47 e seus anexos - fls.48/82-CD-MÍDIA), envio do autos à Divisão de Procedimentos Administrativos Fiscais-DPAF(fls.83), Termo de Juntada de Documentos apresentados pela empresa autuada CLARO S.A (fls. 84/85 e 86/118).

Atentando que o contribuinte/autuado fora devidamente intimado do Auto de Infração nº 001848/2019 e de todos os atos do processo (fls. 02, 24, 25, 26 e 27) e IMPUGNOU o referido AI (fls.33/47) e anexos (fls.48/82), **arguindo em síntese o seguinte:**

III - DA INCORRETA EXIGÊNCIA DO ICMS EM OPERAÇÕES DE TUP E REPASSE DE RECEITA DE PRÉ-PAGO - ICMS RECOLHIDO ANTECIPADAMENTE.

1 - A acusação é de que a IMPUGNANTE não teria realizado o recolhimento do ICMS em operações realizados em serviços de Terminais de Uso Público-TUP e cartões “pré-pagos”, lançados os valores recebidos como ISENTOS.

A recorrente alega que, a fiscalização não levou em consideração a sistemática envolvendo cartões pré-pagos de recolhimento de ICMS, previsto no convênio **ICMS nº 55/2005**, que o fato gerador só se dá quando da ativação dos créditos pelo usuário e não há que se exigir novo recolhimento do imposto quando esse usuário opta pela utilização do código de rede de outra prestadora. Que a **lei complementar nº 87/96, em seu art.12, inciso VII, § 1º**, considera que o fato gerador do imposto dos serviços de comunicação prestados mediante pagamento em ficha, cartão ou assemelhados, ocorre quando do fornecimento desses instrumentos. Que o ICMS incidente sobre operações com cartões pré-pagos e fichas utilizados pelos usuários - Código de DDD e DDI da impugnante de chamadas interestaduais e internacionais, já foram previamente pago pela operadora, devendo ser reconhecida a improcedência do lançamento quanto a este ponto.

IV - DA ISENÇÃO NOS SERVIÇOS PRESTADOS AO GOVERNO ELETRÔNICO DE SERVIÇO DE ATENDIMENTO AO CIDADÃO(GESAC) - DECRETO Nº 9.408-E.

1 - Que quanto as operações prestadas no âmbito do Programa do Governo Eletrônico de Serviço de Atendimento do Cidadão - GESAC, coordenado pelo Ministério da Educação por meio do Departamento de Infraestrutura para Inclusão Digital, as quais são isentas do ICMS, na forma do **Decreto nº 9.408-E**, de 01/10/2008, incorporado à legislação do Estado de Roraima pelo **Convênio ICMS 141/2007**. Que a IMPUGNANTE oferece serviços de telecomunicação com o objetivo de promover a inclusão digital em todo território nacional, e, que por isso, entende que é descabido a fiscalização exigir o ICMS em operações no âmbito do GESAC.

V - DA IMUNIDADE DOS SERVIÇOS PRESTADOS A ÓRGÃOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA - ART. 150 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

1- Que a fiscalização incorreu em erro ao referir que a IMPUGNANTE não teria recolhido o ICMS incidente sobre serviços de telecomunicações prestados a Órgãos da Administração Pública Direta e suas Fundações e Autarquias, as quais estão protegidas pela imunidade tributária, nos termos do art. 150, § 2º da Constituição Federal, devendo ser desconsiderada a exigência em relação a este ponto da autuação.

“Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

I – (...)

VI - instituir impostos sobre

(...)

§ 2º - A vedação do inciso VI, "a", é extensiva às autarquias e às fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, no que se refere ao patrimônio, à renda e aos serviços, vinculados a suas finalidades essenciais ou às delas decorrentes.”

VI - DA INCORRETA EXIGÊNCIA DO ICMS SOBRE OS SERVIÇOS DE CESSÃO DE MEIOS DE REDE - INOBSERVÂNCIA DA SISTEMÁTICA DE DIFERIMENTO ESTABELECIDO NO CONVÊNIO 17/2013

1- Que a interconexão dos meios de redes de telecomunicações a outras empresas de telecomunicações conforme mencionadas no **Convênio ICMS 17/2013**, a IMPUGNANTE fica desobrigada do recolhimento do imposto incidente sobre tal operação, cuja responsabilidade é atribuída à própria prestadora de serviço de telecomunicações. Que o Fisco deixou de considerar que o ICMS é diferido para a etapa seguinte, quando o serviço é prestado pela cessionária da rede ao usuário final e que a impugnante procedeu corretamente ao lançar os valores como “isentos”. Que entende que houve equívoco dos fiscais autuantes ao exigirem o recolhimento de ICMS sobre operações de cessão de meios de rede, na medida em que será feito em etapa posterior.

VII - DO VALOR EXORBITANTE DA MULTA APLICADA - VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DO NÃO CONFISCO.

1- Que é notoriamente confiscatória a multa de 50% aplicada, por extrapolar os limites da razoabilidade e representa uma desproporcionalidade gritante quando comparada com o valor do imposto devido. Que o malfadado lançamento não pode prosperar, tendo em vista que o mesmo se encontra eivado de diversos vícios os quais maculam a presente cobrança, devendo a mesma ser extinta.

Por tais razões, pede o cancelamento integral do crédito tributário lançado através do Auto de Infração nº 1848/2019, parte em razão da decadência e por ter havido o recolhimento integral em momento anterior, seja pelo diferimento do pagamento para momento posterior. E, caso não sejam aceitos os argumentos quanto ao cancelamento integral da autuação, requer que seja reduzida a penalidade aplicada de modo que a mesma deixe de ser confiscatória.

Em síntese, é o relatório.

FUNDAMENTOS DE FATO E DE DIREITO

Lastreados nos fundamentos de fato e de direito e no **LEVANTAMENTO FISCAL**, referentes aos DÉBITOS não pagos, do exercício de 2015, conforme demonstrados na **TABELA - QUADRO DEMONSTRATIVO DE CÁLCULOS(FLS.03), NA PLANILHA DE FISCALIZAÇÃO(FLS.16/22) NO CD-MÍDIA(FLS.23)**, foi lavrado o respectivo **Auto de Infração nº 001848/2019(fls. 02)**.

Assim, foi apurado e constatado o imposto a recolher, resultando na lavratura do referido Auto de Infração (fls.02), sob a acusação de **FALTA DE PAGAMENTO DE ICMS- ESCRITURADO INCIDENTES SOBRE PRESTAÇÕES DE SERVIÇOS TRIBUTÁVEIS - MAS LANÇADOS COMO NÃO TRIBUTADOS NO LIVRO REGISTRO DE SAÍDAS-LRS NO CAMPO "ISENTAS**, apurado através de Levantamento Fiscal adequado, referente ao exercício de 2015, nos termos do artigo 71, do Regulamento do ICMS de Roraima, aprovado pelo Decreto N.º 4.335-E/2001, in verbis:

"Art. 71. Ressalvados outros prazos previstos neste Regulamento, o imposto será recolhido:

I – até o vigésimo dia do mês subsequente ao da ocorrência do fato gerador nos casos de:

a) estabelecimentos industriais e comerciais;"

No caso, como consequência foi a aplicada a penalidade determinada pelo artigo 69, inciso I, alínea "a" da Lei nº 059/93-Código tributário do Estado de Roraima, com multa de 50% (cinquenta por cento) sobre o valor do imposto, conforme transcrito abaixo:

"Art. 69. O descumprimento das obrigações principal e acessórias, instituídas pela legislação do ICMS, sujeita o infrator às seguintes penalidades:

I - infrações relativas ao recolhimento do imposto:

(...)

g) falta de recolhimento, no todo ou em parte, nos demais casos não previstos nas alíneas anteriores - multa de 100% (cem por cento) do valor do imposto."

Feita as considerações iniciais passamos a análise das alegações arguidas pela IMPUGNANTE:

III - DA INCORRETA EXIGÊNCIA DO ICMS EM OPERAÇÕES DE TUP E REPASSE DE RECEITA DE PRÉ-PAGO - ICMS RECOLHIDO ANTECIPADAMENTE.

1 - A acusação é de que a IMPUGNANTE não teria realizado o recolhimento do ICMS em operações realizados em serviços de Terminais de Uso Público-TUP e cartões "pré-pagos", lançados os valores recebidos como ISENTOS.

A recorrente alega que, a fiscalização não levou em consideração a sistemática envolvendo cartões pré-pagos de recolhimento de ICMS, previsto no convênio **ICMS nº 55/2005**, que o fato gerador só se dá quando da ativação dos créditos pelo usuário e que não há que se exigir novo recolhimento do imposto quando esse usuário opta pela utilização do código de rede outra prestadora. Que a **lei complementar nº 87/96, em seu art.12, inciso VII, § 1º**, considera que o fato gerador do imposto dos serviços de comunicação prestados mediante pagamento em ficha, cartão ou assemelhados, ocorre quando do fornecimento desses instrumentos. Que o ICMS incidente sobre operações com cartões pré-pagos e fichas utilizados pelos usuários - Código de DDD e DDI da impugnante de chamadas interestaduais e internacionais, já foram previamente pago pela operadora, devendo ser reconhecida a improcedência do lançamento quanto a este ponto.

LEI COMPLEMENTAR Nº 87, DE 13 DE SETEMBRO DE 1996

IV - DA ISENÇÃO NOS SERVIÇOS PRESTADOS AO GOVERNO ELETRÔNICO DE SERVIÇO DE ATENDIMENTO AO CIDADÃO(GESAC) - DECRETO Nº 9.408-E.

1 - Que quanto as operações prestadas no âmbito do Programa do Governo Eletrônico de Serviço de Atendimento do Cidadão-GESAC, coordenado pelo Ministério da Educação por meio do Departamento de Infraestrutura para Inclusão Digital, as quais são isentas do ICMS, na forma determinado no **Decreto nº 9.408-E, de 01/10/2008**, incorporado à legislação do Estado de Roraima pelo **Convênio ICMS 141/2007**. Que a IMPUGNANTE oferece serviços de telecomunicação com o objetivo de promover a inclusão digital em todo território nacional, e que por isso, é descabido a fiscalização exigir o ICMS em operações no âmbito do GESAC.

CONVÊNIO ICMS 141, DE 14 DE DEZEMBRO DE 2007

Autoriza os Estados e o Distrito Federal a conceder isenção de ICMS na prestação de serviço de comunicação no âmbito do Programa Governo Eletrônico de Serviço de Atendimento do Cidadão - GESAC.

C O N V Ê N I O

Cláusula primeira Ficam os Estados e o Distrito Federal autorizados a conceder isenção do ICMS na prestação de serviço de comunicação referente ao acesso à internet e ao de conectividade em banda larga no âmbito do Programa Governo Eletrônico de Serviço de Atendimento do Cidadão - GESAC, instituído pelo Governo Federal.

Cláusula segunda Ficam os Estados e o Distrito Federal autorizados a dispensar o estorno do crédito fiscal de que trata o art. 21 da Lei Complementar nº 87, de 13 de setembro de 1996.

Cláusula terceira Este convênio entra em vigor na data da publicação de sua ratificação nacional.

DECRETO Nº 9.408-E DE 1º DE OUTUBRO DE 2008.

“XLIV-A. - PROGRAMA GOVERNO ELETRÔNICO DE SERVIÇO DE ATENDIMENTO DO CIDADÃO - GESAC - as prestações de serviços de comunicação referente ao acesso à internet e ao de conectividade em banda larga no âmbito do Programa Governo Eletrônico de Serviço de Atendimento do Cidadão - GESAC (ver Convênio ICMS 141/07).”

Sobre este ITEM IV, inicialmente tem-se que GESAC - Serviço de Atendimento ao Cidadão é um programa do Governo Federal, coordenado pelo Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações- MCTIC, criado em 12 de maio de 2016 com a Medida Provisória nº 726, convertida na Lei nº 13.341, de 29 de setembro de 2016, em parceria com o MEC e o Ministério da Saúde, a fim de oferecer gratuitamente conexão à internet em banda larga - por via terrestre e por meio do Satélite Geoestacionário de Defesa e Comunicações, com o objetivo de promover a inclusão digital em todo o território brasileiro, a telecentros, escolas, unidades de saúde, aldeias indígenas, postos de fronteira, quilombos, preferencialmente em comunidades em estado de vulnerabilidade social.

Art. 1º (...)

Art. 12. Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento:

I – (...)

VII - das prestações onerosas de serviços de comunicação, feita por qualquer meio, inclusive a geração, a emissão, a recepção, a transmissão, a retransmissão, a repetição e a ampliação de comunicação de qualquer natureza;

§ 1º Na hipótese do inciso VII, quando o serviço for prestado mediante pagamento em ficha, cartão ou assemelhados, considera-se ocorrido o fato gerador do imposto quando do fornecimento desses instrumentos ao usuário.

CONVÊNIO ICMS 55/05

Dispõe sobre os procedimentos para a prestação pré-paga de serviços de telefonia.

Cláusula primeira Relativamente às modalidades pré-pagas de prestações de serviços de telefonia fixa, telefonia móvel celular e de telefonia com base em voz sobre Protocolo Internet (VoIP), disponibilizados por fichas, cartões ou assemelhados, mesmo que por meios eletrônicos, será emitida Nota Fiscal de Serviços de Telecomunicação - Modelo 22 (NFST), com destaque do imposto devido, calculado com base no valor tarifário vigente, na hipótese de disponibilização:

I - para utilização exclusivamente em terminais de uso público em geral, por ocasião de seu fornecimento a usuário ou a terceiro intermediário para fornecimento a usuário, cabendo o imposto à unidade federada onde se der o fornecimento;

II - de créditos passíveis de utilização em terminal de uso particular, por ocasião da sua disponibilização, cabendo o imposto à unidade federada onde o terminal estiver habilitado.

§ 1º Para os fins do disposto no inciso II, a disponibilização dos créditos ocorre no momento de seu reconhecimento ou ativação pela empresa de telecomunicação, que possibilite o seu consumo no terminal.

§ 2º Aplica-se o disposto no inciso I quando se tratar de cartão, ficha ou assemelhado, de uso múltiplo, ou seja, que possa ser utilizado em terminais de uso público e particular.

Cláusula segunda Nas operações interestaduais entre estabelecimentos de empresas de telecomunicação com fichas, cartões ou assemelhados será emitida Nota Fiscal, modelo 1 ou 1-A, com destaque do valor do ICMS devido, calculado com base no valor de aquisição mais recente do meio físico.

A sistemática dos dispositivos da LC nº 87/96 e das cláusulas do Conv. ICMS 55/2005, acima descritos, estão de acordo a tributação vigente, mas não se aperfeiçoa com o caso dos presentes autos.

No caso dos autos, a fiscalização verificou que de fato, não houve a comprovação do recolhimento do ICMS das operações relacionadas aos serviços nos Terminais de Uso Público-TUP com “cartões pré-pagos e fichas, cujas operações foram lançadas inapropriadamente na coluna de ISENTOS. A IMPUGNANTE, empresa CLARO, inclusive não comprovou se enquadrar nos critérios do **Programa do Governo Federal - GESAC - Serviço de Atendimento ao Cidadão**, em relação as operações alegadas como isentas. Por isso, em virtude da ausência de comprovação do recolhimento do ICMS e de não ter demonstrado o enquadramento no recitado Programa, a fiscalização acertadamente lavrou o aludido Auto de Infração.

O CONVÊNIO ICMS 141, DE 14 DE DEZEMBRO DE 2007, que trata da isenção de ICMS na prestação de serviço de comunicação no âmbito do Programa Governo Eletrônico de Serviço de Atendimento do Cidadão - GESAC, foi incorporado à legislação do Estado de Roraima - Regulamento do ICMS/RR, pelo Decreto nº 9.408-E DE 1º DE OUTUBRO DE 2008, INCISO "XLIV-A - art. 1º ANEXO I.

Ocorre que a empresa IMPUGNANTE, em relação às prestações alegadas como ISENTAS em função de serviços prestados no âmbito do GESAC, não comprovou nos autos e nem em sua defesa que de fato se encontra enquadrada dentro dos critérios do Programa do Governo Federal. Por essa razão, a fiscalização desconsiderou as informações do contribuinte.

V - DA IMUNIDADE DOS SERVIÇOS PRESTADOS A ÓRGÃOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA - ART. 150 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

1 - Que a fiscalização incorreu em erro ao referir que a IMPUGNANTE não teria recolhido o ICMS incidente sobre serviços de telecomunicações prestados a Órgãos da Administração Pública Direta e suas Fundações e Autarquias, as quais estão protegidas pela imunidade tributária, nos termos do art. 150, § 2º da Constituição Federal, devendo ser desconsiderada a exigência em relação a este ponto nota autuação.

"Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

I - (...)

VI - instituir impostos sobre

a) patrimônio, renda ou serviços, uns dos outros;

(...)

§ 2º - A vedação do inciso VI, "a", é extensiva às autarquias e às fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, no que se refere ao patrimônio, à renda e aos serviços, vinculados a suas finalidades essenciais ou às delas decorrentes."

§1º (...)

§ 3º As vedações do inciso VI, a, e do parágrafo anterior não se aplicam ao patrimônio, à renda e aos serviços relacionados com exploração de atividades econômicas regidas pelas normas aplicáveis a empreendimentos privados, ou em que haja contraprestação ou pagamento de preços ou tarifas pelo usuário, nem exoneram o promitente comprador da obrigação de pagar imposto relativamente ao bem imóvel.

Na verdade, sobre este ITEM V, a IMUNIDADE CONSTITUCIONAL não se aplica aos serviços em que haja contraprestação ou pagamento de preços ou tarifas pelo usuário, conforme estabelecido no §3º do art. 150 da CF/88, citado acima.

A empresa autuada, assim como qualquer outra que presta serviços de telecomunicação à Administração Pública recebe o pagamento pelos serviços prestados, o que de pronto afasta a alegada imunidade. Por isso, não assiste razão à impugnante.

VI - DA INCORRETA EXIGÊNCIA DO ICMS SOBRE OS SERVIÇOS DE CESSÃO DE MEIOS DE REDE - INOBSERVÂNCIA DA SISTEMÁTICA DE DIFERIMENTO ESTABELECIDO NO CONVÊNIO 17/2013

1- Que a interconexão dos meios de redes de telecomunicações a outras empresas de telecomunicações conforme mencionadas no **Convênio ICMS 17/2013**, a IMPUGNANTE fica desobrigada do recolhimento do imposto incidente sobre tal operação, cuja responsabilidade é atribuída à própria prestadora de serviço de telecomunicações. Que o Fisco deixou de considerar que o ICMS é diferido para a etapa seguinte, quando o serviço é prestado pela cessionária da rede ao usuário final e que a impugnante procedeu corretamente ao lançar os valores como "isentos". Que entende que houve equívoco dos fiscais autuantes ao exigirem o recolhimento de ICMS sobre operações de cessão de meios de rede, na medida em que será feito na etapa posterior.

Antes de discorrer sobre este ITEM, faz-se necessário citar algumas normas - Convênios referentes a esta matéria, vejamos adiante:

CONVÊNIO ICMS 126/98

(...)

Cláusula nona O Documento de Declaração de Tráfego e de Prestação de Serviços - DETRAF, instituído pelo Ministério das Comunicações, é adotado como documento de controle relacionado com o ICMS devido pelas operadoras, que deverão guardá-lo durante o prazo previsto na legislação de cada unidade da Federação, para exibição ao fisco.

Vê-se que DETRAF é um documento de declaração de controle das operações de prestações de serviços de controle relacionados ao ICMS devido pelas operadoras.

CONVÊNIO ICMS 115/03

Cláusula primeira A emissão, escrituração, manutenção e prestação das informações relativas aos documentos fiscais a seguir enumerados, com emissão em uma única via por sistema eletrônico de processamento de dados, obedecerão ao disposto neste convênio:

I - (...)

IV - qualquer outro documento fiscal relativo à prestação de serviço de comunicação ou ao fornecimento de energia elétrica.

(...)

Cláusula quinta Os documentos fiscais referidos na cláusula primeira deverão ser escriturados de forma resumida no Livro Registro de Saídas, registrando-se a soma dos valores contidos no arquivo "Mestre de Documento Fiscal", e agrupados de acordo com o previsto no § 4º da cláusula quarta, nas colunas próprias, conforme segue:

I - (...)

IV - nas colunas sob os títulos "ICMS - Valores Fiscais" e "Operações ou Prestações sem Débito do Imposto":

a) (...)

b) na coluna "Outras": a soma dos outros valores documentos fiscais contidos no volume de arquivo Mestre de Documento Fiscal, deduzida a parcela de outros tributos federais ou municipais, se consignada no documento fiscal, quando se tratar de mercadoria ou serviço cuja saída ou prestação tiver sido efetivada sem lançamento do imposto, por ter sido atribuída à outra pessoa a responsabilidade pelo seu pagamento;

Extrai-se da CLÁUSULA QUINTA, inciso IV, alínea “b”, deste Convênio, que a soma dos valores constantes nos documentos fiscais quando se tratar de mercadoria ou serviço em que a saída ou prestação tiver sido efetivada sem lançamento do imposto, por ter sido atribuída à outra pessoa a responsabilidade pelo pagamento, deverá ser escriturada na coluna “Outras”.

Ocorre que, a fiscalização, após o cruzamento das informações lançadas na coluna “Outras”, com os dados do arquivo DETRAF, entregue à fiscalização pela própria autuada, constatou que as prestações lançadas em “Outras” no Livro de Registro de Saídas-LRS, não foram registradas no arquivo DETRAF. É dizer, as prestações de cessão onerosas por meio de rede alegadas pela empresa fiscalizada não foram comprovadas.

CONVÊNIO ICMS 17, DE 5 DE ABRIL DE 2013

Dispõe sobre concessão de regime especial na cessão de meios de rede entre empresas de telecomunicação.

CLÁUSULA PRIMEIRA Na prestação de serviços de telecomunicação entre empresas relacionadas no Ato COTEPE 13/13, de 13 de março de 2013, fica atribuída a responsabilidade pelo recolhimento do imposto incidente sobre a cessão dos meios de rede ao prestador do serviço ao usuário final.

§ 1º Aplica-se, também, o disposto nesta cláusula às empresas prestadoras de serviços de telecomunicações que tenham como tomadoras de serviço as empresas referidas no caput desta cláusula, desde que observado o disposto na cláusula segunda e as demais obrigações estabelecidas em cada unidade federada.

PARÁGRAFO ÚNICO. Aplica-se, também, o disposto nesta cláusula às empresas prestadoras de Serviço Limitado Especializado - SLE, Serviço Móvel Especializado - SME e Serviço de Comunicação Multimídia - SCM, que tenham como tomadoras de serviço as empresas referidas no *caput*, desde que observado o disposto na cláusula segunda e as demais obrigações estabelecidas em cada unidade federada.

CLÁUSULA SEGUNDA O tratamento previsto na cláusula primeira fica condicionado à comprovação do uso do serviço como meio de rede, da seguinte forma:

I - apresentação de demonstrativo de tráfego, contrato de cessão de meios de rede ou outro documento, contendo a natureza e o detalhamento dos serviços, endereços e características do local de instalação do meio;

II - declaração expressa do tomador do serviço confirmando o uso como meio de rede;

III - utilização de código específico para as prestações de que trata esta cláusula, nos arquivos previstos no Convênio ICMS 115/03, de 12 de dezembro de 2003;

IV - indicação, no corpo da nota fiscal, do número do contrato ou do relatório de tráfego ou de identificação específica do meio de rede que comprove a natureza dos serviços e sua finalidade.

Vale registrar que o tratamento e a responsabilidade pelo recolhimento do imposto incidente sobre a cessão dos meios de rede ao prestador do serviço ao usuário final, conferida pela CLÁUSULA PRIMEIRA e PARÁGRAFO ÚNICO, está condicionada ao tratamento e devido cumprimento dos requisitos da CLÁUSULA SEGUNDA e seus incisos. De sorte que, as operações onerosas de meio de rede não constavam no DETRAF, como se pode conferir do CD-Mídia - Doc. 03, o ICMS não foi recolhido nem pela IMPUGNANTE e nem pela prestadora dos serviços, nem antes e nem depois. Assim, ante o descumprimento de tais cláusulas, a irregularidade mantém-se comprovada.

VII - DO VALOR EXORBITANTE DA MULTA APLICADA - VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DO NÃO CONFISCO.

1- Que é notoriamente confiscatória a multa de 50% aplicada, por extrapolar os limites da razoabilidade e representa uma desproporcionalidade gritante quando comparada com o valor do imposto devido. Que o malfadado lançamento não pode prosperar, tendo em vista que o mesmo se encontra eivado de diversos vícios os quais maculam a presente cobrança, devendo a mesma ser extinta.

A respeito deste ITEM VII, vale esclarecer que a penalidade estabelecida para as situações de FALTA DE PAGAMENTO DE ICMS NORMAL, está insculpida na lei nº 059/93, em seu art. 69, inciso I, alínea “g”, correspondente à 100% do valor do imposto.

O percentual da MULTA aplicada de 100% do valor do imposto, portanto, está em consonância com o entendimento do STF no sentido de que a MULTA só é INVALIDADA se ULTRAPASSAR o VALOR do PRÓPRIO TRIBUTOS - Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 551/RJ, relator Ministro Ilmar Galvão, Diário da Justiça de 14 de fevereiro de 2003, e Recurso Extraordinário nº 582.461/SP, relator ministro Gilmar Mendes, julgado sob o ângulo da repercussão geral em 18 de maio de 2011, Diário da Justiça de 18 de agosto de 2011. Referida posição já vem sendo adotada pelo Conselho de Recursos Fiscais do Estado de Roraima-CRF, conforme **RESOLUÇÕES nºs 63/2018 e 64/2018**, dentre outras, **ao adequar a multa de 40% do valor da operação para até 100% do valor do imposto**, ou seja, o STF admite que o patamar da multa tributária não pode ultrapassar o valor do imposto devido.

Desta feita, no caso dos presentes autos a MULTA de 100% do valor do IMPOSTO corresponde apenas a metade do ICMS, portanto, legal, constitucional e não configura confisco.

Assim sendo, por tratar-se de matéria de fato devidamente comprovada faz-se necessária a manutenção da exigência fiscal, nos termos propostos na exordial.

Por fim, apesar dos vastos argumentos apresentados pela empresa autuada e seus anexos, não consegui contrariar especificamente a matéria objeto deste Auto de Infração, mormente no que concerne as irregularidades apontadas referente ao exercício de 2015, são insuficientes e não têm o condão de desconstituir a autuação.

Verifica-se com certa clareza através dos documentos constantes dos autos e do CD-MÍDIA, que a acusação oficial que originou o Auto de Infração nº 001848/2019, lavrado em **24/07/2019**(fls.02), em observância à Ordem de Serviço nº 001607/2018, restou devidamente comprovado e não merece reparos.

CONCLUSÃO

Ante o exposto, com base nas fundamentações de fato e de direito acima citadas, e consubstanciados nas provas colacionadas aos autos, restou devidamente configurada a infração, decorrente da **FALTA DE PAGAMENTO DE ICMS-ESCRITURADO INCIDENTES SOBRE PRESTAÇÕES DE SERVIÇOS TRIBUTÁVEIS - MAS LANÇADOS COMO NÃO TRIBUTADOS NO LIVRO REGISTRO DE SAÍDAS-LRS NO CAMPO “ISENTAS**, referentes ao EXERCÍCIO 2015, e, como não há nos autos comprovação de recolhimento, **julgo procedente o Auto de Infração Nº 001848//2019**, decidindo pela manutenção da cobrança do imposto, da multa e dos acréscimos legais do referido AI(fl.02).

INTIMAÇÃO

Intime-se o contribuinte nos termos do artigo 54, § 2º da Lei nº 72, de 30 de junho de 1994, combinado com o artigo 89, § 2º, e na forma do artigo 87, § 5º, ambos do Decreto nº 856, de 10 de novembro de 1994, entregando-lhe cópia da presente decisão para seu conhecimento.

Boa Vista (RR), 14 de julho de 2021.


Jarbas Menezes de Albuquerque
Julgador de Primeira Instância - Mat. 050001668