

A.I. Nº - 300199.0001/03-7
AUTUADO - TELEMAR NORTE LESTE S/A
AUTUANTES - PAULO ROBERTO SILVEIRA MEDEIROS e RICARDO RODEIRO MACEDO DE EDISON LEMOS
ORIGEM - INFRAZ SIMÕES FILHO
INTERNET - 08.10.03

3^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0384-03/03

EMENTA: ICMS. 1. BASE DE CÁLCULO. ERRO NA SUA APURAÇÃO. EXCLUSÃO DO IMPOSTO DE SUA PRÓPRIA BASE DE CÁLCULO. O ICMS integra a sua própria base de cálculo. Sua exclusão ocasiona uma redução irregular que contraria à norma tributária vigente. Infração subsistente. 2. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO. SERVIÇO DE TELECOMUNICAÇÃO. OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS REGISTRADAS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. O ICMS não incide sobre a comunicação propriamente dita mas sobre a “relação comunicativa” isto é, a atividade de em caráter negocial, alguém fornecer a terceiro condições materiais para que a comunicação ocorra. Infração subsistente. Negado o pedido de diligência. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 26/06/2003, exige ICMS no valor de R\$8.123.776,04, em decorrência das seguintes irregularidades:

1. Deixou de recolher o ICMS relativo a prestação de serviços de comunicação. Atendendo a intimação da fiscalização o contribuinte apresentou planilha conciliando valores de receitas lançadas no Balancete Contábil e no DAICMS, sendo que nos meses de janeiro, fevereiro, março, maio, junho, julho, agosto e setembro de 1998 a mesma apurou que deixou de incluir na base de cálculo para pagamento do ICMS valores que resultaram na falta de pagamento do imposto. ICMS no valor de R\$7.858.481,98 e multa de 60%.
2. Deixou de recolher o ICMS relativo a prestação de serviços de comunicação. Refere-se a valores glosados pela fiscalização, referente a receitas de telecomunicações lançadas na contabilidade do contribuinte como isentos sem a apresentação da documentação comprobatória suporte. O contribuinte foi devidamente intimado para apresentar a documentação comprobatória referente a tais lançamentos e o mesmo alegou não possuir tais documentos. ICMS no valor de R\$265.294,06 e multa de 60%.

O autuado, através de patrono legalmente constituído, ingressa com defesa, fls. 56/59, e impugna o Auto de Infração com as seguintes razões de fato e de direito:

1. Esclarece que é empresa concessionária de serviços públicos de telecomunicação.
2. Reconhece a procedência do lançamento na parte referente à falta de prova da isenção de operações, e procedeu ao pagamento no valor de R\$10.052.894,39.

3. Diz que o valor remanescente, em discussão nos presentes autos, decorre da adoção, por parte do fisco baiano, como base de cálculo do imposto devido, de valores maiores do que a receita com eles obtida pelo impugnante.
4. Que a fiscalização infringiu o art. 13, III da Lei Complementar nº 87/96, segundo a qual “a base de cálculo do imposto é, na prestação de serviço de comunicação, o preço do serviço, e tomou tal preço como líquido de ICMS (isto é, como o valor de que o impugnante se apropriaria, após o pagamento do imposto) e, calculou, como se fosse o próprio agente econômico, o preço que este, na sua visão deveria cobrar, para fazer face ao dever fiscal.
5. Assevera que diante de uma situação de não pagamento, o fisco deve calcular o imposto com base no preço praticado pelo contribuinte, até porque está-se diante de tarifas pre-determinadas pela Anatel, que o Estado não pode majorar.
6. Exemplifica que o fisco, com uma receita não oferecida à tributação de R\$100,00, considerou esse valor como líquido e calculou qual deveria, no seu entender, ter sido o preço cobrado pela empresa, acrescentando à sua receita 11,11%, que a impugnante nunca viu.
7. Pede a produção de prova pericial para comprovar que o Estado não se limitou a exigir o imposto sobre o preço praticado pela impugnante, mas pretende determinar qual o preço que deveria ter praticado.
8. Indica assistente técnico e apresenta os seguintes quesitos:
 - 8.1 Qual a receita obtida pela impugnante (ou melhor, faturada contra seus clientes, independentemente de ter ou não efetivamente recebida), em razão dos serviços autuados?
 - 8.2 Qual a alíquota do ICMS sobre telecomunicações no período?
 - 8.3 Que penalidades previa a legislação pelo inadimplemento do imposto (multas e juros)?
 - 8.4 Multiplicando-se a receita identificada 1 pela alíquota referida em 2, e procedendo-se ao cálculo dos encargos moratórios (quesito 3), até o dia em que a Impugnante pagou o imposto que entendia devido, que resultado se encontra?
 - 8.5 Tal resultado bate com o montante pago pela Impugnante?
 - 8.6 O crédito remanescente, discutido nos presentes autos, deve-se à consideração como base de cálculo por parte do Fisco baiano, de valores maiores do que os identificados em 1?
 - 8.7 Como a fiscalização chegou a esses valores?
9. Pede a improcedência do Auto de Infração.

Os autuantes prestam informação fiscal, fls. 97/103, e esclarecem que quando da apuração da base de cálculo para determinação do imposto devido, procederam na forma prevista na legislação tributária estadual que prevê que o ICMS integra a sua própria base de cálculo, conforme o art. 17, § 1º, I, da Lei nº 7.014/96, e do mesmo modo, previsto no art. 52 do RICMS/97.

Esclarecem que, consoante o sistema tarifário fixado mediante Portaria da Anatel, órgão regulador vinculado ao Ministério das Comunicações, e adotado pelo autuado, como este mesmo alega em sua defesa, os valores tarifários são líquidos, ou seja, excluídos de tributos, conforme o art. 1º da Portaria nº 226, de 23 de abril de 1997 – Anatel.

A este valor as concessionárias de telecomunicação, inclusive o impugnante, agregam os impostos e contribuições, incidentes para determinação do preço final a ser cobrado do tomador do serviço. O usuário do serviço de comunicação é quem recebe o ônus dos tributos.

Tanto isso é verdade, que ao prestar o mesmo serviço a classe de consumidores diferentes, cujos sistemas de tributação divergem (isentos e tributados), como por exemplo, governo estadual e assinantes particulares, o autuado aplica tarificações diferentes que correspondem exatamente à incorporação dos impostos e contribuições.

Lembram que não se pode admitir que os contribuintes se utilizem de artifícios indevidos e ilegais para diminuírem sua carga tributária, e que também o autuado deixou de agregar o imposto ao valor cobrado dos seus clientes, por sua conta e risco.

Transcrevem a Ementa do Acórdão JJF 132-01-3, no qual o CONSEF julgou o Auto de Infração nº 269.280.0001/02-9, contra a Telebahia Celular, que versa no item 2, sobre a mesma matéria, que foi julgado Procedente em 23.04.2003.

Discordam que seja realizada a perícia solicitada, com base no art. 147, II, “a” e “b”, do RPAF/99. Opinam pela procedência total deste Auto de Infração.

VOTO

Inicialmente nego o pedido de diligência ou de perícia, formulado pelo autuado, haja vista que os elementos de prova constantes nos autos são suficientes para a formação da minha convicção de julgadora, a teor do disposto no art. 147, inciso I, “a” do RPAF/99. Ademais, a prova do fato não depende de conhecimento especial de técnicos, conforme o previsto no inciso II, “a” do art. 147, do mesmo diploma legal.

Trata-se de Auto de Infração no qual está sendo exigido o imposto relativo às prestações onerosas de serviços de comunicação, no primeiro item, em decorrência da falta de recolhimento em razão da exclusão da base de cálculo do valor do imposto, e no segundo item, referente a receitas de telecomunicações lançadas na contabilidade do contribuinte como isentas.

Ressalte-se que o autuado reconheceu a procedência do lançamento na parte referente à falta de prova da isenção de operações, e informa que procedeu ao pagamento no valor de R\$10.052.894,39.

O imposto sobre prestações de serviços de comunicação, recebeu especial regramento na Constituição Federal vigente, (art. 155, II, § 2º e 3º), outorgando aos Estados a competência para instituí-lo e atribuindo à Lei Complementar a tarefa de estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária.

Em obediência ao disposto na Lei Maior, e em razão das específicas materialidades, a Lei Complementar pode ser entendida como veículo de natureza interpretativa.

Especificamente, no caso de prestações de serviços de comunicações, a Lei Complementar nº 87/96, no art. 2º, III, prevê que o ICMS incide sobre as 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;

Determina ainda que a incidência do imposto, ocorre no momento 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 (art. 12, VII)

Em cumprimento ao princípio da legalidade, postulado que se constitui uma das garantias do Estado de Direito, a Lei nº 4.825/89, do Estado da Bahia, instituiu o ICMS sobre a prestação de serviços de comunicações, regulamentada para fixar os meios e os elementos necessários à sua exigibilidade.

Na presente causa, o contribuinte insurge-se contra a base de cálculo, pois o autuante teria violado o disposto no art. 13, inciso III, da LC nº 87/96, e ter acrescentando à sua receita o percentual de 11,11%, que a impugnante não teria recebido.

Conforme a forma de cálculo do ICMS, prevista na legislação infraconstitucional, a Lei complementar nº 87/96, determina que:

Art. 13. A base de cálculo do imposto é

.....
III - na prestação de serviço de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, o preço do serviço;

§ 1º Integra a base de cálculo do imposto

I - o montante do próprio imposto, constituindo o respectivo destaque mera indicação para fins de controle;

A matéria em questão está regulamentada no art. 17, VIII, § 1º, da Lei nº 7.014/96 e também encontra-se expressa nos artigos 66, 68 e 52 do RICMS/97.

Analizando os dispositivos acima, verifica-se que o ICMS é um imposto por dentro, ou seja, o seu montante integra a própria base de cálculo, sendo o respectivo destaque mera indicação para fins de controle. Assim, no seu cálculo está incluído o valor do tributo em sua própria base de cálculo.

A ANATEL (Agência Nacional de Telecomunicações), por força da legislação pertinente à administração do serviço de comunicação, editou a Portaria nº 226, de 03 de abril de 1997, fixando os valores tarifários básicos dos serviços de comunicação, onde exclui os tributos neles incidentes. Como aquele órgão não tem competência para legislar sobre matéria tributária, o concessionário do serviço de comunicação deve atentar para a legislação pertinente. Assim, sobre este preço “líquido” deve agregar os impostos e contribuições para formação do preço final do serviço, na forma da lei e repassar, aos usuários, este ônus, vez que, é o consumidor final o contribuinte de fato do tributo, sendo o contribuinte de direito, o responsável pela sua apuração e recolhimento. Neste momento foi que o impugnante, equivocadamente, calculou o imposto. Ou seja, ao não integrar o ICMS na sua própria base de cálculo, a reduziu, subtraindo, dessa, o valor correspondente ao imposto calculado e produziu uma nova e menor base de cálculo e sobre ela fez incidir a alíquota correspondente, procedimento que contraria a norma tributária vigente.

Portanto, a sistemática utilizada pelos autuantes não foi nem fictícia nem absurda, estando respaldada na legislação pertinente a matéria.

Ademais, o STF, solucionou a querela jurídica da seguinte forma, no RE 212.209-RS- Rel. origin. Min. Marco Aurélio, red. para o acórdão Min. Nelson Jobim, 23.06.99, Informativo do STF 154, de 21 a 25.6.99:

“A Lei Complementar nº 87/96, ao estabelecer que integra a base de cálculo do ICMS o montante do próprio imposto, vale dizer, a base de cálculo do ICMS corresponderá ao valor da operação ou prestação somado ao próprio tributo, não ofende o princípio constitucional da não cumulatividade. Com base nesse entendimento, o Tribunal, por maioria, manteve acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, que afastara a pretensão da empresa-contribuinte de excluir da base de cálculo do ICMS o próprio valor do tributo devido, sob a alegação de que tal cobrança ofendia os artigos 5º, XXII, 145, § 1º, e 155, todos da CF. Vencido o Min. Marco Aurélio, relator, ao entendimento de que a Lei Complementar nº 87/96, ao exigir que contribuinte pague imposto sobre imposto a pagar, violou os princípios constitucionais da capacidade econômica do contribuinte, da razoabilidade, da não cumulatividade e da legalidade.”

Quanto ao fato desta diferença do imposto não ter sido repassada aos usuários do serviço de comunicação prestado pelo contribuinte, como afirmado pela defesa, observo que a ninguém é dado o direito de desconhecer a lei. Se, acaso, este fato aconteceu, o ônus deve recair sobre quem, por obrigação, deve apurar e cobrar corretamente o imposto, pois receita pertencente ao Erário.

Do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 300199.0001/03-7, lavrado contra **TELEMAR NORTE LESTE S/A** devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$8.123.776,04, atualizado monetariamente, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios.

Sala das Sessões do CONSEF, 01 de outubro de 2003.

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - PRESIDENTE EM EXERCÍCIO/RELATORA

LUÍS ROBERTO DE SOUSA GOUVÉA - JULGADOR