

**PROCESSO** - A. I. Nº 3001990001/03-7  
**RECORRENTE** - TELEMAR NORTE LESTE S/A  
**RECORRIDO** - FAZENDA ESTADUAL  
**RECURSO** - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 3ªJF nº 0384-03/03  
**ORIGEM** - METRO/IFEP-FISC. GDE EMP.  
**INTERNET** - 13.05.04

## 1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO CJF Nº 0142-11/04

**EMENTA:** ICMS. 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 Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão não unânime.

## RELATÓRIO

Auto de Infração lavrado contra a empresa TELEMAR NORTE LESTE em 26/06/ 2003, exigindo ICMS no valor de histórico de R\$ 8.123.776,04, pelas infrações:

1. Erro na apuração da base de cálculo do imposto, que resultou em pagamento a menor do mesmo;
2. Não recolhimento de ICMS sobre prestação de serviços de comunicação, sob o argumento de que essas operações estariam sujeitas à isenção.

No que se refere ao item 2, o autuado não comprovou a situação que proporcionava a isenção, reconheceu a ocorrência da infração e providenciou o pagamento do débito, motivo pelo qual não mais será feita referência a esse item.

Quanto ao erro na apuração da base de cálculo do imposto, o autuado defendeu-se argumentando que o Fisco baiano adotou como base de cálculo do imposto devido valores maiores do que a receita com eles obtida, que essa posição fere o art. 13, III da LC 87/96, que o Fisco não calculou o imposto de acordo com a realidade, requereu prova pericial para esclarecimentos sobre os números.

Manifestou-se o autuante e o Auto de Infração foi julgado Procedente, à unanimidade, pela 3ª Junta de Julgamento Fiscal.

Irresignado, o autuante protocolou Recurso Voluntário, insistindo pela realização de prova pericial. A PGE/PROFIS tomou conhecimento do mesmo e posicionou-se pelo não provimento do Recurso Voluntário.

A PGE/PROFIS ofereceu opinativo pela manutenção da Decisão pela Procedência do Auto de Infração, vez que da análise das peças processuais e das razões do recurso, as razões expendidas são insuficientes a provocar a alteração da Decisão de 1ª Instância.

Na assentada de julgamento foi proposta e aprovada pelo Colegiado da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal medida saneadora, a ser cumprida pela ASTEC. Nesta diligência técnica o autuado deveria trazer aos autos relatórios e demonstrativos e, ainda, a ASTEC atenderia ao pleito de produção de prova pericial requerida no item 3 da peça de Recurso Voluntário.

O Parecer ASTEC 0040/2004 atesta em seu pronunciamento que ficou prejudicado o atendimento ao item 1 da diligência saneadora, ante a não apresentação, pelo autuado, da peça/relatório solicitado. O Diligente fez juntada do parecer do Assistente Técnico do autuado.

O Contribuinte foi intimado a se manifestar sobre a Diligência, tendo se pronunciado às fls. 191/195 dos autos, pugnando pela procedência do Recurso Voluntário interposto, tendo em vista seu entendimento de que:

-restou clara e delimitada a matéria objeto da lide

-é ilegítima a majoração da base de cálculo feita pelo fisco no momento da autuação; e,

-é desnecessária a apresentação de relatório analítico por código de operação/receita da empresa, em face do pagamento efetuado pela empresa.

## VOTO

Realmente a discussão ficou restrita à infração 1, que trata da forma de cálculo do ICMS devido. Para verificarmos se houve erro de cálculo, ou não, por parte da fiscalização, cabe uma verificação atenta do anexo do Auto de Infração identificado como DEMONSTRATIVO DO ICMS NÃO RECOLHIDO.

Vale ressaltar, antes de mais nada, que o recorrente não apresentou as notas fiscais referentes às prestações de serviços do período autuado e nem tinha condições de apresentar, consoante atestou, relatório analítico das operações por código de receita. Por esse motivo, os autuantes fizeram uma comparação entre os valores faturados pela empresa e aqueles informados no DAICMS. Essa comparação mostrou diferenças entre os valores de receita a ser tributada e as efetivamente informadas no DAICMS e que foram tributadas.

Pra melhor compreensão, vale trazer o exemplo relativo à competência janeiro de 98:

Receita a tributar =	R\$ 76.595.323,16
Receita Tributada (DAICMS) =	R\$ 69.620.710,20
<b>Diferença não oferecida à tributação =</b>	<b>R\$ 6.974.612,96</b>

Sobre essa diferença, haveria que se calcular o ICMS devido. A forma desse cálculo é o objeto da discussão deste Recurso.

O ICMS é um imposto calculado “por dentro”, conforme já confirmou o Supremo Tribunal Federal. Significa dizer que no preço de venda do produto ou serviço já se encontra embutido o valor do ICMS incidente, e sobre esse valor é que incidirá o ICMS a ser destacado na nota fiscal.

Matematicamente, que é o que interessa no momento, a fórmula para se chegar a base de cálculo do ICMS é:

$$\text{Preço de venda com ICMS (base de cálculo)} = \frac{\text{Preço de venda sem ICMS}}{1 - \frac{\text{alíquota do ICMS}}{100}}$$

Tomando como exemplo os valores da competência janeiro/98 que não foram oferecidos à tributação (R\$ 6.974.612,96) e a alíquota incidente (25%), temos a seguinte equação:

$$\text{Preço de venda com ICMS (base de cálculo)} = \frac{6.974.612,96}{1 - \frac{25}{100}}$$

Preço de venda com ICMS =  $\frac{6.974.612,96}{1 - 0,25} = \frac{6.974.612,96}{0,75} = 9.299.483,94$   
(base de cálculo)

Assim, a base de cálculo sobre a qual incidirá o ICMS (preço de venda já com ICMS embutido ou calculado por dentro) é de R\$ 9.299.483,94.

Sobre esse valor (base de cálculo) haverá incidência do ICMS, no particular, com a alíquota de 25%.

ICMS a pagar = R\$ 9.299.483,94 x 25% = 2.324.870,98.

Esse foi o cálculo realizado pelos autuantes. Como sobre essa competência já havia autuação anterior no montante de R\$ 980.627,83, restou como imposto a ser cobrado R\$ 1.344.243,16, exatamente como demonstrado na citada planilha anexa ao Auto de Infração.

Essa é a forma de cálculo para determinação da base de cálculo do ICMS em sua configuração por dentro. Deste modo os autuantes aplicaram corretamente a legislação que determina o cálculo por dentro do ICMS.

Como contraprova verificamos que em relação ao preço sem o imposto, o valor do ICMS cobrado representa 33,33%. Ou seja o ICMS devido de R\$ 2.324.870,98 corresponde a 33,33% de R\$ 6.974.612,96 (preço de venda sem ICMS).

Diante disso, o voto é pelo Não Provimento do Recurso Voluntário, já que as diferenças apontadas como não tributadas decorreram de verificação dos documentos apresentados pelo recorrido e o cálculo do ICMS devido obedeceu aos parâmetros legais e regras contábeis aplicáveis à questão discutida.

#### VOTO EM SEPARADO

Concordo com o voto da relatora do PAF. Apenas acrescento a seguinte fundamentação, que já pronunciei em outro processo sobre o mesmo assunto, decorrente de Auto de Infração lavrado contra empresa concorrente do autuado:

*“Com referência à infração 2, o recorrente asseverou que a base de cálculo do imposto é o preço do serviço de telecomunicação, ou seja, o valor faturado, mas que os autuantes preferiram ignorar esta sistemática e utilizaram uma base de cálculo fictícia e absurda, ou seja, calcularam 33,33% sobre o valor faturado e o adicionaram ao valor original, e sobre este total, aplicaram a alíquota de 25% e encontraram o imposto supostamente devido.*

*O art. 17, VIII, e seu § 1º, I, da Lei n.º 7.014/96 determina que a base de cálculo do imposto na prestação de serviço de comunicação é o preço do serviço, sendo que integra esta base de cálculo o montante do próprio imposto, constituindo o respectivo destaque mera indicação para fins de controle.*

*A lógica do recorrente faz sentido quando tratamos de mercadorias ou serviços com preços livres (comércio de confecções, eletrodomésticos, serviço de transporte, etc.), pois o contribuinte, no momento de definir os preços ao consumidor ou tomador do serviço já embute o ICMS nestes, fazendo, exatamente, o cálculo na forma adotada pelos autuantes.*

*Estes preços são os constantes nos documentos fiscais, e sobre eles é calculado o imposto devido mediante a aplicação da alíquota cabível, sendo que o destaque do imposto no documento fiscal se constitui em mera indicação para fins de controle, tudo em conformidade com o dispositivo legal citado.*

*Ocorre que, na prestação de serviços de comunicação, o valor da tarifa é fixada pela autoridade competente, e, conforme art. 1º da Portaria nº 226, de 03 de abril de 1997, a ANATEL fixa os valores tarifários básicos dos serviços de comunicação excluindo os tributos neles incidentes.*

*Obviamente, atentando para as legislações estaduais de cada unidade da Federação onde as concessionárias operam, sobre estes valores, são agregados os impostos e contribuições para formação do preço final do serviço.*

*Isto é público e notório, e independe, para tanto, de prova. Basta lembrar, com pouco esforço, de campanhas como “Criança Esperança” da Unicef que, nas propagandas veiculadas, registram os valores que serão cobrados pelas ligações telefônicas, salvo engano meu, R\$0,27 originadas de telefone fixo e R\$0,50 de celular “+ impostos”.*

*Assim, quando o recorrente, ao não integrar o ICMS na sua própria base de cálculo [por considerar os serviços questionados isentos], 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.”*

Então, acompanhando a relatora do PAF, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário apresentado, para homologar a Decisão recorrida.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão não unânime, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 300199.0001/03-7, lavrado contra **TELEMAR NORTE LESTE S/A**, devendo ser intimado o recorrente 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, devendo ser homologado o valor que, comprovadamente, já tenha sido recolhido.

VOTO VENCEDOR: Conselheiros (as): Antonio Ferreira de Freitas, Ciro Roberto Seifert, Israel José dos Santos, Marcos Rogério Lyrio Pimenta e Rosa Maria dos Santos Galvão.

VOTO VENCIDO: Conselheiros (as): Nelson Teixeira Brandão.

Sala das Sessões do CONSEF, 30 de abril de 2004.

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS - PRESIDENTE

ROSA MARIA DOS SANTOS GALVÃO - RELATORA

CIRO ROBERTO SEIFERT – VOTO EM SEPARADO

SYLVIA MARIA AMOÊDO CAVALCANTE - REPR. DA PGE/PROFIS