

PROCESSO - A.I. Nº 279692.0003/02-8
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e EMPRESA BRASILEIRA DE TELECOMUNICAÇÕES S/A. - EMBRATEL
RECORRIDOS - EMPRESA BRASILEIRA DE TELECOMUNICAÇÕES S/A. – EMBRATEL e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO - Acórdão 2^a JJF nº 0076-02/03
ORIGEM - INFRAZ SIMÕES FILHO - IFEP
INTERNET - 14/09/2004

2^a CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0200-12/04

EMENTA: ICMS. 1. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO. SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO. FALTA DE INCLUSÃO DE VALORES NO CÁLCULO DO IMPOSTO. Modificada a Decisão. Foram efetuadas correções no cálculo do imposto, excluindo as prestações beneficiadas com imunidade e com não incidência, bem como reduzida a base de cálculo das prestações internacionais. Infração parcialmente caracterizada. 2. CRÉDITO FISCAL. FALTA DE ESTORNO NA PROPORCIONALIDADE DAS SAÍDAS DE MERCADORIAS ISENTAS. **a)** ENERGIA ELÉTRICA. **b)** SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO. A legislação estabelece que, se algumas operações forem isentas e outras forem tributadas, o crédito fiscal será utilizado proporcionalmente às operações de saídas tributadas pelo imposto, e por isso, há necessidade de estorno do crédito. Após a correção do cálculo, o imposto devido na infração “2” foi reduzido e, em relação à infração “3”, a exigência fiscal não subsiste. Rejeitada a preliminar de nulidade a arguição de decadência. Recurso de Ofício NÃO PROVIDO. Decisão unânime. Recurso Voluntário PARCIALMENTE PROVIDO. Decisão não unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente processo de Recurso Voluntário interposto pelo sujeito passivo, em face da Decisão proferida no Acórdão JJF Nº 0076-02/03 da 2^a Junta de Julgamento Fiscal, que decidiu pela Procedência em Parte do Auto de Infração em epígrafe, e de Recurso de Ofício em razão de o julgamento ter desonerado o contribuinte de parte do débito exigido no lançamento, consoante determina o art. 169, I, “a”, do RPAF/99.

O Auto de Infração exige imposto, no valor total de R\$ 2.239.660,93, em decorrência das seguintes irregularidades:

1. Deixou de recolher o ICMS relativo a prestações de serviços de comunicação, tendo em vista que o autuado lançou em seu relatório de faturamento, como isentos ou não tributáveis, serviços de telecomunicações tributados pelo ICMS, no exercício de 1997.
2. Deixou de efetuar o estorno de crédito fiscal do ICMS referente a aquisições de energia elétrica, em decorrência de prestações de serviços de telecomunicações isentos ou não tributados, no período de janeiro de 1997 a dezembro de 2000.

3. Falta de estorno de crédito fiscal do ICMS referente a aquisições de serviços de comunicação, em decorrência de prestação de serviços de telecomunicações isentos ou não tributados, nos meses de dezembro de 1998; março, agosto, setembro, novembro e dezembro de 1999; e, janeiro a dezembro de 2000.
4. Falta de estorno de crédito fiscal referente às saídas de bens do ativo permanente para outras empresas, cujo retorno não foi comprovado, no exercício de 1997.
5. Falta de estorno de crédito fiscal referente às saídas de bens do ativo permanente para conserto, cujo retorno não foi comprovado, no exercício de 1997.
6. Deixou de recolher o ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, referentes a vendas de sucatas do estabelecimento, nos meses de janeiro, fevereiro, abril, outubro e novembro de 1997.

Na Decisão recorrida, a 2^a Junta de Julgamento Fiscal (2^a JJF) refutou a preliminar de decadência e, ao adentrar no mérito, manteve a primeira infração e julgou a segunda procedente em parte, no valor de R\$ 1.090,51 (fl. 481). A infração 3 foi declarada improcedente. Relativamente a essas três irregularidades, o relator assim se pronunciou:

[...] considerando que na oferta de serviço de telecomunicação inclui a disponibilidade de equipamentos sem os quais não há a prestação do mencionado serviço, entende-se que incide o ICMS sobre os serviços objeto do levantamento fiscal, inclusive o aluguel dos equipamentos, ressaltando-se que esse também é o entendimento constante do Parecer DITRI/GECOT, fls. 484 a 487 do PAF, respondendo consulta sobre a incidência de ICMS na locação de equipamentos para prestação de serviços de telecomunicação por empresa de telefonia fixa.

Entendo que está caracterizada a infração apurada, haja vista que incide o ICMS nas prestações dos serviços de comunicação, incluindo-se na base de cálculo os valores cobrados a título de acesso, adesão, ativação, habilitação, disponibilidade, assinatura, bem como os serviços complementares. Assim, é subsistente a exigência fiscal neste primeiro item do Auto de Infração.

As infrações 2 e 3 foram impugnadas pelo autuado sob a alegação de que as quantias consignadas nas colunas isentas e não tributáveis dos Demonstrativos Sintéticos de Apuração do ICMS não se referem a prestações de serviços de telecomunicações não tributados ou isentos, e sim, a atividades de aluguel de equipamentos ou de móveis, serviços de manutenção ou instalação, e que existiu incongruência de princípios, considerando que a fiscalização tributou todos os valores constantes das colunas isentas e não tributáveis, o que acabaria por constituir créditos tributáveis, mas foi exigido o estorno de créditos fiscais de ICMS apropriados pelo autuado por ter prestado serviços isentos e não tributados.

Reconhecendo equívoco no levantamento fiscal, os autuantes admitiram que na elaboração da planilha de cálculo para apuração do imposto não foram excluídos os valores constantes da infração 1, e isso fez com que o coeficiente para cálculo do estorno ficasse superior ao correto, elevando os valores dos estornos de crédito, além do devido. Por isso, foram procedidas as correções, alterando-se os valores relativos ao exercício de 1997 da infração 2, conforme demonstrativo constante da informação fiscal, à fl. 481 dos autos, solicitando ainda a exclusão dos valores relativos ao exercício de 1998, bem como, a infração 3.

Observo que a legislação estabelece que, se algumas operações forem isentas e outras forem tributadas, o crédito fiscal será utilizado proporcionalmente às operações de saídas tributadas pelo imposto, e por isso, há necessidade de estorno do crédito, ressaltando-se que o autuado tomou conhecimento da informação fiscal, conforme assinatura do representante legal à fl. 489 do PAF, e não foi apresentado qualquer questionamento. Assim, considero que é

parcialmente procedente a infração 2, nos valores indicados à fl. 481, e insubsistente a infração 3.

As infrações 4, 5 e 6 não foram contestadas pelo sujeito passivo e, em consequência, foram mantidas integralmente pela 1^a Instância. Dessa forma, o Auto de Infração foi julgado procedente em parte, no valor de R\$ 2.002.370,38.

Por meio de patrono legalmente constituído, o autuado interpôs Recurso Voluntário, fls. 542 a 565, afirmando que o Acórdão da 2^a JJF deve ser reformado pelos motivos que passa a expor.

Assevera que os fatos geradores ocorridos até o mês de dezembro de 1997 já estavam decaídos. Diz que não há como se aplicar o disposto no art. 173, I, do CTN, pois o dispositivo cabível para o caso em tela é o art. 150, § 4º, do mesmo diploma legal. Para embasar as suas alegações, cita farta doutrina e decisões proferidas pelo Conselho de Contribuintes do Estado de Minas Gerais, pelo Tribunal Administrativo de Recursos Fiscais do Distrito Federal, pelo Tribunal de Impostos e Taxas do Estado de São Paulo e pelo Tribunal Superior de Justiça.

Adentrando no mérito, o recorrente alega que, relativamente à infração 1, houve invasão da competência tributária privativa dos municípios. Diz que, dentre os serviços relacionados no Auto de Infração, constam aluguéis de microestação e de modem, bem como serviços de manutenção e armazenamento, os quais não se caracterizam como serviços de comunicação e, portanto, foram tributados pelo ISS, não podendo ser alcançada pelo ICMS.

Após explicar que o Relatório IMPR930R1 segregava os serviços relacionados no Anexo 1-B (CIN, CRN, CTN, CVN, DAN, etc), o recorrente assevera que os autuantes, ao considerarem os serviços relacionados abaixo como tributados pelo ICMS, cometem os seguintes equívocos:

- CIN –DATASAT – BI: O serviço de aluguel de antena está sujeito ao ISS. Alega que esse serviço não está vinculado ao de telecomunicações, podendo o equipamento ser de propriedade do cliente ou locado de terceiros.
- CRN – STM400: O serviço de armazenamento de mensagem não se caracteriza como serviço de telecomunicações e pode ser prestado por qualquer empresa com capacidade para tanto, sem que haja necessidade de autorização ou concessão para exploração de serviço de telecomunicação.
- CTN – CIRCUITO ESPECIAL TELEGRÁFICO: Os serviços de aluguel de equipamento e de manutenção de rede constam na Lista de Serviços e estão sujeitos ao ISS.
- CVN – CIRCUITO ESPECIAL DE VOZ NACIONAL: Esse serviço de instalação de equipamentos é totalmente dissociado do serviço de telecomunicações prestado pelo recorrente.
- DAN – DATASAT PLUS: Esse serviço está na Lista de Serviços sujeitos ao ISS.
- DIN – SERVIÇO INTERATIVO DE DADOS EM BAIXA VELOCIDADE: O serviço de locação de microestação está sujeito à incidência do ISS. Explica que as microestações são, na maioria das vezes, de propriedade do cliente, porém o cliente pode locá-las do recorrente.
- DPN – SERVIÇO TRANSDATA: Esse serviço de instalação de equipamento está sujeito ao ISS.
- DTN – MEGADATA: Os serviços de aluguel de equipamentos e instalações são típicos de serviços tributados pelo ISS.
- TPJ – TOPNET: Frisa que a locação do equipamento não se confunde com a prestação de serviço de telecomunicações. Explica que esse serviço possibilita a comunicação de dados dedicados. Diz que existe a possibilidade de o cliente locar o equipamento que não possua.

- SFN – FASTNET: Diz que mais uma vez a fiscalização se equivocou ao considerar como sujeito ao ICMS a locação de bem móvel (aluguel de modem).
- SGN – CIRCUITO NÃO ESPECIALIZADO DE TRANSMISSÃO NACIONAL: A locação de bem móveis, item 79 da Lista de Serviços, foi considerada como sendo tributada pelo ICMS, quando o correto seria a tributação pelo ISS.
- TXN – TELEX NACIONAL: Diz que oferecia a seus clientes aluguel de máquina de telex, porém, como a locação de máquina não configura uma prestação de serviço de telecomunicação, a receita obtida deve ser tributada pelo ISS.

Prosseguindo em seu Recurso Voluntário, o recorrente afirma que explora satélites, os quais podem ser utilizados por ele ou por terceiros. Explica que a utilização de satélite por terceiros ocorre quando o mesmo não está sendo integralmente aproveitado pelo recorrente e é feita mediante a celebração de contratos de cessão de meios. Diz que a utilização de satélites por terceiros é representada pelas siglas “DPN”, “DAN”, “TDN” e “TEN”, sendo que os valores lançados sob essas rubricas não estão sujeitos ao ICMS. Discorre sobre o alcance da expressão “serviço de comunicação” e, em seguida, frisa que apenas cede o espaço nos satélites, não sendo responsável pela transmissão dos sinais de telecomunicação.

Menciona que, por meio de contratos, cede aos provedores de acesso à Internet uma “porta” de entrada para a rede mundial. Após tecer considerações a respeito das expressões “serviço de comunicação” e “prestação de serviço”, diz que as atividades relacionadas no Auto de Infração com a sigla “INN” não se caracterizam como prestações de serviço de comunicação, em sim, como prestações de serviço de valor adicionado, nos termos do art. 61 da Lei nº 9472/97, cujo teor transcreveu. Após frisar que a atividade de prover acesso à Internet não está relacionada na Lista de Serviços, o recorrente salienta que o item 22 da citada Lista não abrange essa atividade.

Assevera que os serviços de códigos DNI, TXI, CBI, TVI, CMI, SCI, ABI, DFI, RDI, SMI e VEI são serviços públicos de telecomunicações destinados ao exterior, estando, portanto, amparados pela não incidência prevista no art. 3º, II, da Lei Complementar nº 87/96, cujo teor transcreveu. Frisa que os Estados e o Distrito Federal estão impedidos de exigir ICMS sobre as prestações de serviços de comunicação de natureza internacional em decorrência do supracitado dispositivo. Transcreve os §§ 1º e 2º do art. 1º do Decreto nº 2.534/98, para embasar a sua alegação. Cita o art. 111 do CTN, bem como doutrina, para corroborar a tese de que qualquer norma que estabeleça a exclusão de crédito tributário ou que institua isenção só poderá ser interpretada literalmente. Aduz que, em atendimento à solicitação do Procurador-Geral Adjunto da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, a Agência Nacional de Telecomunicações emitiu o Parecer nº 002/29/10/98, afirmando que, no seu entendimento, a prestação de serviço de longa distância internacional envolve diversos prestadores, tanto no Brasil quanto no exterior, não cabendo a incidência do ICMS, conforme definido na Lei Complementar nº 87/96.

Afirma que a legislação tributária do Estado da Bahia previa redução da base de cálculo para os serviços de telecomunicações internacionais, nos termos do art. 86, I, do RICMS-BA, de forma que a carga tributária fosse equivalente a 13%. Às fls. 562 e 563, apresenta demonstrativos referentes ao mês de junho de 1997 para evidenciar o valor que, no seu entendimento, foi exigido a mais.

Ressalta que os autuantes consideraram como sendo tributáveis pelo ICMS receitas decorrentes de prestações de serviços feitas para clientes que gozam de imunidade ou de isenção. Elabora demonstrativos referentes ao mês de junho de 1997 com os valores que entende serem indevidos.

Conclui a peça recursal, requerendo a decadência parcial dos valores anteriores a dezembro de 1997, a improcedência do Auto de Infração e o arquivamento do processo administrativo.

A representante da PGE/PROFIS, à fl. 596, manifesta-se quanto às razões argüidas no Recurso Voluntário, e diz que a peça recursal traz os mesmos argumentos apresentados na impugnação inicial. Quanto à argüição de decadência, alega que o julgamento, com base no CTN e na Lei do ICMS, já decretou que a mesma não ocorreu. Considera que, apesar de o Recurso Voluntário devolver toda a matéria à apreciação desse Conselho, os argumentos do recorrente são inócuos e incapazes de modificar o julgamento. Opina pelo Não Provimento do Recurso Voluntário.

Na sessão de julgamento, o processo foi convertido em diligência pela 1^a Câmara de Julgamento Fiscal, para que os autuantes atendessem as seguintes solicitações:

- 1.^º Identificassem os possíveis tomadores dos serviços de telecomunicação que estariam amparados pela imunidade ou isenção.
- 2.^º Aferissem as operações internacionais quanto à redução da base de cálculo, de forma que a carga tributária fosse reduzida de 25% para 13%.
- 3.^º Verificassem quais as operações em que a empresa autuado cede parte da sua disponibilidade via satélite a outros Estados, repartindo-se a parcela do imposto, para excluir a parte que é devida a outros Estados.

Às fls. 602 a 615, os autuantes atendendo à solicitação da 1^a CJF, teceram, inicialmente, considerações sobre as intimações efetuadas e as dificuldades enfrentadas, de julho de 2003 até junho de 2004, para obter a documentação solicitada. Explicaram como foi conduzido o trabalho diligencial, ressaltando que os demonstrativos apresentados pelo recorrente só possibilitaram averiguar as questões levantadas nos itens 1 e 2 da diligência, sendo que em relação ao item 3, o qual trata dos serviços medidos, nenhum demonstrativo foi apresentado. Discorreram sobre o diferimento (Convênio ICM nº 04/89) nos serviços prestados a outras empresas de telecomunicações. Em seguida, passaram a responder as questões levantadas pela 1^a CJF, da seguinte forma:

ITEM 1: Com base nos relatórios fornecidos pelo recorrente e anexados a esse PAF (IMPR933 e IMPR934) foram elaborados dois demonstrativos contendo a relação das empresas públicas e consulados amparados pela imunidade ou isenção. As informações estão contidas nos Anexos D e G. O primeiro com as prestações nacionais de serviços imunes ou isentos, e o segundo com as prestações internacionais de serviços imunes ou isentos.

ITEM 2: Foram separados valores provenientes de serviços nacionais e internacionais (Anexos C e F). Em seguida, foram elaborados os Anexos B e E. O primeiro com as prestações nacionais (tributadas a 25%), e o segundo com as prestações internacionais (tributadas com redução da base de cálculo). Esses dois últimos Anexos foram condensados no Anexo A, o qual contém o ICMS a recolher referente à infração 1, no valor total de R\$ 1.574.723,77 (fl. 1109).

ITEM 3: Asseveram que o recorrente não atendeu às diversas intimações para apresentação de documentos e demonstrativos necessários ao cumprimento das solicitações. Frisam que, de acordo com informações contidas no *e-mail* enviado pelo recorrente em 01/12/03, os Relatórios IMP930R1 e IMP71R01 já foram elaborados com base no Convênio ICM nº 04/98, isso é, a divisão da receita referente aos serviços não medidos já foi considerada nos Relatórios de Faturamento para Fins de Arrecadação do ICMS. Ao concluir, afirmaram que o levantamento efetuado por eles não merece nenhum reparo.

Instado a se pronunciar sobre o resultado da diligência, o recorrente alega, fls. 1133 a 1140, que os autuantes deveriam, com base nos documentos apresentados quando da realização da diligência, ter excluído da autuação os valores cobrados de outras empresas de telecomunicação. Diz que a Cláusula Segunda do Convênio ICM 04/89, cujo teor transcreveu, não faz nenhuma distinção entre serviços de dados e de telefonia. Assevera que os valores relativos à cessão de meios não estão

descritos no documento denominado DETRAF. Após explicar que os serviços de telecomunicação são públicos, transcreve o inc. XI do art. 21 e o Parágrafo único do art. 175, tudo da Constituição Federal, para embasar as suas alegações. Ressalta que, mesmo se não fosse cabível o diferimento previsto na Cláusula Segunda do Convênio ICM 04/89, ainda assim não deveriam ser tributados os valores em questão, pois o inc. I da Cláusula Sexta do referido Convênio, cujo teor transcreveu, determina que não deverá ocorrer tributação quando a empresa operadora de telecomunicação contratante de determinada cessão de meios for usuária final. Ressalta que a natureza dos serviços de dados demonstra a existência de equipamentos instalados nas suas dependências.

Prosseguindo em sua manifestação, o recorrente diz que, além do equívoco citado acima, os autuantes se enganaram ao deixar de dividir o ICMS entre o Estado da Bahia e as demais unidades da Federação envolvidas. Frisa que, caso venha a se acreditar que os valores lançados a título de ISS são efetivamente serviços de telecomunicação, não poderia o Estado da Bahia requerer o recolhimento do ICMS sobre o valor total da operação, sob pena de ferir normas específicas e adentrar na competência de outros Estados. Afirma que nos seus relatórios já consta a divisão do ICMS (coluna valor tributável), porém as parcelas consignadas na coluna “valores isentos” (objeto da autuação) não há divisão, pois são oriundos de locações, instalações e manutenções. Ressalta que os auditores fiscais, quando da análise das faturas e relatórios encaminhados, foram capazes de identificar e averiguar a correção das divisões de imposto efetuadas para as operações de serviços de telecomunicação e, portanto, poderiam com base nos documentos apresentados efetuar o acerto da base de cálculo do imposto. Diz que, para tanto, bastaria a aplicação dos valores recebidos pela locação, instalação e manutenção de equipamentos a mesma proporcionalidade de divisão utilizada para os montantes recebidos pelo oferecimento de serviços de telecomunicação.

A PGE/PROFIS, às fls. 1143 e 1144, emitiu Parecer opinando pelo acatamento das conclusões da ASTEC [dos autuantes] e em particular em relação à resposta ao terceiro item da diligência, uma vez que se baseou nos relatórios que o recorrente entregou aos autuantes. Conclui opinando pelo Provimento Parcial do Recurso Voluntário interposto, para julgar procedente em parte a infração 1, adotando os valores apresentados nos demonstrativos da ASTEC [dos autuantes].

VOTO

Inicialmente, passo a examinar o Recurso de Ofício, o qual trata das infrações 2 e 3. Conforme a Decisão recorrida, a infração 2, no valor de R\$ 227.613,34, foi julgada procedente em parte, remanescendo o débito de R\$ 1.090,51, ao passo que a infração 3, no valor de R\$ 10.767,72, foi declarada improcedente. Por seu turno, as infrações 1, 4, 5 e 6 foram julgadas procedentes.

Relativamente às infrações 2 e 3, o relator apenas acatou o argumento defensivo que pleiteava a inclusão, no coeficiente utilizado para o cálculo do estorno, dos valores considerados como tributáveis e consignados na infração 1. Os próprios autuantes, corroborando esse entendimento da Junta de Julgamento, também acolheram o argumento defensivo e corrigiram o valor do imposto devido. Foram feitas as retificações pertinentes ao exercício de 1997 (fl. 481), o qual abrangeu apenas a parte da infração 2. Quanto aos exercícios de 1998 a 2000, os quais englobam parte da infração 2 e toda a infração 3, os autuantes opinaram pela exclusão da exigência fiscal, sob a alegação de que [...] neste trimestre, estamos no curso da fiscalização das receitas referentes a esses exercícios. Como os trabalhos ainda não foram concluídos, não temos como precisar exatamente quais os valores relativos às operações “isentas” e “não tributadas” da empresa e assim calcular o coeficiente correto para o estorno do crédito fiscal.

Tendo em vista que os valores relacionados na infração 1 são tributáveis, tais valores devem ser incluídos, como tributáveis, no cálculo dos coeficientes utilizados nos estornos dos créditos fiscais consignados nas infrações 2 e 3. Considerando que ainda não há dados referentes aos anos

de 1998 a 2000, não há como determinar qual o valor a ser estornado nesses exercícios e, portanto, as exigências fiscais relativas a esse período devem ser excluídas da autuação.

Em face do exposto acima, considero que a parte sucumbente do lançamento tributário em exame não cabe nenhum reparo e, portanto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício.

No que tange ao Recurso Voluntário, passo a apreciar a preliminar de decadência suscitada pelo recorrente. Essa preliminar já foi rechaçada pela Junta de Julgamento Fiscal, todavia, o recorrente volta a arguir a matéria no seu Recurso Voluntário, por entender que, em relação aos fatos geradores ocorridos durante o exercício de 1997, deve ser obedecido ao que determina o artigo 150, § 4º do CTN.

Com o devido respeito ao posicionamento do recorrente, o termo inicial da contagem do prazo decadencial é o primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado. O art. 150, § 4º, do CTN, prevê que “*Se a lei não fixar prazo à homologação, será ele de 5 (cinco) anos, a contar da ocorrência do fato gerador*”. Contudo, a legislação tributária do Estado da Bahia, utilizando a permissão contida no § 4º do art. 150 do CTN, fixou o prazo de homologação em cinco anos a contar “do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado” (art. 107-A, I, do COTEB, e art. 965, I, do RICMS-BA/97).

Quanto à homologação tácita prevista no art. 150, § 4º, do CTN, saliento que a mesma só ocorreria se o imposto devido tivesse sido lançado pelo sujeito passivo e pago dentro das condições previstas na legislação tributária estadual. Porém, no caso em tela, não houve o lançamento por homologação, e sim, o lançamento de ofício, portanto, não se pode aplicar o previsto no art. 173, I, do CTN, como pleiteia o recorrente.

Para os fatos geradores ocorridos durante o exercício de 1997, a Fazenda Pública tinha até o dia 31/12/02 para constituir o crédito tributário. No caso em tela, o crédito fiscal foi constituído em 17/12/02, quando foi encerrado o procedimento fiscal com a lavratura do Auto de Infração. Portanto, não houve a alegada decadência relativamente aos fatos geradores ocorridos em 1997.

Adentrando no mérito do Recurso Voluntário, constato que o recorrente apenas questiona a exigência fiscal relativamente à infração 1, a qual versa sobre a falta de recolhimento do ICMS relativo a prestações de serviços de comunicação tributáveis e que foram considerados como isentas ou não tributáveis.

Quanto ao argumento recursal de que os autuantes utilizaram uma sistemática que tributou todas as receitas auferidas como se as mesmas fossem fatos geradores do ICMS, sem se aprofundarem nas características dos produtos e na forma de elaboração dos documentos fiscais e de suporte, entendo razão não assistir ao recorrente uma vez que a fiscalização baseou-se no Portfólio fornecido pela própria empresa (fls. 36 a 56), onde estão descritos os serviços prestados, e no Relatório Analítico de Arrecadação do ICMS (IMP9300R1). Esse fato fica claro quando se observa que os autuantes excluíram da autuação os códigos referentes a serviços que não são tributados pelo ICMS, tais como: ZZN, TZN, TWN, WZX, PDN, TLN, TAI etc. Ademais, o procedimento dos auditores fiscais evidencia que os diversos serviços existentes dentro de uma mesma sigla foram examinados com o devido zelo.

No que concerne à locação dos equipamentos, microestações e modens e serviços de manutenção e de armazenamento, foi correta a Decisão recorrida, pois os equipamentos alugados e os serviços prestados são indispensáveis e estão vinculados aos serviços de telecomunicações prestados pelo recorrente. Os valores relacionados na infração em tela e lançados pelo recorrente no seu Relatório de Faturamento como isentos ou não tributáveis estão dentro do campo de incidência do ICMS. Além disso, a ação fiscal está respaldada no Parecer da DITRI/GECOT acostado às fls. 481 a 489, do qual o autuado recebeu cópia.

No que tange às prestações de serviços tomadas por órgãos amparados por imunidade ou não incidência, o processo foi convertido em diligência e os autuantes excluíram da infração os valores correspondentes a essas prestações, conforme demonstrativos às fls. 1113/114 e 1117. O recorrente recebeu cópia desses demonstrativos, porém sobre eles não se pronunciou. Interpreto esse silêncio como um reconhecimento tácito da correção dos valores excluídos da autuação.

Apesar da argumentação do recorrente sobre a não incidência prevista no art. 3º, II, da Lei Complementar nº 87/96, as prestações de serviços públicos de telecomunicações internacionais são tributadas e, inclusive, gozam da redução da base de cálculo prevista no art. 86, I, do RICMS-BA/97, de forma que a carga tributária corresponda a 13%. Seria um contra-senso conceder redução na base de cálculo para uma prestação que estivesse amparada pela não incidência. Visando adequar a exigência fiscal à redução de base de cálculo a que fazia jus o recorrente nas prestações internacionais, o processo foi convertido em diligência, tendo os autuantes efetuado as correções, conforme os demonstrativos acostados às fls. 1115 e 1116. O recorrente recebeu cópia desses demonstrativos, porém sobre eles não se pronunciou. Interpreto esse silêncio como um reconhecimento tácito da correção dos valores excluídos da autuação.

Quanto às questões do aluguel de satélites e do acesso à Internet, foi correta a Decisão recorrida, pois a simples colocação à disposição do usuário, mediante remuneração, de meios capazes de transmitir e receber mensagem já é suficiente para caracterizar a prestação de serviço de comunicação tributável pelo imposto estadual. Quando o autuado, mediante remuneração, cede um espaço disponível no satélite ou fornece aos provedores uma “porta” para acessar a rede mundial, ele está prestando um serviço tributável pelo ICMS. Dessa forma, as receitas “DPN”, “DAN” e “TEN” (decorrentes de aluguel de satélite) e “INN” (referente a acesso à Internet) são tributáveis pelo ICMS.

Também não pode ser acatada a alegação de que os autuantes deveriam ter excluído da autuação os valores cobrados de outras empresas de telecomunicação, pois o recorrente apesar de regularmente intimado não apresentou os documentos e demonstrativos necessários ao atendimento das solicitações. A primeira intimação destinada ao atendimento da diligência foi feita em julho de 2003 (fl. 618) e a última em abril de 2004 (fl. 625), portanto, o recorrente teve quase um ano para apresentar as provas que respaldassem as suas alegações. Uma vez que ele não comprovou fato controverso com elementos que necessariamente dispunha, entendo que deve ser considerado o que foi declarado no *e-mail*, isso é: que os valores lançados no Relatório IMP930R1 já estavam com a divisão feita de acordo com o Convênio ICM 04/89. Dessa forma, entendo que não há imposto pertencente a outros Estados a ser excluída da autuação.

Do mesmo modo, não acato a alegação de que o ICMS referente à prestação isenta ou não tributada deve ser dividido com as outras unidades da Federação, por dois motivos:

- a) o recorrente não apresentou documentos capazes de comprovar essa sua alegação;
- b) o *e-mail* enviado pelo próprio recorrente afirma que as prestações já estavam divididas, sendo os valores consignados no Relatório IMP930R1 os devidos ao Estado da Bahia. Desse modo, considero que não há o que se falar em divisão do imposto exigido na infração em tela. Ademais, considerando que foi o recorrente que lançou prestações tributáveis como não tributáveis, cabe a ele provar que os valores lançados irregularmente não estavam divididos.

Em face do acima comentado, considero que devem ser excluídos os valores referentes às prestações amparadas por imunidade e por não isenção, bem como reduzida a base de cálculo do imposto nas prestações internacionais. A infração em tela subsiste parcialmente, no valor de R\$ 1.574.723,78, conforme apurado no demonstrativo de fl. 1109.

Quanto à infração 2, o recorrente não apresentou nenhum argumento, além da preliminar de decadência, o que demonstra que os valores remanescentes da autuação (fl. 481), decididos em 1^a Instância, foram acatados pelo recorrente.

Por todo exposto, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário, para que seja modificada a Decisão recorrida relativamente à infração 1, a qual é PROCEDENTE EM PARTE.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2^a Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NÃO PROVER o Recurso de Ofício interposto e, em decisão não unânime, PROVER PARCIALMENTE o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar PROCEDENTE EM PARTE o Auto de Infração nº 279692.0003/02-8, lavrado contra EMPRESA BRASILEIRA DE TELECOMUNICAÇÕES S/A. - EMBRATEL, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$1.893.207,37, atualizado monetariamente, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a” e VII, “b”, da Lei nº 7014/96 e dos acréscimos moratórios.

RECURSO VOLUNTÁRIO: (ITEM 1)

VOTO VENCEDOR: Conselheiros Álvaro Barreto Vieira, César Augusto da Silva Fonseca, José Carlos Barros Rodeiro, Maria do Carmo Santana Marcelino Menezes e Tolstoi Seara Nolasco.
VOTO VENCIDO: Conselheiro Fauze Midlej

Sala das Sessões do CONSEF, 23 de agosto de 2004.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – RELATOR

MARIA DULCE HASSELMAN RODRIGUES BALEEIRO COSTA – REPR. DA PGE/PROFIS