

PROCESSO - A. I. Nº 281081.0002/04-2
RECORRENTE - TELEMAR NORTE LESTE S/A
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 3ªJF nº 0340-03/04
ORIGEM - IFEP – DAT/METRO
INTERNET - 10/11/2004

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0363-11/04

EMENTA: ICMS. BASE DE CÁLCULO. ERRO NA SUA DETERMINAÇÃO. EXCLUSÃO DO IMPOSTO DA SUA PRÓPRIA BASE DE CÁLCULO E DE VALORES RELATIVOS A PRESTAÇÕES DE SERVIÇOS DE COMUNICAÇÕES. 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. A lei não autoriza a exclusão do ICMS para fim de determinação do imposto a ser recolhido, tendo em vista que este imposto integra a sua própria base de cálculo, bem como, de valores tributáveis ou tidos como isentos. Infrações subsistentes. Indeferido o pedido de perícia. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Recurso Voluntário foi interposto pelo autuado contra a Decisão da 3ª JF – Acórdão JF nº 0340-03/04, que julgou o Auto de Infração Procedente, lavrado em razão da exigência do ICMS no valor de R\$ 3.230.760,57, referente a:

1. Falta de recolhimento do ICMS, no valor de R\$ 2.574.636,01, relativo à prestação de serviços de comunicação, nos meses de maio a junho de 2000, por ter o contribuinte excluído da base de cálculo do imposto valores inerentes a: “outras receitas”; “receita de aluguel”; “receitas isentas” e “governo”, valores que resultaram na falta de pagamento do imposto.
2. Falta de recolhimento do ICMS, no valor de R\$ 656.124,56, relativo à prestação de serviços de comunicação, nos meses de janeiro a junho de 2000, referente a receitas de telecomunicações (Auxílio à Lista 102), lançadas na contabilidade como isentas sem apresentação de nenhum documento comprobatório.

No Recurso Voluntário, o recorrente reconhece a procedência parcial do lançamento, no tocante a valores não levados à tributação, no montante de R\$ 1.773.390,30 (fl. 96). Assim, entende que a discussão do débito restringe-se à:

1. adoção, por parte do Fisco baiano, na determinação da base de cálculo do imposto, de valores maiores do que a receita com eles obtida;
2. não-incidência do ICMS sobre serviço de auxílio à lista (102), que não configura serviço de telecomunicação (logo, não tributável pelo ICMS).

Defende que a Decisão de 1ª Instância não deve prosperar, pois, inobstante a correta observação de que os preços máximos das tarifas de telecomunicações são fixados pela ANATEL, tal fato não

enseja qualquer tipo de alteração na regra do art. 13, III, da LC n.º 87/96, que determina ser base de cálculo do ICMS sobre comunicação, o preço de serviço, independente deste ter ou não observado os limites máximos fixados por uma Agência Reguladora. Aduz que se a operadora cobrou preço menor, não é lícito ao Fisco pautar-se pelo teto visando à cobrança do ICMS sobre uma base fictícia. Ressalta que não existe limite mínimo de tarifas delimitado pela ANATEL e que jamais o Estado pode cobrar o ICMS dessa operação com base no valor máximo de tarifa autorizada pela Agência Reguladora, pois, desta forma, estar-se-á tomando como base de cálculo não o preço de serviço, mas sim a tarifa máxima autorizada pela ANATEL.

Em seguida passa a reproduzir o Parecer ASTEC n.º 040/2004, no sentido de demonstrar que os valores remanescentes da infração 1, bem como da infração 2, decorrem exclusivamente do critério de cálculo adotado pelo Fisco, que em lugar de tomar as receitas efetivamente auferidas pelo contribuinte e sobre elas aplicar a alíquota prevista em lei, presumiu receitas maiores do que as reais para efeito de cálculo do imposto. Requer perícia para confirmação dos fatos.

Também entende o recorrente ser ilegítima a exigência do ICMS sobre serviço de “Auxílio à Lista 102”, por referir a fatos não sujeitos à incidência do imposto, visto não tratarem propriamente de serviço de comunicações. Reproduz o conceito de comunicação, segundo o Novo Dicionário da Língua Portuguesa de Aurélio Buarque de Holanda Ferreira, do que conclui que o vocábulo comunicação como fato gerador do ICMS não pode nem deve ser tomado em sentido não-técnico, sob pena de incidir o imposto sobre praticamente todo ato humano. Assim, aduz que o objeto do imposto é tão-somente a comunicação interativa, bidirecional, o que exclui todas as formas de comunicação unidirecional de mensagens, como os jornais, os correios, o rádio e a televisão. Cita doutrina, Decisão do Conselho de Contribuintes do Estado do Rio de Janeiro e art. 61 da Lei Geral de Telecomunicações, na qual preceitua que “*Serviço de valor adicionado não constitui serviço de telecomunicações...*”

Por fim, renova seu pedido de perícia e a reforma da Decisão da 1ª instância, para cancelar a Auto de Infração.

Às fls. 151 a 153 dos autos, a Procuradoria Geral do Estado (PGE/PROFIS) emite Parecer pelo Não Provedimento do Recurso Voluntário, visto que a questão jurídica já foi enfrentada algumas vezes pelo CONSEF, que tem decidido pela procedência da autuação, em razão da previsão expressa da legislação no sentido de abranger como serviço tributável de comunicação todas as facilidades adicionais que otimizem ou agilizem o processo de comunicação, chamados de “serviços adicionais”, dentre os quais se inclui o 102. Destaca que tal entendimento está lastreado no art. 2º, III, da Lei Complementar n.º 87/96, assim como no art. 1º, III, c/c o art. 2º, VII, da Lei n.º 7.014/96. Registra que a Lei Geral de Telecomunicações, em que se baseia o recorrente, não é competente para regular tributo.

Quanto à apuração da base de cálculo para determinação do ICMS, ressalta que a legislação tributária estadual prevê, no seu art. 17, § 1º, I, da Lei n.º 7.014/96, e no art. 52 do RICMS, que o ICMS integra a sua própria base de cálculo. Assim, aos valores tarifários líquidos, devem ser agregados os impostos e contribuições, incidentes para determinação do preço final a ser cobrado do tomador de serviço, o qual suporta o ônus dos tributos.

Por fim, entende ser desnecessária a perícia requerida, pois todos os elementos necessários a comprovação do quanto alegado por ambas as partes estão presentes aos autos.

VOTO

Inicialmente indefiro o pedido de perícia, formulado pelo recorrente, haja vista que os elementos de prova constantes nos autos são suficientes para a formação da minha convicção, 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 citado dispositivo.

No mérito, da análise das peças processuais se constata que o sujeito passivo, em momento algum, trouxe aos autos provas documentais de suas alegações, de forma que venham elidir as acusações fiscais, as quais foram apuradas na escrita do próprio contribuinte.

Insurge-se o recorrente contra a apuração da base de cálculo para determinação do ICMS, contudo não lhe cabe razão, pois a mesma está de acordo com o previsto no art. 13, inciso III, c/c o seu §1º, inciso I, da Lei Complementar nº 87/96, reproduzido no art. 17, VIII, § 1º, da Lei nº 7.014/96 e também no artigo 52 do RICMS/97, onde estabelecem que integra a base de cálculo do imposto, o montante do próprio imposto, constituindo o respectivo destaque mera indicação para fins de controle. Portanto, a sistemática utilizada pelos autuantes está respaldada na legislação.

No tocante à tributação sobre as receitas oriundas do serviço adicional intitulado de “Auxílio à Lista 102”, a Lei Complementar nº 87/96, no art. 2º, III, assim como o art. 1º, III, c/c o art. 2º, VII, da Lei nº 7.014/96, além do art. 1º, §2º, VII, do RICMS/97, prevêm 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. Assim, se devem incluir na base de cálculo do imposto os valores relativos a tal serviço.

Devo ressaltar a existência dos Acórdãos de nº 142-11/04 e 167-12/04 deste CONSEF neste sentido, em processos fiscais similares contra o próprio recorrente.

Diante do exposto, acolho o Parecer da PGE/PROFIS e voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **281081.0002/04-2**, lavrado contra **TELEMAR NORTE LESTE S/A**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 3.230.760,57**, 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.

Sala das Sessões do CONSEF, 19 de outubro de 2004.

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS - PRESIDENTE

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO - RELATOR

SYLVIA MARIA AMOÊDO CAVALCANTE – REPR. DA PGE/PROFIS