

PROCESSO - A. I. N° 206863.0002/04-5
RECORRENTE - TELEBAHIA CELULAR S/A
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2º JJF n° 0380-02/04
ORIGEM - IFEP – DAT/METRO
INTERNET - 27/01/2005

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0455-11/04

EMENTA: ICMS. 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. Não acolhidas às argüições de inconstitucionalidade. Recurso **NÃO PROVÍDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário apresentado ao Acórdão n.º 0380-02/04, da 2ª JJF, que, por Decisão unânime de seus membros, julgou procedente o presente Auto de Infração, lavrado para exigir o valor de R\$ 6.121.664,92 de imposto, e multa de 60%, em razão da falta de recolhimento do ICMS relativo a serviços complementares e facilidades oferecidas aos clientes, vinculados a serviços onerosos de comunicação.

A título de esclarecimento, cito alguns destes serviços complementares e facilidades, conforme demonstrativo apensado a partir da fl. 7 dos autos. São eles: aluguel de aparelho, auxílio à lista telefônica (102), “*controle de consumo*”, “*disk turismo (131)*”, identificação de chamadas, “*lista autorizada*”, mudança de aparelho, mudança de área de registro, “*móvel grupo*” e “*móvel lista*”, entre outros.

A tese recursal é que, para a caracterização da telecomunicação, são indispensáveis as presenças de três elementos: a existência de uma mensagem, sua transmissão e sua recepção, e que os chamados “serviços complementares” não se adequariam a esta caracterização, mas seriam “atividades-meio”, postas à disposição do usuário, não se constituindo no próprio serviço de comunicação e que independiam da própria prestação do serviço.

Citou doutrina a respeito da inconstitucionalidade do Convênio ICMS n.º 69/98, e farta jurisprudência.

Discorreu sobre o efeito confiscatório das multas cobradas no Auto de Infração, novamente citando doutrina e jurisprudência.

Concluiu pugnando pela insubsistência do Auto de Infração.

A representante da PGE/PROFIS observou que este CONSEF 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, entendimento este lastrado nos art. 2º, III, da Lei Complementar n.º 87/96, e 1º, III, combinado com o art. 2º, VII, da Lei n.º 7.014/96, 1º, III e § 2º, VII, bem como o art. 4º, I, §§ 1º e 4º, do RICMS/97, que prevêem que o ICMS tem como fato gerador as prestações de serviços de comunicação, incidindo sobre a prestação onerosa de serviços de comunicação de qualquer natureza, inclusive facilidades adicionais que otimizem ou agilizem o processo de comunicação.

Quanto à multa aplicada, essa é prevista em lei, não cabendo ao CONSEF a apreciação de alegação de inconstitucionalidade, nos termos do RPAF/99.

Opinou pelo Não Provimento do Recurso Voluntário.

VOTO

O recorrente alegou que o Convênio ICMS n.º 69/98 e que o percentual de multa aplicado afrontariam a Constituição Federal.

Inicialmente, lembro que o art. 167, I, do RPAF/99 exclui da competência dos órgãos julgadores a declaração de inconstitucionalidade.

Assim, até que o órgão competente para tal declaração o faça, no caso o Supremo Tribunal Federal, para que esta tenha efeito *erga omnes*, os dispositivos legais contestados estão revestidos de constitucionalidade e têm eficácia.

Deixo, portanto, de acolher estas alegações.

Quanto ao mérito, o recorrente trouxe o argumento de que para a caracterização da telecomunicação são indispensáveis as presenças de três elementos: a existência de uma mensagem, sua transmissão e sua recepção, e que os chamados “serviços complementares” não se adequariam a esta caracterização, mas seriam “atividades-meios”, postas à disposição do usuário, não se constituindo no próprio serviço de comunicação e que independiam da própria prestação do serviço.

Em relação a este raciocínio, esclareci que os serviços foram da seguinte natureza: aluguel de aparelho, auxílio à lista telefônica (102), “*controle de consumo*”, “*disk turismo* (131)”, identificação de chamadas, “*lista autorizada*”, mudança de aparelho, mudança de área de registro, “*móvel grupo*” e “*móvel lista*”, entre outros nesta mesma linha. Em tais serviços é patente que existe uma mensagem, sua transmissão e sua recepção, o que vai de encontro com o próprio argumento do recorrente.

O fato de que em alguns deles a mensagem é comandada por uma máquina, no caso, uma mensagem gravada, de maneira alguma descaracteriza o circuito da comunicação, conforme definição do impugnante. Além do mais, todos os serviços não são gratuitos. Assim, o fato imponível da “*prestaçāo onerosa de serviços de telecomunicação*” se encontra configurado, surtindo efeito de solução da lide relativa a tais serviços que, embora tenham sido denominados de “*serviços complementares*”, é na realidade, uma efetiva prestação onerosa do serviço de telecomunicação, como as demais, posta à disposição do usuário e não “*atividade-meio*”, como caracterizou o impugnante.”

Mesmo sem adentrar na inconstitucionalidade do Convênio ICMS n.º 69/98, argüida pelo recorrente, entendo mister trazer à baila o seu conteúdo, inclusive histórico.

O Convênio ICMS n.º 02/96, nas suas considerações e na sua Cláusula primeira, contém:

- *considerando que o ICMS incide sobre a prestação dos serviços de telecomunicações e que há dúvidas por parte de alguns contribuintes, no que se refere a determinados serviços;*
- *considerando a necessidade de uniformizar os procedimentos tributários nas prestações de serviços de telecomunicações;*
- *considerando a necessidade de esclarecer o contribuinte, para que corretamente possa cumprir suas obrigações tributárias, resolvem celebrar o seguinte CONVÊNIO*

Cláusula primeira Os signatários firmam entendimento no sentido de que, em razão da incidência do ICMS sobre a prestação dos serviços classificados pelas empresas de telecomunicações sob as denominações a seguir indicadas, para cálculo e recolhimento daquele imposto, incluem-se na sua base de cálculo o valor correspondente ao respectivo preço:

- I - assinatura de telefonia celular;*
- II - "salto";*

- III - "atendimento simultâneo";
- IV - "siga-me";
- V - "telefone virtual".

Ao meu ver, está claro que a edição deste Convênio se deu com o intuito, único e exclusivo, de esclarecer as “dúvidas” levantadas pelas próprias operadoras dos serviços de telecomunicações. Então, só foram listadas as operações que estas não detinham certeza sobre a incidência ou não do ICMS.

Mais à frente, estas mesmas operadoras tiveram outras “dúvidas”, como vemos no texto do Convênio ICMS n.º 69/98:

- *considerando a necessidade de uniformizar os procedimentos tributários nas prestações de serviços de comunicações e de esclarecer o contribuinte, para que corretamente possa cumprir suas obrigações tributárias, resolvem celebrar o seguinte CONVÊNIO*

Cláusula primeira Os signatários firmam entendimento no sentido de que se incluem na base de cálculo do ICMS incidente sobre prestações de serviços de comunicação os valores cobrados a título de acesso, adesão, ativação, habilitação, disponibilidade, assinatura e utilização dos serviços, bem assim aqueles relativos a serviços suplementares e facilidades adicionais que otimizem ou agilizem o processo de comunicação, independentemente da denominação que lhes seja dada.

Assim, entendo que o Convênio ICMS n.º 69/98 não inovou, prevendo, somente a partir da sua edição, a incidência do ICMS sobre os serviços de comunicação listados na sua Cláusula primeira, até porque, é impossível aos órgãos legisladores conjeturar toda e qualquer nova nomenclatura que possa vir a ser criada pelas operadoras de telefonia para os seus atuais serviços, ou outros que venham a ser colocados à disposição dos usuários.

Já o art. 2º, VII, da Lei n.º 7.014/96, preconiza que o ICMS incide sobre a prestação onerosa 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. Este mandamento é repetido no art. 1º, § 2º, VII, do RICMS/97.

Por tudo o que foi dito, e considerando que já me manifestei sobre este mesmo tema no Acórdão CJF nº 0476-11/03, entendo que os serviços complementares e facilidades oferecidas aos clientes, vinculados a serviços onerosos de comunicação, exigidos no presente Auto de Infração, são tributados pelo ICMS, o meu voto é pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário para homologar a Decisão recorrida.

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 206863.0002/04-5, lavrado contra **TELEBAHIA CELULAR S/A**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$6.121.664,92**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 21 de dezembro de 2004.

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS - PRESIDENTE

CIRO ROBERTO SEIFERT – RELATOR

JORGE SALOMÃO OLIVEIRA DOS SANTOS – REPR. DA PGE/PROFIS