

A.I. Nº - 300199.0003/03-0
AUTUADO - TELEMAR NORTE LESTE S/A
AUTUANTES - EDISON LEMOS; PAULO R. SILVEIRA MEDEIROS e RICARDO R. M. DE AGUIAR
ORIGEM - IFEP-DAT/METRO
INTERNET - 11.05.04

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0145-02/04

EMENTA: ICMS. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO. SERVIÇO DE TELECOMUNICAÇÃO. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO.

a) DIFERENÇA ENTRE OS VALORES DAS RECEITAS CONSIGNADAS NO DAICMS E NO BALANÇETE CONTÁBIL. 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. **b)** OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS REGISTRADAS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. Falta de inclusão na base de cálculo do imposto de valores tributáveis ou tidos como isentos. Infrações subsistentes. Rejeitado o pedido de diligência. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 13/10/2003, exige ICMS no valor de R\$2.861.216,19, em razão da falta de recolhimento do ICMS relativo a prestação de serviços de comunicação:

1. no valor de R\$1.809.933,02, por ter deixado de incluir na base de cálculo do ICMS valores que resultaram na falta de pagamento do imposto, relativo aos meses de novembro e dezembro de 1999, conforme planilha, apresentada pelo contribuinte à fl. 19, conciliando valores de receitas lançadas no Balançete Contábil e no DAICMS;
2. no valor de R\$256.630,34, referente a receitas de telecomunicações lançadas na contabilidade do contribuinte como isento, sem a apresentação da documentação comprobatória suporte, relativo ao exercício de 1999, conforme demonstrativo à fl. 20 dos autos, e
3. no valor de R\$794.652,83, referente aos meses de julho a dezembro de 1999, por se considerar o serviço de telecomunicação “Auxílio à lista 102” como isento de tributação pelo ICMS, conforme demonstrativo à fl. 21 dos autos, cujo serviço é tributado de acordo com a Lei Complementar nº 87/96 e com o entendimento firmado no Convênio 69/98 de que os serviços de comunicação onerosos, quaisquer que sejam eles, serão tributados pelo ICMS.

O autuado, através de sua advogada legalmente constituída, apresenta impugnação ao Auto de Infração, às fls. 87 a 104 dos autos, sob as seguintes alegações:

1. Ressalta que a autuação resume-se no não recolhimento do ICMS pelo autuado na prestação de serviços de “Auxílio à lista 102”, bem como na exclusão de débitos sem apresentação da respectiva documentação autorizativa da exclusão. Diz que, entretanto, não se trata tão somente disso, pois também impugna o fato da autuação ter adotado, como base de cálculo do imposto devido em razão dos serviços autuados, valores maiores do que a receita com eles obtida pelo impugnante.
2. Defende a não incidência do ICMS sobre o serviço de “auxilio à Lista 102”, pois o conceito de comunicação para fins de ICMS é restrinido pela Constituição, uma vez que o objeto do

imposto é tão somente a comunicação interativa, bidirecional, o que exclui todas as formas de comunicação unidirecional de mensagens, como jornais, os correios, o rádio e a televisão. Cita o art. 61 da Lei Geral de Telecomunicações, no qual prevê que serviço de valor adicionado não constitui serviço de telecomunicações, mas, sim, facilidade colocada à disposição do usuário do serviço de telefonia – este sim, serviço tributado pelo ICMS.

3. Também defende a não incidência do ICMS sobre receitas de aluguel de bens móveis, receitas isentas e de governo, por se tratarem de atividades que não se enquadram, tecnicamente, no conceito de “serviço de comunicações”. Cita entendimento do STF no sentido da não-incidência do ISS (e, por decorrência lógica, de ICMS) sobre locação de bens móveis, do que conclui o autuado que a locação não é prestação de serviço, mas cessão temporária de direito de uso. Aduz também serem indispensáveis à sua atividade fim os serviços sobre atividades-meio (habilitação, instalação, mudança, auxílio à lista, dentre outros), prestados pelo impugnante a si mesmo, com vista à viabilização do serviço a ser prestado ao consumidor. Cita posição do STJ no sentido da não-incidência do ISS, aproveitáveis para o ICMS.
4. Que a fiscalização aplicou irregularmente a alíquota do ICMS, aumentando artificialmente o preço do serviço para fins de tributação, infringindo 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 não o preço como líquido de ICMS. Assevera que diante de uma situação de não pagamento, o fisco deve calcular o imposto com base no preço praticado pelo contribuinte, até porque se está diante de tarifas pré-determinadas pela Anatel, que o Estado não pode majorar. 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.
5. 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, do que indica assistente técnico e apresenta quesitos. Por fim, pede a improcedência do Auto de Infração.

Os autuantes, em sua informação fiscal, às fls. 144 a 155, ressaltam que o autuado em nenhum momento apresenta documentos ou provas suficientes para descharacterizar as infrações apuradas. Aduzem terem plena convicção da incidência do ICMS sobre os serviços de “auxílio à lista (102)”, do que invocam o art. 1º, III c/c §2º, VII, assim como o art. 4º, I, §§1º e 4º, todos do RICMS, aprovado pelo Dec. n.º 6.284/97, onde 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. Informam que o autuado efetuou o recolhimento das duas primeiras infrações, em 28/11/03, conforme dados obtidos no INC (Informações do Contribuinte). Esclarecem que a segunda infração refere-se a receitas lançadas pelo contribuinte em seu balancete contábil como sendo não tributadas, deixando de apresentar a documentação comprobatória de que tais receitas efetivamente não se referem a serviços de telecomunicações.

Com relação a apuração da base de cálculo para determinação do ICMS, esclarecem que 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. No tocante ao 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. Assim, 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, quem recebe o ônus dos tributos.

Transcrevem a Ementa do Acórdão JJF 0384-03/03, no qual o CONSEF julgou o Auto de Infração nº 300199.0001/03-7, contra a própria TELEMAR NORTE LESTE S.A, que versa sobre a mesma matéria, julgado totalmente procedente em 01.10.2003.

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

VOTO

Inicialmente rejeito 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, 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.

Da análise das peças processuais constata-se que o sujeito passivo, em momento algum, trouxe aos autos provas documentais que venham elidir as acusações fiscais, as quais foram apuradas na escrita do próprio contribuinte, sendo inclusive o mesmo intimado no percurso da ação fiscal para comprová-las, não o fazendo entretanto.

A Lei Complementar nº 87/96, no art. 2º, III, assim como o art. 1º, III, c/c o art. 2º, VII, da Lei n.º 7.014/96, além do art. 1º, §2º, VII, do RICMS/97, prevêem 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, deve-se incluir na base de cálculo do imposto os valores tributáveis ou tidos como isentos, objetos das infrações exigidas neste Auto de Infração.

Insurge-se o contribuinte 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 n.º 87/96, reproduzido no art. 17, VIII, § 1º, da Lei n.º 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.

Do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração, seguindo como paradigma o Acórdão JJF 0384-03/03, relativo a mesma matéria e sujeito passivo, com homologação dos valores comprovadamente recolhidos.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 300199.0003/03-0, lavrado contra **TELEMAR NORTE LESTE S/A** devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$2.861.216,19**, 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 comprovadamente recolhido.

Sala das Sessões do CONSEF, 04 de maio de 2004.

FERNANDO A. B. DE ARAÚJO - PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ CARLOS BACELAR – JULGADOR

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - JULGADOR