

A. I. N° - 281081.0002/04-2
AUTUADO - TELEMAR NORTE LESTA S/A
AUTUANTES - RICARDO R. MACEDO DE AGUIAR E EDISON LEMOS
ORIGEM - IFEP METRO
INTERNET - 03.09.04

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0340-03/04

EMENTA: ICMS. 1. BASE DE CÁLCULO. ERRO NA SUA DETERMINAÇÃO. EXCLUSÃO DE VALORES RELATIVOS A PRESTAÇÕES DE SERVIÇOS DE COMUNICAÇÕES. Infração comprovada **2.** PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE TELECOMUNICAÇÃO. OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS REGISTRADAS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. O ICMS incide sobre a comunicação propriamente dita, e também sobre os serviços complementares ou suplementares e facilidades adicionais que otimizem ou agilizem o processo de comunicação. Indeferido o pedido de perícia. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 21/06/2004, refere-se à exigência de R\$3.230.760,57 de ICMS, acrescido da multa de 60%, tendo em vista que foram constatadas as seguintes irregularidades:

1. Deixou de recolher o ICMS, no valor de R\$2.574.636,01, relativo à prestação de serviços de comunicação, nos meses de maio e junho de 2000. Consta ainda o esclarecimento de que o contribuinte “deixou de incluir na base de cálculo para pagamento do ICMS, valores que resultaram na falta de pagamento do imposto”.
2. Deixou de recolher o ICMS, no valor de R\$656.124,56 relativo a prestação de serviços de comunicação, nos meses de janeiro a junho de 2000. Foi esclarecido que a autuação se refere a valores glosados pela fiscalização referentes a receitas de telecomunicação (Auxílio à Lista 102), lançadas na contabilidade do autuado como isentas e sem apresentação de nenhum documento comprobatório de tais lançamentos, sendo alegado pelo contribuinte que não possui tais documentos.

O autuado, por seus advogados, apresentou impugnação às fls. 43 a 55 dos autos, reconhecendo que houve o cometimento da primeira infração, por isso, realizou o pagamento de parte do tributo exigido, haja vista que contestou a base de cálculo utilizada pelo autuante na apuração do tributo, por entender que o valor utilizado como base de cálculo é maior do que a receita efetivamente obtida pelo sujeito passivo. Disse que deve ser apurado o imposto sobre a receita efetivamente auferida pelo autuado, aplicando a alíquota prevista em lei.

Quanto à infração 02, o defendente também questiona a base de cálculo, além de alegar que a exigência do tributo é ilegítima por se referir a fatos que não são propriamente serviços de comunicação, por isso, não estão sujeitos à incidência do ICMS. Comentou sobre a definição da expressão “comunicação”, segundo o Novo Dicionário da Língua Portuguesa de Aurélio Buarque de Holanda Ferreira, e demonstrou o entendimento que o conceito de comunicação para fins do ICMS é restringido pela Constituição Federal, apresentando os conceitos e opinião da doutrina sobre comunicação. Afirmou que o serviço de telecomunicação oferece meios que

possibilitam a transmissão, a recepção de mensagens entre pessoas ou equipamentos, e se o serviço não se encontra nessa definição, não pode ser considerado telecomunicação. Citou o art. 61 da Lei Geral de Telecomunicações, assegurando que o serviço de valor adicionado é distinto do serviço de telecomunicação, a exemplo de disque piada, hora certa, disque horóscopo, despertador, etc. Em seguida, o defendente argumentou quanto à não incidência do ICMS sobre o serviço de auxílio à lista, citando o art. 4º, inciso I e § 1º, da Lei Complementar nº 87/96, chegando à conclusão de que auxílio à lista não é serviço de comunicação, mas, um serviço que se distancia no aspecto material daquilo que se poderia chamar de serviço de comunicação, e por isso, entende que está fora do campo de incidência do ICMS. Nesse sentido, citou decisão do Conselho de Contribuinte do Estado do Rio de Janeiro.

Voltou a contestar a base de cálculo adotada para exigência do ICMS, por entender que o Fisco deveria calcular o imposto com base no preço praticado pelo contribuinte, não se preocupando se o imposto estava incluído ou não, para a sua exigência. Citou um exemplo, ressaltando que o substrato fático dessa discussão está delimitado no PARECER ASTEC Nº 0040/2004, referente ao Auto de Infração nº 300199.0001/03-7, que transcreveu parcialmente. O defendente argumentou que está demonstrado que os valores remanescentes da infração 01, bem como o tributo exigido na infração 02 decorrem do inédito critério de cálculo adotado pelo Fisco baiano, que deveria tomar as receitas efetivamente auferidas pelo sujeito passivo, e sobre elas aplicar a alíquota prevista em lei. Ressaltou ainda, que a falta de apresentação do relatório analítico das prestações autuadas em nada prejudica, por considerar que o demonstrativo só seria necessário se a discussão girasse em torno da não tributação de certos serviços.

O defendente requer a realização de prova pericial para comprovar que o Estado não se limitou a exigir o imposto sobre o preço praticado pelo autuado, e que, servira para comprovar que já houve pagamento do imposto, sendo improcedente o débito em discussão. Indicou o assistente técnico e apresentou os quesitos que deseja ver respondidos pelo Perito a ser indicado. Por fim, pede o cancelamento do Auto de Infração em lide.

Os autuantes prestaram informação fiscal às fls. 101 a 111 dos autos, esclarecendo que foram observadas as regras estabelecidas no RICMS-BA, por isso, têm plena convicção quanto à incidência do ICMS sobre os serviços de “auxílio à lista (102)”, prestados pelo autuado. Citaram o art. 1º, § 2º e inciso VII, além do art. 4º do RICMS/97. Quanto às alegações defensivas referentes à base de cálculo do imposto exigido, disseram que procederam na forma prevista na legislação, de que o ICMS integra a própria base de cálculo. Nesse sentido, citaram o art. 17, § 1º, inciso I, da Lei nº 7.014/96 e o art. 52 do RICMS/97. Comentaram sobre o sistema tarifário fixado mediante Portaria da ANATEL, assegurando que as concessionárias agregam os impostos e contribuições incidentes para determinação do preço final a ser cobrado do tomador do serviço, e a não tributação de determinados serviços pelo autuado não justifica a adoção de base de cálculo menor do que a devida.

Quanto à forma de apuração da base de cálculo, os autuantes citaram Decisão do CONSEF sobre essa matéria no Auto de Infração nº 300199.0001/03-7 contra o próprio autuado, através do Acórdão JJF nº 0384/03-03 da 3ª JJF. Em relação à prova pericial requerida nas razões de defesa, informaram que são contrários, por ser totalmente descabida a solicitação, e por não encontrar amparo legal. Entendem que deve ser indeferido o pedido, com fundamento no art. 147 do RPAF/99. Por fim, solicitaram a procedência total do Auto de Infração.

VOTO

Inicialmente, com base no art. 147, inciso II, alíneas “a” e “b”, do RPAF/99, indefiro o pedido formulado pelo autuado para a realização de perícia, considerando que os elementos de prova

constantes nos autos são suficientes para as minhas conclusões acerca da lide, e a prova pretendida pelo autuado não depende de conhecimento especial de técnicos.

O primeiro item do Auto de Infração trata da falta de recolhimento do ICMS relativo a prestação de serviços de comunicação, tendo em vista que o autuado deixou de incluir na base de cálculo valores que resultaram na falta de pagamento do imposto.

O autuado não questionou o fato apurado neste item do Auto de Infração, haja vista que reconheceu nas razões de defesa a incidência do ICMS sobre todos os serviços por ele prestados, e informou que procedeu ao pagamento do tributo nos exatos termos da autuação, exceto quanto “à majoração realizada na base de cálculo”, entendendo o defendente que, tanto na primeira, quanto na segunda infração, os valores de base de cálculo são maiores do que a receita efetivamente obtida pelo sujeito passivo. Disse que o excesso exigido é decorrente do inédito critério de cálculo adotado pelo Fisco baiano, que deveria tomar as receitas efetivamente auferidas pelo autuado, e sobre elas aplicar a alíquota prevista em lei.

Quanto a essa questão, a legislação estabelece que a base de cálculo do ICMS na prestação de serviço de comunicação, é o preço do serviço (art. 17, VIII, Lei nº 7.014/96).

Considerando a previsão legal de que integra à base de cálculo o montante do próprio imposto, constituindo o respectivo destaque mera indicação para fins de controle (art. 17, § 1º, I, da Lei nº 7.014/96), observe-se que nas operações de vendas de mercadorias, já se encontra embutido o ICMS no preço consignado nas notas fiscais emitidas ao consumidor ou ao adquirente, por isso, é sobre esse preço que se aplica a alíquota cabível, de acordo com a previsão legal acima citada.

Entretanto, o mesmo tratamento não se verifica em relação ao autuado, haja vista que a tarifa cobrada dos usuários é fixada pela ANATEL, sendo determinados os valores básicos sem incluir os tributos. Por isso, o preço final praticado pelas concessionárias dos serviços de telecomunicação deve incluir a tarifa acrescida dos tributos incidentes, de acordo com a legislação de cada Estado referente ao local de prestação do serviço pela operadora.

Vale ressaltar, que essa matéria foi objeto de apreciação por este CONSEF em outras oportunidades, sendo que as decisões proferidas nos Acórdãos CJF Nº 0142-11/04 e CJF Nº 0167-12/04 se referem às autuações anteriores contra o próprio autuado.

Transcrevo a seguir, parte do voto proferido no Acórdão CJF Nº 0142-11/04, pela relatora Rosa Maria dos Santos Galvão, no qual ficou demonstrado que está correta a forma de apuração da base de cálculo adotada pelos autuantes:

“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:

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

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:

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

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

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%.

$$\text{ICMS a pagar} = \text{R\$ } 9.299.483,94 \times 25\% = 2.324.870,98.$$

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.”

Adoto também, o exemplo apresentado no “voto em separado”, do Conselheiro Ciro Roberto Seifert, que acrescentou fundamentação ao citado ACÓRDÃO CJF Nº 0142-11/04, relativamente às propagandas na TV, nas quais o telespectador é informado quanto aos valores cobrados pelas ligações telefônicas acrescidas dos impostos, ficando caracterizado que nas receitas obtidas pelo autuado na prestação de serviço de comunicação não se encontra embutido o ICMS.

Entendo que está correta a forma adotada pelos autuantes para apurar a base de cálculo do imposto, por encontrar amparo no RICMS-BA. Portanto, é subsistente a exigência fiscal nesta infração.

A segunda infração se refere a valores apurados pela fiscalização correspondentes a receitas de telecomunicação (Auxílio à Lista 102), lançadas na contabilidade do autuado como isentas e sem apresentação de nenhum documento comprobatório de tais lançamentos.

Nas razões defensivas o autuado apresentou os mesmos argumentos quanto à base de cálculo da infração 01, alegando também que é ilegítima a exigência do tributo por se referir a fatos não sujeitos à incidência do ICMS, porque entende o autuado que não se tratam propriamente de serviços de comunicação.

De acordo com o art. 2º, inciso VII, da Lei nº 7.014/96, 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, ressaltando-se que essa mesma regra encontra-se no art. 1º, § 2º, VII, do RICMS/97.

Quanto ao fato gerador, nas prestações de serviços de comunicação de qualquer natureza e por qualquer processo, o art. 4º, § 4º, do RICMS/97, estabelece:

“Art. 4º.

(...)

§ 4º Estão compreendidos no campo de incidência do ICMS os serviços cobrados a título de acesso, adesão, ativação, habilitação, disponibilidade, assinatura e utilização dos serviços, bem como os serviços suplementares e facilidades adicionais que otimizem ou agilizem o processo de comunicação, independentemente da denominação que lhes seja dada (Conv. ICMS 69/98)”.

No caso em exame, foi exigido o imposto correspondente às receitas obtidas pelo autuado na prestação do serviço denominado “Auxílio à Lista” (102), valores lançados em sua contabilidade como receitas isentas de incidência do ICMS. Portanto, à luz da legislação mencionada neste voto, ficou caracterizada a incidência do imposto sobre a receita correspondente a tais serviços, denominados “serviços complementares”.

Entendo que é subsistente a exigência fiscal, haja vista que, consoante a legislação, o ICMS incide sobre a comunicação propriamente dita, e também sobre os serviços complementares ou suplementares e facilidades adicionais que otimizem ou agilizem o processo de comunicação, que o autuado fornece aos seus clientes.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração, considerando que ficou caracterizado nos autos o cometimento das infrações apuradas, devendo ser homologado o valor recolhido.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração **nº 281081.0002/04-2**, lavrado contra **TELEMAR NORTE LESTE S/A**, devendo ser intimado o autuado 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, inciso II, alínea “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios, devendo ser homologado o valor efetivamente recolhido.

Sala das Sessões do CONSEF, 02 de setembro de 2004.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA – PRESIDENTE

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - RELATOR

EDUARDO RAMOS DE SANTANA - JULGADOR