

PROCESSO - A. I. Nº 232940.0003/04-8
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e INTELIG TELECOMUNICAÇÕES LTDA.
RECORRIDOS - INTELIG TELECOMUNICAÇÕES LTDA. e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JJF nº 0114-01/05
ORIGEM - IFEP - DAT/METRO
INTERNET - 13/07/2005

RETIFICAÇÃO DE ACÓRDÃO

Retificação da Resolução pertinente ao Acórdão nº 0224-12/05 de 29 de junho de 2005, exarado pela 2ª Câmara deste Colegiado, conforme solicitação da GECOB/DÍVIDA ATIVA, em 31/08/2005, doc. fl. 807 dos autos, para que seja excluída a expressão “*com homologação dos valores comprovadamente pagos*”.

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0224-12/05-A

EMENTA: ICMS. 1. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO. SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. **a)** RELATIVO AO SERVIÇO ESCRITURADOS SOB A RUBRICA “FACILIDADES”. O ICMS não incide sobre comunicação, mas, sobre prestações de serviços de comunicação. As chamadas “facilidades” são serviços acessórios do serviço de comunicação, relacionados a uma comunicação preexistente que lhes dá suporte. As aludidas “facilidades” integram o campo de incidência do ICMS, pois o acessório segue a sorte do principal. É devido o imposto. **b)** ACRÉSCIMO DE DOIS PONTOS PERCENTUAIS NAS OPERAÇÕES DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÕES. Durante o período de 1º de janeiro de 2002 até 31 de dezembro de 2010, as alíquotas incidentes nas operações relacionadas na alínea “l”, inciso II, do art. 51 do RICMS/Ba, serão acrescidas de dois pontos percentuais, cujo valor recolhido estará vinculado ao Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza. A exigência fiscal decorre da fundamentação relacionada à infração indicada no item “a”. Infração caracterizada. 2. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. VALOR SUPERIOR AO PERMITIDO NA LEGISLAÇÃO. Refeitos os cálculos. Infração parcialmente caracterizada. 3. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MATERIAL DE USO E CONSUMO. Refeitos os cálculos. Infração parcialmente caracterizada. Mantida a Decisão recorrida. Afastadas as preliminares arguidas. Recursos NÃO PROVIDOS. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente processo de Recurso Voluntário interposto pelo sujeito passivo contra a Decisão proferida no Acórdão JJF Nº 0114-01/05 da 1ª Junta de Julgamento Fiscal, que decidiu pela Procedência Parcial 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”, “1”, do RPAF/99.

O Auto de Infração referenciado foi lavrado para exigir ICMS, no valor de R\$4.137.064,47, em decorrência das seguintes irregularidades:

1. Deixou de recolher o ICMS, no valor de R\$3.673.906,85, relativo às prestações de serviços de comunicação. Não tributou os serviços de telecomunicações lançados sobre a rubrica – FACILIDADES (Facilidades de dados, Serviços 0800-Facilidades, Facilidades 23 Direto).
2. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS, no valor de R\$46.983,28, referente a mercadorias adquiridas para integrar o ativo permanente do estabelecimento. O contribuinte utilizou crédito fiscal oriundo de mercadorias adquiridas para integrar o ativo permanente do estabelecimento, em valor superior ao permitido na lei.
3. Deixou de recolher o ICMS, no valor de R\$96.902,89, decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao uso, consumo e ativo fixo do estabelecimento.
4. Deixou de recolher o ICMS, no valor de R\$319.271,45, relativo a prestações de serviços de comunicação. Referente à falta do recolhimento do Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza, sobre os serviços de telecomunicação.

O autuado apresentou defesa tempestiva, onde impugnou o lançamento e juntou ao processo diversos documentos.

Na informação fiscal, os autuantes mantiveram a autuação relativamente às infrações 1 e 4. Quanto às infrações 2 e 3, os débitos tributários foram reduzidos em virtude dos documentos probantes apresentados na defesa.

Conforme o Acórdão JJF Nº 0114-01/05, o Auto de Infração foi julgado procedente em parte, no valor de R\$4.057.866,65. As infrações 2 e 3 foram julgadas procedentes em parte, tendo sido acatadas as retificações efetuadas pelos autuantes na informação fiscal. Por seu turno, as infrações 1 e 4 foram mantidas integralmente.

O ilustre relator da Decisão recorrida, ao proferir o seu voto, afastou as alegações referentes à constitucionalidade do RICMS-BA e do Convênio ICMS nº 69/98, afirmando que tal matéria não se inclui na competência deste Conselho, ao teor do disposto no art. 167, I, do RPAF/99.

Quanto à infração 1, o relator afirmou que o Convênio ICMS nº 69/98 não viola o disposto na Lei Federal nº 9.472/92 (Lei Geral de Telecomunicações - LGT), pois o referido Convênio é uma norma específica, que firma entendimento em relação à incidência de ICMS nas prestações de serviços de comunicação. Frisou que a legislação tributária estadual está amparada no citado Convênio, não existindo qualquer ilegalidade. Explicou que, segundo as notas fiscais de serviços de telecomunicações, os serviços eram faturados para diversos consumidores finais, entre eles a Telemar Norte Leste, como “FACILIDADES” e, portanto, não se pode falar em diferimento do imposto. Manteve a exigência fiscal, fundamentando a Decisão nos artigos 4º, § 4º, e 54, I, “a”, tudo do RICMS/BA, e na cláusula primeira do Convênio ICMS nº 69/98, bem como em decisões proferidas por este CONSEF sobre idêntica matéria em Auto de Infração lavrado contra o mesmo autuado (Acórdãos JJF nº 0106-01/03 e CJF nº 0197-12/03).

No que tange à infração 2, o relator aduziu que, de acordo com a defesa, os valores indicados na autuação não coincidem com os escriturados nos livros CIAP. Também mencionou que os autuantes acataram parcialmente os argumentos defensivos e as provas apresentadas, reduzindo os valores exigidos de R\$ 46.983,28 para R\$ 5.586,31. A infração foi julgada procedente em parte, nesse novo valor apurado pelos autuantes.

Relativamente à infração 3, o relator explicou que, segundo a defesa, diversas notas fiscais e recolhimentos do diferencial de alíquota não foram considerados, bem como houve lançamento de notas fiscais em duplicidade (Anexo 4 - parte 1 e Anexo 4 - parte 2). Também aduziu que os autuantes, na informação fiscal, revisaram os levantamentos e elaboraram novos demonstrativos em substituição anteriores, tendo o débito tributário sido reduzido de R\$ 96.902,89 para

R\$ 59.102,04. A infração em tela foi julgada procedente em parte, no valor apurado pelos autuantes na informação fiscal.

Quanto à infração 4, a autuação foi mantida, uma vez que a exigência fiscal estava amparada na legislação vigente. Foi ressaltado que as prestações relacionadas na infração em tela estão contidas nas prestações arroladas na infração 1.

Considerando o valor da desoneração do sujeito passivo, a 1^a Junta de Julgamento Fiscal recorreu de ofício de sua Decisão.

Inconformado com a Decisão proferida pela Primeira Instância, o contribuinte apresentou Recurso Voluntário, onde inicialmente fez uma descrição de suas atividades e das infrações que lhe foram imputadas, e, em seguida, passou a abordar cada infração separadamente.

Quanto à infração 1, diz que, além de serviços de telecomunicações, presta aos seus clientes outros serviços, tais como: “restrição por tipo de terminal”, “agendamento por hora”, “agendamento por data”, “agendamento por origem”, “reencaminhamento de chamadas”, e “lista verde”, relativos ao serviço 0800; “relatório de performance” e “relatório de tráfego”, relativo ao serviço 23 Direto; e “relatório mensal”, “número especial” e “agendamento por origem”, relativos ao Lig Local. Assegura que esses serviços, de acordo com a Lei nº 9.472/92 (LGT), não são serviços de telecomunicações e, portanto, estão fora do campo de incidência do ICMS. Ressalta que o Convênio ICMS nº 69/98 viola a norma federal, uma vez que as unidades da Federação vêm exigindo ICMS sobre esses serviços que estão fora do campo de incidência do imposto estadual. Para embasar sua tese, transcreve dispositivos da LGT, bem como a cláusula primeira do Convênio ICMS nº 69/98.

Argumenta que a Lei Complementar nº 87/96, no art. 2º, inc. III, seguiu a orientação da LGT, pois não alargou a definição de serviço de telecomunicação. Diz que o legislador estadual, ao incluir no rol dos serviços de telecomunicações, os serviços cobrados a título de acesso, adesão, ativação, habilitação, disponibilidade, assinatura e utilização de serviços, bem como os serviços suplementares e facilidades adicionais que otimizem ou agilizem o processo de comunicação, extrapolou a sua competência para dispor sobre o imposto em questão. Em seguida, conclui que o § 1º do art. 4º do RICMS-BA e a cláusula primeira do Convênio ICMS nº 69/98 são ilegais e, por esse motivo, a autuação e a Decisão de Primeira Instância não possuem embasamento legal. Para corroborar seu entendimento, cita Decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça, que julgou a tributação dos serviços prestados pelos provedores de acesso à Internet.

Referindo-se aos serviços prestados à Telemar, frisa que os serviços prestados sob a denominação de “facilidades” se referem à “cessão onerosa de meios das redes de telecomunicações” através da exploração industrial conhecida como EILD. Diz que as notas fiscais de serviços de telecomunicação arroladas na autuação não contêm destaque do ICMS, porque assim prevê a cláusula 10^a do Convênio ICMS 126/98. Explica que os documentos anexados à impugnação a título de exemplo (fls. 625 a 646) foram emitidos contra a Telemar pela cessão de um IP dedicado. Ressalta que tal serviço se caracteriza pelo fornecimento de um meio de acesso à Telemar, através de uma conexão direta e permanente pela rede do recorrente.

Argumenta que os autuantes fundamentaram a exigência fiscal na cláusula 4^a da Proposta Intelig OPI 05059/2001, cujo teor transcreveu, porém os auditores esqueceram de observar o disposto nos subitens da referida cláusula, em especial, aquele que define a utilidade a ser dada pela Telemar ao serviço prestado pelo recorrente. Após discorrer sobre o cabo submarino Américas II, o recorrente afirma que é inconcebível que os serviços tenham sido prestados para uso da Telemar. Salienta que, mesmo supondo ser o ICMS fosse devido sobre as denominadas “facilidades”, o imposto estadual jamais poderia incidir sobre os serviços de cessão onerosa de meios das redes de telecomunicações prestadas à Telemar, pois a cláusula 10^a do Convênio ICMS 126/98 prevê o deferimento do ICMS para o momento da cobrança do serviço ao usuário final.

No que tange à infração 2, diz que utilizou os créditos fiscais de acordo com a legislação em vigor e conforme os valores apurados no CIAP, sendo indevidas as diferenças apontadas na autuação, conforme provam os documentos já acostados ao processo.

Relativamente à infração 3, reitera que efetuou o recolhimento integral do imposto, nos termos contidos no RICMS-BA, conforme provam os documentos já costados ao processo.

Quanto à infração 4, diz que, como os serviços de “cessão onerosa de meios das redes de telecomunicações” ensejam o deferimento do ICMS para o momento da cobrança ao usuário final, também fica deferido o recolhimento da parcela relativa ao referido fundo. Ressalta que, segundo um princípio de Direito Civil, o acessório acompanha o principal.

Ao finalizar, o recorrente requer a reforma da Decisão de Primeira Instância, para julgar improcedente o Auto de Infração.

Ao exarar o Parecer de fls. 775 a 777, a ilustre representante da PGE/PROFIS afirma, em relação à infração 1, que a questão já foi enfrentada por este CONSEF, que tem decidido pela procedência da autuação, em virtude da previsão legal no sentido de abranger, como serviço tributável de comunicação, todas as facilidades adicionais que otimizem ou agilizem o processo de comunicação. Frisa que a Lei Geral de Telecomunicações não é competente para regular tributos, especialmente tributo de competência exclusiva dos Estados.

Quanto às infrações 2 e 3, diz que os documentos apresentados pela defesa já modificaram os valores originalmente exigidos. Frisa que, no Recurso Voluntário, o recorrente não indica quais os erros que ainda persistiram.

No que tange à infração 4, afirma que as razões referentes à infração 1 conduzem à confirmação da tributação dos serviços “adicionados” e, consequentemente, é devido o percentual de 2% para o Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza. Ao final, opina pelo Não Provimento do Recurso Voluntário.

VOTO

Início o meu voto apreciando o Recurso Voluntário, o qual abrange todas as quatro infrações que compõem o lançamento tributário.

Conforme já bem explicado na Primeira Instância, ao teor do disposto no art. 167, I, do RPAF/99, não se inclui entre as competências deste órgão julgador a declaração de constitucionalidade da legislação tributária estadual.

Afasto a arguição de ilegalidade do RICMS-BA e do Convênio ICMS N° 69/98, pois, tanto o Regulamento como o Convênio, estão em conformidade com a Lei nº 7.014/96. Em momento algum a citada legislação ultrapassa os limites traçados pela Lei nº 7.014/96. Ressalto que a Lei Geral das Telecomunicações, citada pelo recorrente, não possui o condão de legislar sobre o ICMS, uma vez que essa competência é exclusiva dos Estados.

Adentrando no mérito, constato, acerca da infração 1, que a Decisão proferida pela 1^a Junta de Julgamento Fiscal enfrentou a questão, abordando os diversos aspectos da autuação e da defesa, decidindo a lide com a devida fundamentação legal.

Os demonstrativos e documentos acostados ao processo evidenciam que o recorrente não oferecia à tributação as prestações de serviços de telecomunicações lançados sob a rubrica de “facilidades”, tomados por diversos consumidores finais, dentre eles a Telemar Norte Leste S/A. Como bem ressaltou a ilustre representante da PGE/PROFIS, o ICMS incide sobre as prestações onerosas de serviços de comunicação de qualquer natureza, inclusive sobre as “facilidades” adicionais que otimizem ou agilizem o processo de comunicação, tudo de acordo com o disposto nos artigos 2º, III (da Lei Complementar nº 87/96), 1º, III, e 2º, VII (da Lei nº 7.014/96), 1º, III, § 2º, VII, 4º, I, §§ 1º e 4º (do RICMS-BA).

A Decisão proferida pelo STJ e citada pelo recorrente não pode ser tomada como paradigma, pois, além de tratar de matéria (acesso à Internet) diversa da que se encontra em lide, não tem o condão de vincular os julgamentos dos órgãos administrativos.

Relativamente às prestações tomadas pela Telemar Norte Leste S/A, os argumentos recursais não podem ser acolhidos, pois os documentos fiscais acostados ao processo pelos autuantes e pelo próprio recorrente comprovam que os serviços tomados por essa empresa eram classificados como “facilidades”. Ademais, de acordo com o Contrato de Prestação de Serviço de Facilidades acostado ao processo, especialmente na cláusula 4.1. da Proposta Intelig OPI 05059/2001, “A INTELIG estará disponibilizando IP Dedicado nos USA para utilização pela TELEMAR no Site da TELEMAR”. Os subitens dessa cláusula, citados pelo recorrente, não modificam o que está estipulado no *caput* da cláusula. Dessa forma, entendo que os serviços em questão são classificados como “facilidades” e foram tomados para uso final da Telemar.

Pelo exposto, entendo que, relativamente à infração em tela, foi correta a Decisão recorrida.

Quanto às infrações 2 e 3, observo que os equívocos apontados pelo recorrente já foram corrigidos pelos autuantes quando prestaram a informação fiscal. No Recurso Voluntário, o recorrente limita-se a afirmar que procedeu de acordo com a legislação, que efetuou o recolhimento integral do imposto devido e que nada mais é devido. Essas alegações recursais, por não especificarem os erros que ainda persistiriam na exigência fiscal, não elidem as parcelas remanescentes dessas infrações. A Decisão da Junta de Julgamento Fiscal sobre essas infrações está correta e não merece reparo.

Em relação à infração 4, observo que a mesma é referente às operações relacionadas no primeiro item da autuação, o qual restou caracterizado conforme abordado acima. Dessa forma, sobre as prestações relacionadas na presente infração é devido o adicional de 2% destinado ao Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza, consoante o previsto no art. 16-A da Lei nº 7014/96. Portanto, igualmente correta a Decisão recorrida.

A seguir passo a apreciar o Recurso de Ofício, o qual trata das infrações 2 e 3, onde a Fazenda Estadual sucumbiu parcialmente em valor superior ao previsto no art. 169, I, “a”, “1”, do RPAF/99.

Da análise das peças processuais, constato que foi correta a Decisão proferida pela 1ª Junta de Julgamento Fiscal, pois os próprios autuantes na informação fiscal reconheceram os equívocos indicados pelo autuado, acataram os documentos apresentados na defesa e efetuaram as devidas correções, conforme os novos demonstrativos acostados ao processo.

Em face do acima comentado, considero que a Decisão recorrida está correta e não merece reparo. Voto, portanto, pelo NÃO PROVIMENTO de ambos os recursos.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NÃO PROVER os Recursos de Ofício e Voluntário apresentados e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 232940.0003/04-8, lavrado contra **INTELIG TELECOMUNICAÇÕES LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$4.057.866,65**, acrescido da multa de 60% prevista no art. 42, II, “a”, “f” e VII, “a”, da Lei nº 7014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 12 de setembro de 2005.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – RELATOR

MARIA DULCE HASSELMAN RODRIGUES BALEIERO COSTA - REPR. DA PGE/PROFIS