

A. I. N° - 279692.0001/04-1  
AUTUADO - EMPRESA BRASILEIRA DE TELECOMUNICAÇÕES S/A - EMBRATEL  
AUTUANTES - EDINALDO AVELINO DE PAIVA, PAULO ROBERTO SILVEIRA MEDEIROS e  
ABELARDO DE ANDRADE CARDOSO  
ORIGEM - IFEP/METRO  
INTERNET - 20. 07. 2005

**4<sup>a</sup> JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO JJF N° 0228-04/05**

**EMENTA:** ICMS. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO. SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO. FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS, EM FACE DO OFERECIMENTO À TRIBUTAÇÃO DO ISS. O ICMS não só incide sobre os serviços de telecomunicações, mas, também, em relação às parcelas cobradas pelo prestador dos serviços aos seus clientes a título de locação de equipamentos, sem os quais é impossível a realização da comunicação. Não compete aos órgãos julgadores administrativos a arguição de constitucionalidade. Indeferido pedido de diligência. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

O presente Auto de Infração, lavrado em 20/12/2004, exige ICMS no valor de R\$28.213.881,89, acrescido da multa de 60% em razão da falta de recolhimento do imposto relativo à prestação de serviços de comunicação que foi oferecido à tributação do ISS. Trata-se de serviços descritos como de aluguel cobrados aos seus assinantes e em desacordo com o disposto na Cláusula Primeira do Convênio ICMS nº 69/98, nos exercícios de 2001 a 2003.

O autuado (fls. 867/886), por representante legalmente constituído, ao impugnar o lançamento fiscal e após transcrever a infração, ressaltou que os autuantes tomaram como base da autuação documentos contábeis e fiscais da empresa (Relatórios IMPR220 e IMPR223) por entenderam como representativos de receitas auferidas com a prestação de serviços de comunicação. Entretanto, não poderia aceitar tal acusação tendo em vista que estas receitas não foram de prestação de serviço de comunicação e sim de locação de equipamentos, inserta no campo de incidência do Imposto sobre Serviços – ISS. Além do mais o Convênio ICMS nº 69/98 não poderia ser utilizado com o fito de expandir a base de cálculo do ICMS. E, caso as autoridades julgadoras assim não entendessem, provaria, de maneira inequívoca, que diante das disposições do Convênio ICMS nº 126/98 haveria de ser retificada a base cálculo apurada pela fiscalização.

Segundo o impugnante, os autuantes simplesmente se sustentaram em relatórios onde estava discriminada, mês a mês, a base de cálculo do ISS (locação de equipamentos) recolhido para os municípios de Salvador, Ilhéus, Porto Seguro, Irecê, Barreiras, Feira de Santana e Vitória da Conquista. Desta forma, o ponto da autuação era saber se os serviços neles apontados eram, de fato, serviços de comunicação. Para isto, entendeu como fundamental a necessidade de detalhar os produtos que foram autuados e como são eles submetidos à tributação pela empresa.

Argumentou que tais produtos, sob a ótica operacional, diferem em aspectos fundamentais, possuindo finalidades diversas e uma gama de serviços a serem prestados, independentes dos de comunicação. Estes produtos eram identificados nos relatórios através de siglas. Observou que cada produto era composto por diversas espécies de serviços que podiam, ou não, serem prestados, dependendo da operação contratada, dos equipamentos a serem utilizados, da conveniência do cliente, etc. Como exemplo citou uma situação em que um cliente contrate um determinado

produto, identificado pela sigla CIN (INFOSAT). Neste caso estaria contratando o serviço de comunicação (acesso á rede para envio de dados), podendo, ou não, contratar outros serviços, como exemplo, o aluguel de uma antena VSat. Esta situação decorria dos seguintes fatos: a) nem todos os equipamentos eram imprescindíveis para a prestação do serviço de comunicação; b) o cliente podia optar por alugar a antena de terceiros ou c) o cliente já possuía a antena VSat. Portanto, pela simples leitura dos levantamentos efetuados pelos autuantes, percebia-se, como ocorre com o CIN, que a par da prestação de serviço de comunicação, o autuado também desenvolve serviços alheios ao campo de incidência do ICMS.

Fazendo uma explanação acerca da forma como submete seus serviços á tributação, concluiu que:

1. os produtos arrolados no levantamento fiscal representavam produtos compostos de diversos serviços que podiam, ou não, ser prestados independentemente uns dos outros, sendo que a locação de equipamentos não podia ser considerada como serviço de comunicação;
2. em decorrência da existência de diversos serviços sob a mesma sigla de produto, submete cada um ao seu correspondente imposto. Assim, o serviço de comunicação é submetido ao ICMS, os serviços de locação de equipamentos ao ISS e, para aqueles outros que não se amoldam nas hipóteses de incidência prevista para um dos referidos imposto, os classifica como não tributados.

Após tais colocações, passou a atacar a inconstitucionalidade do Convênio ICMS nº 69/98, afirmando que o mesmo afronta a regra inserta no art. 155, II, da Constituição Federal, que prevê a incidência do imposto somente sobre serviços de comunicações (a efetiva conexão entre os pontos) e não sobre os equipamentos que incrementam determinado serviço de comunicações (caso da autuação), que podem, ou não, serem oferecidos pelo impugnante e, quando oferecidos, se encontram no campo de incidência do ISS. Afirmou que posição contrária “é subverter a regra-matriz determinada pela Constituição Federal, além de invadir a competência tributária municipal”, questão que disse não ser nova, sendo que doutrina e a jurisprudência pátria o repudia, conforme decisão prolatada pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, que transcreveu.

Frisou que até a edição do Convênio ICMS nº 69/98 nada havia que legitimasse a cobrança do ICMS sobre os serviços autuados. Porém, com sua edição (incorporado ao RICMS/Ba através do seu art. 66, § 4º) foram criadas novas hipóteses de incidência do ICMS – “serviços suplementares e facilidades adicionais que otimizem ou agilizem o processo de comunicação”, à prevista constitucionalmente, em flagrante violação à norma constitucional. Neste compasso de raciocínio, alertou que os Convênios não são instrumentos legais apropriados para ampliar-se á base de cálculo do tributo e, consequentemente, criar novas hipóteses de incidência. Neste sentido trouxe aos autos decisão do STF sobre a matéria.

Ressaltou que o que é tributável no processo de comunicação é a sua prestação onerosa. Outros serviços prestados, outras utilidades colocadas à disposição dos clientes, tais como locação de equipamentos, não são serviços de comunicações e, portanto, não podem se encontrar sujeitos à incidência do ICMS, principalmente com base em um Convênio que nem norma legal em sentido estrito é. E, se tem por atividade-fim a prestação de serviços de comunicações não significa que esteja adstrito somente à prestação deste tipo de serviço.

Além do mais, se caso as razões apresentadas não fossem aceitas e que todos os valores arrolados de fato ser referiam a verdadeiros serviços de comunicações, entendeu que tal raciocínio importaria na retificação da "base de cálculo" apurada pelo fisco, diante das disposições da Cláusula Terceira, § 2º, do Convênio ICMS nº 126/98 (que transcreveu) e referente a “serviços não medidos”. Afirmou que, da sua leitura, verificava que o ICMS supostamente devido em cada prestação de serviço deverá ser partilhado igualmente entre o Estado da Bahia e as demais unidades da Federação, envolvidas no tráfego comunicativo.

Desta forma, não poderia o Estado da Bahia requerer o recolhimento do ICMS supostamente devido  
ACÓRDÃO JJF Nº 0228-04/05

sobre o valor de toda a operação, sob pena de ferir-se normas específicas e, bem assim, adentrar-se na competência tributária de outros Estados, já que grande parte dos serviços de dados oferecidos pela empresa é da espécie "não medidos", vez que o preço contratado é normalmente fundamentado na capacidade do circuito, ou seja, é cobrado um valor fixo e mensal pelo uso daquele determinado circuito de comunicação, de acordo com a capacidade desejada pelo cliente. Além do mais, como se encontra presente em todo o território nacional, somado à dispersão geográfica dos estabelecimentos de um mesmo cliente, não são raras as contratações de circuitos com diversas pontas localizadas em mais de um Estado.

E, se o fisco estadual entende que os valores ora cobrados devam ser considerados como "serviços de comunicações medidos", cabia determinar quem, efetivamente, os estava contratando para excluir aqueles valores recebidos de clientes localizados em outras unidades da Federação, já que o ICMS dever ser recolhido ao Estado da localização do cliente contratante, para onde são encaminhados os documentos de cobrança (Nota Fiscal/Fatura), conforme o que determina o art. 11, III, da Lei Complementar nº 87/96 (transcrita).

Concluiu sua argumentação afirmando: "A verdade é que as D. Autoridades Fiscais, caso queiram, equivocadamente, considerar os valores auferidos com a locação de equipamentos e serviços de engenharia como efetivos serviços de comunicações, encontra-se na difícil tarefa de escolher uma entre duas únicas alternativas possíveis. Ou considera os valores tributados pelo ISS como serviços de comunicações "não medidos", devendo dividir o imposto entre as unidades da Federação envolvidas no suposto tráfego comunicativo, ou considera como serviços "medidos", excluindo-se todos os valores auferidos por clientes situados em outras unidades da Federação". Esta mesma colocação foi apresentada a este Colegiado.

Os autuantes ao prestarem a informação fiscal (fls. 909/924) transcreveram, inicialmente, os termos da acusação fiscal e fizeram uma breve síntese dos argumentos defensivos.

Em relação ao argumento dos serviços "não medidos", observaram que para se realizar o compartilhamento do ICMS é necessário que os serviços sejam contratados por preço e prazo pré-fixados, independentemente da quantidade de serviço utilizado e prestado em mais de um Estado. Interpretando as disposições da Cláusula Terceira, § 2º do Convênio ICMS 126/98 observaram que:

- a) 50% dos valores constantes nas NFs emitidas no Estado da Bahia com serviços prestados envolvendo a Bahia e outra localidade situada em diferente Unidade da Federação e cujo preço seja cobrado por períodos definidos (serviço não medido);
- b) 50% dos valores constantes nas NFs emitidas outras localidades situadas em diferentes Unidades da Federação com serviços prestados envolvendo a Bahia e cujo preço seja cobrado por períodos definidos (serviço não medido);
- c) 100% dos valores constantes nas NFs emitidas no Estado da Bahia com serviços prestados envolvendo localidades somente na Bahia;
- d) 100% dos valores constantes nas NFs emitidas outras localidades situadas em diferentes Unidades da Federação com serviços prestados envolvendo somente localidades situadas no Estado da Bahia. Essa situação ocorre quando o cliente que utiliza o serviço oferecido pelo contribuinte se encontra no Estado Bahia, mas determina que a cobrança seja efetuada em outra localidade da Federação;
- e) As NFs emitidas no Estado da Bahia cujo serviço tenha sido prestado somente em outra Unidade Federação, não deve ser considerada no relatório de faturamento da Bahia, posto que a receita é de outra Unidade da Federação.

Sendo que os itens "c" e "d" não cabem nenhum tipo de divisão, pois a receita é total do Estado da Bahia

Nesta situação, o trabalho da fiscalização se embasou em relatórios produzidos pelo autuado onde constam os valores faturados ao Estado da Bahia e oferecidos, indevidamente, à tributação do ISS em varias Cidades deste Estado, comprovando que esses valores correspondem a serviços prestados dentro do Estado, pois, ele não iria recolher o imposto municipal para cidades baiana caso tais serviços fossem prestados em outras Unidades da Federação. Além do mais, em fiscalizações anteriores, o contribuinte já havia admitido que seus relatórios de faturamento são a base para a elaboração dos livros fiscais da filial no Estado da Bahia, nos quais já estava contemplada a divisão de receitas referente aos serviços “não medidos”, tal como preceitua a cláusula quinta do Convênio ICMS nº 04/89 de 21/2/1989 e na Cláusula Terceira, § 2º do Convênio ICMS nº 126/98, vigente no período fiscalizado, conforme transcrição feita de e-mail enviado em 1/12/2003 em resposta a explicações para as divergências apuradas em uma diligência do auto de infração nº 279692.0003/02-8, in verbis: ... *as diferenças encontradas entre o Arquivo Magnético (CPS para empresas das Bahia) enviado anteriormente e o IMP930R1 têm por fundamento a divisão de imposto normalmente elaborada com base nas regras contidas nos convênios 04/89 e 126/98. Assim é que vários dos valores constantes nas CPS (faturas) emitidas para fins de elaboração dos livros fiscais e recolhimento do imposto no Estado, na medida que uma parte deles deverá ser considerada como base de cálculo do ICMS devido em outra Unidade da Federação (divisão do imposto para serviços não medidos). Importante afirmar que o inverso também é verdadeiro, ou seja, vários dos valores constantes nos livros fiscais e, portanto, no IMP930R1 da Bahia se referem à divisão daquelas quantias descritas em CPS de outras Unidades da Federação. Estaremos analisando uma forma de se correlacionar valores para fins de batimento do IMP930R1 da Bahia com as faturas emitidas pelo país. Solicitamos, portanto, um prazo de 30 dias (entrega ? 10/01/04) para essa nova tentativa de validação.* Assim, apesar do período fiscalizado ser diferente e o relatório de faturamento ter sido reformulado, o procedimento do impugnante foi o mesmo, ou seja, continuou excluindo a parcela do faturamento a ser tributada para outra Unidade da Federação.

E, para corroborar a situação, o impugnante não apresentou provas documentais que suportassem sua alegação, ou seja, que se trataram de serviços de comunicações “não medidos” prestados a outras Unidades da Federação, além de não ter apresentado o arquivo magnético das NFST, mesmo intimado por duas vezes (24/09 e 11/11/2004).

Quanto à alegação de que se tomassem as hipóteses de serviços “medidos”, quando a regra para apuração do imposto a ser aplicada é o denominado “local de cobrança”, a entenderam descabida como objeto da presente autuação, considerando-se que o auto refere-se, apenas, a aluguel de equipamentos para a prestação de serviço de comunicação “não medidos”.

No que concerne ao argumento de que os alugueis de equipamentos de telecomunicações (Modem, Porta, Rádio, URA, e outros) se encontravam no âmbito do ISS, ressaltaram que os mesmos estão totalmente associados e vinculados ao serviço de telecomunicação prestado pelo autuado (prestados num mesmo momento e de forma simultânea), sendo imprescindíveis para que ocorra a efetiva comunicação entre dois pontos. Sem tais equipamentos não haveria nenhuma possibilidade de ocorrer à prestação do serviço de telecomunicação. Ressaltaram que o autuado utiliza-se do artifício de segregar, em suas faturas enviadas aos seus clientes, o serviço de telecomunicação prestado, na tentativa de dissociar tal serviço dos equipamentos oferecidos e utilizados para concretização dos mesmos. E, no caso, com base na Lei Complementar nº 104 de 10/1/2001, que introduziu no sistema tributário nacional o Parágrafo único do art. 116 do CTN, “a autoridade administrativa poderá desconsiderar atos ou negócios jurídicos praticados com a finalidade de dissimular a ocorrência do fato gerador do tributo ou a natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária, observados os procedimentos a serem estabelecidos em lei ordinária”, como realizado. Para sustentar com maior rigor suas argumentações, transcreveram parecer emitido pela DITRI - Diretoria de Tributação desta Secretaria da Fazenda a respeito da matéria.

Em seguida, informando como foi realizada a fiscalização e a base legal em que se apoiaram,

opinaram pela manutenção do Auto de Infração.

## VOTO

O lançamento fiscal exige o ICMS que não foi recolhido tendo em vista que o contribuinte entendeu que os aluguéis de equipamentos, por ele realizados, se encontravam, para fins de tributação, no âmbito do ISS.

O impugnante, em linhas gerais, afirmou não poder aceitar a acusação tendo em vista que estas receitas não foram de prestação de serviço de comunicação, que o definiu como a efetiva conexão entre os pontos, ou seja, a execução do serviço em levar uma mensagem do emissor ao destinatário. Elas decorreram de serviços outros, no caso, de locação de equipamentos (Modem, Porta, Rádio, URA, microestações, antenas Vsat e outros como informado pelos autuantes e pelo autuado), que poderiam, ou não, ser imprescindíveis para a sua realização ou mesmo não serem prestadas pela empresa, cuja tributação se encontrava inserta no campo de incidência do Imposto sobre Serviços – ISS, como havia tributado o impugnante. Classificou, ainda, o Convênio ICMS nº 69/98 como inconstitucional, não tendo legalidade para expandir a base de cálculo do ICMS.

E, caso este Colegiado não acolhesse sua argumentação, deveria ser retificada a base de cálculo apurada diante das determinações do Convênio ICMS nº 126/98, que dispõe sobre a repartição de receitas de serviços “não medidos” entre os diversos estados da Federação.

Inicialmente e com relação ao argumento do autuado da inconstitucionalidade do Convênio ICMS nº 69/98, utilizado pelos prepostos fiscais para embasar a autuação, ressalto não caber a este Conselho de Fazenda, foro administrativo, a sua apreciação conforme dispõe o art. 167, I, do RPAF/99.

Para o deslinde da matéria em discussão, é necessário saber qual é o fato imponível da prestação de serviços de comunicação. O art. 155, II, da Constituição Federal determina que compete aos Estados e ao Distrito Federal instituírem impostos sobre as operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que elas se iniciem no exterior. Por sua vez, a Lei Complementar nº 87/96 (art. 2º, III) prevê que o ICMS incide sobre prestações onerosas de serviços de comunicação por qualquer meio, inclusive a “geração, a emissão, a recepção, a transmissão, a retransmissão, a repetição e ampliação de comunicação de qualquer natureza.” (determinações recepcionadas pelo art. 2º, VII, da Lei nº 7.014/96). Diante deste contexto, meu entendimento é o mesmo formulado no Parecer PROFAZ, publicado no Informativo Técnico Tributário da SEFAZ ano II nº 19 - julho/98, ao analisar o ICMS sobre comunicação após a edição do Convênio ICMS nº 69/98. Aquele Órgão Jurídico esclarece que o fato gerador do imposto previsto na Carta Magna é a prestação da comunicação e não apenas a realização de comunicação. Ou seja, a regra-matriz (prevista na Constituição Federal) “delimita não apenas a comunicação propriamente dita, mas sim, também, a relação comunicativa, ou seja, a atividade onerosa em que alguém favorece a outrem condições e meios materiais para que a comunicação ocorra.” (fl. 4 do citado Informativo Técnico Tributário). Portanto, entendo que o ICMS não incide sobre a comunicação propriamente dita mas sobre a relação negocial, onde alguém fornece a outro, ou outros, condições materiais para que a comunicação ocorra e, com base nesse entendimento é que se tributam os serviços de telecomunicações.

Para corroborar este entendimento ressalto que a Lei Geral de Comunicações (Lei nº 9.472/97 - art 60, § 1º) e o art. 2º do Regulamento dos Serviços de Comunicações aprovado pela Resolução nº 73/97 da ANATEL define que *serviço de telecomunicações é o conjunto de atividades que possibilita a oferta de transmissão, emissão ou recepção por fios radioelétricos e meios ópticos ou qualquer outro processo eletromagnético de símbolos caracterizados por escrito, imagem, som ou informações de qualquer natureza.*

Ora, para que um serviço de telecomunicações seja prestado, ele “tráfega” através de equipamentos, cabos, fios, ondas eletromagnéticas, satélites, etc, ou seja, meios físicos imprescindíveis para a sua

consecução, o que acabam por se confundir com o próprio serviço de telecomunicação, não havendo como dissociar um do outro, pois perfeitamente conectados entre si. Entendo que esta situação levou a Lei Geral de Comunicações, no seu art 60, § 2º, a definir como estação de telecomunicações *o conjunto de equipamentos ou aparelhos, dispositivos e demais meios necessários à realização de telecomunicação, seus acessórios e periféricos, e, quando for o caso, as instalações que os abrigam e complementam, inclusive terminais portáteis.*

Tais colocações e entendimentos aqui expostos são os mesmos de que tem outros Conselhos Estaduais de Fazenda, como exemplo o do Estado do Espírito Santo (Acórdão nº 046/2002 - Processo nº 19358130 – CERF nº 243/2001 – AI 404614-1- Recurso Voluntário) que a DITRI – Departamento de Tributação desta Secretaria da Fazenda trouxe como embasamento da sua posição, que transcrevo por o entender elucidativo.

**EMENTA: FALTA DE RECOLHIMENTO DE ICMS INCIDENTE SOBRE SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÕES FATURADOS E NÃO TRIBUTADOS – RECURSO IMPROVIDO – DECISÃO SINGULAR MANTIDA**

*Serviço de comunicação tributável por meio do ICMS se perfaz com a simples colocação à disposição do usuário dos meios e modos aptos à transmissão e recepção de mensagens.*

*Serviço de telecomunicação, espécie de comunicação, é o conjunto de atividades que possibilita a oferta de telecomunicação. Assim, prestar, mediante remuneração ou retribuição, a determinada pessoa (usuário), um meio que possibilite a oferta de telecomunicação é prestar serviço de telecomunicação tributável pelo ICMS, devendo ser reconhecido aos cofres do Estado o imposto incidente sobre os serviços de DDI, assinatura de ramal, aluguel de linha e equipamentos e outros, além de serviços de instalação (habilitação) de linhas de telefonia fixa e dos serviços eventuais e suplementares que compreendem instalação, substituição, vistoria de equipamentos, etc.*

**DECISÃO:** *Conhecido o recurso e, por maioria de votos, negado ao mesmo provimento para manter a decisão de primeiro grau.*

Dentro desta interpretação, concluo que a locação de equipamentos de telecomunicação ofertados pelo impugnante, independentemente do nome ou sigla que lhe seja dado, constitui-se em serviço de comunicação, onerado pelo ICMS, vez que no seu âmbito de incidência, conforme determinações do art. 66, § 4º, do RAICMS/97.

Quanto ao argumento defensivo de que deve ser retificada a base de cálculo do ICMS cobrado diante das determinações do Convênio ICMS nº 126/98, não comungo com este entendimento, conforme adiante me posiciono, não vendo qualquer motivo para solicitar diligência no sentido de se verificar o argumento exposto pelo contribuinte.

De fato, o referido Convênio, em sua Cláusula 3º, § 2º, dispõe sobre a repartição de receitas entre os Estados Federados da prestação do serviço de telecomunicação “não medidos” e por períodos definidos quando os diversos Estados estiverem envolvidos na prestação destes serviços. No entanto, na realização da fiscalização, os prepostos fiscais procederam da seguinte forma:

1. Em 11/6/2004 o contribuinte foi intimado (fls. 8/10) pra apresentar o resumo mensal dos valores escriturados como tributados pelo ISS com abertura dos valores cobrados por clientes e códigos de serviços, em meio magnético e em papel, bem como Resumo Mensal dos Valores escriturados como Não Tributados pelo ICMS e ISS, com abertura dos valores cobrados por clientes e códigos de serviços, em meio magnético e em papel.
2. Em 9/7/2004 (fl. 11) foi arrecadado arquivo magnético contendo o Resumo Mensal dos valores escriturados como tributados pelo ISS com abertura dos valores cobrados por clientes e códigos de serviços, relativos aos exercícios de 2001 a 2003.
3. Em 30/11/2004 houve a intimação para apresentação de notas fiscais dos serviços (alugueis e manutenção) tributadas pelo ISS conforme relatório de faturamento IMPR223 (fl. 488). Foi apensada, aos autos, amostragem das notas fiscais, tendo em vista a quantidade das mesmas

(fls. 489/862).

4. Para elaboração dos levantamentos os autuantes tomaram os seguintes procedimentos:
  - a) do Relatório IMPR220 (fls. 38/157) levantaram o total dos serviços faturados (alugueis) que deveria ser tributado pelo ICMS e que foi tributado indevidamente pelo ISS. Dele extraíram: Município, sigla do serviço prestado, descrição do serviço prestado e valor faturado.
  - b) do Relatório IMPR223 (fls. 162/445) levantaram o valor dos serviços faturados prestados aos órgãos públicos do Estado da Bahia, os quais são isentos do ICMS (fls. 159/161), extraíndo as seguintes informações: Município, número da nota fiscal, nome do usuário, descrição do serviço e valor faturado.
  - c) elaboraram planilha dos valores faturados sobre alugueis (fls. 22/37)
  - d) do valor faturado, deduziram o valor dos serviços prestados aos órgãos públicos e incluíram o ICMS sobre sua própria base de cálculo, já que tais receitas não foram oferecidas à tributação. Aplicaram a alíquota de 25% para o exercício de 2001 e 27% para os exercícios de 2002 e 2003 (fl. 21).

Com esta sistemática, o levantamento fiscal está embasado em relatórios da própria empresa, onde foram indicados os valores dos serviços prestados e faturados para o Estado da Bahia, apenas indevidamente tributados pelo ISS em varias cidades deste Estado (Salvador, Ilhéus, Porto Seguro, Irecê, Barreiras, Feira de Santana e Vitória da Conquista). Estou certa de que o autuado não iria recolher, como feito, o ISS para cidades deste Estado se tais serviços fossem prestados a outras Unidades da Federação. Além do mais, ressalto:

1. os autuantes também constataram que os relatórios acima referidos, serviram de base para a elaboração dos livros fiscais da empresa autuada e já contemplam a divisão de receitas referente aos serviços “não medidos”, tal como preceitua a Cláusula Quinta do Convênio ICMS nº 04/89 e na Cláusula Terceira, § 2º do Convênio ICMS nº 126/98, vigente no período fiscalizado.
2. embora intimado (24/09 e 11/11/2004) para apresentação em arquivo magnético das NFST, o autuado não o apresentou.
3. o impugnante não trouxe aos autos qualquer prova documental que pudesse dar suporte a sua alegação, conforme dispõe o art. 123, do RPAF/99 (Dec nº 7.629/99).

Por fim, não vejo razão para me ater ás colocações do impugnante quanto ás hipóteses de serviços “medidos”, uma vez que, como bem colocado pelos autuantes, o lançamento tributário ora combatido refere-se ao aluguel de equipamentos para a prestação de serviço de comunicação “não medidos”.

Ante o exposto, voto pela procedência do Auto de Infração na importânciade R\$28.213.881,89.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4<sup>a</sup> Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 279692.0001/04-1, lavrado contra **EMPRESA BRASILEIRA DE TELECOMUNICAÇÕES S/A - EMBRATEL**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$28.213.881,89**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a” da Lei nº 7014/96 e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 05 de julho de 2005.

ANTÔNIO AGUIAR DE ARAÚJO – PRESIDENTE

MÔNICA MARIA ROTERS - RELATORA

