

PROCESSO - A. I. Nº 281081.0016/05-1
RECORRENTE - TELEMAR NORTE LESTE S/A (TELEBAHIA)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 3ªJJF nº 0020-03/06
ORIGEM - IFEP – DAT/ METRO
INTERNET - 02/05/2005

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0131-11/06

EMENTA: ICMS. BASE DE CÁLCULO. ERRO NA SUA DETERMINAÇÃO. EXCLUSÃO DO IMPOSTO DE SUA PRÓPRIA BASE DE CÁLCULO E DE VALORES RELATIVOS A PRESTAÇÕES DE SERVIÇOS DE COMUNICAÇÕES. 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. A lei não autoriza a exclusão do ICMS para fim de determinação do imposto a ser recolhido, tendo em vista que este imposto integra a sua própria base de cálculo, bem como, de valores tributáveis ou tidos como isentos. Infrações subsistentes. Indeferido o pedido de perícia. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Recurso Voluntário foi interposto pelo autuado contra a Decisão da 3ª JJF – Acórdão JJF nº 0020-03/06, que julgou o Auto de Infração Procedente, lavrado para exigir o ICMS, no montante de R\$ 1.745.091,93, relativo à prestação de serviços de comunicação, nos meses de julho a dezembro de 2000, por não ter o contribuinte oferecido à tributação Serviços de Telecomunicações denominados de: Auxílio à Lista – 102; “0800”; Aluguel de Equipamentos; Transmissão de dados; “EILD”; “Outros Serviços”; “Serviços Básicos” e Disque Turismo.

A Decisão recorrida, inicialmente indeferiu o pedido de perícia, por entender que os elementos de prova constantes nos autos eram suficientes para a formação da convicção dos senhores julgadores, como também por que a prova do fato não depende de conhecimento especial de técnicos, a teor do disposto no art. 147, incisos I, “a”, e II do RPAF/99.

Também foi ressaltado não caber a este CONSEF a apreciação da inconstitucionalidade do Convênio ICMS nº 69/98, utilizado pelos autuantes para embasar uma parte da autuação, consoante dispõe o art. 167, I, do RPAF/99.

No mérito, foi salientado que o sujeito passivo, em momento algum, trouxe aos autos provas documentais que viessem elidir as acusações fiscais, as quais foram apuradas na escrita do próprio contribuinte, tendo, inclusive, reconhecido as infrações 2, 4 e 5 e parte das infrações 6 e 7 do Auto de Infração, exceto apenas quanto a inclusão do imposto na própria base de cálculo.

Invoca a JJF o art. 2º, III, da Lei Complementar nº 87/96, assim como o art. 1º, III, c/c o art. 2º, VII, da Lei nº 7014/96, além do art. 1º, § 2º, VII, do RICMS/97, os quais prevêm 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, conclui que se devem incluir na base de cálculo do imposto os valores tributáveis ou tidos como isentos, objeto das infrações exigidas no Auto de Infração.

Também registra não caber razão ao autuado sua irresignação contra a apuração da base de cálculo para a determinação do ICMS, em todas as infrações, pois a mesma está de acordo com o previsto no art. 13, inciso III, c/c o seu § 1º, inciso I, da Lei Complementar nº 87/96, reproduzido no art. 17, VIII, § 1º, da Lei nº 7014/96 e também no art. 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.

Reproduz o § 4º do art. 4º do RICMS/97, no qual dispõe que 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 complementares e facilidades adicionais que otimizem ou agilizem o processo de comunicação, independentemente da denominação que lhes seja dada (Com. ICMS 69/98).

Destaca que o art. 54, I, “a”, do RICMS/97, determina que se incluem na base de cálculo do ICMS, nas operações e prestações internas e interestaduais, todas as importâncias que representarem despesas acessórias, seguros, juros e quaisquer outros acréscimos ou vantagens pagos, recebidos ou debitados pelo contribuinte ao destinatário das mercadorias ou ao tomador dos serviços, inclusive o valor das mercadorias fornecidas ou dos serviços prestados a título de bonificação.

Registra que o entendimento deste CONSEF, em decisões anteriores relativas ao mesmo tema, tem sido no sentido de que as denominadas “facilidades” integram a base de cálculo do ICMS. Cita os Acórdãos: Jf nº 0106-01/03 e CJF nº 0197-12/03.

Por fim, salienta que o próprio autuado reconhece o erro cometido ao enviar correspondência ao cliente Lojas Insinuante (fl. 243), informando sobre a inclusão, nas faturas relativas aos serviços de comunicação, o custo do ICMS.

Assim, conclui a Jf pela subsistência das exigências fiscais.

No Recurso Voluntário, o recorrente reconhece a procedência integral das infrações 2, 4 e 5 e parcial das infrações 6 e 7, do que recolhe parte do débito, conforme DAE à fl. 312 dos autos, ressaltando, contudo, que o referido pagamento não inclui o acréscimo de imposto decorrente do aumento artificial da base de cálculo do ICMS, o que foi impugnado juntamente com o restante das infrações.

Em seguida, aduz sobre a não-incidência do ICMS sobre os serviços previstos no Convênio ICMS nº 69/98, objeto da autuação. Ressalta existir jurisprudência pacífica do STJ, que com a Decisão prolatada nos autos do Recurso Especial nº 402.047/MG, declarou ilegítima – à unanimidade – toda a cláusula primeira do Convênio ICMS nº 69/98.

Defende que o ICMS-comunicação somente incide quando há efetiva transmissão de mensagem, do emissor “A” ao receptor “B”, por um terceiro contratado para tanto (prestador de serviço de comunicação). Assim, atividades preparatórias e conexas ao serviço de comunicação, mas que não envolvem a consecução de uma efetiva relação comunicativa, refogem à hipótese de incidência do imposto. Portanto, as atividades previstas como tributáveis pelo ICMS no Convênio ICMS nº 69/98 (habilitação, serviços suplementares e facilidades adicionais), não são fatos geradores do imposto. Cita doutrina nessa linha.

Registra que a própria Decisão recorrida entende “*que não se pode prestar serviços de telecomunicações sem o auxílio de equipamentos, que nada mais são que os meios físicos por onde os dados trafegam*”. No entanto, apesar de partirem de premissa correta, concluíram os julgadores pela incidência do tributo, ao argumento de que o acessório segue a sorte do principal.

Salienta o recorrente que se o serviço conexo é o meio para a execução do serviço de comunicação (condição, instrumento, caminho, etc), deve-se inferir que as atividades condicionantes à execução do serviço não devem ser tributadas, pois são diversas daquela considerada principal, que é a única sujeita à tributação pelo ICMS-comunicação.

Em seguida, sustenta a não incidência do ICMS sobre serviços de valor adicionado (SVA), tais como “Auxílio à Lista – 102”, “Despertador”, “Turismo”, objetos das infrações 01, 05 e 08, as quais foram fundamentadas no art. 4º, incisos I, II e III, parágrafos 1º a 4º, combinado com os artigos 50, 51, 52, 66, 68, 124, 568 e 569 do RICMS/97, enquadrado também dentro do Convênio 69/98 e pela Lei nº 9.472/97.

Expõe que da análise do citado art. 4º, I e § 1º (com redação semelhante ao art. 2º, III, da Lei Complementar nº 87/96), se observa que para ocorrer o fato gerador do ICMS é mister que haja a prestação de serviço de comunicação e que esta prestação seja onerosa. Assim, conclui que a prestação dos serviços intitulados consulta 102, despertador e turismo não atraem a incidência do ICMS, visto que não são serviços de comunicação, assim entendida a disponibilização de aparelhos de longo alcance para a interação remota e bidirecional entre dois sujeitos, mas sim um serviço prestado via telefone de consulta e informação de dados, os quais acrescentam ao serviço de telecomunicações novas utilidades relacionadas ao acesso, armazenamento, apresentação, movimentação ou recuperação de informações, cujos serviços suplementares e facilidades adicionais, que otimizam ou agilizam o processo de comunicação, possuem aspecto material que se distancia substancialmente daquilo que poderia ser chamado de serviço de comunicação, conforme previsto no art. 61 da Lei Geral de Telecomunicações, Lei nº 9.472/97.

Do mesmo modo sustenta que a locação de bens móveis, no caso linhas telefônicas, bem como o aluguel de equipamentos necessários à prestação dos serviços de telecomunicação (modem, etc), não é serviço de comunicação, o que torna ilegítima a exigência do ICMS, conforme atual entendimento do STF (RE nº 116.121-3, Rel. Min. Octávio Gallotti, DJ 25.05.2001), por não corresponder à hipótese de incidência do imposto, tanto pelo ISS quanto, por decorrência lógica, pelo ICMS.

Por fim, entende o recorrente ilegítimo o imposto causado pelo método de definição da base de cálculo – “gross up” – adotado pelo Fisco baiano, ao não se limitar a aplicar a alíquota devida sobre a receita obtida pela empresa com os serviços de comunicação autuados, infringindo, assim, o art. 13, III, da Lei Complementar nº 87/96, o qual estabelece como base de cálculo do imposto, na prestação de serviço de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, o preço do serviço, tomando os autuantes tal preço como líquido de ICMS, acarretando acréscimo à base de cálculo do ICMS, de um novo montante, equivalente ao valor do próprio ICMS.

Diante do exposto, o recorrente reitera o pedido de produção de prova pericial contábil, do que indica assistente técnico e apresenta quesitos, que segundo o requerente irá demonstrar que os fatos narrados são suficientes para o julgamento improcedente do lançamento, cujo pedido foi indeferido pela JFJ num afronto ao direito à ampla defesa.

Às fls. 320 a 327 dos autos, a Procuradoria Geral do Estado, através da Procuradoria Fiscal, emite Parecer pelo Não Provimento do Recurso Voluntário, por entender perfeitamente emoldurado no campo de incidência do ICMS os serviços de comunicação ora discutidos, mesmo que prestados de forma eventual ou não, por conta do sentido amplo conferido à norma impositiva tributária escalada na Lei Complementar nº 87/96, devidamente explicitado pelo Convênio nº 69/98.

Ressalta o i. Procurador, Dr. José Augusto Martins Júnior, que o art. 13 da Lei Complementar nº 87/96 estabelece que na formação da base de cálculo do ICMS imperioso se faz a adição, à base de imponible real, do valor do próprio imposto.

Também salienta que com sucedâneo no art. 155, II, da Constituição Federal, que deu competência aos Estados e ao Distrito Federal para instituir o ICMS, a Lei Complementar nº 87/96 definiu, no seu art. 2º, inciso III, estarem sujeitas ao ICMS as prestações onerosas de serviço de comunicação, e não apenas o serviço de telecomunicação, subespécie daquele, cuja Lei nº 9.472/97 (Lei Geral de Telecomunicações) dispôs, no caput de seu art. 60, o conceito positivado de serviços de telecomunicação como o “conjunto de atividades que possibilita a oferta de telecomunicação”, o que demonstra que a prestação de serviço de telecomunicação não ocorre

apenas quando se realiza a telecomunicação propriamente dita, mas abrange até mesmo sua disponibilização, estendendo-se a todo o conjunto de atividades a ela relacionado, o que implica computar na base de cálculo do imposto todas as facilidades e serviços complementares que agilizem ou otimizem o serviço de telecomunicação.

Neste foco, sustenta que o Convênio ICMS 69/98 não criou novos fatos geradores do ICMS e tampouco alargou a base tributária do imposto, conforme tentou sustentar o recorrente. Aduz que nessa trilha percorreu Decisão prolatada pelo juiz titular da Nona Vara de Fazenda Pública da Bahia, nos autos do Mandado de Segurança nº 6.407.330/98.

Por fim, informa que o Plenário do Egrégio Supremo Tribunal Federal, por unanimidade, ao decidir a ADIN n.º 1.467-6/DF, prolatou acórdão nos seguintes termos:

- a) ICMS pode incidir sobre todo e qualquer serviço de comunicação;
- b) o serviço de radiodifusão sonora e de sons e imagens é serviço de comunicação.

À fl. 328 dos autos, o Procurador, Dr. Rogério Leal Pinto de Carvalho, ratifica o citado Parecer.

VOTO

Inicialmente indefiro o pedido de perícia do recorrente, por se relacionar às questões já pacificadas no âmbito deste CONSEF, através de reiteradas Decisões, inclusive versando como sujeito passivo o próprio recorrente. Assim, entendo desnecessária a realização da perícia em vista de outras provas produzidas nos autos, conforme previsto no art. 147, II, “b” do RPAF/99.

No Recurso Voluntário, o recorrente noticia existir jurisprudência pacífica do STJ, que com a Decisão prolatada nos autos do Recurso Especial nº 402.047/MG, declarou ilegítima toda a cláusula primeira do Convênio ICMS nº 69/98. Porém, devo ressaltar que, na via administrativa, enquanto inexistir ato do Secretário da Fazenda acatando a Decisão preponderante do STF, a Decisão administrativa deve ser pela aplicação das normas estaduais relativas ao ICMS.

Ademais, conforme ressaltado no opinativo da PGE/PROFIS, o Plenário do Egrégio Supremo Tribunal Federal, por unanimidade, ao decidir a ADIN n.º 1.467-6/DF, prolatou acórdão no sentido de que o ICMS pode incidir sobre todo e qualquer serviço de comunicação, cujo serviço de radiodifusão sonora e de sons e imagens é serviço de comunicação.

No mérito, o recorrente insurge-se 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, 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.

Quanto às infrações 2, 4 e 5, o sujeito passivo as reconhece como devida, insurgindo-se apenas, no tocante à incidência do ICMS sobre serviços de valor adicionado (SVA), intitulados de “Auxílio à Lista – 102” e “Disque Turismo”, bem como sobre receitas de telecomunicações referentes à: Aluguel de Equipamentos (TC CPE SOLUTIONS – CISCO e MODEM); Outros Serviços (Instalação e Serviços prestados através de Microondas, etc), bem como Serviços Básicos (Assinatura, Identificador de Chamada, Bloqueio, DVI, Habilitação, Serviços Suplementares e Adicionais, Ligações para Celular VC1, VC2, VC3, DDD, 0300, etc).

Devo ressaltar, conforme consignado no Parecer da PGE/PROFIS, que a Lei Complementar n.º 87/96, no art. 2º, III, definiu como sujeitas ao ICMS as prestações onerosas de serviço de comunicação, e não apenas o serviço de telecomunicação, subespécie daquele, cuja Lei n.º 9.472/97 (Lei Geral de Telecomunicações) dispôs, no caput de seu art. 60, o conceito de serviços de telecomunicação como o “conjunto de atividades que possibilita a oferta de

telecomunicação”, o que demonstra que a prestação de serviço de telecomunicação não ocorre apenas quando se realiza a telecomunicação propriamente dita, mas abrange até mesmo sua disponibilização, estendendo-se a todo o conjunto de atividades a ela relacionado, o que implica computar na base de cálculo do imposto todas as facilidades e serviços complementares que agilizem ou otimizem o serviço de telecomunicação.

Tal previsão está também contida no 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, os quais prevêm 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, devem-se incluir na base de cálculo do imposto os valores relativos a tais serviços.

O CONSEF vem, reiteradamente, decidindo neste sentido em processos fiscais similares, nos quais consta o próprio recorrente na condição de sujeito passivo, a exemplo dos Acórdãos de n.º 142-11/04 e 167-12/04.

Diante do exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, devendo ser homologado o valor já recolhido.

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 n.º **281081.0016/05-1**, lavrado contra **TELEMAR NORTE LESTE S/A (TELEBAHIA)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$1.745.091,93**, sendo R\$1.368.364,99, atualizado monetariamente, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a”, da Lei n.º 7.014/96, e dos acréscimos moratórios, e R\$376.726,94, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a”, da citada lei, e dos acréscimos legais, devendo ser homologado o valor que, comprovadamente, já tenha sido recolhido.

Sala das Sessões do CONSEF, 11 de abril de 2006.

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS - PRESIDENTE

FERNANDO ANTÔNIO BRITO DE ARAÚJO – RELATOR

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