

PROCESSO - A. I. N.º 281081.0015/05-5
RECORRENTE - TELEMAR NORTE LESTE S/A (TELEBAHIA)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 5ª JJF nº 0188-05/05
ORIGEM - IFEP-DAT/METRO
INTERNET - 08.05.06

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0160-12/06

EMENTA: ICMS. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO. SERVIÇO DE COMUNICAÇÕES. RUBRICA “FACILIDADES”: AUXÍLIA À LISTA; “0800”; ALUGUEL DE MODEM; TRANSMISSÃO DE DADOS; AUXÍLIO DESPERTADOR; INSTALAÇÃO DE MODEM; ASSINATURAS; IDENTIFICADOR E BLOQUEIO DE CHAMADAS; DVI; LIGAÇÕES PARA CELulares; DISQUE TURISMO E EILD. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. 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. Não compete aos órgãos julgadores administrativos a arguição de constitucionalidade. Indeferido pedido de diligência. Mantida a Decisão de primeira instância. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente de Recurso Voluntário interposto pelo autuado contra a referida Decisão prolatada pela 5ª JJF, através do Acórdão n.º JJF 0188-05/05, que julgou pela procedência do Auto de Infração em epígrafe.

O presente Auto de Infração exige ICMS no valor de R\$6.693.343,01 relativo à prestação de serviços de comunicação, apurado através do cotejo entre o livro de Registro de Saídas e o Relatório de Conciliação (NFST X CICLO), em virtude do contribuinte ter praticado operações tributadas como não tributadas, nas seguintes situações:

1. O contribuinte não forneceu à tributação o serviço de telecomunicação denominado de auxílio à Lista – 102, deixando de recolher imposto no valor de R\$3.523.418,95;
2. O mesmo para o serviço denominado de 0800, exigindo-se imposto no valor de R\$27.419,23;
3. Deixou de recolher imposto no valor de R\$1.018.895,70 pelo aluguel de equipamentos (modem), que de acordo com o Convênio nº 69/98, é tributado pelo ICMS, porquanto indispensável para que ocorra a prestação de serviços de telecomunicações;
4. Deixou de recolher imposto no valor de R\$814.960,35, relativo à prestação de serviços de comunicação, referente à transmissão de dados;
5. Como nos termos do item anterior, no valor de R\$45.859,50, referente ao serviço de telecomunicação denominado de AUXÍLIO DESPERTADOR;
6. Deixou de recolher imposto no valor de R\$1.366,73, por não ter oferecido à tributação diversas receitas de telecomunicações (outros), como instalação de modem, serviços prestados através de microondas, etc.;

7. Como nos termos do item anterior, no valor de R\$1.018.697,92, referente às receitas por assinatura, identificador de chamada, bloqueio, DVI, habilitação, serviços suplementares e adicionais, ligação para celular VC1, VC2, VC3, DDD, 0300, etc.;
8. Deixou de recolher imposto no valor de R\$148.021,58, por não ter oferecido à tributação o serviço de telecomunicações denominado DISQUE TURISMO; e
9. Como nos termos do item anterior, no valor de R\$94.703,05, referente a diversas receitas de telecomunicação sob a nomenclatura de EILD.

Consignaram os autuantes que o contribuinte escritura seu faturamento no livro de Registro de Saídas de Mercadorias. Este é dividido em duas partes. Na primeira são lançadas todas as notas fiscais (NFST) e agrupadas por mês, ciclo de faturamento, valores, etc. A este denominaram de Relatório Sintético de Faturamento. Na segunda parte do livro, o contribuinte promove a abertura das NFST lançadas no Relatório Sintético por código de faturamento. Esta abertura específica quais serviços de telecomunicações foram prestados. Chamaram a este de Relatório Analítico de Faturamento.

Constataram os autuantes a ocorrência de divergência no cotejamento entre o Relatório Analítico e o Sintético, sendo que os valores apurados no Analítico eram inferiores aos lançados no Sintético. Observaram que foram feitas diversas intimações para que o contribuinte procedesse à conciliação de valores providenciasse o complemento da segunda parte, apresentando os códigos, ciclos e valores que estavam ausentes ou a menor. Anotaram que o contribuinte então apresentou o seu Relatório de Conciliação (NFST X CICLO). Este relatório se prestou a complementar os códigos de faturamento e seus valores que preliminarmente se encontravam ausentes, “reparando” as divergências, tanto no valor contábil como na base de cálculo, como no ICMS apurado e nas receitas isentas e outras. Afirmando que este relatório encontra-se apenas aos autos, em meio magnético. Prosseguindo, explicaram que o Relatório de Faturamento por Código de Receitas é fruto de composição do livro de Registro de Saídas de Mercadorias (Relatório Analítico) mais o relatório complementar, aqui denominado de NFST X CICLO.

Afirmaram que o contribuinte também apresentou Relatório de Receitas de Entidades Isentas (governo, embaixadas, etc) e que o mesmo está apenas ao PAF (em meio magnético). Finalizaram dizendo que excluíram as receitas provenientes das entidades isentas, após as deduções daquelas não cabíveis.

O autuado, ao impugnar o lançamento fiscal em sua defesa, reconheceu a procedência do lançamento quanto à integralidade das infrações 2 (serviço denominado de 0800) e 9 (diversas receitas de telecomunicação sob a nomenclatura de EILD) e fração das infrações 4, 6 e 7. Observou que o reconhecimento das infrações não significa o acatamento quanto a fixação da base de cálculo do imposto pelo fisco (considerando como líquido o valor cobrado, adicionando a este o imposto).

Sustentou que toda tributação com embasamento legal no Convênio 69/98 é manifestamente ilegítima, razão pela qual requereu a improcedência do lançamento de ofício em apreço. Afirmou que o ICMS COMUNICAÇÃO somente incide quando há uma efetiva transmissão de mensagem do emissor ao receptor, por um terceiro contratado para prestar o serviço de comunicação. Anotou que atividades preparatórias e conexas ao serviço de comunicação, mas que não envolvem a consecução de uma efetiva relação comunicativa, fogem à hipótese de incidência do mencionado imposto. Ressaltou que atividades previstas pelo Convênio ICMS 66/98 (habilitação, serviços suplementares e facilidades adicionais) não são fatos geradores do imposto em exame.

Transcreveu lição de Roque Carrazza com o fim de demonstrar que “*a habilitação, a adesão, a ativação, a disponibilidade, a assinatura e a utilização dos serviços suplementares e facilidades adicionais que otimizem ou agilizem o processo de comunicação absolutamente não tipificam serviços de comunicação tributáveis por meio de ICMS. São apenas providências que viabilizam o acesso do usuário potencial ao serviço público de telefonia*”. Nesse sentido, citou

entendimento de Eduardo Bottallo para o qual “*as atividades acessórias (tarefa-meio), como as de utilização ou disponibilização de equipamentos, são essenciais à atividade-fim de prestação do serviço de comunicação, nela se incluindo, indissociavelmente. Assim, não podem ser consideradas isoladamente, para fins de incidência do ICMS. Constitui errônia jurídica pretender desmembrar as inúmeras atividades-meio necessárias à prestação em tela, como se fossem serviços de telecomunicações parciais.*

Informou que esta questão já está pacificada no STJ que declarou ilegítima, à unanimidade, toda cláusula primeira do Convênio ICMS 66/98, transcrevendo ementa com o teor referido. Entendeu que, como a citada Decisão trata de habilitação, abrange por consequência lógica os valores pagos à título de ativação (outra denominação da habilitação), programação e demais atividades meramente preparatórias, anteriores à efetiva comunicação.

Reproduziu o art. 4º, I e §1º do RICMS (Decreto nº 6284/97), concluindo que a ocorrência do fato gerador do ICMS na prestação de serviço de comunicação é condicionada à efetividade e à onerosidade do serviço prestado. Salientou que o auxílio à lista (102), despertador e turismo não são serviços de comunicação, entendido assim 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. Frisou que estes apenas acrescentam ao serviço de telecomunicações novas utilidades relacionadas ao acesso, armazenagem, apresentação, movimentação ou recuperação de informações. Vislumbrou incoerência na autuação, já que a Lei Geral de Telecomunicações, Lei nº 9.472/97, que dá embasamento ao lançamento de ofício definiu os serviços mencionados como de Valor Adicionado (SVAs), apartados dos serviços de telecomunicações, sendo seguida pela ANATEL, através da Resolução nº 73/1998.

Reiterou a inexigibilidade do ICMS incidente sobre serviços de valor adicionado, citando decisões do STJ neste sentido.

Pronunciou-se pela ilegitimidade do recolhimento de ICMS COMUNICAÇÃO sobre a atividade de aluguel de equipamentos. Trouxe o entendimento do STF que a locação de bens móveis não é serviço. Transcreveu o art. 110 do CTN, sustentando que, ao Estado não cabe alterar a definição deste instituto, com o fim de assim sobrepujar conceitos do direito privado. Ressaltou decisório do STF (RE nº 116.121-3) e lição de Misabel Derzi, reconhecendo que a locação de bens móveis não pode ser considerada serviço.

Exemplificou como a empresa procede ao calcular o ICMS, asseverando que concorda com a incidência do ICMS em sua própria base de cálculo, porque assim já referendou o próprio STF, divergindo quanto à autuação que considerou como líquido o valor cobrado, adicionando a este o imposto, obtendo-se assim um acréscimo fictício. Trouxe aos autos Parecer da lavra de Hamilton Dias de Souza entendendo como incluída na base de cálculo do ICMS COMUNICAÇÃO todos os custos (inclusive ICMS).

Requeru perícia com o fim de se apurar a real base de cálculo do ICMS, indicando como assistente técnico o Sr. Antônio Wilson Lugon, devidamente qualificado nos autos, apresentando quesitação a que pretende ver respondida pelo perito. Finalizou pela improcedência da autuação, com o conseqüente cancelamento do Auto de Infração.

Os autuantes, ao prestarem a informação fiscal, transcreveram, inicialmente, os termos da acusação fiscal e citaram a parte reconhecida pela defesa. Esclareceram que todas as acusações feitas estão amparadas nas Leis 7014/96, 87/96 e 9472/97 RICMS, regulamentadas pelo Decreto nº 6284/97 – RICMS e pelos Convênios 69/98 e 126/98. Aduziram que o Convênio 69/98 veio apenas para esclarecer para as operadoras de serviço de telefonia fatos e situações nas quais pairavam dúvidas. Aduziram que os signatários firmaram entendimento incluindo os valores cobrados a título de acesso, adesão, ativação, habilitação, disponibilidade, assinatura e utilização dos serviços, bem como aqueles relativos a serviços suplementares e facilidades adicionais, na base de cálculo do ICMS sobre serviços de comunicação. Afastaram a possibilidade de dissociar as atividades preparatórias do serviço, vez que não condizente com a realidade dos fatos. Alegaram

que é impossível efetivar a prestação do serviço sem a utilização de equipamentos, que nada mais são que os meios físicos por onde trafegam os dados. Trouxeram aos autos pensamento do tributarista Carlos Augusto Coelho Branco, segundo o qual “é impossível a execução da prestação do serviço de telecomunicação sem a utilização do serviço a ele conexo, entendendo que este último tem a sua natureza modificada, passando a se confundir com o próprio serviço de telecomunicação. Isto porque não há como dissociá-los. Nesta hipótese, é admissível a incidência do ICMS, uma vez que o serviço conexo adere ao serviço de telecomunicações, sem que haja possibilidade de o último ser prestado isoladamente”. Disseram que o contribuinte se contradiz ao transcrever texto da autoria de Eduardo Botallo, que se coaduna com o entendimento do Fisco. Informaram que os serviços preparatórios encontram-se autuados apenas nas infrações 4, 6 e 7 no diminuto valor de R\$94.849,27, frente ao montante total apurado: R\$6.693.343,01.

Afirmaram que nos serviços de comunicação denominados de AUXÍLIO À LISTA (102), DESPERTADOR E TURISMO, ficou patente a existência de uma mensagem, sua transmissão e recepção, bem como a onerosidade, caracterizando a prestação de um serviço e não uma atividade meio como alegado pelo contribuinte. Esclareceram que descabe o argumento da empresa da não tributação desses serviços, com base em definição dada pela Lei nº 9472/97, uma vez que esta não tem competência para tal. Acrescentaram que somente lei ordinária tributária ou ordinária pode legislar sobre ICMS.

Asseveraram que o sujeito passivo tributário segregou nas faturas enviadas aos seus clientes, o serviço de telecomunicação dos equipamentos fornecidos e utilizados para a prestação do serviço, acarretando assim redução indevida da base de cálculo do ICMS. Explicaram que juridicamente é admissível a vinculação das mesmas partes, em um único contrato, por duas obrigações ou mais, desde que estas sejam independentes entre si. Transcreveram descrição do serviço de comunicação TC CPE SOLUTIONS (aluguel de equipamento) feita pela empresa, com o fim de destacar que não se trata da prestação de dois serviços independentes, tampouco de um principal e outro acessório, mas apenas de um serviço de comunicação com fornecimento de material para sua viabilização, cobrado em separado, embora vinculado a uma única razão. Salientaram que este serviço também foi objeto da infração 4, tendo sido apurado o valor de R\$463.113,52 para este. Concluíram que os serviços de telecomunicações oferecidos e a utilização dos equipamentos são dependentes entre si, visto que são prestados no mesmo prazo e de forma simultânea. Reiteraram a incidência do ICMS sobre a operação tida como aluguel de equipamentos, transcrevendo Parecer da Diretoria de Tributação desta SEFAZ e Decisão normativa CAT -5 do Estado de São Paulo, que opinaram neste sentido.

Quanto à apuração da base de cálculo para determinação do imposto devido, argüiram que procederam de acordo com a forma prevista na legislação tributária estadual, a qual estabelece que o ICMS integra a sua própria base de cálculo. Aduziram que intimaram o autuado, questionando qual o critério utilizado para lançar suas receitas não oferecidas à tributação, obtendo como resposta desta a confirmação de que a empresa não adicionou o valor do imposto ao preço final do serviço. Sustentaram que esta situação resta provada de maneira incontestável com o comunicado oficial emitido pelo autuado ao seu cliente Lojas Insinuante (fls 412) de que não incluiu nas faturas o ICMS relativo a locação de portas e que assim procederá nas próximas faturas. Ainda quanto a este assunto, salientaram que em momento algum o autuado trouxe aos autos qualquer prova que pudesse contrapor a acusação. Apresentaram Decisão deste CONSEF (Acórdão JJF 0132-01/03) e orientação fixada pelo Plenário do STF no julgamento do RE 212209, admitindo que o ICMS integra a sua própria base de cálculo.

Quanto ao pedido de diligência fiscal, os autuantes entenderam como descabida, pois sem amparo legal para sua concessão, conforme teor do art. 147, II, do RPAF.

Nas considerações adicionais, observaram que o contribuinte, em sua defesa (fls 312), disse que o código tarifário 10204 identifica o serviço de parcelamento de débito, fora do alcance do ICMS. Os autuantes contestaram, afirmando que este se refere à prestação do serviço de comunicação “Ass

Fee Mens 14-10 Canais R2-3". Alegaram também que o contribuinte não apresentou contraprova, opinando pela manutenção da autuação.

Concluíram pela Procedência da autuação.

O autuado, tomando conhecimento da informação fiscal, tornou-se a manifestar (fls 441/446), informando que o pronunciamento dos autuantes em nada acrescentou à presente lide, bastando tão somente para reafirmar o entendimento equivocado adotado pelo Fisco baiano. Afirmou que o STJ declarou unanimemente a ilegitimidade integral do Convênio ICMS nº 69/98 com a Decisão prolatada nos autos do Recurso Especial nº 402.047/MG, transcrevendo parte da ementa e do voto do relator. Aduziu que não se pode negar a competência da autoridade administrativa para afastar a aplicação das normas fundadas no aludido convênio, já que a legislação estadual proíbe a fiscalização tão somente do exame de constitucionalidade das normas, não de sua ilegitimidade.

Reiterou os argumentos apresentados na defesa quanto a não serem serviços de comunicação, mas sim serviços prestados via telefone de consulta e informação de dados os serviços denominados de auxílio à lista (102), despertador e turismo. Insistiu que os serviços suplementares denominados pelo Convênio ICMS nº 69/98 são atividades definidas como Serviços de Valor Adicionado (SVA), não constituindo serviços de telecomunicações, de acordo com Resolução ANATEL nº 73/98. Explicou que o STF a esta Decisão chegou ao apreciar a ADI-MC nº 1.491/DF. Acrescentou que o STF também já decidiu que a locação de bens móveis não é serviço. Reafirmou que a exigência do imposto, com adição deste aos serviços por ele cobrados, configura-se a prática denominada de “gross up”. Concluiu pela improcedência do impugnado.

Posteriormente, o contribuinte voltou a se manifestar nos autos, formulando quesitos suplementares à perícia solicitada, referentes à infração 4.

Às fls. 451 a 454 foram juntadas aos autos extratos de pagamentos gerados pelo SIDAT e INC indicando que o contribuinte efetuou pagamento em 07/10/05 nos valor de R\$101.706,98 e R\$1.271.342,23, utilizando os benefícios da Lei nº 9.650/05.

Através do Acórdão JJF nº 0188-02/05, a 5.^a JJF julgou procedente o Auto de Infração, sob o entendimento de que:

- a) não deve ser acatado o argumento defensivo no sentido de que seja cancelado o presente Auto de Infração por afronta à cláusula primeira do Convênio 69/98 à Constituição Federal, posto que “*a este foro administrativo não cabe discutir a constitucionalidade da legislação posta, conforme assim preconiza o art. 167, I, do RPAF/99*”, razão pela qual, de igual forma, deve ser rejeitada a argüição de ilegalidade do RICMS-BA; ainda em sede de preliminar, decidiu a primeira instância que “*tanto o Regulamento como o Convênio, estão em conformidade com a Lei nº 7.014/96*”, sem prejuízo do fato de que “*Quanto ao argumento do defendente que alguns dos serviços seus aqui autuados (infração 1,5 e 8) não são tributados, devido a dispositivos contidos na Lei Geral das Telecomunicações, observo que este diploma legal não tem interferência alguma sobre o ICMS, uma vez que a competência legislativa é exclusiva dos Estados*”;
- b) no que concerne ao *meritum causae*, após ressaltar que o argumento defensivo da infração 1 é o mesmo utilizado quanto às infrações 5 e 8, bem como que “*o deslinde dessas questões passa pela definição do que seja serviço de comunicação na hipótese de incidência do ICMS*”, após transcrever trechos doutrinários da lavra de Helena de Araújo Lopes Xavier, Damasceno Borges de Miranda e Mário Celso Santiago Menezes, a respeito da matéria, decidiu o *a quo* que restou “*comprovada a onerosidade , bem como a prestação de um serviço de comunicação (entendendo este como ato ou efeito de gerar, emitir, transmitir, retransmitir, ampliar e receber mensagens), consentâneo assim com a regra de incidência do imposto prevista no art. 4º, I, do RICMS/BA*”, razão pela qual manteve a autuação em relação às infrações 1, 5 e 8;

- c) as infrações 2 e 9 foram reconhecidas integralmente por parte do sujeito passivo, não tendo sido objeto de insurgência em sua peça recursal, razão pela qual não integram a seara de análise do presente Recurso Voluntário;
- d) de referência à infração 3, entendeu a primeira instância “*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*”, daí por que compartilha da “*análise feita sobre esta questão pela Diretoria de Tributação desta SEFAZ, através de Parecer de 3/3/2003, cujo teor transcreveu no voto proferido*”, transcrevendo jurisprudência acerca da matéria para asseverar que, à luz do art. 60, da Lei de Telecomunicações, “*não restam dúvidas que o serviço de telecomunicações é o conjunto de atividades que possibilita a oferta de telecomunicação*”, estando inserida entre essas atividades a disponibilização dos equipamentos para transmissão dos dados”, mantendo integralmente a infração 3;
- e) no que concerne à infração 4, asseverou a referida Junta de Julgamento Fiscal que “*o CONFAZ já firmou entendimento de que se trata de serviço de telecomunicações e, como tal, deve sofrer a incidência do ICMS*”, invocando e transcrevendo parte de artigo do tributarista Celso de Oliveira acerca do STJ e a não tributação do ICMS ao provedor de Internet; além disso, citou a primeira instância o RPAF (Decreto n.º 7629/99) “*que estabelece em seu art. 123, §5º, que a defesa é o momento oportuno para se apresentar às provas disponíveis, sob pena de preclusão do direito*”, e, não tendo o contribuinte assim procedido, “*teve precluso o seu direito de o fazer em momento posterior*”, razão pela qual não é acatada a “*a alegação da defesa de que os valores autuados se referem a serviço de parcelamento de débito, fora da abrangência do ICMS por absoluta falta de prova do quanto alegado*”; ainda quanto à infração 4, entendeu a R. Junta que se trata “*de um serviço de comunicação com fornecimento de material para sua viabilização, cobrado em separado, embora vinculado a uma única razão*”, reiterando a Decisão quanto a infração anterior, “*finalizando que é devida à cobrança do imposto neste caso*”; rejeitou o pedido de realização de diligência fiscal, com fulcro no art. 147, I, “a”, do RPAF/99, “*por entender que os elementos acostados aos autos foram suficientes para decidir a presente lide*”;
- f) com relação às infrações 6 e 7, decidiu o *a quo* que “*embora seja diminuto o valor frente ao autuado, vislumbro como exigível o imposto, uma vez que se trata de um serviço de comunicação, albergada a cobrança pelo art. 2.º, III, da LC 87/96 quando dispõe como devida a tributação sobre a prestação onerosa de serviços de comunicação realizados ‘por qualquer meio e de qualquer natureza’*”;
- g) especificamente quanto à infração 6, entendeu a primeira instância que “*a disponibilização remunerada de aparelhos é parte integrante do serviço de comunicação, sendo tributável*”, sem prejuízo do fato de que, *No que se refere aos serviços, esta questão é pacífica neste CONSEF, que tem prolatado decisões 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*, ficando mantida a infração;
- h) no que diz respeito à infração 7, asseverou a Junta que restou provado nos autos que o autuado “*não os oferecia à tributação, muito embora sejam considerados como tributados pelo ICMS, de acordo com o disposto nos artigos 2º, III (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)*”, procedendo a autuação.

Inconformado com a Decisão proferida em Primeira Instância, interpõe o autuado Recurso Voluntário, repisando, quase que integralmente, os fundamentos jurídicos esposados e, sua peça impugnatória, aduzindo, ainda, que:

- a) a própria Decisão recorrida, exarada com unanimidade, corroborou a tese da defesa, ao entender “*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*”, asseverando que, “*apesar de partirem de premissa correta, concluíram os julgadores pela*

incidência do tributo, ao argumento de que o acessório segue a sorte do principal”; acrescenta 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”;

- b) “*A Lei Geral de Telecomunicações, ao contrário do mencionado na r. Decisão, é diploma normativo legítimo para dispor sobre serviços de telecomunicações, vez que decorre da competência privativa da União Federal esculpida no art. 22, IV da CF. Por óbvio que, se a lei trata de telecomunicações, repercutirá de algum forma na interpretação das normas sobre ICMS-comunicação, pois fixa conceitos sobre os quais a norma tributária se sobrepõe. Isto, contudo, não autoriza concluir que a lei versa sobre matéria tributária, pois ela não tem por objeto normas desta natureza”;*
- c) após reiterar a necessidade de realização de perícia, argumenta, para consubstanciar o seu pedido, que “*para provar os fatos alegados pelo recorrente necessita-se de conhecimentos técnicos específicos (art. 147, II, “a”, do RPAF) insubstituíveis por documentação, caso em que a análise caberia aos d. julgadores deste Conselho e esta deve-se limitar à seara jurídica*”; alega que “*Malgrado estes argumentos, a turma julgadora indeferiu a produção de prova pericial, ao mesmo tempo em que constatou que ‘em momento algum o autuado trouxe aos autos qualquer prova que pudesse contrapor a acusação’, e, não bastasse isso, afirmou que ‘os elementos acostados aos autos foram suficientes para decidir a presente lide’*”; prossegue o raciocínio argüindo que “*se cabe à Recorrente produzir prova para afastar a presunção de legalidade dos atos administrativos, desincumbindo-se de seu ônus probatório, e isto lhe é negado, está se criando uma hipótese de presunção absoluta dos atos administrativos, sem qualquer suporte legal*”; argumenta, não obstante o quanto anteriormente suscitado, que a Decisão que indefere a prova pericial “*afronta grave preceito fundamental, qual seja, o direito à ampla defesa*”, impedindo que “*o recorrente produza esclarecimentos dos fatos essenciais para o desvencilhar da lide, cerceando seu direito à defesa*”, transcrevendo jurisprudência nesse sentido; acrescenta aos quesitos anteriormente formulados na peça defensiva mais dois outros, a saber: “*7) Em que consistem, individualmente, os serviços objeto da ‘Infração n.º 04’ indicada no Auto de Infração?’* e “*8) Os serviços identificados no quesito anterior configuraram serviço de telecomunicação, ou seja, têm como fim transmitir uma mensagem de um ponto A a um ponto B?*”;

Ao final, pugna pela procedência do Recurso Voluntário interposto, cancelando-se o Auto de Infração, após realização de prova pericial, como fundamentado e formulado no bojo de suas razões recursais.

Em seu Parecer, o eminente representante da PGE/PROFIS, após traçar um breve escorço histórico da matéria discutida no presente PAF, enfrentou a argüição recursal acerca do equívoco da utilização da base de cálculo do ICMS, transcrevendo conceito de base de cálculo de um tributo, formulado pelo jurista Geraldo Ataliba, para asseverar que “*na formatação da base de cálculo do ICMS imperioso se faz a adição à base imponível real, ou seja, valor líquido do preço do serviço de comunicação in casu, o valor do próprio imposto, subsumindo, assim, a base calculada ou real à base imponível normativamente prevista*” e concluir que não devem ser acolhidas as argumentações expendidas pelo recorrente neste ponto.

Quanto à argüição de constitucionalidade do Convênio 69/88 entende que “*desborda da competência dos Conselhos Administrativos de julgamento profligarem decisões sobre a constitucionalidade ou não de normas legais, pois somente ao poder judiciário cabe este desiderato, tanto pela via abstrata quanto pelo controle concentrado*”.

No que concerne à incidência do ICMS sobre os serviços de comunicação, após a) invocar os arts. 155, II, da Carta Magna, 2.º da Lei Complementar n.º 87/96, e 110 do CTN, b) conceituar “*prestaçao onerosa*”, à luz do jurista Caio Mário da Silva Pereira, c) definir “*serviços de comunicação*”, em

face do quanto prescrito no Decreto n.^o 97.057/97 (Regulamento do Código Brasileiro de Telecomunicações), entende que a “comunicação pode se dar unilateralmente, sem que haja ‘resposta’, como ocorre no caso da utilização de ‘paging’”.

Invoca e transcreve Decisão do Plenário do Egrégio Supremo Tribunal Federal que, por unanimidade, nos autos da ADIN n.^o 1.467-6/DF, decidiu pela constitucionalidade da argüição.

Após transcrever lição do ilustre Roque Antonio Carraza, assevera que “resta inquestionável que o ICMS incide sobre os serviços de comunicação no sentido mais amplo possível, abarcando, inclusive, os dispositivos utilizados na sua ampliação ou facilitação, outrrossim, os serviços disponíveis para tal mister”.

Invoca o disposto no art. 60, da Lei n.^o 9472/97 para aduzir 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 relacionada e, em sendo assim, implicando o computo na base de cálculo do imposto de todas as facilidades e serviços complementares que agilizem ou otimizem o serviço de telecomunicação”.

Manifesta-se no sentido de que o Convênio do ICMS 69/98 não criou novos fatos geradores do ICMS, nem poderia criá-los e, tampouco, alargar a base tributária do imposto, transcrevendo, nesse sentido, Decisão proferida nos autos do Mandado de Segurança n.^o 6.407.330/98, que tramita na 9.^a Vara da Fazenda Pública da Comarca de Salvador, cujo teor transcreveu.

Desta forma, conclui o seu Parecer, afirmando que:

- a) “o ICMS incide sobre os serviços de comunicação, do qual a telecomunicação é uma subespécie, por qualquer meio, abrangendo os serviços eventuais, os serviços complementares e todo o conjunto de atividades a eles relacionado”;
- b) “a exigência do imposto incidente também sobre os serviços eventuais, os serviços complementares e às atividades que agilizem ou otimizem os serviços de comunicação”.

Esclarece que as decisões prolatadas pelo STF, precisamente em relação aos provedores de INTERNET, não guardam qualquer semelhança com o presente caso, pois possui como diretriz argumentativa a questão da natureza jurídica do serviço prestado pelos provedores de acesso à Internet.

Ao final, opina pelo Improvimento do Recurso Voluntário interposto, mantendo a Decisão de primeira instância em todos os seus termos.

O ilustre Procurador Assistente, Dr. Rogério Leal Pinto de Carvalho, profere Despacho ratificando o Parecer exarado pelo Dr. José Augusto Martins Júnior, que conclui pelo Não Provimento do Recurso Voluntário interposto.

VOTO

Inicialmente, há que se enfrentar, em sede de preliminar, o argumento defensivo fulcrado na existência de afronta à Constituição Federal por parte do quanto disposto na Cláusula Primeira do Convênio 69/98.

Reforma alguma merece a Decisão recorrida, posto que é de corriqueira sabença que carece de competência este foro administrativo no que concerne à discussão acerca de constitucionalidade da legislação posta, em face do quanto insculpido no art. 167, I, do RPAF/99.

De igual forma, com espeque nas razões supra expendidas, rejeito a argüição de ilegalidade do RICMS/BA, posto que, no meu entender, o Regulamento e o Convênio estão em conformidade com a Lei n.^o 7.014/96.

De referência à tese defensiva de que parte dos serviços objeto da presente autuação - tipificados nas infrações 1, 5 e 8 - não são tributados, à luz de normatização contida na Lei Geral das Telecomunicações, não há como acolhê-la, tendo em vista que a mencionada lei não alberga o ICMS, cuja competência é exclusivamente exercida pelos Estados membros.

Ingressando no âmbito meritório, entendo que razão alguma assiste ao recorrente, devendo ser mantido o *decisum* de primeira instância.

Quanto às infrações 1, 5 e 8 – analisadas em conjunto em razão de o argumento invocado na defesa ser o mesmo em relação às três infrações – gravita a *quaestio iuris* na conceituação de serviço de comunicação.

Nesse sentido, aquiesço à Decisão proferida em primeira instância e aos fundamentos constantes daquela Decisão – como se aqui estivessem literalmente transcritos - entendendo que, de fato, “*os serviços onerosos de comunicação (entendendo estes como gênero e os de telecomunicação como espécie) são passíveis de incidência do ICMS, sendo estes realizados ‘por qualquer meio e de qualquer natureza’ (art. 2.º, III, da LC 87/96)*”.

Ora, no caso vertente, compulsando-se os autos, percebe-se com clareza solar a onerosidade, bem assim a existência de prestação de serviço de comunicação, incidindo, pois, o quanto disposto no art. 4.º, I, do RICMS/BA.

No que tange à insurgência recursal em relação à forma do cálculo do imposto, ratifico a Decisão *a quo* no sentido de que o recorrente não adicionou o valor do imposto ao preço final do serviço, tendo agido por sua conta e risco ao supor que os mesmos não eram tributados pelo ICMS. Ademais, atesta-se o procedimento adotado pelo recorrente com a simples leitura do comunicado oficial pelo mesmo emitido ao seu cliente Lojas Insinuante, jungido à fl. 412 dos autos, de que não incluiu nas faturas o ICMS relativo à locação de portas, fazendo-o nas próximas faturas.

Assim, salientando que o próprio recorrente concorda com a incidência do ICMS em sua própria base de cálculo, porque já se manifestou nessa diretiva o STF, com fulcro nos fundamentos lançados na Decisão recorrida, entendo que o recorrente efetivamente deixou de agregar o imposto ao valor cobrado de seus clientes.

Outrossim, há que se observar que com exceção de parte da infração 4, olvidou-se a defesa em colacionar aos autos demonstrativos, levantamentos ou qualquer documento a fim de consubstanciar as suas alegações, vilipendiando a regra consagrada no art. 123, do RPAF.

Destarte, à luz dos argumentos acima expostos, entendo que deve ser mantida a forma de apuração da base de cálculo utilizado pelos autuantes para determinar o imposto exigido. *Pari passu*, rechaço o pedido de realização de diligência fiscal, eis que os fatos, elementos e fundamentos carreados aos autos são suficientes ao deslinde da presente autuação, em face do quanto disposto no art. 147, I, “a”, do mesmo Regulamento.

Com relação à infração 3, que tem por objeto o aluguel de equipamentos, entendo que realmente não é possível a prestação de serviços de telecomunicação, sem que haja o auxílio de equipamentos, sendo a prestação dos serviços e a utilização dos equipamentos dependentes entre si, posto que prestados no mesmo prazo e de forma simultânea! Comungo, pois, com o estudo e conclusão constantes dos Parecer, datado de 3/3/2003, da lavra da Diretoria de Tributação da SEFAZ/BA, que serviu de fundamento no Acórdão recorrido e que invoco como se aqui estivesse literalmente transscrito, mantendo a referida infração.

No tocante à infração 4, concernente à transmissão de dados, pacífico tem sido o posicionamento do CONSEF baiano no sentido de que os mencionados serviços se caracterizam como sendo serviços de telecomunicação, devendo, portanto, sofrer a incidência do ICMS. Esse foi, inclusive, o entendimento manifestado pelo insigne jurista Celso de Oliveira ao tecer considerações acerca do STJ e a não tributação do ICMS ao provedor de Internet, mencionando a existência de precedente da Primeira Turma daquela R. Corte, cuja relatoria foi do Ministro José Delgado, que

concluiu serem de comunicação, espécie dos serviços de telecomunicação, os serviços prestados pelos provedores. Reparo algum, por tal razão, merece a Decisão recorrida.

Além disso, quanto à alegação de que os valores autuados se referem a serviço de parcelamento de débito, ressalto que a argumentação da defesa deve se concentrar na sua peça impugnatória, sob pena de preclusão do direito – art. 123, § 5.º, do RPAF/99, razão pela qual, não tendo o recorrente assim procedido, teve o seu direito precluso de fazê-lo em momento posterior. Logo, rejeito o quanto alegado na defesa, ante a sua insuficiência de prova.

Ainda nessa diretiva, no que se refere à assertiva de que “*alguns dos serviços desta infração são em verdade preparatórios (TC CPE SOLUCIONTS)*”, entendo, tal qual a Decisão hostilizada que se trata de serviço “*serviço de comunicação com fornecimento de material para sua viabilização, cobrado em separado, embora vinculado a uma única razão*”.

O mesmo argumento, qual seja o de que os serviços objeto de autuação são preparatórios, se encontra presente no bojo das infrações 6 e 7. Mantendo coerência com os fundamentos supra esposados, entendo que também se trata de serviço de comunicação, em face da inteligência do art. 2.º, III, da LC 87/96, sendo exigível, pois, o imposto cobrado.

Acresça-se a isso o fato de que a disponibilização remunerada de aparelhos é parte integrante do serviço de comunicação, sendo, portanto, tributável. Isso porque existe previsão legal no sentido de abranger, como serviço tributável de comunicação, “*todas as facilidades adicionais que otimizem ou agilizem o processo de comunicação*”, como reiterada e pacificamente, vem decidindo este CONSEF.

Por fim, de referência especificamente à infração 7, não merece guarida a tese recursal, uma vez que ficou demonstrado no curso do presente processo administrativo fiscal que o recorrente não oferecia os serviços denominados de “facilidades” à tributação, a despeito de serem tributados pelo ICMS, como se depreende da leitura dos arts. 2º, III (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).

Ex positis, em face de tudo quanto acima exposto, com espeque no Parecer emitido pela Douta PGE/PROFIS, voto no sentido de NEGAR PROVIMENTO ao Recurso Voluntário interposto, mantendo a Decisão de primeira instância em toda a sua inteireza e com fulcro nos fundamentos nela invocados como se aqui estivessem literalmente transcritos.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª 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 nº 281081.0015/05-5, lavrado contra **TELEMAR NORTE LESTE S/A. (TELEBAHIA)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$6.693.343,01**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a”, da Lei nº 7014/96, e demais acréscimos legais, devendo ser homologados os valores já recolhidos com utilização dos benefícios da Lei nº 9.650/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 17 de abril de 2006.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

NELSON ANTONIO DAIHA FILHO – RELATOR

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