

PROCESSO - A. I. Nº 232940.0097/05-0
RECORRENTE - INTELIG TELECOMUNICAÇÕES LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4ª JJF nº 0116-04/06
ORIGEM - IFEP SERVIÇOS
INTERNET - 29/09/2006

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0318-11/06

EMENTA: ICMS. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO. SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. **a)** RELATIVO AOS SERVIÇOS 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. 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 a 31 de dezembro de 2010, as alíquotas incidentes nas operações relacionadas na alínea “I” do inciso II do artigo 51 do RICMS/97 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. Este órgão julgador não tem competência para declarar inconstitucionalidade da legislação tributária estadual. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo sujeito passivo contra a Decisão da 4ª Junta de Julgamento Fiscal proferida no Acórdão nº 0116-04/06, pela Procedência do presente Auto de Infração, o qual foi lavrado para exigir o ICMS em razão das seguintes irregularidades:

1. Falta de recolhimento do imposto relativo à prestação de serviços de comunicação – R\$105.191,85;
2. Falta de recolhimento do imposto relativo ao Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza sobre serviços de telecomunicações - R\$8.425,34.

A Junta de Julgamento Fiscal decidiu, preliminarmente, afastar a alegação defensiva de inconstitucionalidade do Convênio ICMS 69/98, sob o entendimento de que não cabe aos órgãos julgadores administrativos apreciá-la.

No mérito, o órgão julgador manteve o débito exigido na infração 1 com fundamento nos seguintes argumentos:

- 1 as planilhas de fls. 08 a 25 explicitam os dados relativos aos serviços ora cobrados, de modo individualizado, cujos valores não foram contestados pelo autuado;
- 2 o ICMS não incide sobre comunicação, mas sobre prestações de serviços de comunicação e, assim, as chamadas “facilidades” têm natureza acessória aos serviços de comunicação, integrando o campo de incidência do imposto estadual, pois os acessórios seguem a sorte do principal;
- 3 o CONSEF já se manifestou sobre a matéria (Acórdão CJF nº 0197-12/03), negando provimento ao Recurso Voluntário interposto por este mesmo contribuinte.

Decidiu também pela procedência da infração 2, decorrente da infração 1, já que, no período de 1º de janeiro de 2002 a 31 de dezembro de 2010, as alíquotas incidentes nas operações relacionadas na alínea “I” do inciso II do artigo 51 do RICMS/97 serão acrescidas de dois pontos percentuais, cujo valor recolhido estará vinculado ao Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza.

Em seu Recurso Voluntário (fls. 177 a 184), o sujeito passivo pede a reforma da Decisão recorrida, ressaltando, em relação à infração 1, que não presta apenas serviços de comunicação sujeitos à incidência do ICMS, como é o caso dos chamados serviços de valor adicionado, tais como: “restrição por tipo de terminal”, “locação de porta IP”, “agendamento por hora”, “agendamento por data”, “agendamento por origem”, “reencaminhamento de chamada” e “lista verde”, relativos ao serviço 0800; “relatório de *performance*” e “relatório de tráfego”, referentes ao serviço 23 Direto; “relatório mensal”, “número especial” e “agendamento de origem”, relativos ao Lig Local.

Argumenta que, em 1998, foi editado o Convênio ICMS 69/98 e, em flagrante desrespeito à Lei Geral de Telecomunicações (Lei Federal nº 9.472/92), os Estados vêm exigindo o ICMS sobre serviços prestados por seu estabelecimento sob a rubrica “facilidades”, que não podem ser considerados como serviços de telecomunicações.

Destaca, por exemplo, a “locação de Porta IP”, isto é, o acesso à internet, que não se confunde com o serviço de telecomunicação ligado ao mesmo (este sujeito ao ICMS e devidamente recolhido), matéria hoje pacificada no âmbito do Superior Tribunal de Justiça. Transcreve o voto do ministro Francisco Galvão de que *“em face do serviço de provimento de acesso à Internet classificar-se como serviço de valor adicionado, nos moldes do disposto no artigo 61 da Lei nº 9.742/1997, não há como caracterizá-lo como serviço de comunicação nos termos da lei Complementar nº 87/96. Desta feita, não há como tal tipo de serviço ser fato gerador do ICMS, não havendo como tributá-lo por este imposto estadual”*.

Alega que, se a Lei Complementar nº 87/96, a Lei Estadual nº 7.014/96 e o RICMS/97, ao disciplinarem a incidência do ICMS não ampliaram a definição de telecomunicações contida na Lei Geral de Telecomunicações, o Convênio ICMS 69/98 jamais poderia “interpretar” as leis existentes “estabelecendo” quais serviços são passíveis da incidência do imposto estadual. Por fim, aduz que as ditas “facilidades”, apesar de dependerem da prestação de um serviço de telecomunicação, com ele não se confundem, possuindo natureza distinta, razão pela qual deve ser declarada a improcedência do lançamento. Para embasar a sua tese, transcreve dispositivos da Lei Geral de Telecomunicações, bem como a Cláusula primeira do Convênio ICMS 69/98.

Quanto à infração 2, salienta que, como as denominadas “facilidades” não ensejam a tributação do imposto estadual, não há que se falar em incidência ao Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza, calculado sobre o valor dos serviços no percentual de 2%, já que o acessório segue a sorte do principal.

Finalmente, protesta pela posterior juntada de provas e pede a improcedência do Auto de Infração.

A ilustre representante da PGE/PROFIS, Dra. Maria Lina Silva do Carmo, apresentou o seu Parecer (fls. 190 a 196) opinando pelo Não Provimento do Recurso Voluntário interposto pelo autuado, afirmando, em relação à infração 1, que o inciso II do artigo 155 da Constituição Federal estabeleceu a competência dos Estados e do Distrito Federal para instituir o imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior, e a Lei Complementar nº 87/96, em seu artigo 2º, inciso III, determinou 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 a ampliação de comunicação de qualquer natureza”*.

Apresenta a definição de prestação como *“o objeto de uma obrigação cuja origem pode derivar de um contrato, declaração unilateral de vontade, atos ilícitos e, em última análise, de lei, fonte primária de todas as obrigações”*, proporcionando *“ao agente uma vantagem econômica, à qual corresponde uma prestação correspondente”*, nos dizeres do jurista Caio Mário da Silva Pereira (in Instituições do Direito Civil, Forense, Vol. I, página 239).

Prossegue aduzindo que, segundo o Regulamento do Código Brasileiro de Telecomunicações (Decreto nº 97.057/98), comunicação é a *“transferência unilateral ou bilateral de informação por meio de sinais convencionados”* e, de acordo com a Decisão exarada pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal na ADIN nº 1.467-6/DF, *“o ICMS pode incidir sobre todo e qualquer serviço de comunicação”* e o *“serviço de radiodifusão sonora e de sons e imagens é serviço de comunicação”*, chegando à conclusão de que, abstraindo-se da questão relativa à onerosidade a que se refere a Lei Complementar nº 87/96, a comunicação em si não é condição suficiente à ocorrência do fato gerador do ICMS.

Ressalta que, acorde o artigo 110, do Código Tributário Nacional, a lei tributária não pode alterar a definição, o conteúdo e o alcance dos institutos, conceitos e formas de direito privado, utilizados pela Constituição Federal, pelas Constituições dos Estados ou pelas Leis Orgânicas do Distrito Federal ou dos Municípios, para definir ou limitar competências tributárias.

Em outras palavras, afirma que a regra matriz do ICMS é a prestação de serviços de comunicação no sentido mais amplo possível, abarcando, inclusive, os dispositivos utilizados na sua ampliação ou facilitação, e não simplesmente a realização da comunicação, trazendo à colação o entendimento do jurista Roque Antonio Carraza, in ICMS, Ed. Malheiros, pág. 115 e 116: *“Note-se que o ICMS não incide sobre a comunicação propriamente dita, mas sobre a ‘relação comunicativa’, isto é, a atividade de, em caráter negocial, alguém fornecer, a terceiro, condições materiais para que a comunicação ocorra”*.

Acrescenta que, consoante o artigo 60 da Lei nº 9.472/97 (Lei Geral de Telecomunicações), *“Serviço de Telecomunicações é o conjunto de atividades que possibilita a oferta de telecomunicação”* e, portanto, entende 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”*.

Afirma que o Convênio ICMS 69/98 não criou novos fatos geradores do ICMS, como reconhecido na Decisão prolatada pelo juiz titular da 9ª Vara da Fazenda Pública, nos autos do Mandado de Segurança nº 6.407.330/98, e finaliza concluindo que:

1. o imposto estadual 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 relacionados;
2. a exigência do imposto incide também sobre os serviços eventuais, os serviços

complementares e as atividades que agilizem ou otimizem os serviços de comunicação, em razão do sentido amplo conferido à norma impositiva tributária escalada na Lei Complementar 87/96, devidamente explicitado pela Cláusula primeira do Convênio ICMS 69/98.

Quanto à infração 2, afirma que, uma vez demonstrada a regularidade da autuação no que se refere à infração 1, resta também caracterizada a incidência do percentual destinado ao Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza, uma vez que o acessório segue a sorte do principal.

VOTO

O recorrente baseou toda a sua argumentação no entendimento de que o Convênio ICMS 69/98 ampliou, de forma ilegal e inconstitucional, o alcance da incidência do ICMS em relação à prestação de serviços de telecomunicação. Entretanto, observo que, de acordo com o artigo 167, inciso I, do RPAF/99, não se inclui na competência dos órgãos julgadores administrativos a declaração de inconstitucionalidade da legislação tributária estadual, competência atribuída ao Poder Judiciário, tanto pela via abstrata como pelo controle concentrado, e, enquanto não for declarado inconstitucional pelos órgãos competentes, o Convênio ICMS 69/98 deve ser aplicado pela Administração Tributária.

No mérito, entendo que não merece reparo a Decisão recorrida, haja vista que, como bem salientado pela PGE/PROFIS, o ICMS incide não apenas sobre a comunicação propriamente dita, mas sobre todo o processo oneroso que viabiliza a prestação da comunicação, aí incluindo-se todos os dispositivos e equipamentos utilizados na sua ampliação ou facilitação, nos termos da Cláusula primeira, do Convênio ICMS 69/98 e do artigo 66, § 4º, do RICMS/97.

Como destacado no Parecer da PGE/PROFIS, o Convênio ICMS 69/98 não criou novos fatos geradores do ICMS, como argumentou o recorrente, e esse, inclusive, foi o entendimento exarado na Decisão prolatada pelo juiz titular da 9ª Vara da Fazenda Pública, nos autos do Mandado de Segurança nº 6.407.330/98, como a seguir transcrito:

“No inciso III do art. 2º da LC nº 87/96, quando a lei fala em geração, emissão, recepção, entre outras, não está definindo quais são as atividades que considera serviço de comunicação, mas apenas listando algumas que estariam inclusas nesse conceito. Não se tem nesse inciso uma definição. De fato, essa foi estabelecida pela Lei nº 9472/96 em seu art. 60 (Lei Geral de Comunicações).

(...)

Não acredito que o Convênio nº 69/98, ao listar o serviço de instalação, estaria alterando a base de cálculo do ICMS, o que é inconstitucional. Ele apenas enumera uma das atividades incluídas na definição da lei acima mencionada, que, por sua vez, apenas interpreta um conceito vago estabelecido tanto na Lei Complementar que institui o imposto, como na Constituição Federal. Não houve, repito, qualquer alteração ou aumento de base de cálculo.

Através do princípio da anterioridade, o sistema jurídico brasileiro impõe que a lei tributária somente se aplique a fatos geradores ocorridos após a sua publicação”.

Este, também, é o entendimento já manifestado pelas Câmaras do CONSEF em outros autos de infração lavrados contra este e outros contribuintes, como é o caso dos Acórdãos CJF nºs 0197-12/03, 0200-12/04, 0217-11/04 e 224-12/05.

Saliento, ainda, que o levantamento fiscal foi baseado em relatórios de faturamento apresentados pelo próprio autuado e os valores apurados pela fiscalização não foram impugnados pelo sujeito passivo.

Em relação à infração 2, observo que é referente às operações relacionadas na infração 1 da autuação. Restando caracterizada a irregularidade apontada no primeiro item do lançamento, é

devido o adicional de 2% destinado ao Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza, consoante o previsto no artigo 16-A, da Lei nº 7.014/96. Portanto, igualmente correta a Decisão recorrida.

Pelo exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário apresentado pelo autuado, para manter a Decisão recorrida que julgou PROCEDENTE o Auto de Infração, acolhendo o opinativo da PGE/PROFIS.

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 nº **232940.0097/05-0**, lavrado contra **INTELIG TELECOMUNICAÇÕES LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **RS113.607,19**, 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, 31 de agosto de 2006.

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS - PRESIDENTE

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA – RELATORA

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS