

**A. I. N° - 281081.0016/05-1**

**AUTUADO - TELEMAR NORTE LESTE S/A**

**AUTUANTES - EUZIANE GOUVEIA DA SILVA RICARDO e MACEDO DE AGUIAR E EDISON LEMOS**

**ORIGEM - IFEP – DAT/METRO**

**INTERNET - 07/02/06**

### **3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

#### **ACÓRDÃO JJF N° 0020-03/06**

**EMENTA: ICMS. 1. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO. SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO RELATIVO AOS SERVIÇOS LANÇADOS SOB A RUBRICA “FACILIDADES”. O ICMS não incide sobre comunicação, mas, sobre prestações de serviços de comunicação. As chamadas “facilidades” são serviços acessórios do serviço de comunicação, relacionados a uma comunicação preexistente que lhes dá suporte. As aludidas “facilidades” integram o campo de incidência do ICMS, pois o acessório segue a sorte do principal. O art. 54 do RICMS/97, ao tratar dos acréscimos e dos descontos relativos ao valor das operações e prestações, prevê que se incluem na base de cálculo do imposto todas as importâncias que representem despesas acessórias, qualquer que seja a natureza dos acréscimos ou vantagens pagos, recebidos ou debitados pelo contribuinte ao destinatário das mercadorias ou ao tomador do serviço. É devido o imposto. Infração caracterizada. Auto de Infração **PROCEDENTE** Decisão unânime.**

#### **RELATÓRIO**

O Auto de Infração, lavrado em 21/09/2005, refere-se à exigência de R\$1.745.091,93 de ICMS, acrescido da multa de 60%, tendo em vista que foram constatadas as seguintes irregularidades:

1. Deixou de recolher o ICMS, no valor de R\$1.000.020,35, relativo à prestação de serviços de comunicação, nos meses de julho a dezembro de 2000. Consta ainda o esclarecimento de que o contribuinte “não ofereceu à tributação o Serviço de Telecomunicação denominado Auxílio à Lista -102. Este serviço está dentro do campo de incidência do ICMS de acordo com o Convênio 69/98 (anexo a este PAF) e o RICMS/BA.”
2. Deixou de recolher o ICMS, no valor de R\$432,68 relativo a prestação de serviços de comunicação, nos meses de julho a setembro e novembro a dezembro de 2000. Foi esclarecido que a autuação se refere a valores glosados pela fiscalização referentes a Receitas de Telecomunicação denominado 0800, lançadas nas colunas SISRAF e SISRED dos Relatórios de Entidades Isentas.
3. Deixou de recolher o ICMS, no valor de R\$24.013,24, relativo à prestação de serviços de comunicação, nos meses de julho a dezembro de 2000. Consta ainda o esclarecimento de que o contribuinte “não ofereceu à tributação diversas receitas de Telecomunicações, sob a nomenclatura de Aluguel de Equipamentos. Todas estas receitas e serviços estão dentro do campo de incidência do ICMS de acordo com o Convênio 69/98 (anexo a este PAF) e o RICMS/BA, Parecer da GETRI/DITRI/BA (apenso a este PAF) e com a Lei 9.472 de 16.07.1997 no seu artigo 60.”

4. Deixou de recolher o ICMS, no valor de R\$118.784,17, relativo à prestação de serviços de comunicação, nos meses de julho a dezembro de 2000. Consta ainda o esclarecimento de que o contribuinte “não ofereceu à tributação diversas Receitas de Telecomunicações referentes à Transmissão de Dados ( TC ISDN, TC VOICE NET, TC CPE SOLUTION, ASS WEB HOSTING, ASS FAST INTERNET, ASS ACESS FR RELAY, SERV MINAS PAC, ACESS CIRCUITO VIRTUAL, TC DATA TURBO, CIR. ACESS INTERNET, TC DIGITRONCO, TC VPN IP, TC IP ACCESS CONECT AS. LC. ETC) . Todas estas receitas e serviços estão dentro do campo de incidência do ICMS de acordo com o Convênio 69/98 (anexo a este PAF) e o RICMS/BA.”
5. Deixou de recolher o ICMS, no valor de R\$14.577,36 relativo a prestação de serviços de comunicação, nos meses de julho, e outubro a dezembro de 2000. Foi esclarecido que o contribuinte “não ofereceu à tributação diversas Receitas de Telecomunicações sob a nomenclatura de EILD. Todas estas receitas e serviços estão dentro do campo de incidência do ICMS de acordo com o Convênio 69/98 (anexo a este PAF) e o RICMS/BA.”
6. Deixou de recolher o ICMS, no valor de R\$40.067,80, relativo à prestação de serviços de comunicação, nos meses de agosto a dezembro de 2000. Consta ainda o esclarecimento de que o contribuinte “não ofereceu à tributação diversas receitas de Telecomunicações ( OUTROS SERVIÇOS) como instalação a serviços Prestados através de Microondas, etc. Todas estas receitas e serviços estão dentro do campo de incidência do ICMS de acordo com o Convênio 69/98 (anexo a este PAF) e o RICMS/BA”.
7. Deixou de recolher o ICMS, no valor de R\$529.685,58, relativo à prestação de serviços de comunicação, nos meses de julho a dezembro de 2000. Consta ainda o esclarecimento de que o contribuinte “não ofereceu à tributação diversas Receitas de Telecomunicações, Todas tributadas e referentes a SERVIÇOS BÁSICOS (Assinaturas, Identificador de Chamadas, Bloqueio, DVI, Habilitação, Serviços Suplementares e Adicionais, Ligações para Celular VCI, VC2, VC3, DDD, 0300, etc.).Todas estas receitas e serviços estão dentro do campo de incidência do ICMS de acordo com o Convênio 69/98 (anexo a este PAF) e o RICMS/BA.”
8. Deixou de recolher o ICMS, no valor de R\$17.510,75, relativo à prestação de serviços de comunicação, nos meses de julho a dezembro de 2000. Consta ainda o esclarecimento de que o contribuinte “não ofereceu à tributação o Serviço de Telecomunicação, denominado de DISQUE TURISMO. Todas estas receitas e serviços estão dentro do campo de incidência do ICMS de acordo com o Convênio 69/98 (anexo a este PAF) e o RICMS/BA.”

O autuado, por seus advogados, apresentou impugnação às fls.97 a 116 dos autos, e depois de discorrer sobre as infrações e sobre enquadramento legal, disse que as infrações foram uniformes em sua fundamentação legal e transcreveu o artigo 4, incisos I, II, III, parágrafos 1º ao 4º, os artigos 50,51, 52, 66, 68, 124, 568 e 569 do RICMS/97. Transcreveu, também, o artigo 42 inciso II da Lei 7014/96.

Reconhecendo parcialmente a procedência do lançamento, disse que realizará o pagamento de parte do débito, correspondente às infrações 02, 04 e 05 e fração das infrações 06 e 07, conforme planilha formulada pelo autuado e requereu um prazo para que seja apresentada a guia de recolhimento parcial do imposto.

Aduz ainda que”o referido pagamento não inclui o acréscimo de imposto decorrente do aumento artificial da base de cálculo do ICMS (gross up) “ e que os valores em discussão correspondem , portanto à integralidade das infrações nºs. 01, 03 e 08, bem como parte das infrações nºs 06 e 07.

Frisou que resta também, em discussão, o montante decorrente da adoção pelo fisco baiano, como base de cálculo do imposto devido, de valores maiores do que a receita com eles obtida pela impugnante (feita incorretamente a título de inclusão do imposto da própria base).

Observou que a jurisprudência é pacífica do STF sobre a não-incidência do ICMS sobre os serviços previstos no Convênio ICMS nº 69/98, objeto da autuação.

Contestando a legitimidade do Convênio ICMS CONFAZ 69/98, o impugnante diz que o lançamento por ter sido todo ele fundamentado no mencionado Convênio deve ser julgado improcedente.

Argumentou que as atividades previstas como tributáveis pelo ICMS no Convênio ICMS nº 69/98 como habilitação, serviços suplementares e facilidades adicionais não são fatos geradores do imposto em tela. São atividades preparatórias e conexas ao serviço de comunicação, mas que não envolvem a consecução de uma efetiva relação comunicativa, assim, refogem à hipótese de incidência do imposto em tela. Transcreveu trechos do Convênio 69/98 e os entendimentos de doutrinadores como Roque Antonio Carraza, Eduardo Bottallo, Geraldo Ataliba e Aires Barreto.

Alegando ser questão pacificada no Superior Tribunal de Justiça, o impugnante transcreveu a Ementa do Recurso Especial nº 402.047/MG, que declarou ilegítima – à unanimidade- toda a cláusula primeira do Convênio ICMS nº 69/98. Transcreveu ainda trecho do voto do Relator que diz ser aplicável “in totum” ao caso em tela e o Acórdão da Primeira Seção, Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 11.368/MT, relator Ministro Francisco Falcão, DJ 09.02.2005p.182.

Em relação às infrações 01 e 08, referentes à falta de recolhimento do ICMS na prestação de serviços de comunicação denominados Auxílio à Lista e Turismo, transcreve o artigo 4º, I e parágrafo 1º, do RICMS para fundamentar a não-incidência do ICMS, pois entende o impugnante que para que ocorra o fato gerador é mister que haja a prestação de serviço de comunicação e que esta prestação seja onerosa. E acrescenta “ Isso porque o auxílio à lista (102) e turismo 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. Da mesma forma, não são serviços de comunicação – mas serviços prestados através do telefone, serviços de valor adicionado, tal como disque – piada, o disque-horóscopo etc. Em todos esses casos, é nítida a distinção entre a utilidade pretendida pelo usuário –diversão, despertador ou informação de natureza jurídica –e o serviço telefônico, que é meio pelo qual tais utilidades chegam até o interessado. Tais exemplos, frise-se somente acrescentam ao serviço de telecomunicações novas utilidades relacionadas ao acesso, armazenamento, apresentação, movimentação ou recuperação de informações”.

Salienta que esses serviços são denominados pelo Convênio ICMS nº 69/98 de “serviços suplementares e facilidades adicionais que otimizem ou agilizem o processo de comunicação” e que tais atividades são classificadas de serviços de valor adicionado (SVAs) pela Lei Geral de telecomunicações nº 9.472/97. Transcreveu o artigo 61 da Lei 9.472/97 e a o artigo 3º da Resolução Anatel nº 73 de 25/11/1998 que editou o Regulamento dos Serviços de Telecomunicações para sustentar que a própria legislação sobre telecomunicações classificam estas atividades de forma apartada dos serviços de telecomunicações.

Em relação à infração 03, arguiu que o ICMS sobre a atividade de aluguel de equipamentos é absolutamente ilegítima, que a locação de bens móveis não é serviço, por não corresponder à hipótese de incidência do imposto e que este é o entendimento do STF.

Assevera que a locação de bens móveis não é serviço, cita os artigos 1.188 e 1.216 do Código Civil, que define a locação de coisa e locação de serviços e transcreve o artigo 110 do CTN para sustentar a ilegalidade da exigência do imposto sobre serviços na locação de rádio MULTICANAL, modem, PABX, roteador, de acessórios e demais equipamentos, configurando-se manifestamente ilegítima a exigência consubstanciada no auto de infração. Sobre este assunto transcreveu teor decisório do STF, Recurso Extraordinário nº 116.121-3, Rel. Ministro Octávio Gallotti, DJ 25.05.2001 e trechos de ensinamentos de Aliomar Baleeiro.

Alega “aumento ilegítimo do imposto causado pelo método de definição da base de cálculo – “Gross up” - adotado pelo Fisco baiano”. Com isso, diz que os autuantes não observaram o art.13, III da Lei Complementar nº 87/96 - segundo o qual a base de cálculo do imposto é, na prestação de serviço de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, o preço do serviço.

Para exemplificar disse “suponha-se que a Impugnante tenha prestado um serviço pelo qual cobrou R\$ 100, 00, o qual é tributado a uma alíquota de 27% (alíquota aplicável aos serviços de comunicação no Estado da Bahia). O ICMS devido seria, obviamente, de R\$ 27,00. Com isso, a Impugnante ficaria com R\$ 73,00 pelos serviços prestados e entregaria R\$27,00 ao Fisco. Nesse caso, como o ICMS integrou sua base de cálculo (ou seja: ele está incluso no valor cobrado pelo serviço prestado), o imposto acaba representando uma alíquota superior àquela nominalmente prevista na lei (27%)”. Sobre o assunto colacionou a decisão do STJ REsp nº 622.807-Ba. Rel. Min. Eliana Calmon.

Requerendo Perícia, apresenta os seguintes quesitos:

- a) Qual a receita obtida pela Impugnante (ou melhor, faturada contra seus clientes, independentemente de ter ou não sido efetivamente recebido) em razão dos serviços autuados?
- b) Qual a alíquota do ICMS sobre telecomunicações?
- c) Multiplicando-se a receita identificada em “1” pela alíquota referida em ‘2’, e cotejando-se com os valores pagos pela Impugnante, pode-se dizer que o pagamento abarcou a integralidade do principal (ICMS) resultante dessa multiplicação (preço do serviço x alíquota)?
- d) A diferença entre os valores (de principal) pagos pela Impugnante e os valores (de principal) exigidos pelo Fisco baiano deve-se à consideração como base de cálculo do imposto, por parte deste último, de valores maiores do que os identificados em 1?
- e) Como a fiscalização chegou a esses valores (superiores aos efetivamente devidos)?
- f) No que tange aos valores não pagos pela Impugnante, o principal e seus consectários também estão sendo exigidos de forma majorada pelo Fisco (item 5)?

Concluiu pedindo a procedência da impugnação, de maneira a cancelar-se o auto de infração objurgado, extinguir-se o crédito tributário nele consubstanciado e arquivar-se o processo fiscal instaurado.

Os autuantes prestaram informação fiscal às fls. 215 a 240 dos autos, discorrendo, inicialmente, sobre a autuação e as razões de defesa, explicando que todas as infrações levantadas às fls. 01 a 08 do PAF estão legalmente amparadas pelo Regulamento do ICMS-BA, aprovado pelo Decreto 6.284/97, leis 7.014/97, 87/96 e 9472/97 e Convênios 69/98 e 126/98. Entendem que o Convênio 69/98 veio apenas para esclarecer fatos e situações onde permaneciam dúvidas por parte das operadoras do serviço de telefonia, por isso, têm plena convicção quanto à incidência do ICMS sobre os valores cobrados a título de acesso, adesão, ativação, habilitação, disponibilidade, assinatura de utilização de serviços, bem assim aqueles relativos a serviços suplementares e facilidades adicionais que otimizem ou agilizem o processo de comunicação independentemente da denominação que lhes seja dada.

E acrescentam que “o autuado contesta a legitimidade do Convênio 69/98 e transcreve entendimentos de vários doutrinadores neste sentido, porém, estas teses e entendimentos jurídicos não encontram guarita na legislação tributária do nosso estado. Portanto, deve

prevalecer o entendimento da fiscalização que aplicou as normas legais vigentes previstas no regulamento de ICMS do Estado da Bahia e no Convênio 69/98.”.

Transcreveram o artigo 167 inciso I do RPAF/99, que exclui da competência dos órgãos julgadores a declaração de inconstitucionalidade.

Transcreveram trechos do tributarista Carlos Augusto Coelho Branco que versa sobre a impossibilidade da execução da prestação do serviço de telecomunicação sem a utilização do serviço a ele conexo.

Observa que o autuado se contradiz, em sua defesa, ao transcrever texto de autoria de Eduardo Botallo (fls. 103/104), que se coaduna perfeitamente com o entendimento do Fisco baiano, ao afirmar que “as atividades acessórias (tarefas-meio), como as de utilização ou disponibilização de equipamentos são essenciais à atividade-fim de prestação de serviço de comunicação, nela se incluindo indissociavelmente. Assim, não podem ser consideradas isoladamente, para fins de incidência do ICMS. Constitui erroria jurídica pretender desmembrar as inúmeras atividades-meio necessárias à prestação em tela, como se fossem serviços de telecomunicações parciais.”.

Informa que as infrações 06 e 07, referentes aos serviços preparatórios devem prevalecer, pois foram autuados de acordo com as normas vigentes no RICMS/BA e no Convênio 69/98. Acrescenta ainda que o autuado, em sua defesa, não contesta os valores apurados pela fiscalização.

Em relação às infrações 01 (Serviço de Auxílio à Lista) e 08 (Turismo) alega que estes serviços estão dentro do campo de incidência do ICMS de acordo com o Decreto 6.284/97 Regulamento de ICMS da Bahia e transcreveram o artigo 4º inciso I e § 1º do RICMS/97 e reafirmaram que o contribuinte em sua defesa à fl. 106 confirma o entendimento do Fisco e joga por terra sua alegação de não incidência do ICMS sobre os serviços 102 e turismo quando afirma que “para que ocorra o fato gerador do ICMS é condição mister:

- a) que haja prestação de serviço de telecomunicação;
- b) que esta prestação seja onerosa.”

Fatores que os autuantes alegam como existentes nestes serviços, ou seja, existe uma mensagem, sua transmissão e sua recepção, além de não serem gratuitos. Assim, entendem estarem configurados os serviços de telecomunicação.

Reforçam o entendimento de que o Convênio 69/98 esclareceu fatos e situações, pois seria impossível aos órgãos legisladores conjecturar toda e qualquer nomenclatura que possa vir a ser criada pelas operadoras de telefonia para os seus guias serviços ou outros que venham a ser colocados à disposição dos usuários.

No tocante à infração 03, sobre a alocação de Bens Móveis e Equipamentos, após descreverem o serviço de acordo com o Portfólio de serviços de telecomunicação referente ao serviço prestado TC CPE SOLUTIONS (aluguel de equipamentos), concluem que estes serviços estão totalmente associados e vinculados ao serviço de telecomunicação prestado pelo autuado, logo estão dentro do campo de incidência do ICMS. Salientando que sem os equipamentos oferecidos pelo autuado aos seus clientes, não haveria nenhuma possibilidade de ocorrer a prestação do serviço de telecomunicação, pois são dependentes entre si, visto que são prestados num mesmo momento e de forma simultânea.

Após transcrever o entendimento das fls. 103 e 104, os autuantes disseram que estão de acordo com o Parecer da DITRI, que transcreveram na íntegra às fls. 224 a 226, referente à consulta sobre a incidência do ICMS na chamada locação de equipamentos.

Para embasarem este entendimento reproduziram trechos do tributarista carioca Carlos Augusto Coelho Branco, Ementa do Recurso Voluntário do Conselho Estadual de Recursos Fiscais da

Secretaria da Fazenda do Espírito Santo, Acórdão nº 046/2002, Parecer da Procuradoria da Fazenda Estadual do Estado da Bahia – PROFAZ, publicado no Informativo Técnico Tributário da SEFAZ ano II, nº 19 - Julho/98, ensinamentos de Roque Antonio Carraza, e a decisão Normativa CAT-5 de 2-12-2004, elaborada pelo Estado de São Paulo (228 a 231).

Em relação ao aumento do imposto apurado pelo método de definição da base de cálculo adotado pelo fisco baiano, referente a todas as infrações, que no entendimento do autuado aumenta ilegitimamente o valor do serviço prestado, os autuantes informaram que intimaram o autuado a informar o critério utilizado pela mesma para lançar suas receitas não oferecidas à tributação, tendo sido apresentado ao Fisco um documento oficial informando sobre o procedimento que a empresa adotou em relação ao controle, apuração e recolhimento do ICMS e que no citado documento o autuado afirma, explicitamente, que “para fins de controle, apuração e recolhimento do ICMS, aloca na coluna denominada ISENTA, do seu livro de apuração de ICMS as receitas oriundas das prestações de serviço tendo por clientes entidades que estão dispensadas do pagamento do imposto, por força de lei estadual. Já para a Coluna Outras, aloca receitas não tributadas pelo ICMS.”.

Logo todos os valores apurados pela fiscalização estão registrados nas colunas Isentas ou Outras do Livro Fiscal Registro de Saídas ou no relatório de faturamento do contribuinte. Entenderam, então, que o autuado pelo fato de considerarem que tais serviços não eram tributados pelo ICMS, não adicionou o valor do imposto ao preço final do serviço, conforme comunicado oficial do autuado à cliente Lojas Insinuante, apenso à fl. 236, onde confessa que não incluiu em suas faturas o custo do ICMS na prestação do serviço de comunicação. Assim, disseram estar evidente que estes serviços prestados, que o autuado entendia não ser tributados pelo ICMS, não estavam embutidos os valores do ICMS no seu preço.

O fato também de não existir o destaque do ICMS nas notas fiscais emitidas pelo autuado, é para os autuantes, fator incontestável de que o imposto não estava embutido no preço do serviço de comunicação, logo entendem não cabe a alegação do autuado de que os autuantes utilizaram base de cálculo fictícia ou equivocada. Transcreveram a Ementa do Acórdão JF 0132-01/03, da Primeira Junta de Julgamento Fiscal, em que foi julgada procedente, uma mesma matéria reforçando que este é o entendimento do CONSEF quanto à forma de apuração do imposto.

Em relação ao pedido de perícia solicitado pelo autuado, informaram que são totalmente contrários por acharem descabidas, e não encontrar amparo legal, e em conformidade com o artigo 147 do RPAF/99, disseram que o assunto não depende de conhecimentos técnicos especiais.

Para finalizar, pediram a procedência total do Auto de Infração.

O autuado, em nova manifestação às fls. 256 a 262, volta a afirmar que o STJ declarou unanimemente a ilegitimidade integral do convênio ICMS 69/98 e transcreveu a decisão do Recurso Especial nº 402/047/MG.

Sobre a não-incidência do ICMS - comunicação sobre a habilitação de telefones fez a transcrição da decisão da STJ, Primeira Seção, Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 11.368/MT, Relator Francisco Falcão, DJ 09+02.2005 p.182.

Voltou a afirmar que os serviços de auxílio à Lista (102, turismo e assemelhados não são serviços de comunicação, e sim serviços de valor adicionado (SVAs) definida pela Lei Geral de Telecomunicações, Lei 98.472/97, reproduzindo o artigo 61 da mesma Lei.

Para alicerçar este entendimento reproduziu, novamente, o art. 3º da Resolução Anatel de 25 de novembro de 1998, que editou o Regulamento dos Serviços de Telecomunicações como também as decisões do STF RE nº 116.121-3, Rel. Ministro Octávio Gallotti.

Por fim, reiterou o pedido da procedência da impugnação.

## VOTO

Inicialmente rejeito o pedido de perícia, formulado pelo autuado, haja vista que os elementos de prova constantes nos autos são suficientes para a formação da minha convicção, a teor do disposto no art. 147, inciso I, “a” do RPAF/99. Ademais, a prova do fato não depende de conhecimento especial de técnicos, conforme o previsto no inciso II, “a” do citado dispositivo.

Com relação ao argumento do autuado da inconstitucionalidade do Convênio ICMS nº 69/98, o qual foi utilizado pelos autuantes para embasar uma parte da autuação, ressalto não caber a este CONSEF a sua apreciação, consoante dispõe o art. 167, I, do RPAF/99, razão pela qual não me manifestarei a respeito.

Da análise das peças processuais constato que o sujeito passivo, em momento algum, trouxe aos autos provas documentais que venham elidir as acusações fiscais, as quais foram apuradas na escrita do próprio contribuinte, sendo inclusive o mesmo intimado no percurso da ação fiscal para comprová-las, não o fazendo, entretanto.

A Lei Complementar nº 87/96, no art. 2º, III, assim como o art. 1º, III, c/c o art. 2º, VII, da Lei nº 7.014/96, além do art. 1º, §2º, VII, do RICMS/97, 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, deve-se incluir na base de cálculo do imposto os valores tributáveis ou tidos como isentos, objetos das infrações exigidas neste Auto de Infração.

O autuado não questionou os fatos apurados nas infrações 02, 04 e 05 e fração das infrações 06 e 07 do Auto de Infração, conforme planilha por ele formulada e informou que procederá ao pagamento desta parte reconhecida, exceto quanto “inclusão do imposto na própria base”, entendendo o defendente que os valores de base de cálculo são maiores do que a receita efetivamente obtida pelo sujeito passivo. Disse que o excesso exigido é decorrente do inédito critério de cálculo adotado pelo Fisco baiano, que deveria tomar as receitas efetivamente auferidas pelo autuado, e sobre elas aplicar a alíquota prevista em lei.

Insurge-se o autuado contra a apuração da base de cálculo para determinação do ICMS, em todas as infrações, contudo não lhe cabe razão, 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 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.

Entendo que está correta a forma adotada pelos autuantes para apurar a base de cálculo do imposto, por encontrar amparo no RICMS-BA. Portanto, é subsistente a exigência fiscal nestas infrações.

As infrações 01 e 08, impugnadas pelo autuado referem-se a valores apurados pela fiscalização correspondentes a receitas de telecomunicação (Auxílio à Lista 102), e Turismo lançadas na contabilidade do autuado como isentas e sem apresentação de nenhum documento comprobatório de tais lançamentos.

Nas razões defensivas o autuado alegou que é ilegítima a exigência do tributo por se referir a fatos não sujeitos à incidência do ICMS, porque entende o autuado que não se tratam propriamente de serviços de comunicação.

De acordo com o art. 2º, inciso VII, da Lei nº 7.014/96, o ICMS incide sobre a prestação onerosa 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, ressaltando-se que essa mesma regra encontra-se no art. 1º, § 2º, VII, do RICMS/97.

Quanto ao fato gerador, nas prestações de serviços de comunicação de qualquer natureza e por qualquer processo, o art. 4º, § 4º, do RICMS/97, estabelece:

*“Art. 4º.*

*(...)*

*§ 4º 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 suplementares e facilidades adicionais que otimizem ou agilizem o processo de comunicação, independentemente da denominação que lhes seja dada (Conv. ICMS 69/98)”.*

No mesmo sentido, a Cláusula primeira do Convênio ICMS 69/98, estabelece que:

*“Cláusula primeira Os signatários firmam entendimento no sentido de que se incluem na base de cálculo do ICMS incidente sobre prestações de serviços de comunicação os valores cobrados a título de acesso, adesão, ativação, habilitação, disponibilidade, assinatura e utilização dos serviços, bem assim aqueles relativos a serviços suplementares e **facilidades** adicionais que otimizem ou agilizem o processo de comunicação, independentemente da denominação que lhes seja dada.” (grifo nosso).*

Por sua vez, ao tratar dos acréscimos e descontos relativos a base de cálculo imposto, o RICMS/97, em seu art. 54, I, alínea “a”, determina que:

*“Art. 54. No tocante aos acréscimos e aos descontos relativos ao valor das operações ou prestações, observar-se-á o seguinte:*

*I - incluem-se na base de cálculo do ICMS:*

*a) 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;”*

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, conforme os trechos dos votos da 1ª Junta de Julgamento Fiscal e 2ª Câmara de Julgamento Fiscal, abaixo transcritos:

#### **“1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

#### **ACÓRDÃO JJF Nº 0106-01/03**

...

#### **VOTO**

...

*No tocante ao 2º item do Auto de Infração, que diz respeito à falta de recolhimento de ICMS relativo à prestação de serviços de comunicação na rubrica “facilidades”, a defesa sustenta a tese de que não se trata de serviços tributáveis pelo ICMS, pois não se enquadram no conceito jurídico de “comunicação”. Frisa que as chamadas “facilidades” são meros serviços acessórios do serviço de comunicação, a fim de otimizar suas atividades, pois apenas acrescentam uma “customização” a uma comunicação preexistente que lhes dá suporte.*



*O ICMS, do mesmo modo que não incide sobre mercadorias, mas sim sobre operações relativas à circulação de mercadorias, também não incide sobre comunicação, mas sobre prestações de serviços de comunicação. Quando a defesa diz que as aludidas “facilidades” são serviços acessórios do serviço de comunicação, acrescentando uma “customização” a uma comunicação preexistente que lhes dá suporte, está com isso, sem querer, reconhecendo que o aludido serviço integra inquestionavelmente o campo de incidência do ICMS. Os acessórios seguem a sorte do principal. O art. 54 do RICMS/97, ao tratar dos acréscimos e dos descontos relativos ao valor das operações e prestações, prevê que se incluem na base de cálculo do imposto todas as importâncias que representem despesas acessórias, qualquer que seja a natureza dos acréscimos ou vantagens pagos, recebidos ou debitados pelo contribuinte ao destinatário das mercadorias ou ao tomador do serviço. É devido o imposto..”*

## **“2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL**

### **ACÓRDÃO CJF Nº 0197-12/03**

...

#### **VOTO**

...

*Quanto ao Recurso Voluntário também voto por seu improvimento porque as razões apresentadas pelo recorrente em relação aos itens 01 e 03 não estão lastreadas em elementos probantes e em relação ao item 02 porque o provimento de “facilidades” ou o provimento de acessos são serviços que adicionam valor ao serviço de comunicação, sendo da mesma natureza, ou seja, são prestações onerosas de serviços de comunicação e estão, portanto, sujeitas ao ICMS, nos termos da Constituição Federal e legislação infraconstitucional imediata e mediata. Acresço que o pensamento da Ministra Eliana Calmon está equivocado porque se baseia em pressuposto falso, o de que um serviço de valor adicionado não é serviço de comunicação. Ora, qualquer serviço que se insere numa prestação de serviço maior pode ser classificado como serviço de valor adicionado. Por exemplo, o serviço de demolição de prédio antigo para construção de prédio novo. Embora seja um serviço de “desconstrução” se insere na prestação com a mesma natureza de serviço de construção civil. Assim, o provimento de acesso, conquanto possa ser tido como não sendo um serviço de telecomunicação, nos termos da legislação pertinente.”(grifo nosso).*

Ademais, o próprio autuado reconhece o erro cometido quando enviou correspondência à cliente Lojas Insinuante (fl. 243), informando sobre inclusão, nas faturas relativas aos serviços de comunicação, o custo do ICMS.

Entendo que é subsistente a exigência fiscal, haja vista que, consoante a legislação, o ICMS incide sobre a comunicação propriamente dita, e também sobre os serviços complementares ou suplementares e facilidades adicionais que otimizem ou agilizem o processo de comunicação, que o autuado fornece aos seus clientes.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração, considerando que ficou caracterizado nos autos o cometimento das infrações apuradas, devendo ser homologado o valor recolhido.

#### **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 281081.0016/05-1, lavrado contra

**TELEMAR NORTE LESTE S/A**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$1.745.091,93**, atualizado monetariamente, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso II, alínea “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios, devendo ser homologado o valor efetivamente recolhido.

Sala das Sessões do CONSEF, 01 de fevereiro de 2006.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE

MARIA DO SOCORRO FONSECA DE AGUIAR - RELATORA

EDUARDO RAMOS DE SANTANA - JULGADOR