

PROCESSO - A. I. Nº 281081.0006/06-4
RECORRENTE - TELEMAR NORTE-LESTE S/A (OI)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3º JF nº 0363-03/06
ORIGEM - IFEP SERVIÇOS
INTERNET - 05/07/2007

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0216-12/07

EMENTA: ICMS. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO. SERVIÇO DE TELECOMUNICAÇÃO. OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS REGISTRADAS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. **a)** AUXÍLIO À LISTA-102. **b)** DISQUE TURISMO. **c)** DISQUE DESPERTADOR. 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 terceiros condições materiais para que a comunicação ocorra. 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. Infrações subsistentes. Não acolhidas às arguições de inconstitucionalidade. Infrações subsistentes. Indeferido, o pedido de perícia. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário recorrido pelo contribuinte contra a Decisão que julgou Procedente o Auto de Infração, lavrado em 18/07/06, para exigir ICMS no valor de R\$2.963.609,01, acrescido da multa de 60%, tendo em vista que foram constatadas as seguintes irregularidades:

1. Deixou de recolher o ICMS relativo à prestação de Serviço de Telecomunicação denominado de AUXÍLIO À LISTA – 102, conforme Anexo 01 (01/2002 a 12/2002) - R\$2.810.875,62.
2. Deixou de recolher o ICMS relativo à prestação de Serviço de Telecomunicação denominado de DISQUE TURISMO, conforme Anexo 01 (01/2002 a 12/2002) - R\$108.230,36.
3. Deixou de recolher o ICMS relativo à prestação de Serviço de Telecomunicação denominado de DISQUE DESPERTADOR, conforme Anexo 01 (01/2002 a 12/2002) - R\$44.503,03.

Consta, na descrição dos fatos, diversos esclarecimentos acerca do enquadramento, relatórios fornecidos pela empresa, o lançamento nos livros próprios de operações de prestação de serviços como não tributadas pelo ICMS.

O autuado, em defesa apresentada às fls. 50 a 67, discorre sobre as infrações, transcreve a legislação apontada pelo autuante no enquadramento das infrações e diz que as infrações foram uniformes em sua fundamentação legal.

Alega que toda a legislação do ICMS tem embasamento no Convênio ICMS 69/98, e que é manifestamente ilegítima. Argumenta que o ICMS-comunicação somente incide quando há uma efetiva transmissão de mensagem entre o emissor e um receptor, decorrente de um serviço prestado por um terceiro e que as atividades preparatórias e conexas ao serviço de comunicação não envolvem uma relação comunicativa, fugindo à hipótese de incidência do imposto.

Argumenta que as atividades previstas como tributáveis pelo ICMS no Convênio ICMS 69/98, como habilitação, serviços suplementares e facilidades adicionais, não são fatos geradores do imposto em tela, mas sim atividades preparatórias e conexas ao serviço de comunicação, não envolvem a consecução de uma efetiva relação comunicativa; assim, estão fora do campo de incidência do imposto. Transcreve parte do mencionado Convênio e trechos de autoria dos

doutrinadores Roque Antonio Carraza, Eduardo Bottallo, Geraldo Ataliba e Aires Barreto, para reforçar o seu entendimento de que não há incidência do imposto sobre as operações praticadas pela empresa.

Alegando tratar-se de questão pacificada no Superior Tribunal de Justiça, a impugnante transcreve a Ementa do Recurso Especial nº 402.047/MG, que declarou ilegítima – à unanimidade - a cláusula primeira do Convênio ICMS 69/98. Transcreve, 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 09.02.2005 fl.57.

Em relação às infrações 01, 02 e 03, referentes à falta de recolhimento do ICMS na prestação de serviços de comunicação denominados Auxílio à Lista, Turismo, Disque Despertador, transcreve o artigo 4º, I e § 1º da LC Nº 87/96 para fundamentar a não-incidência do ICMS, pois entende que para que ocorra o fato gerador é mister haver a prestação de serviço de comunicação e que esta prestação seja onerosa. E acrescenta que os serviços de Auxílio à Lista, Turismo, Disque Despertador 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, sobre os quais não incidem o ICMS.

Destaca que o Auxílio à Lista (102) consiste em serviço prestado pelas operadoras do Serviço Telefônico Comutado (STFC), por determinação da Anatel, para disponibilizarão de informações relativas aos números de telefones dos assinantes cadastrados, tratando-se de uma obrigação complementar à de editar as listas telefônicas, conforme art. 213, § 2º da LGT e artes. 3º, X, 82 I e 87 do Regulamento do STFC; assim, caso o número solicitado pelo usuário não esteja publicado nas listas telefônicas, a ligação para o 102 não poderá ser cobrada.

Afirma que em Acórdão prolatado pelo Conselho de Contribuintes do Estado do Rio de Janeiro, por maioria dos votos, foi afastada a exigência do ICMS sobre o serviço de auxílio à lista, posicionamento estabelecido no art. 3º do Regulamento dos Serviços de Telecomunicação, que no seu art 3º diz que não constituem serviço de telecomunicação os serviços de valor adicionados, nos termos do art. 61 da Lei nº 9.427/97. Conclui dizendo que é ilegítimo a exigência do imposto sobre as operações praticadas.

Em todos esses casos é nítida a distinção entre a utilidade pretendida pelo usuário—diversão, despertador ou informação de natureza jurídica e os serviços telefônicos, 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 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. Transcreve o artigo 61 da Lei nº 9.472/97 e 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 essas atividades de forma apartada dos serviços de telecomunicações. Diz que o STF também já enfrentou a questão em debate, tendo assentado que os serviços de valor adicionado, não se confundem com os serviços de telecomunicações.

Esclarece que a chamada para o auxílio à lista possui valor fixo, em muito superior àquele normalmente cobrado nas ligações telefônicas, porque embute um serviço que possui custo à parte, a saber: a manutenção de uma central com funcionários e equipamentos especializados, para o fornecimento das informações solicitadas. Cita Decisão do Conselho de Contribuintes do Estado do Rio de Janeiro, considerando indevida a exigência do ICMS a título do serviço prestado de Auxílio à Lista. Declara que o serviço “102” é prestado através da rede de telecomunicações, mas não se confunde com o serviço de comunicação em si, o que afasta a possibilidade de cobrança do ICMS na hipótese.

Alega “*aumento ilegítimo do imposto causado pelo método de definição da base de cálculo – “gross up” - adotado pelo Fisco baiano*”, sem que os autuantes tenham observado o disposto no 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.

Exemplifica que ao prestar um serviço pelo qual cobrou R\$ 100,00, tributado a uma alíquota de 27%, resulta em valor devido de R\$27,00, ficando o impugnante com uma receita de R\$73,00 pelos serviços prestados e entregaria R\$27,00 ao Fisco, o que representa numa alíquota real de 36,98%, superior àquela nominalmente previsto na lei (27%). Alega que na situação presente o fisco considerou como líquido o valor de R\$100,00 e presumiu uma base de cálculo de R\$127,00, o que resultou em valor exigido de R\$34,29, que corresponde a uma alíquota real de 52,18% do “preço efetivamente auferido pela empresa”. Pondera que o procedimento adotado pelo fisco não corresponde ao cálculo por dentro do ICMS, na forma prevista constitucionalmente.

Com isso, diz que o Fisco calculou o preço que deveria ter sido cobrado pela impugnante, acrescentando à sua receita valores que a iniciativa privada nunca cobrou ou recebeu. Sobre o assunto, juntou ao processo o Parecer elaborado pelo tributarista Hamilton Dias de Souza, ratificando o seu entendimento. Transcreveu à fl. 65, Decisão do STJ do REsp 622.807-BA, cuja Relatora foi a Ministra Eliana Calmon, em que decidiu a vinculação dos tributos aos valores efetivamente recebidos pelo contribuinte.

Destaca que a impugnante entrou com ação no Poder Judiciário da Bahia contra a forma artificial da constituição da base de cálculo do imposto exigido pelo Fisco estadual em diversas autuações, transcrevendo trechos da primeira sentença, cuja Decisão lhe foi favorável.

Requer Perícia, para comprovar que a fiscalização exigiu o imposto apurando base de cálculo superior aos preços praticados, indicando assistente técnica e apresentando quesitação à fl. 67 que deseja ver respondida pelo perito.

Concluiu pedindo a procedência da impugnação e a improcedência da autuação, requerendo provar o alegado por todos os meios em direito admitidos, em especial pela perícia.

Os autuantes, na informação fiscal prestada às fls. 157 a 167, inicialmente discorrem sobre a autuação e as razões de defesa e esclarecem que todas as infrações levantadas no PAF estão legalmente amparadas pelo Regulamento do ICMS-BA, Leis nºs 7.014/97, 87/96 e 9472/97 e Convênios ICMS 69/98 e 126/98.

Entendem que o Convênio ICMS 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.

Quanto à inconstitucionalidade do mencionado Convênio e o entendimento dos doutrinadores citados na defesa, dizem que deve prevalecer a aplicação das normas legais vigentes, previstas no RICMS/BA e Convênio ICMS 69/98. Ressaltam que o artigo 167, I do RPAF/BA, exclui da competência dos órgãos julgadores de sua competência, a declaração de inconstitucionalidade da legislação tributária.

Transcrevem trechos do tributarista Carlos Augusto Coelho Branco acerca da impossibilidade da execução da prestação do serviço de telecomunicação sem a utilização do serviço a ele conexo.

Observam que o autuado se contradiz, em sua defesa à fl. 55, ao transcrever texto de autoria de Eduardo Botallo, 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 errônea jurídica pretender desmembrar as inúmeras atividades - meio necessárias à prestação em tela, como se fossem serviços de telecomunicações parciais”.

Com relação às infrações 1 (Serviço de Auxílio à Lista), 2 (Disque Turismo) e 3 (Disque Despertador), argumentam que o contribuinte alega que não incide ICMS sobre esses serviços, porém afirma que a condição para que ocorra o fato gerador é que “ocorra a prestação do serviços de telecomunicação e que esta prestação seja onerosa”.

Transcrevem à fl. 161, o art. 4º, I, § 1º do RICMS/BA, e afirmam que os mencionados serviços estão dentro do campo de incidência do ICMS, e atestam que o contribuinte em sua defesa confirma o entendimento do Fisco, jogando por terra sua alegação de não incidência do ICMS sobre os serviços 102, Turismo e Despertador, tendo em vista que os aludidos serviços configuram prestação de serviços de telecomunicações e são prestados de forma onerosa. Argumentam que na prestação dos serviços em questão existe uma mensagem, sua transmissão e sua recepção, além de não serem gratuitos. Assim, entendem estarem configurados os serviços de telecomunicações.

Reforçam o entendimento de que o Convênio ICMS 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.

Em relação à alegação defensiva de que ocorreu aumento do imposto pelo método de apuração da base de cálculo adotado pelo fisco baiano, referente a todas as infrações, os autuantes esclarecem que o art. 17, VII, § 1º da Lei nº 7.014/96, determina que a base de cálculo do imposto na prestação do serviço de comunicação é o preço do serviço, sendo que o ICMS integra a base de cálculo. Afirmam que intimaram o autuado para informar o critério utilizado pelo mesmo para lançar suas receitas não oferecidas a tributação, tendo sido apresentado ao Fisco um documento oficial, cuja cópia foi acostada à fl. 20, 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”*.

Ressaltam que 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. Entendem que o autuado, pelo fato de considerar que tais serviços não eram tributados pelo ICMS, não adicionou o valor do imposto ao preço final do serviço, o que reduziu a sua base de cálculo. Argumentam que, se considerada a operação de prestação de serviços como tributada, o imposto deve ser integrado à base de cálculo, e não deve ser considerado o valor do serviço cobrado do cliente, tendo em vista que o contribuinte assumiu o risco e o ônus do não pagamento do tributo, nem consultou o Fisco Estadual para saber se o seu procedimento estava correto.

Afirmam que não procede a alegação defensiva de que os autuantes utilizaram base de cálculo fictícia, e tanto é verdade que a 1ª JF julgou procedente a exigência de imposto da mesma natureza, conforme Acórdão nº 269.280/01, cuja ementa transcreve às fls. 165 e 167. Transcreve também Decisão do STF relativa ao AgR 319670 (fl. 166).

Em relação ao pedido de perícia solicitado pelo autuado, informaram que são totalmente contrários por acharem descabidas, e não encontrar amparo legal, em conformidade com o artigo 147 do RPAF/99, que transcrevem às fls. 166 e 167, por não haver necessidade de conhecimentos técnicos especiais.

Finalizam, pedindo a Procedência total do Auto de Infração.

O julgador de Primeira Instância emitiu o seguinte voto:

“Inicialmente, indefiro o pedido de perícia, formulado pelo autuado tendo em vista que a mesma foi requisitada para esclarecer a apuração da base de cálculo do imposto, e os elementos constantes do processo são suficientes para compreensão do método de apuração da mesma. Ademais, a prova do fato não depende de conhecimento especial de técnicos, o que justifica o indeferimento conforme o previsto no art. 147 inciso II, “a” do RPAF/99.

No mérito, o contribuinte foi acusado de não tributar o ICMS relativo à prestação de serviços de comunicação, referente às modalidades de serviços: Auxílio à Lista, Disque Turismo e Disque Despertador.

O impugnante apresentou diversos argumentos para descaracterizar a incidência do ICMS sobre estas operações.

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 nº 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.

Concluo que o serviço de Auxílio à Lista, Disque Turismo e Disque Despertador, são enquadrados pela legislação tributária como serviços de comunicação, de caráter oneroso e tributado pelo ICMS. Quanto à Decisão prolatada pelo Conselho de Contribuintes do Estado do Rio de Janeiro, citada na defesa, não se coaduna com as decisões prevalentes emanadas deste CONSEF, que mantém o entendimento de que as denominadas “facilidades” integram o campo de incidência do ICMS, conforme Acórdãos CJE nº 0197-12/03, CJE nº 0455-11/04 e CJE nº 0217-11/04, nos quais foram mantidas as decisões da primeira instância.

Em relação ao argumento de que o serviço de Auxílio à Lista (102), consiste em serviço prestado por determinação da Anatel, este serviço é cobrado pela operadora, portanto de caráter oneroso e tributado pelo imposto. Não foi trazida ao processo nenhuma prova de que as operações objeto da autuação se enquadrem nas situações em que não é cobrada a ligação, no caso o número solicitado pelo usuário não esteja publicado nas listas telefônicas, motivo pelo qual não acato tal alegação.

Quanto ao argumento de que as regras previstas pelo Convênio ICMS nº 69/98, são inconstitucionais, ao definir que os serviços suplementares e facilidades adicionais englobam o campo de incidência do ICMS, conforme anteriormente apreciado, a legislação tributária estadual (Lei nº 7.014/96) prevê a tributação sobre estes serviços, portanto é legal a exigência fiscal e não cabe a este órgão julgador ajuizar a inconstitucionalidade da legislação tributária, nos termos do art. 167 do RPAF/BA, devendo esta questão ser conduzida para apreciação do Supremo Tribunal Federal.

Referente ao argumento defensivo de que a fiscalização utilizou método inadequado para definir a base de cálculo (Gross up), verifico que conforme disposto no art. 13, § 1º da Lei Complementar nº 87/96, incorporado no art. 17, § 1º da Lei nº 7.014/96, o ICMS integra a sua própria base de cálculo. Assim sendo, numa operação de venda de mercadorias, o valor do imposto está contido no preço da mesma. Conforme disposto no art. 13, III da Lei Complementar nº 87/96, a base de cálculo do imposto na prestação de serviço comunicação é o preço do serviço. Ocorre que os serviços de comunicações são tarifados e ao invés da operadora do serviço de comunicação aplicar a alíquota prevista sobre a tarifa fixada, de fato, adiciona o valor do ICMS ao valor da tarifa cobrada, como se o imposto não integrasse a base de cálculo. Este procedimento é válido para apurar o valor do Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI), cujo imposto não integra a sua base de cálculo, popularmente dito “por fora”. No caso do IPI, numa operação de venda de mercadoria em que se cobrou R\$100,00, aplicando-se uma alíquota de 27%, resulta em valor do imposto de R\$27,00, sendo faturado R\$127,00. Já a mesma operação sendo tributada pelo ICMS, no valor cobrado de R\$100,00 estaria incluso o valor do ICMS de R\$27,00, haja vista que o imposto integra a sua própria base de cálculo, ou seja “por dentro”.

Utilizando o exemplo apresentado na defesa, se a tarifa fixada pela ANATEL para um determinado serviço de telecomunicação fosse R\$73,00, considerando que o ICMS integra a sua própria base de cálculo, a operadora do serviço deveria aplicar a alíquota prevista para a operação de 27% sobre o valor do serviço, ou seja, sobre R\$73,00. Entretanto, o que ocorre de fato é que a operadora soma o valor do imposto ao valor da tarifa fixada, basta ver os anúncios veiculados pela televisão, revistas e jornais, em que a operadora informa o valor da ligação e acrescenta a expressão “mais o ICMS”.

A Portaria nº 226/97 da ANATEL, fixa os valores tarifários básicos dos serviços de comunicação, sem incluir os tributos neles incidentes, devendo o concessionário do serviço agregar os impostos e contribuições para formação do preço final do serviço. Como o defendente, na situação presente, entendeu que os serviços objeto da autuação não eram tributados pelo ICMS, não adicionou o valor do imposto ao preço final do serviço, e nem repassou ao consumidor final que é o contribuinte de fato do imposto, assumindo o risco e o ônus do não pagamento do tributo, como ressaltaram os autuantes. Logo, recebeu o valor integral do preço do serviço, sem que o imposto estivesse integrado à sua própria base de cálculo, motivo pelo qual não acato o argumento defensivo de que os autuantes instituíram uma base de cálculo fictícia, haja vista que a sistemática utilizada está respaldada na legislação pertinente da matéria e correto o procedimento fiscal, na apuração do ICMS devido relativo às operações objeto da autuação, ao integrar o imposto a sua própria base de cálculo.

Quanto às sentenças proferidas pelo Poder Judiciário da Bahia, contra a forma da constituição da base de cálculo do imposto exigido pelo Fisco estadual em diversas autuações, observo que a escolha da via judicial pelo sujeito passivo importa a renúncia ao poder de recorrer na esfera administrativa ou a desistência da impugnação, conforme dispõe o art. 117 do RPAF/99. Como não foi trazida ao processo qualquer Decisão judicial em Mandado de Segurança neste sentido, deve ser apreciada a lide na esfera administrativa.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.”

Em seu Recurso Voluntário o recorrente praticamente não inova os argumentos expendidos na defesa, referindo-se novamente aos denominados “gross up”, ou seja, a cobrança pelo fisco de valores maiores do que a receita obtida pelo contribuinte. Reitera os argumentos defensivos, alegando que:

- a) a não incidência do ICMS sobre os serviços previstos no Convênio ICMS 69/98, já que não existe a efetiva transmissão de mensagem do emissor ao receptor, não se constituindo, portanto, o fato gerador do tributo;
- b) é ilegítima a cláusula primeira, conforme ementa de Recurso Especial do STF que transcreve;

c) a não incidência do ICMS sobre os Serviços de Valor Adicionado (SVA), tais como, “AUXILIO À LISTA” e “DISQUE DESPERTADOR”, cujo fato gerador somente se caracterizaria se ocorresse a prestação onerosa de serviço de comunicação; nesses casos, é nítida a distinção entre a utilidade pretendida pelo usuário e o serviço telefônico, que é o meio pelo qual tais utilidades chegam aos interessados.

Quanto à alegada ilegitimidade do imposto causado pelo método de definição da base de cálculo, embora declare não se insurgir contra a incidência do ICMS sobre sua própria base de cálculo (por dentro), requer perícia contábil para comprovar o acréscimo à base de cálculo do ICMS de um novo montante, equivalente ao valor do próprio imposto.

Finalmente, pede a reforma da Decisão, para cancelar o Auto de Infração, a extinção do crédito tributário e o arquivamento do processo fiscal.

A PGE/PROFIS opina pelo Não Provitimento Recurso Voluntário, inclusive no que tange ao pedido de diligência formulado, mediante, resumidamente, as seguintes alegações que se seguem.

1. Quanto ao pedido de diligência, com vistas a demonstrar o mecanismo utilizado pelo Fisco na composição da base de cálculo, diz não vislumbrar razão para que seja atendido, pois, consoante exsunge cristalino do escrutínio dos autos, tal mecanismo não é controvertido, pois a fiscalização não negou que na formatação da base impositiva tenha adicionado ao preço do serviço o valor do ICMS devido.
2. da incidência do ICMS sobre os serviços de comunicação – discorre sobre o art. 155, II, da Constituição Federal e sobre a Lei Complementar nº 87/96, para deduzir que o ponto crucial da questão é conceituar e definir a prestação onerosa de serviços de comunicação para efeito de tributação, concluindo que a prestação é o objeto de uma obrigação, cuja origem pode derivar de contrato, declaração unilateral de vontade, atos ilícitos, e, em última análise, de lei, fonte primeira de todas as obrigações.

Cita Caio Mário da Silva Pereira para definir a onerosidade: *“É oneroso o (negócio) que proporciona ao agente uma vantagem econômica, à qual corresponde uma prestação correspondente ...”*.

Transcreve o art. 60 da Lei Geral de Telecomunicações, (Lei nº 9.472/97), para conceituar o serviço de telecomunicações:

“Art. 60. Serviço de Telecomunicações é o conjunto de atividades que possibilita a oferta de telecomunicação”

E, conforme disposto no art. 6º do Decreto nº 97.057/97, comunicação *“é a transferência unilateral ou bilateral de informação por meio de sinais convencionados”*.

Utiliza como parâmetro o direito Norte-Americano que define comunicações como transferência de informação entre usuários e processos, de acordo com convenções preestabelecidas: é o ramo da tecnologia relacionada com a representação, transferência, interpretação e processamento de dados entre pessoas, lugares e máquinas.

Conclui que, dentro deste conceito, a comunicação pode se dar unilateralmente, sem que haja “resposta”, ou entre equipamentos, como ocorre no caso de utilização de “paging” e de provedores de acesso.

Após tecer ainda uma série de considerações para fundamentar o seu Parecer, conclui 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, por fim, todo o conjunto de atividades a eles relacionados;
 - b) a exigência do imposto é incidente sobre os serviços eventuais, os serviços complementares e as atividades que agilizem ou otimizem os serviços de comunicação.
3. da base de cálculo do ICMS

Entre outras considerações, destaca que na redação do art. 13 da Lei Complementar nº 87/96, estabeleceu o legislador, como formador da base de cálculo *in abstracto* do ICMS, o próprio montante do imposto, engendrando o que foi denominado de cálculo “por dentro” do tributo estadual; assim, imperiosa se faz, na formatação da base de cálculo do ICMS a adição do valor do próprio imposto à base impositiva real, não havendo que se falar em qualquer arbitrariedade por parte do Fisco em corrigir a base de cálculo utilizada pelo recorrente, desde que os valores estabelecidos e utilizados nas planilhas contábeis do autuado estejam destituídos da parcela do imposto relativo ao montante do próprio ICMS. Concluindo, ressalta a i. procuradora, *“não acolho as argumentações expendidas pelo recorrente, pois contrariam frontalmente o texto expresso de lei”*.

VOTO

Inicialmente, deixamos de acatar o pedido de diligência requerido pelo recorrente no sentido de demonstrar o mecanismo utilizado pelo Fisco na composição da base de cálculo do tributo, pois não há controvérsia no processo a ser considerada, e como bem fundamentou a ilustre procuradora, tal mecanismo não é controvertido, não sendo negado pela fiscalização que na formatação da base impositiva tenha adicionado ao preço dos serviços o valor do ICMS.

No mérito, adoto como razão de decidir o bem elaborado Parecer da ilustre procuradora fiscal, que enfrentou profundidade e adequada fundamentação todos os aspectos legais que abrangem a questão, e ainda, em consonância com reiteradas decisões deste Conselho em processos semelhantes.

Com base em dispositivo Constitucional, art. 155, II e na Lei Complementar nº 87/96, e na doutrina, conceitua a d. procuradora os serviços de comunicação para efeito de tributação com prestação de serviços de caráter oneroso, que proporciona ao agente uma vantagem econômica, à qual corresponde uma prestação correspondente, mediante transferência de informações por meio de sinais, de forma unilateral ou bilateral. No seu entender, incide o ICMS sobre os serviços de comunicação e todas as atividades a eles relacionadas.

Por sua vez, no art. 13 da Lei Complementar nº 87/96 o legislador estabeleceu como formador da base de cálculo o próprio montante do imposto, instituindo o denominado “por dentro” do tributo estadual.

Em face do exposto, NEGOU PROVIMENTO ao Recurso Voluntário para manter a Decisão recorrida em todos os seus termos.

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 281081.0006/06-4, lavrado contra **TELEMAR NORTE-LESTE S/A (OI)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$2.963.609,01**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 11 de junho de 2007.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

FAUZE MIDLEJ – RELATOR

LEILA VON SOHSTEN RAMALHO – REPR. PGE/PROFIS