

PROCESSO - A. I. Nº 279468.0054/06-9
RECORRENTE - TIM NORDESTE S/A.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4ª JJF nº 0136-04/07
ORIGEM - IFEP SERVIÇOS
INTERNET - 04/10/2007

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0316-11/07

EMENTA: ICMS. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO. SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO. RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO RELATIVO AO SERVIÇO ESCRITURADO SOB A RUBRICA “FACILIDADES”. O ICMS não incide sobre comunicação, mas sobre prestações de serviços de comunicação. Os serviços cobrados no lançamento de ofício são considerados como serviços de comunicação postos à disposição dos usuários e independentemente do nome ou código que lhe sejam dados, existe uma mensagem, sua transmissão e sua recepção, constituindo-se em uma efetiva prestação onerosa do serviço de telecomunicação, e, portanto, onerados pelo ICMS, vez que se encontra no seu âmbito de incidência. Decisão recorrida mantida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente processo de Recurso Voluntário apresentado contra a Decisão proferida pela 4ª JJF, através do Acórdão JJF nº 0136-04/07, que julgou Procedente o Auto de Infração acima epígrafado, lavrado para imputar ao sujeito passivo relativo o recolhimento a menos do ICMS sobre a prestação de serviços de comunicação, especificamente os serviços de E-M@xi Message – serviço de SMS originados pelos clientes, E-M@xi News – serviço de SMS recebidos pelos clientes mediante solicitação dos mesmos e o de recebimento Sons& Ícones – serviço que permite ao cliente, pelo próprio aparelho ou pela internet, escolher uma música ou um ícone para receber no celular.

Em Primeira Instância, o julgamento pela Procedência consignou em preliminar que não se inclui na competência deste órgão julgador a declaração de inconstitucionalidade da legislação tributária estadual, de acordo com o artigo 167, I, do RPAF/99.

No mérito, consignou a JJF que de acordo com o art. 1º, § 2º, inciso VII do RICMS/BA: 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”. Dispondo, ainda, no seu art. 4º, § 4º que “Estão compreendidos no campo de incidência do ICMS os serviços cobrados a título de acesso, adesão, ativação, habilitação, disponibilidade, assinatura e utilização dos serviços, bem como os serviços suplementares e facilidades adicionais que otimizem ou agilizem o processo de comunicação, independentemente da denominação que lhes seja dada”, redação trazida do Convênio ICMS 69/98.

Ressalta que discorda do sujeito passivo que alega que os serviços englobados na ação fiscal são serviços de valor adicionado (SVAs), ou seja, utilidades acessórias ao acesso da informação, não podendo ser considerados serviços de comunicação propriamente ditos, mas mera atividade intermediária à comunicação, não sendo possível a cobrança do imposto estadual, ao argumento de que os serviços prestados pelo contribuinte aos seus clientes e objeto da autuação não são utilidades acessórias da informação, e sim, prestações de serviços onerosos de comunicação, estando

inseridos no campo de incidência do ICMS, e que a Constituição Federal ao arrolar os serviços de comunicação em seu art. 155, II, não se refere à comunicação propriamente dita, em seu sentido literal, mas sim a todo seu processo e à relação comunicativa.

Conclui a JJF que os serviços cobrados no lançamento de ofício são considerados como serviços de comunicação postos à disposição dos usuários e independentemente do nome ou código que lhe sejam dados, existe uma mensagem, sua transmissão e sua recepção, constituindo-se em uma efetiva prestação onerosa do serviço de telecomunicação, e, portanto, onerados pelo ICMS, vez que se encontra no seu âmbito de incidência. Cita e transcreve Decisões deste Conselho de Fazenda em sentido semelhante e ainda cita trechos do Parecer jurídico da PGE/PROFIS, da lavra do procurador José Augusto Martins Júnior proferido em Auto de Infração lavrado contra a empresa TELEMAR NORTE LESTE S/A, que reforça o seu entendimento.

Irresignado, o sujeito passivo interpõe o presente Recurso Voluntário – 152 a 165 – onde requer a reforma da Decisão recorrida para que seja julgado Improcedente o presente lançamento de ofício, trazendo as seguintes argumentações, repetidas da sua peça impugnatória:

- I. que os avanços tecnológicos ocorrido no mundo da telefonia móvel e a dificuldade no tratamento jurídico dessas novas tecnologias não autoriza a cobrança de tributo alheio ao arquetipo constitucional, muito menos a invasão da competência tributária atribuída a outro ente federativo, como presente no lançamento de ofício, já que sobre a atividade exercida pelo sujeito passivo, objeto da autuação, recai o ISS, pois têm os serviços autuados a natureza de serviços de valor adicionado – SVA - que não são serviços de comunicação e, portanto, sobre os quais não recai o ICMS;
- II. que os serviços autuados - E-M@xi Message Pós-Pago, E-M@xi os New Pós Pago e E-M@xi Personal - são serviços de envio de notícias e demais informações via SMS e que os serviços rotulados com a marca “Sons & Ícones” são serviços de download de toques musicais, denominados de ringtones, bem como de imagens diversas, como papéis de paredes e ícones, denominados de serviços de valor adicionado (SVAs), inegavelmente “utilidades” colocados à disposição do consumidor, que se destinam a facilitar e a incrementar o acesso à informação e ao entretenimento, não se confundindo com o serviço de comunicação propriamente dito, razão pela qual não podem ser tributados pelo ICMS.
- III. Cita e transcreve o art. 60 da Lei Federal nº 9.472/97 que conceitua serviços de valor adicionado, e ressalta que há um perfeito enquadramento entre a norma citada e os serviços por ela prestados, afirmando que o serviço de telecomunicação propriamente dito, prestado por meio do sistema GSM é que dá suporte à prestação e serviços de valor adicionado sobre os quais pretende exigir o ICMS, não podendo, assim, ser confundidos entre si;
- IV. Afirma que o §1º do art. 61 dispõe expressamente que serviço de valor adicionado não constitui serviço de telecomunicação, excluindo-se, assim, aqueles serviços do âmbito de incidência do ICMS;
- V. Afirma, ainda, ser ilegal o art. 4º, §4º do RICMS/BA, acrescentado pelo Convênio ICMS 69/982, que estabelece estar compreendido na incidência do ICMS os serviços cobrados a título de acesso, adesão, ativação, habilitação, disponibilidade, assinatura e serviços suplementares e facilidades, ao argumento de que contraria a Lei nº 9472/97, bem como o Superior Tribunal de Justiça, que já consolidou posicionamento pela ilegalidade da inclusão dos serviços elencados na Cláusula primeira do referido Convênio, pois estes não se caracterizariam como atividade-fim, mas sim como atividade-meio, não passíveis, portanto, de incidência do ICMS. Transcreve julgados do STJ nesta linha;
- VI. Ressalta que em situação bastante semelhante o STJ consolidou entendimento semelhante quanto aos serviços prestados pelos provedores de acesso à Internet, com a edição da Súmula nº 334;

- VII. Alega que não cabe o uso da analogia para entender-se que o serviço de valor adicionado é análogo ao serviço de telecomunicação, por contrariar o art. 108, §1º do CTN;
- VIII. Alega, ainda, a insubsistência do Parecer jurídico da PGE/PROFIS, que embasou a ação fiscal e a Decisão recorrida, pois entende que o entendimento nele exarado foi rechaçado pelo STJ, não encontrando guarida no Judiciário, além do que, ao alegar a inconstitucionalidade do §1º do art. 61 da Lei nº 9.472/97, em sede administrativa, está sendo incoerente, pois não pode ser examinada tal alegação em sede administrativa, com base no art. 167, I do RPAF/99;
- IX. Entende que sobre tais serviços incide o ISS, com lastro na LC nº 56/87, vigente à época dos fatos geradores, enquadrados nos itens 62 e 22 do seu Anexo.

A PGE/PROFIS, em seu opinativo de fls. 175 a 178, reitera o entendimento sobre a matéria exarado pelo Parecer proferido pelo procurador José Augusto Martins Júnior, acatando as suas conclusões no sentido de que 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 ele relacionadas, e sobre os quais incide o imposto. Afirma que a norma definidora da incidência do ICMS aos serviços adicionais e complementares de comunicação encontra-se na própria Constituição Federal, no art. 155, II, repetida na Lei Complementar, em seu art. 2º, III, que transcreve, e no RICMS/BA, no art. 4º, I, §4º, o que leva ao Não Provedimento do Recurso Voluntário interposto.

VOTO

Em que pese o evidente esforço do recorrente de afastar a exigência fiscal trazendo como embasamento ao seu pleito lições doutrinárias e decisões judiciais que lhe são favoráveis, devemos consignar que a matéria exposta neste lançamento de ofício é daquelas das mais complexas que envolvem o ICMS e, em relação a qual, ao contrário do que afirma o sujeito passivo, ainda não há pacificação, nem no âmbito doutrinário e nem no âmbito judicial, já que o Supremo Tribunal Federal ainda não se pronunciou, de maneira definitiva e com efeito “erga omnes”, sobre a questão.

Por outro lado, as unidades da Federação têm posição unânime no sentido de que a exigência fiscal em tela encontra amparo no texto constitucional, como bem frisado pela PGE/PROFIS em seu opinativo, comando este repetido na Lei Complementar do ICMS e nas legislações estaduais, sendo que no nosso RICMS encontra-se inserta no art. 4º, inciso I, §4º.

Desta forma, não merece guarida o pleito do recorrente de obter por esta via administrativa a declaração de legalidade ou inconstitucionalidade das referidas normas, a uma porque de fato tal apreciação é vedada aos órgãos julgadores administrativos e, a duas, porque somente o Supremo Tribunal Federal, pela via do controle direto de constitucionalidade, poderá retirar do mundo jurídico as normas que amparam a presente exigência fiscal, o que não foi feito até o momento.

Aliás, o caminho que tem tomado nossa Corte Suprema tem sido na linha de respaldar a interpretação mais ampla do conceito de prestação de serviço de comunicação, como se infere da Decisão do seu pleno, por unanimidade, ao decidir a ADIN nº 1.467-6/DF no sentido de que o ICMS pode incidir sobre todo e qualquer serviço de comunicação.

Conforme consignado no Parecer da PGE/PROFIS sobre a questão, da lavra do Procurador José Augusto Martins Júnior, a Lei Complementar nº 87/96, no art. 2º, III, definiu como sujeitas ao ICMS as prestações onerosas de serviço de comunicação, e não apenas o serviço de telecomunicação, subespécie daquele e sobre a qual trata a Lei nº 9.472/97 (Lei Geral de Telecomunicações - LGT), citada pelo recorrente.

Por outro lado, a referida LGT dispôs, no caput de seu art. 60, sobre o conceito de serviços de telecomunicação como o “conjunto de atividades que possibilita a oferta de telecomunicação”, o

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

Ainda devemos ressaltar, como frisou a JJF e os autuantes, que os serviços objetos da autuação – serviços denominados de SMS (short message service), modalidade e-M@xi New, e-M@xi Message e Som&Ícone - são de fato prestações de serviços de comunicação, e não serviços de valor adicionado ou facilidades, através dos quais há o envio e recebimento de mensagens, sons (ring-tones) e ícones.

Quanto à alegação de que sobre tais serviços recairia apenas o ISS, imposto de competência municipal, melhor sorte não assiste ao recorrente. De fato, querer enquadrar a disponibilização do serviço de tons de campainha musicais, baixados através do celular, como constante do item 12.14 da Lista de Serviço anexa à Lei Complementar nº 116/03 (ou o seu correlato pela Lei Complementar nº 56/87 – item 62) – fornecimento de música para ambientes fechados ou não, mediante transmissão por qualquer processo, ou o serviço de envio de mensagens ou notícias, como enquadrado no item 17.01 da LC 116/03 (ou o seu correlato pela LC 56/87 – item 22) – fornecimento de dados e informações de qualquer natureza, é distorcer completamente a regra matriz de incidência do ICMS sobre a prestação de serviços de comunicação, além do que somente aos Estados cabe a competência para tributar tais serviços, por força constitucional.

Do exposto, somos pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, mantendo-se a Decisão recorrida.

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 279468.0054/06-9, lavrado contra **TIM NORDESTE S/A**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$436.492,89**, 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, 11 de setembro de 2007.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA – PRESIDENTE

SANDRA URÂNIA SILVA ANDRADE – RELATORA

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR - REPR. PGE/PROFIS