

A. I. N° - 274068.0009/06-4

AUTUADO - EMPRESA BRASILEIRA DE TELECOMUNICAÇÕES S.A. EMPRATEL

AUTUANTES - EDINALDO AVELINO DE PAIVA, CRYSTIANE MENEZES BEZERRA e ABELARDO DE ANDRADE CARDOSO

ORIGEM - SAT/DAT/METRO

INTERNET - 09.02.07

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0010-02/07

EMENTA: ICMS. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO. SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO. ALUGUEL DE EQUIPAMENTOS NECESSÁRIOS À PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE COMUNICAÇÃO. O ICMS não incide sobre a comunicação, mas sobre a prestação de serviço de comunicação, assim considerada a atividade de, em caráter negocial, alguém fornecer a terceiro os meios físicos ou materiais para que a comunicação se torne possível. Nesse conceito incluem-se os equipamentos locados ao usuário do serviço pelo prestador, que fazem parte da prestação do serviço. A locação dos equipamentos é atividade-meio necessária à ocorrência da comunicação, integrando o valor da prestação do serviço de comunicação. O preço cobrado pela locação dos referidos bens constitui uma despesa acessória do serviço de comunicação, e por isso integra a base de cálculo do imposto estadual, nos termos do art. 13, § 1º, II, “a”, da Lei Complementar nº 87/96. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 30/10/06, acusa a falta de pagamento de ICMS referente a prestações de serviços de comunicação – locação de equipamentos necessários à prestação de serviços de comunicação, cobrada dos assinantes. Imposto lançado: R\$ 8.937.895,30. Multa: 50%.

O contribuinte apresentou defesa alegando que os serviços objeto da autuação não guardam qualquer relação com o conceito de comunicação em sentido estrito, tais como acesso, adesão, ativação, habilitação, disponibilidade, assinatura e utilização dos serviços, bem assim aqueles relativos a serviços suplementares e facilidades adicionais que otimizam ou agilizam o processo de comunicação. Diz ser pacífico o entendimento da jurisprudência e doutrina autorizada de que o ICMS, no âmbito da comunicação, somente incide sobre as prestações de serviços de comunicação em sentido estrito. Aduz que a ampliação do âmbito de incidência para abarcar tais serviços já foi considerada ilegal pelo Superior Tribunal de Justiça.

Analisando o direito aplicável à matéria, argumenta que a Constituição atribui aos Estados e ao Distrito Federal a competência para tributar a prestação de serviços de comunicação, e aos Municípios a competência para instituir imposto sobre serviços de qualquer natureza, com exceção dos serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, que integram o campo de incidência do ICMS.

Destaca, com arrimo em Roque Antônio Carrazza, que a hipótese de incidência do ICMS, no que concerne ao serviço de comunicação, é “prestar a terceiros, em caráter negocial, serviços de comunicação”.

Observa que, de acordo com a Constituição, constitui matéria privativa de lei complementar, respeitados os limites constitucionais, a determinação dos fatos geradores e das bases de cálculo

dos impostos, papel que é desempenhado, presentemente, no âmbito do ICMS, pela Lei Complementar nº 87/96. Protesta que, não obstante isso, o Estado da Bahia, em patente afronta à Constituição, à lei complementar, à legislação estadual e a todo o ordenamento jurídico-tributário pátrio, tem exigido ICMS sobre fatos geradores de outros tributos.

Assinala que a Lei Complementar nº 87/96, no art. 2º, III, estabelece 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”, e no art. 12, VII, considera ocorrido o fato gerador do imposto no momento em que acontecerem as mencionadas atividades, determinando, finalmente, no art. 13, III, que a base de cálculo do imposto é, “na prestação de serviço de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, o preço do serviço”.

Argumenta que, em que pese a definição do campo de incidência, do fato gerador e da base de cálculo do imposto pela Lei Complementar nº 87/96, editada nos termos do art. 146, III, da Constituição, foi editado o Convênio ICMS 2/96, que ampliou a base de cálculo do ICMS no âmbito dos serviços de comunicação, incluindo o valor correspondente ao preço da assinatura de telefonia celular, do “salto”, do atendimento simultâneo, do “siga-me” e do telefone virtual, sendo que o aludido convênio foi posteriormente revogado, sendo editado o Convênio ICMS 69/98, o qual estabeleceu em sua cláusula primeira que os signatários firmavam entendimento no sentido de que se deveriam incluir 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. Alega que se trata de uma tentativa dos fiscos estaduais de tornar hipótese de incidência do ICMS, no âmbito dos serviços de comunicação, outros serviços que não os de comunicação propriamente ditos, tais como serviços adicionais, locação de equipamentos, serviços de manutenção, etc., ou seja, todos os demais serviços prestados por empresas de telecomunicações, que não se confundem com os serviços de comunicação.

A defesa lembra que essa discussão não é nova, pois já na vigência do extinto Imposto Sobre Serviços de Comunicação (ISC), sob a égide da “Constituição de 1969”, o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça já haviam firmado o entendimento de que o conceito de serviço de comunicação, para fins de tributação, deve ser considerado em sentido estrito, não sendo possível a inclusão, na base de cálculo do tributo incidente sobre serviços de comunicação, outras atividades paralelas desempenhadas pelas empresas de telefonia. Transcreve ementas de acórdãos das referidas Cortes – RE 163725-1/ES e REsp 18.890/RJ, respectivamente.

Comenta que, na decisão do Superior Tribunal de Justiça, através do REsp 18.890/RJ, foi discutido se a Telebrás e a Telerj, que prestavam serviços de comunicações sujeitos, à época, ao imposto federal (ISC), e que também prestavam uma enorme gama de serviços que não se caracterizavam como serviços de comunicações (como comissões por cobranças, aluguéis de bens móveis, publicidade e propaganda), deveriam submeter toda a receita de tais serviços à tributação do ISC, ou se tais receitas advindas das demais prestações de serviços que não comunicações deveriam sujeitar-se ao tributo municipal (ISS), sendo então acolhida a pretensão do Município do Rio de Janeiro, em suas razões de que tais serviços não são essenciais à comunicação propriamente dita, mas mero reforço orçamentário das empresas, não estando, portanto, sujeitos ao imposto de comunicações, de competência da União, e sim ao ISS. Conclui que desde aquela época já foi pacificado o entendimento de que apenas os serviços de telecomunicações em sentido estrito correspondentes à transmissão e ao recebimento de mensagens escritas, faladas ou visuais, se sujeitam à incidência do ISC, ficando as empresas de telecomunicações obrigadas ao recolhimento do ISS incidente sobre os demais serviços que prestavam, que não os de

telecomunicações em sentido estrito, tais quais os citados nos arestos acima mencionados, quais sejam, locação de equipamentos, serviços de instalação, desinstalação, cobrança, dentre outros. Destaca que agora, sob a égide da Constituição de 1988, a tentativa dos fiscos estaduais de exigir ICMS sobre hipóteses que não estavam sob sua competência, a exemplo das tentativas anteriores, também já foi rechaçada pelos Tribunais.

Passa a defesa em seguida a desenvolver o conceito jurídico-tributário de serviço de comunicação. Cita doutrina. Reporta-se à orientação do art. 110 do CTN, para enfatizar a taxatividade das operações de telecomunicações passíveis de integrar o serviço de comunicação para efeitos de incidência do ICMS, como decorrência do princípio da tipicidade fechada, acentuando que o texto do inciso III do art. 2º da Lei Complementar nº 87/96 não pode ser interpretado no sentido de conferir natureza exemplificativa, ou seja, de conceito geral ou cláusula geral à expressão “serviço de comunicação”, como hipótese de incidência do ICMS, pois, ao contrário, o alcance da enumeração legal tem caráter taxativo do conjunto das atividades que são suscetíveis de integrar o conceito de serviço de comunicação para fins de incidência do aludido imposto.

A defesa salienta que, além dessa distinção, a Lei Geral de Telecomunicações (LGT) consagrou expressamente a distinção entre os conceitos de serviço de comunicação e serviço de valor adicionado, já anteriormente firmada no plano internacional. Nota que a legislação regulatória reconhece, no âmbito da outorga constitucional (art. 21, XI, e art. 22, IV, da Constituição), a distinção entre a prestação de serviços de comunicação e a prestação de outros serviços (acessórios, preparatórios ou de valor adicionado). Considera evidente que o fornecimento de utilidades adicionais (como aquelas relativas ao acesso, armazenamento, apresentação, movimentação ou recuperação de informações) pode abranger tanto a locação de bens e equipamentos como a prestação dos mais diversos serviços de aplicativos informáticos, e tais serviços, não sendo caracterizados como de comunicação, estão fora do alcance do ICMS, somente podendo ser tributados pelo ISS, nos termos da legislação própria. A seu ver, admitir a incidência do ICMS sobre esses serviços, pelo simples fato de guardarem relação com o serviço de comunicação, com o qual não se confundem, seria permitir a usurpação da competência impositiva dos Municípios perante os Estados, o que a Constituição, e somente ela, prevê, em casos excepcionalíssimos.

Conclui que não pode ser ampliada a base de cálculo do ICMS com a inclusão de serviços outros e de locação de bens, pois, embora relacionados aos serviços de comunicações, diferem em sua natureza, sendo alheios ao campo de incidência do imposto estadual. Transcreve ementa de acórdão nesse sentido da 1ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, mediante o RE 402407/MG, decidindo pela impossibilidade de exigência do ICMS sobre as receitas auferidas com a prestação de serviços correlatos aos de comunicações, mas que com esses não se confundem. Com base naquele julgado, sustenta o autuado que serviços de comunicação são aqueles que consistem na realização, em caráter profissional, de uma atividade objeto de prestação onerosa a terceiros, atividade essa que consiste em fornecer a estes a possibilidade de superação da distância física que os separa quando dirigem de um ponto a outro, sinais de informação (comunicação), de modo que a atividade de transporte desses sinais em que a telecomunicação se traduz, como estabelece o art. 2º, III, da Lei Complementar nº 87/96, inclui apenas e taxativamente a geração, a emissão, a recepção, a transmissão, a retransmissão, a repetição e a ampliação da comunicação de qualquer natureza e por qualquer meio.

A defesa afirma que esse também é o entendimento do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, através da Apelação Cível nº 7879/03.

Arremata suas razões dizendo que o Convênio ICMS 69/98 violou duplamente a Constituição e a legislação aplicável, primeiro, formalmente, porque, havendo dispositivos na Constituição e em lei complementar que tratam das hipóteses de incidência do ICMS, não poderia o convênio fazê-

lo, e, segundo, materialmente, uma vez que inseriu como fatos geradores do ICMS serviços de valor adicionado e serviços acessórios ou preparatórios à comunicação, violando o disposto na Constituição, bem como as limitações impostas pelos arts. 97 e 110 do CTN e, ainda, as definições de hipótese de incidência tributária e base de cálculo da Lei Complementar nº 87/96.

Pede que seja cancelada a autuação.

Os fiscais autuantes prestaram informação observando que existe jurisprudência sobre essa questão no CONSEF, ou seja, sobre a falta de recolhimento de ICMS relativo às receitas oriundas de aluguel nas prestações de serviços de telecomunicações, como pode ser verificado no Acórdão JF 0144-04/04 e no Acórdão CJF 0395-11/05, sendo este último relativo à própria Embratel. Consideram que os aluguéis de bens móveis e equipamentos de telecomunicações e outros serviços colocados à disposição do cliente estão dentro do campo de incidência do ICMS, pois estão totalmente associados e vinculados ao serviço de telecomunicação prestado pelo autuado, sendo imprescindíveis para que ocorra a efetiva comunicação entre dois pontos, haja vista que, sem tais equipamentos e serviços, oferecidos pelo autuado aos seus clientes, não haveria nenhuma possibilidade de ocorrer a prestação do serviço de telecomunicação. Aduzem que os serviços de telecomunicações oferecidos e a utilização dos equipamentos são dependentes entre si, uma vez que são prestados num mesmo momento e de forma simultânea. Notam que, nos termos do parágrafo único do art. 116 do CTN, a autoridade administrativa pode desconsiderar atos ou negócios jurídicos praticados com a finalidade de dissimular a ocorrência do fato gerador do tributo ou a natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária, observados os procedimentos a serem estabelecidos em lei ordinária. Com base nessa faculdade, sustentam os autuantes que a divisão da prestação do serviço de comunicação, por parte da Embratel, em prestação de serviço de comunicação e em locação de equipamentos para que seja realizada a prestação do serviço pela própria empresa, tem como efeito a redução da carga tributária, de 27% do ICMS, para 5% do ISS, através de dissimulação das referidas prestações, estando, por isso, tal separação sujeita a ser desconsiderada, com base no art. 116 do CTN.

Explicam os autuantes que a infração consiste na cobrança de aluguel de equipamento que permite a prestação do serviço de comunicação, sem o devido “oferecimento” à tributação pelo ICMS. Valendo-se da doutrina exposta pela defesa, observam os autuantes que, para ocorrer o processo de comunicação, é necessário haver remetente, mensagem, destinatário, contexto, código e contacto, sendo este um canal físico e uma conexão psicológica entre o remetente e o destinatário, que os capacite a entrar e permanecer em comunicação, concluindo que os equipamentos objetos da autuação, por participarem do componente contacto (canal físico), são elementos imprescindíveis à realização do processo de comunicação, porque, sem eles, o processo não se realizaria, não seria possível prestar o serviço de comunicação, que é a disponibilização de meios para que a comunicação ocorra, e, portanto, a locação dos mesmos é atividade-meio necessária à ocorrência da comunicação, integrando o valor da prestação do serviço de comunicação, devendo, por conseguinte, ser tributada pelo ICMS.

Prosseguem acentuando que o canal é definido pelos estudiosos da matéria como um suporte físico necessário à transmissão da comunicação, e disto se conclui que sem o canal físico não existe a comunicação, de modo que o equipamento é elemento necessário e por este item indispensável é que a Embratel recebe uma remuneração a título de aluguel, e, sendo assim, tal remuneração está sujeita à incidência do ICMS.

Quanto à jurisprudência do STF e STJ, citada pelo reclamante, com referência a incidência do ISS e do extinto ISC, os autuantes alertam que o ICMS é um outro tributo, da competência dos Estados-Membros da Federação, diverso, portanto, do antigo ISC e ao qual não pode ser equiparado, pois tem sua instituição distinta, por lei ordinária estadual, ao passo que o ISC era instituído por lei ordinária federal, além de não ter sido recepcionado pela Constituição de 1988. Consideram que, por força do princípio do federalismo, os entes federados têm autonomia, não

podendo de forma alguma ser utilizada a jurisprudência daquele tributo federal, já extinto, para fundamentar uma questão de direito material quanto ao ICMS sobre comunicações, de competência estadual.

Quanto aos argumentos da defesa de que a base de cálculo do ICMS não pode ser dilargada, para incluir serviços que, embora conexos, não são de comunicação, os autuantes contrapõem que isto pode ser dito de um serviço como o de provedor, porém, no caso dos equipamentos locados, estes fazem parte do canal e, portanto, fazem parte da prestação do serviço de comunicação, não havendo, portanto, ampliação da base de cálculo do ICMS.

Comentam que, se o serviço de comunicação, para fins de incidência de ICMS, é o que transmite mensagens ou idéias de modo oneroso, o canal (equipamento) transmite mensagens e existe o ônus através da cobrança a título de aluguéis dos equipamentos utilizados na prestação do serviço de comunicação, e, portanto, existe a incidência do ICMS.

Assinalam que a RE 94.580/RE [*sic*] não trata de ICMS sobre comunicação e sim do imposto sobre transmissão de bens imóveis. Aduzem que o aluguel de equipamento necessário à comunicação não se enquadra no art. 61 da Lei Geral de Telecomunicações, que trata de serviço de valor adicional, pois, sem a utilização do equipamento-canal, não é possível a realização da comunicação.

Quanto à alegação da defesa de que o Auto fere os arts. 21, XI, e 22, IV, da Constituição, consideram os autuantes que houve um equívoco, pois tais dispositivos tratam da competência da União de explorar diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão os serviços de telecomunicações e legislar sobre telecomunicações, ao passo que a questão em lide trata de serviço de comunicação, que abrange telecomunicação.

Consideram os fiscais que a citação do REsp 402.047/MG não serve como exemplo de jurisprudência, porque a decisão trata de TV a cabo.

Observam que, atualmente, a empresa alterou o seu entendimento, reconhecendo a incidência do tributo, e passou a recolher o ICMS sobre o aluguel de equipamentos utilizados na prestação do serviço de comunicação.

Quanto à alegação de que, ao tributar as operações referentes à locação de equipamentos, estaria sendo usurpada a competência tributária, segundo o que preceitua o art. 110 do CTN, os autuantes salientam que, ao analisarem a real configuração da prestação de serviços de comunicação, aferiram que efetivamente a locação do equipamento diz respeito a um equipamento necessário e indispensável para a sua realização, compondo a base de cálculo do ICMS, por se tratar de uma parte da prestação do serviço sujeito à incidência desse imposto, já que o tributo incide na operação final e não nas operações intermediárias, de modo que, ao se tributar a locação de equipamento vinculado à prestação do serviço de comunicação, se está tributando a operação final da prestação de serviço, na qual a locação de equipamento é um dos componentes de custo da operação como um todo.

Os fiscais consideram que o STF, no julgamento do RE 116.772, fez confusão entre locação de serviços e locação de móveis apenas.

Asseguram os fiscais que seu ponto de vista está em consonância com o entendimento da Diretoria de Tributação (DITRI) da Secretaria da Fazenda, referente a uma Consulta que, segundo eles, teria sido feita acerca da incidência de ICMS na locação de equipamentos para prestação de serviços de telecomunicações por empresa de telefonia fixa.

Tecem em seguida considerações em torno dos conceitos de comunicação e telecomunicação. Ressaltam que, para um serviço de telecomunicação ser prestado, ou seja, para que a mensagem saia de um local e chegue a outro, é necessário que a mensagem percorra um “caminho”, o qual é realizado através de equipamentos, cabos, fios, ondas eletromagnéticas, modems, satélites, etc.

Dizem não concordar com a empresa quanto à “isenção” do imposto em relação ao aluguel de equipamentos destinados à realização da conexão, porque é impossível se pensar em prestar um serviço de telecomunicação sem utilização de equipamentos, que são os meios físicos por onde os dados trafegam.

Citam doutrina. Transcrevem a ementa de acórdão do Conselho Estadual de Recursos Fiscais da Secretaria de Estado da Fazenda do Espírito Santo. Mencionam parecer da Procuradoria da Fazenda Estadual do Estado da Bahia e a opinião de advogados.

Comentam os critérios adotados na ação fiscal. Especificam os fundamentos legais do procedimento. Notam que não lhes compete discutir sobre entendimento judicial ou sobre inconstitucionalidade, haja vista que devem obediência ao RICMS e ao RPAF, porém mesmo assim consideram ser seu dever tecerem comentários a cerca do assunto, ponderando que a cláusula primeira do Convênio ICMS 69/98 tem a intenção de explicitar que os serviços de valor adicionado citados são necessários e indispensáveis à prestação do serviço de comunicação, não podendo dela ser dissociados, pois sem a utilização do equipamento-canal não é possível a realização da prestação do serviço de comunicação.

Opinam pela manutenção do lançamento.

O processo foi dado por instruído em 27/12/06.

Posteriormente, foram juntados elementos indicando que o contribuinte efetuou o pagamento parcial dos valores lançados, valendo-se dos benefícios das Leis nºs 10.328/06 e 10.404/06.

VOTO

O fato em discussão nestes autos consiste em que o autuado tem feito a locação de equipamentos necessários à prestação de serviços de comunicação, pagando ISS sobre o preço cobrado dos assinantes, sendo que o fisco estadual considera que tal locação faz parte da prestação do serviço de comunicação, de modo que o valor cobrado dos assinantes deve integrar a base de cálculo do ICMS incidente sobre a prestação do serviço.

De acordo com a Constituição, a competência para instituir imposto sobre serviço de comunicação é dos Estados e do Distrito Federal. Já em se tratando de locação, a competência é dos municípios. Resta analisar, então, no caso presente, em que se está diante da locação de equipamentos necessários à prestação de serviços de comunicação, de quem é a competência.

A Constituição prevê que constitui matéria privativa de lei complementar, respeitados os parâmetros constitucionais, a determinação dos fatos geradores e das bases de cálculo dos impostos.

A Lei Complementar nº 87/96, no art. 2º, III, estabelece 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”, e no art. 13, III, prevê que a base de cálculo do imposto é, “na prestação de serviço de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, o preço do serviço”.

A defesa alega que somente deve ser tributável pelo ICMS o serviço de comunicação em sentido estrito.

Discordo. Integram a base de cálculo do imposto quaisquer despesas acessórias “pagas, recebidas ou debitadas”, nos termos do art. 13, § 1º, II, “a”, da supramencionada lei complementar.

Não é correto dizer-se que o Convênio ICMS 69/98 ampliou a base de cálculo do ICMS no âmbito dos serviços de comunicação. Como se trata de matéria de reserva legal, um convênio jamais poderia ampliar a base de cálculo do tributo, pois convênio não é lei. O que o convênio fez foi apenas estabelecer um acordo no sentido de que cada signatário fizesse constar em sua legislação interna a explicitação de um entendimento de ordem interpretativa. Quando o Regulamento do imposto incorporou ao seu texto aquilo que foi acordado no convênio, não criou direito novo,

apenas deixou claro aquilo que já estava previsto em lei, haja vista que as hipóteses enunciadas no convênio constituem serviços de comunicação. Note-se que o art. 2º, III, da Lei Complementar nº 87/96 deixa claro que os serviços ali especificados são apenas enumerativos, e não taxativos, haja vista o termo “inclusive”: o imposto incide sobre prestações onerosas de serviços de comunicação, por qualquer meio... “inclusive” a geração, a emissão, etc.

Prevê o art. 66, § 4º, do RICMS/97, que se incluem na base de cálculo do ICMS os valores cobrados sobre serviços suplementares e facilidades adicionais que otimizem ou agilizem o processo de comunicação, “independentemente da denominação que lhes seja dada”. Eis o texto:

“Art. 66.

.....

§ 4º Incluem-se na base de cálculo do ICMS 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 que otimizem ou agilizem o processo de comunicação, independentemente da denominação que lhes seja dada (Conv. ICMS 69/98).”

Importa notar que o ICMS não incide sobre a comunicação, mas sobre a prestação do serviço de comunicação, assim considerada a atividade de, em caráter negocial, alguém fornecer a terceiro condições materiais para que a comunicação ocorra. Embora para ocorrer o processo de comunicação seja necessário haver remetente, mensagem, destinatário, contexto, código e contacto, sendo este um canal físico e uma conexão psicológica entre o remetente e o destinatário, que os capacite a entrar e permanecer em comunicação, para a incidência do ICMS apenas interessam os aspectos relacionados ao contacto, no que concerne aos meios físicos ou materiais que o prestador do serviço ponha à disposição do usuário, para que a comunicação se torne possível. Nesse conceito incluem-se os equipamentos locados ao usuário do serviço pelo prestador.

No caso em exame, consta que os bens locados são necessários à prestação do serviço de comunicação. Fazem parte da prestação do serviço, porque, sem eles, o processo não se realizaria, não seria possível prestar o serviço de comunicação, que é a disponibilização de meios para que a comunicação ocorra, e, portanto, a locação dos mesmos é atividade-meio necessária à ocorrência da comunicação, integrando o valor da prestação do serviço de comunicação. Sendo assim, o preço cobrado pela locação dos referidos bens constitui uma despesa acessória do serviço de comunicação. Integra, pois, a base de cálculo do imposto estadual, nos termos do art. 13, § 1º, II, “a”, da Lei Complementar nº 87/96.

A multa estipulada no Auto de Infração não é, contudo, a condizente com a situação em análise, haja vista que a multa de 50% seria cabível caso as prestações estivessem escrituradas regularmente nos livros fiscais próprios. Ocorre que o contribuinte excluiu da escrituração do ICMS os valores das locações. Sendo assim, a multa é de 60%, conforme prevê o art. 42, II, “a”, da Lei nº 7.014/96.

Faço o registro de que o processo foi dado por instruído em 27/12/06, e, posteriormente, foram juntados elementos indicando que o contribuinte efetuou o pagamento parcial dos valores lançados, valendo-se dos benefícios das Leis nºs 10.328/06 e 10.404/06. Não foi anexado aos autos nenhum requerimento indicativo das razões do pagamento. Consta à fl. 683 um despacho de encaminhamento do processo, com o adendo de que, “Posteriormente o mesmo deve ser encaminhado a DAT/DARC/GCRED para ações relativas a baixa do auto de infração, tendo em vista quitação através das leis 10.404/06 e 10.328/06. Os cálculos foram efetuados pelo auditor fiscal EDNALDO AVELINO PAIVA, conforme planilhas constantes fls. 6, 7 e 8 deste processo” (transcrição literal).

Como o despacho supra recomenda o envio do processo para o setor competente visando à “baixa” do auto, tendo em vista sua “quitação”, tem-se a impressão de que teria sido efetuado o pagamento integral. O órgão competente examinará isso.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 274068.0009/06-4, lavrado contra a **EMPRESA BRASILEIRA DE TELECOMUNICAÇÕES S.A. EMPRATEL**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 8.937.895,30**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologada a quantia já paga.

Sala das Sessões do CONSEF, 25 de janeiro de 2007.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE

JOSÉ BEZERRA LIMA IRMÃO – RELATOR

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS – JULGADOR