

A. I. Nº - 279468.0054/06-9
AUTUADO - TIM NORDESTE S/A
AUTUANTES - LAUDELINO BISPO COSTA FILHO, ROQUELINA DE JESUS e SANDRA MARIA SILVA NOYA
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
INTERNET - 25. 05. 2007

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0136-04/07

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. 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. É devido o imposto. Não compete aos órgãos julgadores administrativos a arguição de constitucionalidade. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 22/01/2007, exige ICMS no valor de R\$436.492,89, com multa de 60%, relativo a recolhimento a menos do ICMS sobre a prestação de serviços de comunicação.

O autuado ao impugnar o lançamento fiscal em sua defesa, fls. 18 a 28 dos autos, inicialmente, transcreveu as infrações a ele imputadas, em seguida, explicou que os autuantes constataram que houve recolhimento do ISS sobre Serviços de Valor Adicionados (SVAs) ao compulsar o demonstrativo de faturamento com o livro razão. Diante disso, reputaram incorretos os pagamentos realizados, pretendendo, por meio de lançamento fiscal, cobrar o ICMS sobre os serviços de valor adicionado, qualificando-os, erroneamente, como serviços de telecomunicações.

Ressalta que, ao agir assim, os autuantes contrariaram a Lei nº 9472/97, bem como o Superior Tribunal de Justiça, uma vez que os serviços englobados na autuação não se constituem fatos geradores do ICMS e sim, do ISS, imposto de competência municipal, conforme previsto na lista de serviços da Lei Complementar nº 116/2003.

Continuando a sua defesa, descreveu tecnicamente os serviços autuados, quais sejam: E-M@xi Message Pós-Pago, E-M@xi New Pós Pago e E-M@xi Personal e informou que os três produtos são serviços de envio de notícias e demais informações via SMS, denominados de serviços de valor adicionado (SVAs). Argumentaram que os serviços autuados são 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.

Salientou que inspirados no inciso II do art. 155 da Constituição Federal, os estados pretendiam cobrar ICMS sobre serviços prestados pelos provedores de acesso à internet, com o argumento de que tais serviços se equiparavam ao serviço de comunicação, entretanto, o STJ entendeu que tais serviços não se constituem serviços de comunicação, mas mero serviço de valor adicionado (SVA), ou seja, uma atividade intermediária de acesso à comunicação e à informação. Seguindo

idêntica linha interpretativa, o mesmo STJ decidiu que é ilegal e inconstitucional a pretensão dos estados de cobrar ICMS sobre a habilitação, instalação, disponibilidade, assinatura, o cadastro de usuários e de equipamento, entre outros serviços intermediários prestados pelas operadoras de serviço de telecomunicação.

Interpretou que o STJ somente admite a tributação pelo ICMS sobre o sentido de comunicação em sentido estrito, não permitindo, em hipótese alguma, a incidência do imposto estadual sobre a atividade meio ou intermediária de acesso à comunicação. Diante disso, conclui que os serviços englobados na autuação sendo SVAs, não podem ser considerados serviços de comunicação propriamente ditos, mas mera atividade intermediária à comunicação, não sendo possível a cobrança do ICMS.

Ao final, requer que o Auto de Infração seja julgado improcedente.

Os autuantes ao prestarem a informação fiscal, fls. 101 a 111 dos autos, transcreveram, inicialmente, os termos da defesa e os dispositivos da legislação que disciplinam os serviços de comunicação nos quais estão respaldados os trabalhos fiscais.

Esclareceram que os serviços em questão estão discriminados no portfólio da empresa como: 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.

Demonstraram o funcionamento da rede celular padrão digital GSM, sistema utilizado pela empresa autuada e afirmaram que a cobrança dos serviços de SMS é feita na fatura mensal, quando estes são originados ou solicitados pelos assinantes. É cobrado um valor por cada mensagem, som, ícones ou som solicitado.

Asseveraram que os serviços de SMS de envio e recebimento de mensagens, ringtones e ícones prestados pela autuada aos seus assinantes, são de comunicação, conforme previsto no art. 60 da LGT e contém os cinco elementos citados pelo Prof. Paulo de Barros para caracterizar um serviço de comunicação.

Ressaltaram que o exercício examinado foi o de 2002 e a lista de serviço que norteou os trabalhos fiscais foi a anexada à LC 56/87, em vigor naquela época e não a lista anexa à LC 116/03, como avocou o autuado, na defesa. Correlaciona os itens entre as duas listas de serviços para melhor analisar estas atividades e constatam que os serviços de envio de mensagens de texto, tons musicais e ícones nada têm em comum com os enquadrados nos itens 22 e 62 da lista anexa à LC 56/87, nem mesmo na da LC 116/03.

Concluíram que os serviços prestados pelo autuado são de comunicação e não de serviços de valores adicionais, muito menos serviços intermediários, conexos, suplementares, de facilidades ou atividade meio, mas, mesmo que fossem, estariam no campo de incidência do ICMS, como entende o Procurador do Estado, cujo parecer segue anexo ao processo e conforme previsto nos dispositivos do regulamento do ICMS.

Ao final, solicitam que o Auto de Infração seja julgado procedente.

O contribuinte se manifesta, às fls. 127 a 134, reiterando os argumentos apresentados na defesa e ressaltando que a segurança e a certeza demonstradas pelos auditores não encontra qualquer guarda na jurisprudência já consolidada do Superior Tribunal de Justiça acerca da matéria sob exame.

VOTO

O presente Auto de Infração exige ICMS em razão do recolhimento a menor do referido imposto relativo a prestação de serviços de comunicação.

Em relação às alegações pertinentes à constitucionalidade da legislação tributária estadual, ressalto que tal matéria, de acordo com o artigo 167, I, do RPAF/99, não se inclui na competência deste órgão julgador.

De acordo com o art. 1º, § 2º, inciso VII do RICMS/BA: o ICMS incide sobre – VII. “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”.

Dispõe ainda o art. 4º, § 4º do supracitado regulamento: “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](#))”.

Em sua peça defensiva, o autuado discorda da autuação alegando 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.

Discordo do argumento defensivo, pois, entendo que os serviços prestados pelo autuado aos seus clientes e objeto desta autuação não são utilidades acessórias da informação, e sim, prestações de serviços onerosos de comunicação, estando inseridos no campo de incidência do ICMS. A Constituição da República 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.

Dessa forma, concluo que os serviços cobrados neste Auto de Infração 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.

Ressalto ainda que a questão discutida nos autos já foi objeto de apreciação deste CONSEF em outros processos, sendo julgados procedentes através dos Acórdãos CJF Nº 0476-11/03 e Acórdão CJF Nº 0197-12/03, conforme ementas abaixo transcritas:

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0476-11/03

EMENTA: ICMS. 1. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO. SERVIÇO DE TELECOMUNICAÇÃO. OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS REGISTRADAS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. O ICMS não incide sobre a comunicação propriamente dita, mas, sobre a “relação comunicativa” isto é, a atividade de em caráter negocial alguém fornecer a terceiro condições materiais para que a comunicação ocorra. Infração subsistente.

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0197-12/03

EMENTA: ICMS. 2. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO. SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO RELATIVO AO SERVIÇO 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. É devido o imposto.

Outrossim, para reforçar meu entendimento, acrescento ainda trecho do parecer jurídico da PGE/PROFIS, anexo a este PAF, às fls. 114 a 125, proferido pelo douto procurador José Augusto Martins Junior à empresa TELEMAR NORTE LESTE S/A, em relação à amplitude da Hipótese de incidência do ICMS sobre serviços onerosos de comunicação, *in verbis*:

Nesta senda, vale reprimir o que preconiza a Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997(Lei Geral de Telecomunicações), sobre serviços de telecomunicação: Art. 60. Serviço de telecomunicação é o conjunto de atividades que possibilita a oferta de telecomunicação.

Uma leitura, mesmo que breve, da norma acima exposta deixa absolutamente claro que a prestação de serviço de telecomunicação não ocorre apenas quando se realiza a comunicação propriamente dita, mas, isto sim, abrange até mesmo numa disponibilização, estendendo-se ao conjunto de atividades a ela relacionado, o que implica, sem sombra de dúvida, computar na base de cálculo do imposto todas as facilidades e serviços complementares que agilizem ou otimizem o serviço de telecomunicação.

Em sendo assim, estando às chamadas prestações eventuais e os serviços suplementares, bem como as facilidades adicionais disponibilizadas pelas concessionárias de serviços de telecomunicação, as chamadas prestações eventuais ou complementares estão, na mesma medida, inseridas no campo de incidência do ICMS, face ao disposto no dispositivo legal acima exposto.

Diante do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 279468.0054/06-9, lavrado contra **TIM NORDESTE S/A**, devendo ser intimado o autuado 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, 17 de maio de 2007.

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – PRESIDENTE

MARCO AURÉLIO ANDRADE SOUZA – RELATOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - JULGADORA