

PROCESSO - A. I. Nº 278003.0002/07-2
RECORRENTE - TIM NORDESTE S/A.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 2ª JJF nº 0028-02/08
ORIGEM - IFEP SERVIÇOS
INTERNET - 18/06/2008

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0189-11/08

EMENTA: ICMS. BASE DE CÁLCULO. PRESTAÇÕES DE SERVIÇOS DE COMUNICAÇÕES. RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO RELATIVO AO SERVIÇO ESCRITURADO SOB A RUBRICA “FACILIDADES”. 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. Infração subsistente. Não acolhido o pedido de nulidade. Recurso NÃO PROVADO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Recurso Voluntário foi interposto pelo recorrente contra a Decisão da 2ª JJF – Acórdão JJF nº 0028-02/08, que julgou o Auto de Infração Procedente, lavrado em razão da exigência do ICMS no valor de R\$1.427.320,16, referente ao recolhimento a menos do ICMS sobre a prestação de serviços de comunicação, nos meses de janeiro a dezembro de 2003, decorrente das diferenças apuradas entre os valores declarados no Demonstrativo de Faturamento e os escriturados no livro razão, como também por ter considerado a prestação de serviços de comunicação de Short Message Service (SMS) como não tributada pelo ICMS.

A Decisão recorrida julgou Procedente o Auto de Infração por entender que:

1. Em relação às alegações de inconstitucionalidade da Legislação Tributária Estadual, tal matéria, de acordo com o art. 167, I, do RPAF/99, não se inclui na competência do CONSEF.
2. O pedido de perícia deve ser indeferido, com fulcro no art. 147, II, “b”, do RPAF, uma vez que os elementos acostados ao PAF são suficientes para decidir com relação a presente lide. Aduz a JJF que a suposta alegação de um recolhimento a maior não é caso de realização de perícia.
3. Não deve acolher o pedido de nulidade, quanto aos serviços relacionados no Anexo I do Auto de Infração, sob a alegação de que não há uma clara descrição dos fatos, uma vez que a descrição do fato está bastante clara, conforme se pode observar no campo específico.
4. No mérito, ressalta que este órgão julgador ao decidir sobre a mesma matéria, em Auto de Infração lavrado anteriormente contra o mesmo contribuinte, mediante o Acórdão JJF nº. 0136-04/07, por unanimidade, julgou procedente a autuação, cuja Decisão foi mantida mediante Acórdão nº 0316-11/07, também por unanimidade. Assim, a 2ª JJF comunga do mesmo entendimento esposado pelas citadas decisões, pois os julgamentos reiterados do CONSEF, acerca da matéria sob apreciação, têm-se fixado no entendimento de que o ICMS incide sobre prestações de 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, consoante artigo 1º, § 2º, inciso VII do RICMS/BA, o qual prevê que 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”. Salienta também a JJF que no mesmo sentido dispõe ainda o art. 4º, § 4º do citado 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)*”.

5. Também aduz a JJF que não pode ser acolhido o pedido do contribuinte para que o débito apurado no Anexo I seja reduzido de R\$1.032.613,15 para R\$352.204,32, sob a alegação de que teria havido recolhimento a maior, pois, se o autuado entende que realizou algum recolhimento a maior, o mesmo deveria observar as regras estabelecidas nos artigos 73, 74, 75 e 76 c/c o artigo 10 do RPAF/99, que tratam da restituição de tributo estadual.

No Recurso Voluntário, o recorrente reitera suas alegações apresentadas quando da sua impugnação ao Auto de Infração, conforme a saber:

Preliminarmente, alega a existência de erro formal na indicação do serviço que não teria sido submetido à tributação pelo recorrente, pois entende que o Auto de Infração deve apontar especificamente qual o serviço que deixou de ser tributado pelo contribuinte para que tenha condições fáticas para combater a conduta ilícita que lhe foi imputada, uma vez que no anexo I do Auto de Infração, não encontra o serviço SMS, mas sim outros serviços de valor adicionado (chamada VC1, VC2, VC3, Adicional por chamada, ligações recebidas, VC2 partners e Roaming Partners), evidenciando a existência de erro formal. Assim, sustenta que, se os serviços cujas receitas foram arroladas no Anexo I do Auto de Infração não estão descritas no corpo do referido auto, porque não são receitas de SMS, é sinal de que não houve a indicação clara, precisa e sucinta dos fatos que se pretendia tributar, ou ao menos eles deveriam ter sido denominados, citando doutrinadores para embasar sua alegação.

No mérito, aduz que a discussão deve ser separada em dois pontos, atentando para as receitas que foram descritas pela fiscalização nos anexos I e II, tendo em vista que se trata de diferentes serviços.

Em relação aos valores indicados no Anexo I do Auto de Infração, aduz o recorrente que não se trata de divergência entre o valor do faturamento constante no livro Razão e aqueles apontados no demonstrativo de faturamento, mas sim de um aparente recolhimento a menor do ICMS em decorrência de uma compensação, uma vez que se trata de um único estabelecimento que, ao final de cada competência, recolhe uma única guia de recolhimento do ICMS, independentemente da origem da receita, considerando a totalidade dos serviços prestados, após verificar o saldo decorrente do lançamento de créditos e débitos de ICMS. Nesta apuração de débito e créditos, normal que eventual crédito de um serviço seja utilizado para compensar um débito de outro serviço, afinal o recolhimento de ICMS é único.

Sustenta que a fiscalização não considerou os recolhimentos a maior para os serviços de habilitação e assinatura, que tiveram nas competências de fevereiro, março, abril, junho e setembro de 2003, conforme planilha juntada à sua impugnação, os quais reduziriam o suposto crédito fiscal de R\$1.032.613,15 para R\$ 352.204,32. Invoca o princípio da não-cumulatividade do ICMS.

Quanto aos valores consignados no Anexo II do Auto de Infração, aduz o recorrente que são serviços de valor adicionado, sobre os quais não incidem o ICMS, tanto que efetuou o pagamento do Imposto Sobre Serviço de Qualquer Natureza – ISS, do que os define como:

1. E-M@axi Message Pós-Pago – serviço de mensagem de texto para cliente pós-pago.
2. E-M@axi New Pós Pago - serviço de mensagem de texto para cliente pós-pago.
3. E-M@axi message Personal Pós Pago - serviço de mensagem de texto para cliente pós-pago.
4. Serviço mensagem Blah – serviço de chat via mensagens de texto;

5. Sons & ícones básica: serviço de personalização de toques de chamada (sons) e do visor do aparelho (ícones);
6. Sons & ícones special: serviço de personalização de toques de chamada (sons) e do visor do aparelho (ícones);
7. Serviço Voting – serviço de interatividade via mensagens de texto para votações.

Registra que esses serviços não se confundem com a prestação de serviço de comunicação, esta sim atividade tributável pelo ICMS, nos termos do art. 155, II, da Constituição Federal, no art. 2º da Lei Complementar nº. 87/96 e no art. 60 da Lei Geral de Telecomunicação. Assim, o recorrente defende que, os serviços relacionados no Anexo II do Auto de Infração não podem ser considerados fatos geradores do ICMS, tanto que efetuava o recolhimento do ISSQN sobre estas atividades.

Por fim, entende que a multa aplicada de 60% tem caráter confiscatório, destacando que a impugnante não deixou de escrutar as operações, mas somente escrutar-as como não tributadas, em razão da compensação de créditos de ICMS anteriormente demonstrada.

Assim, requer que seja inteiramente modificada a Decisão de 1ª Instância Administrativa para que o Auto de Infração seja julgado improcedente.

Às fls. 200 a 208 dos autos, a PGE/PROFIS emite Parecer pelo Não Provimento do Recurso Voluntário, diante das seguintes considerações:

1. Quanto à nulidade suscitada de parte do lançamento por conta de falta e clareza na descrição dos fatos geradores, aduz a PGE/PROFIS que falece razão jurídica à recorrente, uma vez que consta do PAF uma descrição clara e pormenorizada dos elementos essenciais para a materialização do lançamento tributário, conforme atestam os demonstrativos fiscais. Ressalta também que o suplicante compreendeu devidamente os fatos geradores envolvidos no lançamento, tanto é que exerceu plenamente o seu direito de defesa, contestando, de forma precisa, os valores quantificados pelo autuante.
2. No que concerne ao argumento de inconstitucionalidade da norma estadual que cria a multa de 60%, considerada na ótica do contribuinte como confiscatória, comunga do entendimento que todas as questões de órbita constitucional não estão inseridas na competência do CONSEF por força dos termos do art. 167, I, do RPAF/99.
3. Inerente ao pagamento a maior de imposto que alega o recorrente ter efetuado, entende a PGE/PROFIS que não comporta alternativa legal, senão a aplicação das regras estritas do processo de restituição de tributo, as quais estão contempladas nos artigos 73 a 83 do RPAF, inexistindo amparo legal para o peculiar procedimento adotado pelo contribuinte, algumas vezes denominado de aproveitamento e em outras ocasiões de compensação de créditos. Registra que o peculiar procedimento adotado pelo recorrente com vistas a justificar o recolhimento a menor do ICMS ofende frontalmente a legislação tributária vigente, porquanto, nos termos do RPAF, a restituição do tributo pago a maior ou de forma indevida implica em um rito formal e com preenchimento de uma série de requisitos elencados na norma supramencionada.
4. No tocante à alegação de que o fisco baiano teria utilizado equivocado critério de cálculo do ICMS, determinando artificialmente a inclusão dos serviços de valor adicionado no campo de incidência do ICMS, em que pese tivesse sido efetivado o pagamento do ISS sobre o faturamento dos referidos serviços, sustenta a PGE/PROFIS ser imprescindível rechaçar a incidência de imposto de competência municipal, com fundamento nas disposições contidas na Carta Constitucional, na Lei Complementar, no Convênio ICMS 69/98, na Lei Estadual do ICMS e no Regulamento do ICMS, pois, com efeito, os serviços prestados pelo recorrente aos seus clientes não podem ser caracterizados como utilidades acessórias da informação, e sim, como autênticos serviços onerosos de comunicação, integrantes do campo de incidência do

ICMS. Destaca que tal entendimento está lastreado no art. 2º, III, da Lei Complementar nº 87/96, assim como no art. 1º, III, c/c o art. 2º, VII, da Lei nº 7.014/96. Salienta ser inquestionável que o ICMS incide sobre os serviços de comunicação no sentido mais amplo possível, abarcando, inclusive, os dispositivos utilizados na sua ampliação ou facilitação, consoante art. 60 da Lei nº. 9.472/97 (Lei Geral de Comunicação), o qual estabelece que “*Serviço de telecomunicações é o conjunto de atividades que possibilita a oferta de telecomunicação*”. Assim, sustenta 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.

5. Por fim, concluiu o Parecer 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 todo o conjunto de atividades a eles relacionado; b) a exigência do imposto incide também sobre os serviços eventuais, os serviços complementares e às atividades que agilizem ou otimizem os serviços de comunicação. Assim, entende que incide o ICMS o serviço de habilitação, ora discutido, por conta do sentido amplo conferido à norma impositiva tributária escalada na Lei Complementar nº 87/96, devidamente explicitado pelo Convênio ICMS 69/98. Aduz ser importante registrar que o § 4º do art. 4º do RICMS/97 dispõe com clareza solar 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 complementares e facilidades adicionais que otimizem ou agilizem o processo de comunicação, independentemente da denominação que lhes seja ofertada.

Na assentada do julgamento a representante da PGE/PROFIS, Dra. Aline Solano Casali Bahia, considerou que ocorreu equívoco na conclusão do Parecer da PGE/PROFIS, ao mencionar que incide o ICMS o serviço de habilitação, ora discutido.

VOTO

Inicialmente, comungo com a Decisão recorrida de rejeitar o pedido de nulidade, quanto aos serviços relacionados no Anexo I do Auto de Infração, pois o lançamento tributário está bastante claro e os demonstrativos consignam os elementos essenciais para as duas situações que compõem a acusação fiscal, possibilitando o direito de defesa, o qual foi exercido plenamente.

No mérito, observo que as razões recursais, já haviam sido propostas pelo recorrente quando da sua impugnação ao Auto de Infração. Assim, concluo que as razões do Recurso Voluntário não trazem qualquer fato novo capaz de modificar a Decisão recorrida, a qual se encontra devidamente fundamentada, sendo naquela oportunidade apreciadas todas as alegações de defesa, senão vejamos:

Em relação à alegação de que a fiscalização não considerou os recolhimentos a maior para os serviços de habilitação e assinatura, os quais reduziriam o suposto crédito fiscal apurado no Anexo I de R\$1.032.613,15 para R\$352.204,32, acertadamente rechaçou a JJF tal pretensão de compensação, pois a restituição do indébito fiscal possui rito processual próprio, com preenchimento de uma série de requisitos elencados na norma, conforme previsto nos artigos 73 a 83 do RPAF, inexistindo amparo legal para o peculiar procedimento proposto pelo contribuinte.

No tocante à alegação de que os valores consignados no Anexo II do Auto de Infração são serviços de valor adicionado, sobre os quais não incidem o ICMS, tanto que efetuou o pagamento do Imposto Sobre Serviço de Qualquer Natureza – ISSQN, também não pode prosperar, pois reiteradas Decisões do CONSEF são pelo entendimento de que o ICMS incide sobre prestações de serviços de comunicação postos à disposição dos usuários, uma vez que a Lei Complementar nº 87/96, no art. 2º, III, assim como o art. 1º, III, c/c o art. 2º, ISSQN, VII, da Lei nº 7.014/96, além do art.

1º, § 2º, VII, do RICMS/97, prevêem 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, devem-se incluir na base de cálculo do imposto os valores relativos a tais serviços de comunicação postos à disposição dos usuários e independentemente do nome ou código que lhe sejam dados, 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. O fato de o contribuinte ter recolhido indevidamente ISSQN sobre estas atividades, não o exime da exigência do ICMS, cabendo-lhe o pedido de restituição do indébito fiscal do aludido imposto.

Por fim, quanto à alegação de que a utilização da multa aplicada de 60% sobre o imposto exigido tem caráter confiscatório, o que enseja violação a princípios constitucionais, também não merece prosperar, pois tal percentual é o previsto no artigo 42, II, “a”, da Lei nº 7.014/96, cuja constitucionalidade da norma não nos compete avaliar, por força do art. 167, I, do RPAF/99.

Diante do exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

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 PROCEDEENTE o Auto de Infração nº 278003.0002/07-2, lavrado contra **TIM NORDESTE S/A.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$1.427.320,16**, 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, 03 de junho de 2008.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA - PRESIDENTE

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – RELATOR

ALINE SOLANO CASALI BAHIA – REPR. DA PGE/PROFIS