

A. I. Nº. - 299334.0005/07-4
AUTUADO - SKY BRASIL SERVIÇOS LTDA.
AUTUANTES - CRYSTIANE MENEZES BEZERRA e CLÁUDIO ANTONIO BARRETO MARTINELLI
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
INTERNET - 10.07.2008

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0227-01/08

EMENTA: ICMS. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO. SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO. RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. SERVIÇO INFORMADO ATRAVÉS DOS ARQUIVOS MAGNÉTICOS, SOB A RUBRICA “ATIVIDADE-MEIO”, ASSIM COMO EM DECORRÊNCIA DO CANCELAMENTO IRREGULAR DE NOTAS FISCAIS DE SERVIÇO. **a)** ICMS RELATIVO AOS SERVIÇOS PRESTADOS. O ICMS não incide sobre comunicação, mas, sobre prestações de serviços de comunicação. As denominadas “atividades-meio” são serviços acessórios do serviço de comunicação, relacionados a uma comunicação preexistente que lhes dá suporte, integrando o campo de incidência do ICMS, pois o acessório segue a sorte do principal. É devido o imposto. Mantida a exigência fiscal. **b)** ADICIONAL DO FUNDO DE POBREZA. O contribuinte deixou de recolher o ICMS relativo ao Adicional do Fundo de Pobreza. Infração caracterizada. Não compete aos órgãos julgadores administrativos a arguição de constitucionalidade. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Através do presente Auto de Infração, lavrado em 01/11/2007, foi efetuado o lançamento do ICMS no valor de R\$ 233.427,00, acrescido da multa de 60%, sendo atribuído ao sujeito passivo o cometimento das seguintes infrações:

01 – recolheu a menos o ICMS referente à prestação de serviço de comunicação, em relação aos meses de setembro a dezembro de 2004, janeiro a dezembro de 2005 e janeiro a agosto de 2006, sendo exigido o imposto no valor de R\$ 216.136,12. Consta ter sido verificado que o contribuinte, sendo uma operadora de televisão por assinatura por satélite, efetuou recolhimento do ICMS abaixo dos valores calculados, constatado através das informações fornecidas no arquivo magnético previstas no Conv. 115/03;

02 - recolheu a menos o ICMS relativo à prestação de serviço de comunicação, correspondente ao Adicional Fundo de Pobreza, tributado a 2%, em relação aos meses de setembro a dezembro de 2004, janeiro a dezembro de 2005 e janeiro a agosto de 2006, sendo lançado imposto no valor de R\$ 17.290,88.

É acrescentado em relação às duas infrações que a carga tributária aplicada está de acordo com o art. 86, inciso V do RICMS/BA e com o Conv. 57/99 e que a parcela a ser recolhida ao Estado da Bahia está em conformidade com o art. 569-C do RICMS/BA e com o Conv. 52/05. É informado que foram entregues ao contribuinte os seguintes documentos: demonstrativo de faturamento – Anexo 1; demonstrativo de pagamento – Anexo 2; recibo de arquivo eletrônico, contendo arquivo em Access com as informações trabalhadas no Conv. 115/03; Convênios ICMS 57/99, 52/05 e 126/98 e os termos de intimação que iniciaram a ação fiscal.

O autuado, através de representantes legalmente constituídos, apresentou impugnação às fls. 638 a 651, ressalvando que o Auto de Infração não contém a assinatura do impugnante e nem a data da ciência, o que seria suficiente para sua nulidade, porém, considerando que a presente autuação foi cientificada ao impugnante na mesma data (08/11/2007) dos Autos de Infração de nº.s 299334.0006/07-0 (fls. 694 a 696) e 299334.0004/07-8 (fls. 698 a 701), já que todos foram lavrados na mesma data e pela mesma fiscalização, fica demonstrada a tempestividade da defesa.

Tratando sobre os fatos, observa que se dedica à prestação de serviços de telecomunicações na modalidade de televisão por assinatura, através de transmissão direta, via satélite, serviço esse que é gerado pelo impugnante em sua matriz, que se encontrava localizada no Rio de Janeiro até agosto de 2006, passando posteriormente para São Paulo, transmitindo aos seus clientes localizados em diversos Estados da Federação, inclusive na Bahia.

Por se tratar de um serviço iniciado em um Estado e finalizado em outro, é obrigado a observar permanentemente as normas vigentes no que se refere ao local e à forma de pagamento do ICMS, em especial a Lei Complementar nº. 102/00, o Conv. ICMS 57/99 e a respectiva legislação estadual. Argumenta que foi nesses termos que procedeu quando recolheu o imposto incidente nos serviços de telecomunicação prestados a assinantes localizados no Estado da Bahia. A despeito disso, a fiscalização lavrou o Auto de Infração, lançando diferenças de ICMS-comunicação e adicional ao fundo de pobreza.

Salienta, todavia, que comprovará que a autuação não pode subsistir, por decorrer de erro na identificação na base de cálculo, tendo em vista os seguintes pontos:

- 1) a diferença do ICMS-comunicação decorreu do cancelamento de serviços, devidamente contabilizado e registrado pelo impugnante e ignorado pela fiscalização;
- 2) a fiscalização incluiu indevidamente na base de cálculo valores relativos a atividade-meio sobre os quais não incide ICMS;
- 3) a diferença relativa ao fundo de pobreza decorreu dos mesmos erros acima referidos.

Ao versar sobre o cancelamento de notas fiscais, afirma que o lançamento está eivado de erros no que concerne à apuração do tributo supostamente devido, tendo em vista que incluiu valores relativos a notas canceladas no montante de R\$ 241.250,43, conforme planilha que anexou à fl. 703, na qual são explicadas as diferenças apuradas pela fiscalização e indicadas as notas fiscais de cancelamento, cujas cópias reprográficas acostou às fls. 705 a 727. Protesta pela juntada da nota fiscal não localizada.

Frisa que em relação ao cancelamento de notas fiscais procedeu de acordo com o Conv. 115/2003 e nos termos do Regime Especial concedido (fls. 729 a 733), que determina a obrigação de emissão de nota fiscal de cancelamento contendo o estorno do débito anulado. Nesse sentido, no período objeto da autuação registrou, contabilizou e emitiu vinte e quatro notas fiscais de cancelamento de serviços, escrituradas sob o título “*anulação valor Comunicação*” ou “*anulação valor Serv. Comunicação*”, cujos valores obviamente não poderiam compor a base de cálculo do tributo.

Ressalta que no demonstrativo de débito do Auto de Infração percebe-se claramente que parte do suposto ICMS recolhido a menos decorre justamente da desconsideração do mencionado cancelamento, conforme detalhamento mês a mês, apresentado na planilha de fl. 703, nas colunas “*ICMS exigido no AIIM*” e “*Parcela de cancelamento relativo à BA (50%)*”.

Esclarece que o valor do ICMS das notas fiscais de cancelamento é muito superior à diferença do imposto exigida na autuação. Esta situação decorre do fato de o impugnante sempre ter emitido mensalmente uma única nota fiscal de cancelamento dos serviços prestados a todas as unidades da Federação, significando que o valor relativo aos serviços cancelados na Bahia faz parte do valor total da nota emitida no Rio de Janeiro (sede da empresa). Cita como exemplos os meses de setembro e outubro de 2004, quando o ICMS total destacado nas notas fiscais de anulação alcançou as cifras respectivas de R\$ 81.487,06 e R\$ 96.050,47, enquanto que o ICMS anulação relativo à Bahia

atingiu os valores correspondentes de R\$ 5.776,85 e R\$ 6.414,76. Observa que o aludido procedimento foi alterado quando da mudança da sede para São Paulo, em setembro de 2006, quando optou por emitir uma nota de cancelamento para cada Estado receptor.

Argúi que, dessa forma, fica evidente a improcedência do lançamento, por incluir valores indevidos na base de cálculo, já que se referem ao cancelamento de serviços de comunicação, pois não tendo ocorrido o fato gerador, não surge a obrigação tributária.

Ao se referir ao segundo equívoco da fiscalização, que no seu entender também conduz à improcedência do Auto de Infração, afiança que ocorreu tributação indevida em relação a atividades sobre as quais não incide o ICMS, pois não se tratam de serviços de comunicação propriamente ditos, porém de outras atividades-meio, necessárias à efetiva prestação do serviço de telecomunicação.

Chama a atenção para o fato de constar no relatório de auditoria anexado ao Auto de Infração a discriminação detalhada dos serviços prestados, quando foram tributadas as seguintes atividades que não se constituem em “serviços de comunicação”: multa rescisória contratual, cancelamento, estorno, taxa cartão de acesso, taxa de suspensão, Sky assistência avulso e habilitação. Esta conclusão advém da própria natureza dessas atividades, conforme definições que apresentou:

multa rescisória contratual – multa cobrada por rompimento de contrato de permanência antes do prazo;

cancelamento – cancelamento de assinatura normal;

estorno – estorno de lançamento de assinatura, a exemplo de negociação e lançamento indevido;

taxa cartão de acesso – cobrança ao assinante pela solicitação do cartão smart, em razão de perda/extravio, à exceção de defeito;

taxa de suspensão – cobrada aos assinantes que optarem por suspender a assinatura num determinado mês, gerando um valor simbólico em substituição ao valor integral da mensalidade;

Sky assistência avulso – compreende as cobranças de serviços de assistência técnica avulsos (“serviços premium avulso” e “serviço reinstalação”), normalmente de contratos que não possuem uma assinatura de assistência técnica;

habilitação – compreende as taxas de acesso ao serviço.

Realça que essas atividades são meramente preparatórias ou de acesso aos serviços de comunicação, razão pela qual estão fora da incidência do ICMS, entendimento esse pacificado na doutrina pátria, conforme citada lição do professor José Eduardo Soares de Melo a respeito do tema, extraída da obra “ICMS – Teoria e Prática”, 8^a ed., São Paulo: Dialética, 2005, p. 143. Observa que a polêmica sobre o assunto se acentuou quando do advento do Conv. ICMS nº. 69/98, que previa na transcrita cláusula primeira a inclusão dessas atividades na base de cálculo do imposto.

Salienta que, entretanto, os tribunais têm se manifestado em favor dos contribuintes, no sentido de afastar a aplicação desse convênio, transcrevendo, para tanto, as ementas relativas aos processos REsp 601.056/BA, 710.774/MG, 703.695/PR e 678.462/PB, decisões emanadas do STF – Superior Tribunal de Justiça, os quais reconhecem a ilegalidade e a constitucionalidade da cláusula primeira do Conv. 69/98.

Afirma ter avaliado o Demonstrativo de Faturamento – Anexo 1, que integra o Auto de Infração, tendo verificado que a fiscalização está exigindo tributo sobre os referidos serviços, que não podem ser incluídos na base de cálculo, quando o total do ICMS correspondente a essas atividades resulta na exigência indevida de R\$ 32.400,27, conforme planilha que elaborou (fl. 735). Argui não se poder alegar que o erro do impugnante ao tributar voluntariamente algumas das atividades-meio, autorizaria a cobrança das diferenças lançadas na autuação, pois a mencionada situação não afasta a não incidência de ICMS nesses casos, apenas demonstrando que foi recolhido tributo em valor maior àquele que era obrigado por lei.

Em decorrência dos argumentos expostos, ressalta não haver dúvida que o valor exigido na autuação a título de ICMS do fundo de pobreza é totalmente improcedente, considerando que não se pode falar na falta de recolhimento do percentual correspondente de 2%, previsto no art. 51-A do RICMS/BA, uma vez verificada a improcedência da exigência do tributo. Ou seja, como ambos têm a mesma base de cálculo, não sendo cabível a cobrança de um em decorrência da inclusão indevida de valores na base de cálculo, ocorrerá o mesmo resultado em relação ao outro.

Sob o entendimento de que restou comprovada a improcedência da exigência do tributo, em virtude de erro na apuração da base de cálculo, requer a improcedência do Auto de Infração, assim como o cancelamento integral do lançamento.

Protesta pela juntada de outros documentos complementares, inclusive cópia autenticada, caso seja necessário ao bom julgamento do processo. Solicita, ainda, que as intimações do presente feito sejam realizadas, cumulativamente, no endereço do impugnante e em nome de seus procuradores, localizados na Rua da Quitanda, nº. 126, Centro, CEP 01012-010, São Paulo – SP.

Os autuantes prestaram informação fiscal às fls. 739 a 742, tratando, inicialmente, a respeito do cancelamento de notas fiscais pelo impugnante, que alegara que o procedimento se sustentava nas disposições contidas no Conv. nº. 115/03 e nos termos de Regime Especial concedido pelo Estado de São Paulo.

No que se refere ao mencionado convênio, enfatizam que versa sobre a uniformização e disciplina a emissão, escrituração, manutenção e prestação das informações dos documentos fiscais emitidos em via única por sistema eletrônico de processamento de dados por contribuintes prestadores de serviços de comunicação e fornecedores de energia elétrica, não dispondo, entretanto, a respeito de cancelamento.

Quanto ao Regime Especial concedido pelo Estado de São Paulo, alegam que não pode ser aplicado ao Estado da Bahia, uma vez que não pode influenciar em sua legislação interna. Ademais, as notas fiscais de cancelamento foram emitidas no Estado do Rio de Janeiro até agosto de 2006 e o Regime Especial é do Estado de São Paulo e foi concedido em 27/08/2007.

Salientam que de acordo com os arquivos magnéticos, houve emissão de notas fiscais com prestações onerosas, dentre as quais algumas foram supostamente consideradas indevidas pelo impugnante e canceladas através de notas fiscais com CFOP 2.205 – “anulação valor serv. comunicação”, o que resultou na redução do ICMS a recolher. No entanto, este procedimento não tem previsão na legislação tributária do Estado da Bahia.

Acrescentam que de acordo com o art. 112 do RICMS/BA, débitos fiscais somente podem ser estornados ou anulados quando não se referirem a valores constantes em documentos fiscais, significando dizer que valores constantes em documentos fiscais não podem ser anulados através de notas fiscais de cancelamento.

Argüem que, na realidade, as referidas notas fiscais foram emitidas de acordo com os §§ 3º e 4º da cláusula terceira do Conv. 126/98, que foram acrescidos pelo Conv. 39/01. Conforme prevê a cláusula primeira do Conv. 126/98, estes dispositivos somente se aplicam às empresas indicadas em seu Anexo Único, que não inclui o impugnante. Por outro lado, o Estado da Bahia, através do Conv. 59/06, aderiu ao Conv. ICMS 123/05, que o autoriza a não aplicar o disposto no § 3º da cláusula terceira do Conv. 126/98, a partir de agosto de 2006. Portanto, o autuado não está autorizado a efetuar o cancelamento de débito, por meio de anulação de valores relativos à prestação de serviços de comunicação.

Concluem que, desse modo, o procedimento adotado pelo autuado causou prejuízo ao erário público, já que os montantes recolhidos estavam deduzidos de valores cancelados através de método não previsto legalmente.

No que concerne à alegação defensiva de que a autuação é improcedente, por ter incluído na base de cálculo valores relativos a atividades sem incidência do ICMS, argumentam que o próprio

impugnante admite que as mencionadas atividades-meio são necessárias à efetivação da prestação de serviços de comunicação. Frisam que a cláusula primeira do Conv. 69/98 estabelece que se incluem na base de cálculo do ICMS incidente sobre os serviços de comunicação os valores cobrados a título de acesso, adesão, ativação, habilitação, disponibilidade, assinatura e utilização dos serviços, assim como aqueles relativos a serviços suplementares e facilidades adicionais que otimizem ou agilizem o processo de comunicação, independentemente da denominação que lhes seja dada.

Afirmam que a recepção via satélite somente é possível com a realização de serviços como ponto adicional, habilitação, reconexão, adesão, cartão de acesso, serviço premium avulso, serviço premium promocional e outros, que se constituem em itens essenciais à prestação de serviço de comunicação atinente a televisão por assinatura por satélite, o que os torna sujeitos à incidência do ICMS, conforme previsto no convênio acima aludido.

No que diz respeito à alegação de constitucionalidade e ilegalidade do Conv. 69/98 realçam que não lhes compete avaliar, até mesmo porque não é do seu conhecimento a existência de tais definições por parte do STF.

Pelos mesmos motivos expostos, ratificam igualmente a infração 02, que se refere ao ICMS do fundo de pobreza.

Mantêm a ação fiscal, sugerindo que o Auto de Infração seja julgado totalmente procedente.

VOTO

O fulcro da autuação é de que o contribuinte autuado recolheu a menos o ICMS referente à prestação de serviços de comunicação (televisão por assinatura) informadas nos arquivos magnéticos, recolhendo, por via de consequência, também a menos, a parcela do imposto correspondente ao fundo adicional de pobreza.

Registro que na peça defensiva consta uma impropriedade, que consiste na afirmação de que inexiste a ciência do impugnante no Auto de Infração, tendo em vista que no campo próprio da peça inicial consta a ciência do seu representante legal, o Sr. Glauco Freire Franco.

Ressalto, inicialmente, que em referência à alegação de constitucionalidade de norma da legislação tributária estadual, bem como dos acordos interestaduais dos quais o Estado da Bahia é signatário, de acordo com o artigo 167, inciso I do RPAF/99, não se inclui na competência deste órgão julgador a declaração de constitucionalidade ou negativa de aplicação de lei, decreto ou ato normativo.

Quanto ao pedido do autuado de que as intimações relativas ao presente processo sejam feitas de forma concomitante para o endereço do impugnante e em nome e seus procuradores, localizados na Rua da Quitanda, nº. 126, Centro, CEP 01012-010, São Paulo – SP, saliento nada obstar que seu pleito seja atendido e que o órgão competente da Secretaria da Fazenda possa enviar as intimações e demais comunicações concernentes ao andamento deste processo para os endereços requeridos. Realço, no entanto, que o não atendimento a essa solicitação não caracteriza nulidade do Auto de Infração, uma vez que as situações previstas para intimação ou ciência da tramitação dos processos ao contribuinte estão disciplinadas no art. 108 do RPAF/99.

Ao se insurgir contra o lançamento, o impugnante salientou que a autuação decorreu dos seguintes equívocos: as diferenças do ICMS-comunicação teriam decorrido de cancelamentos de serviços, devidamente contabilizados, porém ignorados pela fiscalização; tinham sido incluídos indevidamente na base de cálculo valores relativos a atividades-meio sobre os quais não incide ICMS; e, por último, a diferença relativa ao fundo de pobreza teria decorrido desses mesmos erros.

Observo que para dar guarida ao procedimento adotado relativo à anulação dos serviços, o autuado afirmou, textualmente, que agiu “*de acordo com as disposições do Convênio 115/2003 e nos termos*

do Regime Especial concedido (doc. 08), que determina a obrigação de emissão de uma nota de cancelamento contendo o estorno do débito anulado.”.

Ora, o Conv. ICMS nº. 115/03 versa a respeito de diversos procedimentos a serem adotados pelos contribuintes no que concerne à transmissão de dados por meio magnético, entretanto em nenhum momento aborda a questão aqui discutida, isto é, a emissão de nota fiscal referente à anulação de serviços realizados.

Já em relação ao mencionado regime especial, vejo que não se presta para amparar o discutido procedimento do autuado, senão vejamos: em primeiro lugar, foi concedido pela Secretaria da Fazenda do Estado de São Paulo, portanto não tem poderes para legalizar a emissão de documentos fiscais relativos ao ICMS devido ao Estado da Bahia; por outro lado, o regime especial foi deferido em 08/10/2007, enquanto que a autuação abrangeu o período de setembro de 2004 a agosto de 2006.

Ressalto que a anulação dos serviços prestados, da forma como realizada pelo contribuinte está em desacordo com a legislação tributária do Estado da Bahia, tendo em vista que dos dispositivos do RPAF/99 e do RICMS/97, que apresento em seguida, depreendo que ao promover a prestação de serviços tributados pelo ICMS, para fazer jus ao estorno correspondente o emitente teria que protocolar o competente pedido de restituição perante a Repartição Fiscal de seu domicílio, procedimento não adotado pelo impugnante.

RPAF/99:

“Art. 74. A restituição de tributo estadual, seus acréscimos ou multa, em razão de recolhimento a mais ou indevido, dependerá de petição dirigida à autoridade competente, nos termos do art. 10, através do órgão local, contendo, ainda:

I - indicação do valor da restituição pleiteada;

II - indicação do dispositivo legal em que se funde o requerimento, e prova de nele estar enquadrado;

III - cópia do documento relativo ao recolhimento a mais ou indevido;

IV - outras indicações e informações necessárias ao esclarecimento do pedido.”

RICMS/97:

“Art. 112. O débito fiscal só poderá ser estornado ou anulado quando não se referir a valor constante em documento fiscal.

§ 1º Se o imposto já houver sido recolhido, far-se-á o estorno ou anulação mediante utilização de crédito fiscal, nos termos do inciso VIII do art. 93, nos casos de pagamento indevido em virtude de erro de fato ocorrido na escrituração dos livros fiscais ou no preparo do documento de arrecadação.

§ 2º É vedada a restituição ou a autorização para aproveitamento como crédito fiscal, ao estabelecimento remetente, do valor do imposto que tiver sido utilizado como crédito pelo estabelecimento destinatário, a menos que se comprove que o mesmo procedeu ao estorno do respectivo valor.

...

§ 4º O débito fiscal lançado a mais ou indevidamente, quando não for admissível o estorno ou anulação nos termos deste artigo, poderá ser objeto de pedido de restituição, na forma prevista no Regulamento do Processo Administrativo Fiscal.”

“Art. 113. A escrituração fiscal do estorno ou anulação de débito será feita mediante emissão de documento fiscal, cuja natureza da operação será “Estorno de Débito”, consignando-se o respectivo valor no Registro de Apuração do ICMS, no último dia do mês, no quadro “Crédito do Imposto - Estornos de Débitos”.”

“Art. 93. Constitui crédito fiscal de cada estabelecimento, para compensação com o tributo devido em operações ou prestações subsequentes e para fins de apuração do imposto a recolher, salvo disposição em contrário:

VIII - o valor dos estornos de débitos, inclusive no caso de imposto pago indevidamente em virtude de erro de fato ocorrido na escrituração dos livros fiscais ou no preparo do documento de arrecadação, mediante lançamento, no período de sua constatação, pelo valor nominal, no quadro “Crédito do Imposto - Outros Créditos” do Registro de Apuração do ICMS, mencionando-se a origem do erro (arts. 112 e 113);”

Deste modo, concluo restar caracterizado que a prática adotada pelo contribuinte estava irregular, por não encontrar respaldo na legislação tributária específica aqui reportada.

No que concerne aos serviços realizados pelo impugnante, e que são denominados de “atividades-meio”, em relação aos quais ele defende o entendimento de que não podem ser tributados pelo ICMS, ressalto ser de grande importância destacar aqui as suas próprias palavras, quando afirmou que tais serviços são “*necessários à efetiva prestação do serviço de telecomunicação*”.

O sujeito passivo alegou, ainda, ilegitimidade do Convênio ICMS nº 69/98, para dispor sobre a base de cálculo do ICMS e que as atividades previstas como tributáveis por esse imposto nesse convênio (habilitação, assinatura, serviços complementares e facilidades adicionais) não são fatos geradores do ICMS.

Em relação a essas alegações, destaco que a previsão a respeito da tributação do ICMS sobre os mencionados serviços tem ampla previsão na legislação desse imposto, conforme segue: a Lei Complementar nº. 87/96, através de seu art. 2º, inciso III, assim como a Lei nº. 7.014/96, por meio do art. 1º, inciso III, c/c o art. 2º, inciso VII, além do RICMS/97, através do art. 1º, § 2º, inciso VII, 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 ser incluídos na base de cálculo do imposto os valores correspondentes aos referidos serviços.

Quanto à base de cálculo do ICMS relativo às prestações de serviços de comunicação de qualquer natureza e por qualquer processo, o art. 66, § 4º do RICMS/97, estabelece:

“Art. 66. A base de cálculo do ICMS, nas prestações de serviços de transporte interestadual ou intermunicipal e de serviços de comunicação, quando não prevista expressamente de forma diversa em outro dispositivo regulamentar, é:

...

§ 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).”

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.”

Acrescento que o entendimento deste CONSEF, em decisões anteriores relativas ao mesmo tema, tem sido no sentido de que as denominadas “facilidades”, que correspondem aos serviços mencionados pelo impugnante, integram a base de cálculo do ICMS, conforme trecho do voto da 2^a Câmara de Julgamento Fiscal, proferido pelo ilustre Conselheiro César Augusto da Silva Fonseca, que abaixo transcrevo:

“2^a CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº. 0197-12/03

(...)

VOTO

(...)

“Quanto ao Recurso Voluntário também voto por seu improvimento porque as razões apresentadas pelo recorrente em relação aos itens 01 e 03 não estão lastreadas em elementos probantes e em relação ao item 02 porque o provimento de “facilidades” ou o provimento de acessos são serviços que adicionam valor ao serviço de comunicação, sendo da mesma natureza, ou seja, são prestações onerosas de serviços de comunicação e estão, portanto, sujeitas ao ICMS, nos termos da Constituição Federal e legislação infraconstitucional imediata e mediata. Acresço que o pensamento da Ministra Eliana Calmon está equivocado porque se baseia em pressuposto falso, o de que um serviço de valor adicionado não é serviço de comunicação. Ora, qualquer serviço que se insere numa prestação de serviço maior pode ser classificado como serviço de valor adicionado. Por exemplo, o serviço de demolição de prédio antigo para construção de prédio novo. Embora seja um serviço de “desconstrução” se insere na prestação com a mesma natureza de serviço de construção civil. Assim, o provimento de acesso, conquanto possa ser tido como não sendo um serviço de telecomunicação, nos termos da legislação pertinente.”

Deste modo, concluo que é subsistente a exigência fiscal, haja vista que, em conformidade com a farta legislação tributária aqui mencionada, o ICMS incide não apenas sobre a comunicação propriamente dita, mas também sobre os serviços complementares ou suplementares e as facilidades adicionais que otimizam ou agilizam o processo de comunicação, que o impugnante disponibiliza aos seus clientes.

No mais, observo que os valores correspondentes ao débito apurado nas duas infrações encontram-se devidamente demonstrados às fls. 09 a 591, caso em que sobre os montantes apurados foi calculado o débito à alíquota de 25% (infração 01) e o imposto relativo ao fundo de pobreza, sob a alíquota de 2% (infração 02), resultando nos montantes corretos do débito para o período objeto da presente autuação.

Vale aqui registrar que na sustentação oral o patrono do autuado apresentou petição solicitando a juntada de um arquivo magnético em CD, contendo dados referentes aos cancelamentos de prestações de serviços para assinantes. Observo, entretanto, que após analisar os mencionados dados, os membros desta Junta de Julgamento entenderam que não eram suficientes para elidir a decisão proferida.

Ante o exposto, voto pela procedência do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 299334.0005/07-4, lavrado contra **SKY BRASIL SERVIÇOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no

valor de R\$233.427,00, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso II, alínea “a” da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 25 de junho de 2008.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

VALMIR NOGUEIRA DE OLIVEIRA – RELATOR

ÂNGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO – JULGADOR