

A. I. Nº - 279468.0022/10-8
AUTUADO - TELEMAR NORTE LESTE S/A.
AUTUANTES - MARIA CRISTINA DE O. ALMEIDA, ROQUELINA DE JESUS e SANDRA M. S. NOYA
ORIGEM - IFEP – SERVIÇOS
INTERNET 28.06.2011

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0156-05/11

EMENTA: ICMS. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO. BASE DE CÁLCULO. ERRO NA DETERMINAÇÃO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. **a)** EXCLUSÃO DO IMPOSTO DE SUA PRÓPRIA BASE DE CÁLCULO E DE VALORES RELATIVOS A PRESTAÇÕES DE SERVIÇOS DE COMUNICAÇÕES; **b)** OPERAÇÃO TRIBUTADA CONSIDERADA COMO NÃO TRIBUTADA. 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. A lei não autoriza a exclusão do ICMS para fim de determinação do imposto a ser recolhido, tendo em vista que este imposto integra a sua própria base de cálculo, bem como, de valores tributáveis ou tidos como isentos. Infrações subsistentes. Rejeitada a preliminar de decadência. Indeferido o pedido de perícia. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 21.10.2010, refere-se à exigência de ICMS no valor de R\$ 10.533.564,14, relativo ao exercício de 2005, em razão da constatação das seguintes irregularidades:

INFRAÇÃO 1 – Recolheu a menor o ICMS, no valor de R\$ 6.706.789,17, relativo à prestação de serviços de comunicação. O contribuinte na qualidade de prestador de serviço de comunicação, deixou de incluir na base de cálculo do ICMS, parcelas cobradas dos seus usuários pelo serviço de comunicação, por entender que tais valores não são tributados pelo ICMS, uma vez que se trata de aluguéis ou locação de equipamentos, montagem, instalação e configuração de aparelhos. Estes valores, independentemente da denominação que seja atribuída às suas parcelas, integram o valor da prestação de serviços. Sem os equipamentos, aparelhos e dispositivos, inclusive com suas instalações, montagens e configurações, não seria possível a realização dos serviços, portanto, trata-se de um serviço de comunicação, com fornecimento de materiais para sua viabilização.

INFRAÇÃO 2 - Falta de recolhimento do ICMS, no valor de R\$ 3.826.774,97, na prestação de serviço de comunicação por escrituração de valores tributados como não tributados. As receitas relativas à prestação de serviços de telecomunicação denominadas como Disque Turismo, Identificação de Chamada, Chamada em Espera, Serviço de Informação 102 e Serviço de Hora Programada, foram lançadas nos livros de Registro de Saída na coluna de isentas ou não tributadas, infringindo também o § 4º do art. 66 do RICMS-BA.

O autuado, através de seu advogado devidamente habilitado, apresenta tempestivamente sua defesa, às fls. 20 a 50 dos autos, onde, inicialmente, aduz ser uma empresa de serviço público de telecomunicação e, em seguida, após discorrer sobre a acusação fiscal, salienta que os valores exigidos não são devidos, uma vez que:

Preliminarmente, nos termos do art. 150, § 4º, do CTN operou a decadência de parte dos créditos exigidos, referente aos períodos compreendidos entre janeiro até a data de 27.10.2005,

homologando, tacitamente, os valores recolhidos e extinguindo-se o crédito tributário, nos termos do art. 156, VII, do CTN. Cita doutrina, legislação e jurisprudência.

Quanto ao mérito, alega a não-incidência do ICMS sobre as receitas autuadas, ao atribuir “*Intributabilidade da locação de bens móveis. Inexistência de prestação de serviço*”, uma vez que o Auto de Infração pretende incidir o ICMS sobre alugueis, conforme descrição da infração 1.

Salienta que a locação de coisas é mera cessão de direito de uso, nítida obrigação de dar, incompatível com o ICMS sobre serviços, que pressupõe um “*facere*” para a tributação destes.

Aduz que o Pleno do Supremo Tribunal Federal consolidou o entendimento exposto – de que a locação de equipamentos sequer configura-se como serviço – no julgamento do RE nº 116.121/SP, declarando a inconstitucionalidade da tributação pelo ISSQN da locação de bens móveis. Diz que a própria Lei Complementar nº 116/2003, regulamentadora do ISS, não prevê a obrigatoriedade dos locadores de bens móveis pagarem o referido imposto, por não se referir a locação de bens móveis à prestação de serviço. Por fim, cita a Súmula Vinculante nº 31 do STF que dispõe sobre a inconstitucionalidade da incidência do ISSQN sobre operações de locações de bens móveis.

Assim, sustenta que, se não se cogita da tributação da atividade de locação de bens móveis pelo imposto municipal sobre serviços porque locação não é serviço, a mesma conclusão deverá advir no caso do imposto sobre serviços de comunicação, haja vista que, não sendo possível classificar locação de bens móveis como serviço, muito menos será possível associá-la ao conceito de serviço de comunicação. Daí concluir que, se a locação não é serviço, é ilegítima a incidência do ICMS sobre os valores recebidos pelo impugnante a este título (se serviço não é, menos ainda se pode dizer que se trata de serviço de comunicação).

Em seguida, passa a sustentar sobre a não-incidência do ICMS sobre os serviços de valor adicionado (SVA) e facilidades adicionais, tais como “Auxílio à Lista – 102”, “Disque Turismo”, “Chamada em Espera”, “Hora Programada”, etc., exigências contidas na infração nº 02, com fundamento no art. 4º, I e § 1º, do RICMS/BA (com redação semelhante ao art. 2º, III, da Lei Complementar nº 87/96), do que depreende que para ocorrer o fato gerador do ICMS é mister que: haja a prestação de serviço de comunicação e esta prestação seja onerosa.

Sustenta o defendente que a prestação dos mencionados serviços não atraem a incidência do ICMS porque essas atividades não são serviços de comunicação, assim entendida a disponibilização de aparelhos de longo alcance para a interação remota e bidirecional entre dois sujeitos, mas sim um serviço prestado via telefone de consulta e informação de dados, assim como o disque-piada, o disque-horóscopo, etc. Aduz ser nítida a distinção entre a utilidade pretendida pelo usuário – diversão, despertador ou informação de natureza turística – e o serviço telefônico, que é o meio pelo qual tais utilidades chegam até o interessado, cujos exemplos somente acrescentam ao serviço de telecomunicações novas facilidades, as quais não são serviços de comunicação e, portanto, fora do campo de incidência do ICMS, pois são aqueles serviços denominados pelo Convênio ICMS 69/98, “serviços suplementares e facilidades adicionais que otimizem ou agilizem o processo de comunicação”. Tais atividades podem ser classificadas como serviços de valor adicionado (SVA), assim definidos pela Lei Geral de Telecomunicações, Lei nº 9.472/97, que dá embasamento ao lançamento, em que no seu art. 61, §§ 1º e 2º, assim como o art. 3º, III, da Resolução Anatel nº 73, dispõem que os serviços de valor adicionado não constituem serviços de telecomunicações, os classificando de forma apartada dos serviços de telecomunicações. Cita decisão do STJ e do Poder Judiciário do Estado da Bahia, neste sentido. Concluiu pela inexistência do ICMS incidente sobre serviços de valor adicionado.

No caso específico do serviço de informação 102, sem afastamento das razões já expostas, destaca a ilegitimidade da cobrança do tributo, cuja conclusão já foi também confirmada pela Receita Federal, em resposta à Consulta nº 73, em que consigna, firmemente, a não inclusão de receitas de consulta 102 na base de cálculo da COFINS calculada sob o regime cumulativo, por não se tratar de serviço de comunicação. Destaca que da natureza do serviço de informação 102, pode-se verificar a existência de duas prestações de serviço materialmente distintas: o serviço de

comunicação consubstanciado na chamada telefônica feita pelo usuário e o serviço de prestação de informação do número do terminal solicitado, cujo serviço a ANATEL veda a cobrança de tarifa, não podendo se sujeitar ao ICMS, pois não é uma prestação de serviço onerosa.

Contudo, o autuado aduz que, apesar de a legislação ser expressa no sentido de que não há pagamento pela chamada telefônica na prestação de serviço de informação 102, isso não significa que esse serviço de valor adicionado não seja remunerado (o que há é um pagamento único pelo serviço de prestação de informações, em valor fixo, independente da duração da chamada). Diz que os municípios exigem o pagamento do ISS sobre as receitas dele decorrentes.

Também arguiu da impossibilidade da incidência do ICMS sobre atividades-meio, que não gozam de autonomia (manutenção, configuração, montagem, instalação, identificação de chamadas, dentre outros), pois não constituem serviço de comunicação propriamente dito, sendo atividades-meio e suplementares à consecução deste, mas dele essencialmente distintos.

Salienta que o STJ já sedimentou o entendimento de que não são tributáveis pelo ICMS as receitas decorrentes de atividades preparatórias e suplementares, do que deve este Conselho dar o mesmo tratamento às rubricas autuadas pelo fisco, pois não configuram fato gerador do ICMS.

Quanto às demais receitas autuadas, aduz da impossibilidade de ampliação da base de cálculo do ICMS-comunicação amparado pelo Convênio ICMS 69/98, que incluiu na base de cálculo do ICMS incidente sobre os serviços de comunicações todas as atividades-meio e serviços adicionais e suplementares à prestação de serviço, bem como a locação de bens móveis e imóveis, manutenção de equipamentos, dentre outros, cujo entendimento, no entender do defendente, não deve prosperar por não encontrar guarida no ordenamento jurídico pátrio, mormente no artigo 155, II, da Constituição Federal e no art. 3º, II, da Lei Complementar nº 87/96, que determinam o fato gerador e a base de cálculo do ICMS, especialmente quando interpretados em consonância com a Lei Geral das Telecomunicações.

Ressalta que o Convênio ICMS 69/98, que ampliou a base de cálculo do ICMS-comunicação para incluir-lhe receitas de outros serviços não adstritos à base de cálculo do ICMS, já foi julgado ilegal pelo STJ, sendo certo que não há uma decisão sequer permitindo a exigência em questão.

Assim, aduz que se torna impossível qualquer interpretação que acolha como fato gerador do ICMS-comunicação qualquer outra atividade que não exatamente “serviço de comunicação”.

Em seguida, passa a arguir o aumento ilegítimo do imposto causado pelo método de definição da base de cálculo – “gross up” – adotado pelo fisco baiano, pois, como demonstrará a perícia contábil a ser realizada, a fiscalização não se limitou, como deveria, a aplicar a alíquota devida sobre a receita obtida pela empresa com os serviços de comunicação autuados, tomando tal preço como líquido de ICMS, ou seja, tomou-o como o valor de que a impugnante se apropriaria, após o pagamento do imposto, e calculou, como se fosse o próprio agente econômico, o preço que este, na sua visão, deveria cobrar, para fazer face ao dever fiscal, do que cita exemplo numérico. Assim, requer a produção de prova pericial para demonstrar os fatos narrados, do que indica assistentes técnicos e quesitação.

Por fim, pede a procedência da sua impugnação, cancelando o Auto de Infração, extinguindo o crédito tributário e arquivando o processo fiscal instaurado, do que anexa documentos às fls. 57 a 219 dos autos.

As autuantes, na informação fiscal às fls. 223 a 239 dos autos, quanto à alegação de que operou a decadência de parte dos créditos exigidos, salientam que o § 4º do art. 150 do CTN dispõe que será de cinco anos o prazo a contar da ocorrência do fato gerador, para que a Fazenda Pública se pronuncie, considerando-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, *se a lei não fixar prazo à homologação*. Ressaltam que o Estado da Bahia estipulou o prazo de homologação, através da Lei nº. 3.956/81, considerando, em seu art. 28, § 1º, ocorrida a homologação tácita do lançamento, após cinco anos, contados a partir de 1º de janeiro do ano

seguinte ao da efetivação do lançamento pelo contribuinte, prazo este também previsto no art. 965, I, do RICMS, aprovado pelo Decreto nº. 6.284/97.

Concluíram os autuantes que não tem cabimento a alegação do autuado de que os créditos existentes de janeiro a 27 de outubro de 2005 encontram-se extintos, uma vez que, o lançamento fiscal referente às operações registradas no período de janeiro a dezembro de 2005, os trabalhos de fiscalização foram iniciados no ano de 2009, concluídos com a lavratura do Auto de Infração em 21/10/2010 e com ciência do contribuinte em 27/10/2010, logo, dentro do prazo previsto na Lei nº 3.956/81 (COTEB) e no RICMS-BA.

Quanto ao mérito, inicialmente esclarecem que todo o crédito tributário objeto deste PAF foi constituído de acordo com o que está estabelecido no ordenamento jurídico em vigor que dispõe sobre a incidência do ICMS na prestação de serviço de comunicação, a começar pela Constituição Federal/88 que no inciso II do seu artigo 155 preconizou competir aos Estados e ao Distrito Federal a instituição de imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação (ICMS), ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior.

Posteriormente, a Lei Complementar nº 87/96, ao tratar dos fatos geradores do imposto, dispõe no art. 2º, III, que o imposto 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”*.

Complementarmente, o Convênio ICMS 69/98, em sua cláusula primeira, firmou entendimento sobre os valores cobrados aos usuários que deveriam ser incluídos na base de cálculo do ICMS sobre a prestação de serviços de comunicação e esclareceu sobre fatos e situações sobre as quais pairavam dúvidas para que o contribuinte pudesse cumprir corretamente com as suas obrigações tributárias, firmando 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”*.

Adicionalmente, deve-se observar o que está estabelecido no inciso VII do art. 2º da Lei nº 7.014/96, que instituiu o ICMS no Estado da Bahia, que *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*.

Salientam, ainda, que, para ratificar todo o entendimento, o Estado da Bahia alterou a Lei nº 7.014/96, em 30/03/10, com o objetivo de adequar-se ao que dispõe a cláusula 1ª do Convênio ICMS 69/98, acrescentado ao art. 17 o § 11, o qual prevê que: *“Incluem-se na base de cálculo do ICMS das prestações de serviço a que se refere o inciso VII do caput do art. 2º desta Lei, 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”*.

E, finalmente, o art. 4º, I, e § 1º, do RICMS, aprovado pelo Decreto nº 6.284/97, estabelece que:

“Art. 4º Nas prestações de serviços de comunicação de qualquer natureza, por qualquer processo, ocorre o fato gerador do ICMS no momento:

I - da prestação onerosa de serviço de comunicação de qualquer natureza, inclusive na geração, emissão, transmissão, retransmissão, repetição, ampliação ou recepção de comunicação, por qualquer meio ou processo, ainda que iniciada ou prestada no exterior”

.....

§ 1º Entende-se por comunicação, para os efeitos deste Regulamento, o ato ou efeito de gerar, emitir, transmitir, retransmitir, repetir, ampliar e receber mensagens acerca de determinado ato ou fato mediante métodos ou processos convencionados, quer através da linguagem falada ou escrita, quer através de outros

sinais, sons, figuras, imagens, signos ou símbolos, quer através de aparelhamento técnico sonoro ou visual, a exemplo dos serviços de telefonia, telex, telegrafia, fax, radiodifusão sonora ou de imagens e televisão por assinatura, quando de caráter oneroso, isto é, sempre que a prestação consistir, por parte do prestador, numa obrigação de fazer, e, por parte do usuário do serviço, numa obrigação de dar.

Com relação à infração nº 01, as autuantes aduzem que o sujeito passivo tributário segregou das faturas enviadas para cobrança da prestação dos serviços de comunicação aos seus clientes, os valores correspondentes aos equipamentos fornecidos e utilizados, bem como a montagem, configuração e instalação de dispositivos e equipamentos, acarretando a falta de pagamento do ICMS devido. Entretanto, segundo elas, não é possível dissociar as atividades preparatórias do serviço propriamente dito, uma vez que é impossível efetivar a prestação do serviço de comunicação sem a utilização de equipamentos, que nada mais são que os meios físicos por onde trafegam os dados, pois, sem os equipamentos, aparelhos e dispositivos, inclusive com suas instalações, montagens e configurações não seria possível a concretização da chamada “*relação comunicativa*”, sujeita à incidência do ICMS.

Aduzem que, desta forma, para acesso e fruição aos serviços de comunicação é imprescindível a disponibilização dos meios necessários à operação destes serviços, consequentemente, os valores cobrados ao usuário, independentemente do título que lhes seja atribuído ou da forma como lhes sejam exigidos (muitas vezes de forma segregada), integram o valor do serviço e, de acordo com o ordenamento jurídico vigente, devem ser tributados pelo ICMS. Citam doutrina.

Entendem que o serviço de comunicação oferecido e o fornecimento do equipamento são totalmente dependentes entre si, logo, ficam evidentes que os equipamentos fornecidos são meios indispensáveis à fruição do serviço e estão intrinsecamente vinculados à efetiva prestação de serviços de comunicação ao usuário pela Operadora de Telefonia, do que citam exemplos e anexam contratos, pois não se trata da prestação de serviços independentes, tampouco de um principal e outros acessórios, mas apenas de um serviço de comunicação, objeto essencial da atividade fornecida, vinculado a uma única razão, com a disponibilização de equipamento, instalação e outros itens que compõem a infra-estrutura necessária para a sua viabilização.

Por outro lado, contradizendo o seu procedimento de excluir da base de cálculo de ICMS os valores cobrados dos seus usuários a título de instalação, montagem, configuração, etc, as autuantes aduzem que a autuada se credita do ICMS no seu Controle de Ativo Permanente – CIAP (planilha elaborada pelo Contribuinte denominada CIAP_TLM_BA_2005.xls, Anexo 5, em linha destacada na cor amarela, constante no DVD em anexo, fl. 240) os valores relativos aos serviços de instalação de equipamentos cobrados por seus fornecedores como a empresa Promon Tecnologia, por exemplo, através das Notas Fiscais nºs 010.224 e 010.451 (em anexo, fls 259 e 260).

Sendo assim, as autuantes entendem que o valor total, pactuado em contrato, pelo qual o contratado se obriga à prestação do serviço de comunicação, este último o objeto do contrato, é o preço do serviço definido na legislação sobre o qual o imposto deve incidir, independentemente do título que seja atribuído a si ou parcelas que integram o seu valor, sendo, portanto, este valor total a base de cálculo a ser considerada para a apuração do ICMS.

No tocante à infração nº 2, as autuantes defendem que, nas receitas relativas à prestação de serviços de telecomunicações denominados de Disque Turismo, Serviço de Informação 102, Chamada em Espera e Serviço de Hora Programada, ficou patente a existência de uma mensagem, sua transmissão e recepção, bem como a onerosidade, caracterizando a efetiva prestação de um serviço de comunicação dentro do campo de incidência do ICMS, conforme entendimento firmado no Convênio ICMS 69/98. Logo, deixar de incluir os valores nele referidos é reduzir a base de cálculo do ICMS nas prestações de serviços de comunicação.

Entendem ser descabido o argumento do defendente de que alguns dos serviços aqui autuados na infração nº 02 não são tributados, invocando dispositivos contidos na Lei nº 9472/97 – Lei Geral das Telecomunicações, uma vez que este diploma legal não tem interferência sobre o ICMS, já que a competência legislativa para tal é exclusiva dos Estados.

No que diz respeito aos questionamentos sobre a apuração da base de cálculo para determinação do imposto devido, informam que procederam de acordo com a forma prevista na legislação tributária estadual, a qual estabelece que o ICMS integra a sua própria base de cálculo, conforme o art. 17, § 1º, I, da Lei nº 7.014/96 e do mesmo modo está previsto no art. 52 do RICMS/97. Assim, como o contribuinte entende que sobre as prestações de serviços, constantes neste Auto de Infração não incidem o ICMS, no momento da formação do preço destes valores, o referido imposto não foi embutido. Logo, não foi incluso na sua base impositiva, razão pela qual fizeram o cálculo do ICMS devido com a inclusão do seu valor na base de cálculo, conforme legislação.

Também, com base no disposto no art. 147, II, “a” e “b”, do RPAF/BA, aprovado pelo Decreto 7.629/99, discordam do pedido para que seja realizada perícia, haja vista que os elementos de prova constantes no DVD apensado aos autos, através dos demonstrativos denominados ANEXOS 01 A 15 diferença do recolhimento e ANEXOS 16 A 30_falta de recolhimento, apresentam resumos mensais onde estão evidenciados os valores das receitas dos serviços (informações retiradas dos arquivos entregues pelo contribuinte de acordo com o que está estabelecido no Convênio 115/03) que serviram de base de cálculo para a apuração do ICMS devido, bem como as suas alíquotas e demais informações questionadas, sendo, portanto, totalmente descabido o pedido. Sendo assim, a prova do fato, que já consta nos Autos, não depende de conhecimento especial de técnicos.

Ainda, entendem as autuantes que, não deve ser acatado o argumento defensivo no sentido de que seja cancelado o presente Auto de Infração por suposta afronta à Constituição Federal do que está disposto na cláusula primeira do Convênio 69/98, posto que *a este foro administrativo não cabe discutir a constitucionalidade da legislação posta*, conforme assim preconiza o art. 167, I, do RPAF/99 e somente ao poder judiciário compete este desiderato.

Aduzem também, quanto à discussão sobre entendimentos e posicionamentos judiciais, salientam que não cabe fazê-lo no âmbito de suas atribuições posto que, por responsabilidade funcional, devem obediência ao que estabelece a legislação vigente no Estado da Bahia.

Por fim, para o deslinde mais aprofundado dos questionamentos que passam desde a determinação da base de cálculo exigível até a definição do que seja serviço de comunicação para a hipótese de incidência do ICMS, anexam ao presente PAF Parecer exarado pela Procuradoria Geral do Estado da Bahia/PROFIS, referente ao Auto de Infração nº 28108110016/05-1, tendo como autuada a própria Telemar, datado de 20/03/2006 (constante no DVD em anexo, fl 240 intitulado Parecer PGE_BA.DOC), onde o Procurador, Dr. José Augusto Martins Júnior, disserta criteriosamente sobre os assuntos tratados, fundamentando a sua argumentação na legislação aplicável. Assim, ratificam, integralmente, o Auto de Infração.

Instado a tomar ciência da Informação Fiscal e do CD com arquivos magnéticos, cujas cópias foram entregues no ato da intimação, o contribuinte, às fls. 285 a 300 dos autos, reitera todas as suas alegações de defesa, pleiteando o cancelamento do Auto de Infração e a consequente extinção do crédito tributário, em razão da decadência parcial do crédito tributário e da não incidência do ICMS sobre as receitas auatadas, do que anexa decisões do Conselho de Recursos Fiscais do Estado da Paraíba e do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia.

VOTO

Trata-se de Auto de Infração lavrado, em 21.10.2010, para exigir do sujeito passivo o débito do ICMS no montante de R\$ 10.533.564,14, referente ao exercício de 2005, sendo R\$ 6.706.789,17, relativo ao recolhimento a menor do imposto, inerente às prestações de serviços de comunicações, não inclusas na base de cálculo, referentes às parcelas cobradas dos usuários, por entender que tais valores não são tributados, por se tratarem de aluguéis ou locação de equipamentos, montagem, instalação e configurações de aparelhos (infração 1), como também o débito de ICMS de R\$ 3.826.774,97, relativo à falta de recolhimento na prestação de serviço de comunicação por escrituração de valores tributados como não tributados, relativos à prestação de serviços de

telecomunicação denominadas como Disque Turismo, Identificação de Chamada, Chamada em Espera, Serviço de Informação 102 e Serviço de Hora Programada (infração 2).

Inicialmente, deixo de acatar a preliminar de decadência relativa aos créditos exigidos nos períodos compreendidos entre 01 de janeiro e 27 de outubro de 2005, pois decorrente da previsão legal contida no § 4º do artigo 150 do CTN, o qual dispõe que “*Se a lei não fixar prazo à homologação, será ele de 5 (cinco) anos, a contar da ocorrência do fato gerador...*”, a legislação pertinente no Estado da Bahia, ínsita no § 1º do art. 28 da Lei. nº 3.956/81 (Código Tributário do Estado da Bahia – COTEB), fixou *o primeiro dia do exercício seguinte ao da ocorrência da hipótese tributária de incidência como o momento a partir do qual se iniciaria a contagem do prazo decadencial para constituição do respectivo crédito tributário*. Assim, quando da lavratura do Auto de Infração, em 21.10.2010, não havia operado a decadência do direito de a Fazenda Estadual constituir o crédito tributário relativo aos fatos geradores do exercício de 2005.

Também rejeito o pedido para realização de perícia técnica para demonstrar os fatos narrados, pois a prova do fato, inclusive as respostas aos quesitos apresentados pelo defendente, às fls. 48 a 50 dos autos, não dependem de conhecimento especial de técnicos, além de que considero suficientes para a formação de minha convicção os elementos contidos nos autos, como também por se relacionar às questões já pacificadas no âmbito deste CONSEF, através de reiteradas Decisões, inclusive versando como sujeito passivo o próprio recorrente. Assim, entendendo desnecessária a realização da perícia em vista de outras provas produzidas nos autos, conforme previsto no art. 147, II, “a” e “b” do RPAF/99, aprovado pelo Decreto n. 7.629/99.

No tocante à informação de que o Pleno do Supremo Tribunal Federal consolidou o entendimento de que a locação de equipamentos sequer configura-se como serviço – no ao julgamento do RE nº 116.121/SP, declarando a inconstitucionalidade da tributação pelo ISSQN da locação de bens móveis, como também sobre a Súmula Vinculante nº 31 do STF que dispõe sobre a inconstitucionalidade da incidência do ISSQN sobre operações de locações de bens móveis, não se aplica ao caso concreto, pois, no caso presente, se trata de ICMS.

Quanto à alegação de que o Convênio ICMS 69/98 ampliou a base de cálculo do ICMS-comunicação para incluir-lhe receitas de outros serviços não adstrito à base de cálculo do ICMS e que o mesmo já foi julgado ilegal pelo STJ, corroboro com o entendimento das autuantes de que, por responsabilidade funcional, devemos obediência ao que estabelece a legislação vigente no Estado da Bahia, até decisão judicial em definitivo, conforme previsto no art. 168 do RPAF/BA. Ademais, na via administrativa, enquanto inexistir ato do Secretário da Fazenda acatando a decisão preponderante do STF, a decisão administrativa deve ser pela aplicação das normas estaduais relativas ao ICMS. Por outro lado, conforme informado no opinativo da PGE/PROFIS, no Processo Administrativo Fiscal de nº 281081.0016/05-1, lavrado contra o próprio autuado, o Plenário do Egrégio Supremo Tribunal Federal, por unanimidade, ao decidir a ADIN nº. 1.467-6/DF, prolatou acórdão no sentido de que o ICMS pode incidir sobre todo e qualquer serviço de comunicação, cujo serviço de radiodifusão sonora e de sons e imagens é serviço de comunicação.

Quanto ao mérito, há de se ressaltar que o art. 2º, III, da Lei Complementar nº. 87/96 definiu como sujeitas ao ICMS as prestações onerosas de serviço 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. Tal previsão está também contida no art. 1º, III, c/c o art. 2º, VII, da Lei nº. 7.014/96, além do art. 1º, § 2º, VII, do RICMS/97, os quais prevêm 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. Por outro lado, o § 4º do art. 4º do RICMS/97, dispõe 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 dada (Convênio ICMS 69/98).

Sendo assim, quanto à infração 1, por corroborar com o entendimento das autuantes de que o serviço de comunicação oferecido e o fornecimento do equipamento são totalmente dependentes entre si, pois os equipamentos fornecidos são meios indispensáveis à fruição e execução da efetiva prestação de serviços de comunicação ao usuário pela operadora de telefonia, a exemplo de: MODEM, ROTEADOR, PABX Virtual (central telefônica), TC DIGITRONCO (para formação de redes), TC ISDN (centrais digitais de comutação telefônica), prestações onerosas de serviço de comunicação, caracterizando em único serviço de comunicação, objeto essencial da atividade fornecida, vinculado a único prestador de serviço, sendo impossível efetivar a aludida prestação do serviço de comunicação sem a utilização destes equipamentos, que nada mais são que os meios físicos por onde trafegam os dados, itens que compõem a infra-estrutura necessária para a sua viabilização, pois, sem os equipamentos, aparelhos e dispositivos, inclusive com suas instalações, montagens e configurações, não seriam possíveis a concretização da prestação de serviço de comunicação, deve-se incluir na base de cálculo para a apuração do ICMS da prestação de serviço de comunicação os respectivos valores, exigidos na infração 01, a qual julgo procedente.

No tocante à infração 2, a qual o apelante se insurge contra a incidência do ICMS sobre serviço de telecomunicação do tipo: Disque Turismo, Identificação de Chamada, Chamada em Espera, Serviço de Informação 102 e Serviço de Hora Programada, também não lhe cabe razão, pois, conforme consignado no Parecer da PGE/PROFIS, relativo ao Auto de Infração nº 28108110016/05-1, o art. 2º, III, da Lei Complementar nº. 87/96, definiu como sujeitas ao ICMS as prestações onerosas de serviço de comunicação, e não apenas o serviço de telecomunicação, subespécie daquele, cuja Lei nº. 9.472/97 (Lei Geral de Telecomunicações) dispôs, no caput de seu art. 60, 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.

Tal previsão está também contida no art. 1º, III, c/c o art. 2º, VII, da Lei nº. 7.014/96, além do art. 1º, § 2º, VII, do RICMS/97, os quais preveem 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. Por outro lado, o § 4º do art. 4º do RICMS/97, dispõe 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 dada.

Logo, devem-se incluir na base de cálculo do imposto os valores relativos a tais serviços, ressaltando-se que o CONSEF vem, reiteradamente, decidindo neste sentido em processos fiscais similares, nos quais constam o próprio recorrente na condição de sujeito passivo, a exemplo dos Acórdãos de n. 142-11/04 e 167-12/04 e dos Autos de Infrações nº 281081.0016/05-1 e 281081.0002/04-2.

Assim, devem-se incluir na base de cálculo do imposto os valores relativos a tais serviços.

Quanto à insurgência do defendente contra a apuração da base de cálculo para determinação do ICMS, também não lhe cabe razão, pois a mesma está de acordo com o previsto no art. 13, inciso III, c/c o seu §1º, inciso I, da Lei Complementar nº. 87/96, reproduzido no art. 17, VIII, § 1º, da Lei nº. 7.014/96 e também no artigo 52 do RICMS/97, onde estabelece que integra a base de cálculo do imposto, o montante do próprio imposto, constituindo o respectivo destaque mera indicação para fins de controle. Portanto, a sistemática utilizada pelas autuantes está respaldada na legislação, visto que o próprio contribuinte admite que sobre as prestações de serviços, constantes neste Auto de Infração não incidiram o ICMS, no momento da formação do preço destes valores. Logo, o referido imposto não foi embutido e, conseqüentemente, não foi incluso na sua base imponible,

razão pela qual as autuantes fizeram o cálculo do ICMS devido com a inclusão do seu valor na base de cálculo, conforme determina a legislação.

Diante do exposto, voto PROCEDENTE o Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão unânime, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **279468.0022/10-8**, lavrado contra **TELEMAR NORTE LESTE S/A.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$10.533.564,14**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a”, da Lei 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 09 de junho de 2011.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO – JULGADOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - JULGADORA