

A. I. Nº - 278003.0002/11-0
AUTUADO - TELEMAR NORTE LESTE S/A
AUTUANTES - MIRIAM BARROSO BARTHOLO; M^a CRISTINA DE OLIVEIRA ALMEIDA;
ROQUELINA DE JESUS; SANDRA MARIA SILVA NOYA e VÂNIA FERRARI
RAMOS
ORIGEM - IFEP SERVIÇOS
INTERNET - 28.02.2012

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 002-02/12

EMENTA: ICMS. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO. SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO. FALTA DE RECOLHIMENTO E RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. 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. No caso, os serviços cobrados no lançamento de ofício (locação, montagem, e configuração de equipamentos, serviços de chamadas em espera, identificação de chamada, disque turismo, informação 102) 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. Infração caracterizada. Não compete aos órgãos julgadores administrativos a arguição de inconstitucionalidade. Não acolhida a arguição de nulidade. Rejeitado o pedido de Perícia. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 16/06/2011, exige ICMS no valor de R\$7.979.747,88, com multa de 60%, sob acusação do cometimento das seguintes infrações:

1. Recolhimento a menos do ICMS no valor de R\$6.299.648,95, relativo a prestação de serviços de comunicação, no exercício de 2006, conforme demonstrativos constantes no arquivo eletrônico à fl. 09. Em complemento consta: *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, independente de 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.*
2. Falta de recolhimento do ICMS no valor de R\$1.680.098,93, na prestação de serviços de comunicação por escrituração de valores tributados como não tributados, no exercício de 2006, conforme demonstrativos constantes no arquivo eletrônico à fl.09. Em complemento consta: *O contribuinte deixou de recolher o ICMS relativo às prestações de serviços de telecomunicação tais como: Chamada em espera, Identificação chamada, Serviço hora*

programada, disque turismo, Serviço de informação 102, uma vez que os valores da receita foram escriturados nos livros fiscais de saídas na coluna de isentas ou não tributadas.

O autuado através de seus advogados destacou a tempestividade de sua impugnação, reprisou os fatos, e impugnou o lançamento tributário, folhas 14 a 38, com base nas razões de fato e de direito a seguir alinhadas.

Preliminarmente argüiu a decadência parcial dos créditos tributários anteriores a 21/06/2006, por ter sido notificado do lançamento em 16/06/2011, com fundamento no entendimento de que o ICMS por ser um imposto sujeito ao lançamento por homologação, e tendo em vista que a acusação fiscal é de recolhimento a menor do crédito tributário, deveria ser contado o prazo decadencial a partir da data da ocorrência do fato gerador. Fundamenta sua argüição no que preceitua o artigo 150, §4º do Código Tributário Nacional, na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, em decisões do Tribunal de Justiça da Bahia e outros julgamentos na esfera administrativa de outros Estados do Brasil. Juntou cópias de diversos DAEs para comprovar que no período fiscalizado recolheu o ICMS (docs.fls.57 a 153).

No mérito, argüiu a não-incidência do ICMS sobre as receitas autuadas, impugnando o lançamento tributário com base em quatro premissas.

1. NÃO-INCIDÊNCIA DO ICMS SOBRE AS RECEITAS AUTUADAS.

Das operações de locação: “TC CPE Solution-aluguel”, aluguel de equipamentos e aparelhos, dentre outros. Intributabilidade: entendimento do STF.

Sustenta que grande parte das atividades do estabelecimento sob a insígnia “serviços de comunicação” compreende operações de locação de aparelhos e equipamentos que não constitui serviço e não são tributadas pelo ICMS, a exemplo de: modem - *Router Velox 256, Speedstream VI-256, Ericsson Velox 256, Home Velox 256, Office Velox 256, Bridge Velox 256* - fax, fones de ouvido, bloqueador de IU, roteador nível 2, rubricas “RVI-Aparelho” e “RVI-Equipamentos”, etc.

Diz que também não pode ser classificada como serviço de comunicação, a atividade “TC Voice Net-Aluguel”, tanto “APA” quanto “APA Padrão”, pois fornece a empresas uma rede corporativa de voz que integra seus endereços, com o objetivo de reduzir gastos com telecomunicação, e as atividades denominadas “RVI-Integração de Rede” e “RVI-Locação de Terminais”, que compreendem a locação de uma Rede Virtual Integrada, ou seja, é uma forma de compartilhamento de meios de suporte da infra-estrutura para atendimento aos clientes.

Além disso, que também é este o caso das rubricas “TC CPE Solution-Aluguel”, incluindo as modalidades “Pequeno Porte”, “Médio Porte” e “Grande Porte”, que consiste na criação de infra-estrutura (*hardware*) de comunicação interna em clientes corporativos, através da locação de equipamentos, instalação, configuração e manutenção. Esclarece que através desta rede privativa, o cliente poderá utilizar de serviços contratados para transmissão de voz, dados e imagens junto à prestadora de serviço.

A fim de demonstrar a natureza locatícia das atividades autuadas, acosta aos autos os contratos da empresa no estado de locação de “CPE” no CD em anexo (doc.fl.154), no qual, diz que são exigidos segregadamente dos locatários os valores decorrentes do aluguel de *hardwares, softwares*, equipamentos, cabos, que ressalta tratar de comodidades ofertadas ao usuário que não possua tais bens, para viabilizar a prestação de certos serviços de telecomunicação. Explica como funciona e a finalidade de tais equipamentos, e transcreve cláusulas da contratação (objeto, preço e forma de pagamento), para mostrar que se tratam de locação de bens móveis não sujeitos à incidência do ICMS.

Reitera a não tributação pelo ICMS sobre serviços de valor adicionado, baseando-se em decisões do STJ e STF sobre a não incidência de ICMS sobre serviços de anúncio, telegrama fonado e telelista e em sentenças proferidas pelo Poder Judiciário do Estado da Bahia sobre a matéria (doc. nº 06 - apensado às folhas 155 a 174).

2. “Da impossibilidade de cobrança do ICMS sobre atividades-meio (Infração 01) e serviços suplementares (Infração 02). Da ilegalidade e inconstitucionalidade do Convênio CONFAZ nº 69/98”.

Invoca entendimento do STJ que teria declarado em acórdão a ilegitimidade da Cláusula 1ª do Convênio 69/98 e insere a folha 27 da peça processual trecho de ementa proferida pelo Tribunal de Justiça da Bahia nos autos de Mandado de Segurança sobre a matéria.

Defende que os serviços de montagem, instalação e configuração de equipamentos, identificação de chamada, chamada em espera, hora programada, dentre outros, não poderiam ser confundidos com os serviços de comunicação, sob pena de “clara violação ao princípio da legalidade e da tipicidade fechada, vez que dilarga a hipótese de incidência do ICMS-comunicação”. Afirma que os serviços listados anteriormente não se constituem como “serviço de comunicação propriamente dito, sendo atividades-meio à consecução deste”, certamente relacionados com o serviço de comunicação, mas dele essencialmente distintos.

Em seguida, descreve e conceitua as “atividades meio” e os “serviços complementares”, concluindo que seriam atividades preparatórias e conexas ao serviço de comunicação, mas que como, supostamente, não envolvem a consecução de uma efetiva relação comunicativa, refogem à hipótese de incidência do imposto em tela.

Para reforçar o seu entendimento, invoca e transcreve decisão do STJ que versa sobre a matéria, ao tempo em que solicita que esse Egrégio Conselho dê tratamento semelhante às rubricas autuadas.

3. “Da não incidência do ICMS sobre os serviços de valor adicionado (SVA), tais como “Serviço de Informação 102” e “Disque Turismo” (Infração 02).

Salienta que as mencionadas 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 de consulta e informação de dados prestados via telefone. Frisa que também não são serviços de comunicação outros serviços de valor adicionado tais como o disque-piada e o disque-horóscopo e conclui que estes apenas acrescentam ao serviço de telecomunicações novas utilidades relacionadas ao acesso, armazenagem, apresentação, movimentação ou recuperação de informações.

Afirma que tais atividades não são serviços de comunicação, que estão fora do campo de incidência de ICMS e que são “facilidades colocadas à disposição do usuário do serviço de telefonia, que dele se utiliza, mas que com ele não se confunde”, concluindo que poderiam ser classificadas como serviços de valor adicionado (SVAs), de acordo com o disposto no art. 61, §1º e § 2º da Lei nº 9.472/97 - Lei Geral de Telecomunicações e o Inciso III do art. 3º da Resolução Anatel nº 73 de 25/11/1998 que editou o Regulamento dos Serviços de Telecomunicações.

Reitera a não tributação pelo ICMS sobre serviços de valor adicionado, baseando-se em decisões do STJ sobre a não incidência de ICMS sobre serviços de anúncio, telegrama fonado e telelista e em sentenças proferidas pelo Poder Judiciário do Estado da Bahia sobre a matéria (doc. nº 06 - apensadas às folhas 155 a 174).

Além disso, argui a não incidência de ICMS sobre a prestação de serviço de informação 102, afirmando a sua crença na ilegitimidade de cobrança do tributo sobre este serviço de informação enquadrando-o no conceito de serviço de valor adicionado, e repete o seu entendimento de que o 102 não é serviço de comunicação, mas sim um serviço de consulta e informação prestado via telefone.

Para reforçar as suas conclusões, cita e transcreve parcialmente a Consulta nº 73/2006 da Receita Federal sobre a não inclusão de receitas de consulta 102 na base de cálculo da COFINS, por, supostamente, não se tratar de serviço de comunicação.

Analisa a natureza do serviço de informação 102 e constata a suposta existência de duas prestações de serviço que seriam materialmente distintas: o serviço de telecomunicação

consubstanciado na chamada telefônica feita pelo usuário para contatar a central responsável pelo serviço de auxílio à lista 102 e o serviço de prestação de informações, no qual a telefonista consulta a base de dados da empresa e informa ao cliente o número do terminal solicitado.

Cita e transcreve a norma da Telebrás nº 415-200-154 de 09/11/1990 que classificou e definiu os serviços telefônicos e a Resolução ANATEL nº 357/2004 que aprovou o Regulamento sobre as Condições de Acesso dos Serviços de Utilidade Pública e de Acesso ao STFC (Serviço de Telefonia Fixa Comutado), concluindo que a legislação diferencia o “acesso” aos serviços de apoio ao STFC (a ligação telefônica) da informação de código de acesso de assinante e que existe uma vedação expressa de cobrança de tarifa pelo uso das redes de telecomunicações na prestação do serviço de informação 102.

Defende que apesar da legislação vedar expressamente o pagamento pela chamada telefônica na prestação do serviço de informação 102, isso não significa que esse serviço, que classifica como sendo de valor adicionado, não seja remunerado.

Na concepção do Impugnante, o valor pago pelo usuário pelo serviço de informação 102 remunera exclusivamente o serviço de prestação de informações, uma vez que a Anatel veda a cobrança pela chamada telefônica. Desta forma, conclui que todo o valor cobrado pelo serviço de informação 102 remunera exclusivamente a prestação do serviço de informações, que não deveria atrair a incidência do ICMS.

Informa que os Municípios exigem o pagamento do ISS sobre as receitas do serviço de informação 102, com fulcro no item 17.01 da lista anexa à lei Complementar nº 11/2003, razão pela qual informa que recolhe o imposto municipal sobre tais receitas.

Apensa também ao PAF cópias de decisões proferidas nas esferas administrativa e judicial, que concluíram pela não tributação do ICMS dos valores relativos aos serviços de informação 102 (doc. nº 06, 07 e 08 - fls 155 a 195).

4. “Do caráter confiscatório da multa cominada”

O defendente transcreve decisão emanada do Supremo Tribunal Federal, e lição de renomado jurista, para argüir que a multa aplicada pela acusação do descumprimento da obrigação principal, tem natureza abusiva e confiscatória e solicita a redução da penalidade aplicada.

Ao final, requer a procedência de sua impugnação, visando o cancelamento do Auto de infração.

Na informação fiscal às fls.198 a 216, inicialmente foi esclarecido pelas autuantes que o autuado é uma empresa concessionária de serviço público de comunicação, atuando predominantemente na prestação de Serviço Telefônico Fixo Comutado (STFC), denominação utilizada pela ANATEL, órgão regulador vinculado ao Ministério das Comunicações, para caracterizar a prestação onerosa de serviços de telefonia fixa no Brasil.

Rebateram a alegação de decadência dizendo que no caso em análise o autuado deixou de oferecer parcelas do tributo ao Fisco, que foram objeto de autuação de ofício, não se aplicando, portanto, o art. 150, § 4º do Código Tributário Nacional, e sim o seu art. 173, inciso I, do mesmo diploma legal, que estabelece que “o direito e a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado”.

Salientam que este dispositivo legal foi acolhido pelo Código Tributário da Bahia – aprovado pela Lei nº 3.956 de 11 de dezembro de 1981, que no § 1º do seu art. 28 fixou o prazo de homologação como sendo de 05 (cinco) anos, contados a partir de 01 de janeiro do ano seguinte ao da efetivação do lançamento pelo Contribuinte, entendimento esse, seguido pelo artigo 965 do Regulamento do ICMS/BA, aprovado pelo Decreto 6.284/97.

Desta forma, asseveram que uma vez que os fatos geradores objeto do Auto de Infração em julgamento iniciaram-se em janeiro de 2006, o início do prazo para efetuar o lançamento é a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido realizado, qual seja, exercício de 2006. Ou seja, que de acordo com a legislação aplicável, o início do prazo

é 1º de janeiro de 2007, findando-se em 31/12/2011. Considerando que o Contribuinte foi devidamente cientificado sobre a lavratura deste Auto de Infração na data de 21/06/2011, argumentam que foram cumpridos os prazos previstos no art. 173, inciso I do Código Tributário Nacional, § 1º do art. 28 do Código Tributário da Bahia e no artigo 965 do Decreto 6.284/97, que aprovou o RICMS-BA.

No mérito, invocam o artigo 2º, II, da CF/88 e a Cláusula Primeira do Convênio 69/98; e transcreveram o art. 2º, III, e 13, § 1º, II, “a”, da LC nº 87/96; o inciso VII do art. 2º, e o art. 17, VIII, da Lei Ordinária 7.014/96; e o artigo 4º, I e § 1º, do Decreto nº 6.284/97 (RICMS), para evidenciar que todo o crédito tributário objeto deste PAF foi constituído de acordo com o que está estabelecido nos citados dispositivos legais, dispõem sobre a incidência do ICMS na prestação de serviço de comunicação.

Explicam que o autuado tem por procedimento subdividir um mesmo serviço de comunicação em vários códigos tarifários (conforme pode ser observado no arquivo denominado “Portfólio Fiscal Telemar”, cedido pelo contribuinte e gravado em CD anexo à fl. 217 deste PAF, e muitas vezes firmam contratos em instrumentos diferentes para cobrá-los separadamente, porém, frisam que tudo deve integrar a base de cálculo do ICMS, pois 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. Sem os equipamentos, aparelhos e dispositivos, inclusive com suas instalações, montagens e configurações não seria possível a concretização da chamada “*relação comunicativa*”, sujeita a incidência do ICMS.

Além disso, dizem que a Telemar excluiu da base de cálculo do ICMS parcelas significativas do valor cobrado a seus clientes pela prestação do serviço de comunicação, sob a alegação de que tais parcelas decorrem de aluguel de equipamentos e, portanto, estariam fora do campo de incidência do imposto. Observam que os equipamentos normalmente indicados neste caso são modems, conversores, decodificadores, roteadores e portas de roteadores, e a receita decorrente da cobrança do suposto aluguel é tratada como não isenta/tributada ou outras (ISS).

Entendem que o valor total, estabelecido 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, independente do título que seja atribuído a si ou às parcelas que integram o seu valor, é também a base de cálculo para a apuração do imposto. Sobre o tema transcreveram lição de ilustre professor de direito tributário.

Concluem que para acesso e fruição aos serviços de comunicação é imprescindível a disponibilização dos meios necessários à operação destes serviços, e reiteram que 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.

Transcrevem ensinamentos de J. C. Mariense Escobar na sua obra “O Novo Direito de Telecomunicações”, págs. 38 e 39, e apontam que a ANATEL elaborou uma lista dos chamados “produtos para telecomunicações”, aonde foram descritos os equipamentos ou aparelhos utilizados e fornecidos aos usuários pelas Operadoras de Telefonia os quais proporcionam as condições materiais necessárias que possibilitam a fruição do serviço de comunicação e fazem parte da infra-estrutura mecânica, eletrônica e técnica imprescindível à transmissão e recepção de mensagens.

A título de exemplificação prática da operacionalização do método utilizado pelo Contribuinte para fugir ao pagamento do ICMS, selecionaram o serviço apontado pela Impugnante na sua defesa denominado “TC CPE SOLUTIONS” (aluguel de equipamento) que no “Portfólio Fiscal Telemar” fornecido pela Empresa (gravado em CD anexado à fl. 217 deste PAF) tem a seguinte descrição:

“CPE é a sigla para Customer Premises Equipment. Este termo é utilizado para designar os equipamentos terminais de rede situados dentro dos limites de propriedade de um usuário, ou seja, equipamento cedido e instalado no ambiente do cliente. Acompanha, necessariamente, os serviços oferecidos pela Telemar. Trata-se de locação de equipamento, estritamente, necessária e suporte para a prestação dos serviços ora explicados.”(grifo deles).

Dizem que no “PLANO DE CONTAS DA TELEMAR” este mesmo serviço está escriturado da forma a seguir:

311.60 - CPE - CUSTOMER PREMISE EQUIPMENT

T01 0031130680 - 0031130690

31130680

RECEITAS ALUGUEL DE EQUIPTO CPE FAT

31130690

RECEITAS SERV PREST CLIENTES CPE FAT

Assim, ressaltam que a definição para o serviço CPE anteriormente transcrita, constante do portfólio de produtos, bem como a sua escrituração no Plano de Contas da Empresa, demonstra que não se trata da prestação de serviços independentes, tampouco de um principal e outro acessório, mas apenas de um serviço de comunicação, objeto essencial da atividade fornecida, vinculado a uma única razão, com a disponibilização de equipamento para a sua viabilização.

Concluem que o serviço de comunicação oferecido e o fornecimento do equipamento são totalmente dependentes entre si, ficando evidente 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.

Sustentam que os serviços em questão não se tratam da prestação de serviços independentes, tampouco de um principal e outros acessórios, mas apenas de um serviço de comunicação, com a disponibilização de equipamento, instalação e outros itens que compõem a infra-estrutura necessária para a sua viabilização e neste exemplo, que a própria Empresa, de forma contraditória às suas alegações, informa que a instalação de terminais deve ser tributada pelo ICMS. Anexam Decisão normativa CAT-5 datada de 02/12/2004 exarada pela Coordenação de Administração Tributária da Secretaria da Fazenda do estado de São Paulo e gravada em CD anexado à fl. 217 do PAF.

Reafirmam que o método utilizado pelo Contribuinte para deixar de adicionar na base de cálculo do ICMS todas as importâncias pagas, recebidas ou debitadas, ou seja, tudo o que foi cobrado do usuário final, tais como receitas de aluguéis ou locação de equipamentos, montagem, instalação e configuração de aparelhos, dispositivos ou elementos necessários à prestação do serviço de comunicação, constituindo o serviço prestado pela Operadora é um serviço oneroso de comunicação, sujeito à incidência do ICMS, conforme determina a Constituição Federal no seu art. 155, § 2º, inciso III.

Entendem que não devem ser considerados de forma isolada serviços como a montagem e instalação de, por exemplo, centros e linhas telefônicas ou outros sistemas de telecomunicação, com a aplicação de produtos, partes ou peças fornecidos pelo executante, adquiridos de terceiros prontos e acabados, mas sim como a efetiva prestação de um serviço de comunicação, que já deveria incluir no seu preço estes materiais e meios que viabilizam a sua fruição, tendo como fundamento desta proposição a preponderância funcional da utilidade fornecida que é a prestação de serviços de comunicação.

Com relação à infração nº 02, explicam 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.

Observam que o Convênio ICMS 69/98 firmou 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.

Assinalam que o Convênio ICMS 69/98, conforme disposto em suas considerações iniciais, tratou da uniformização dos procedimentos tributários nas prestações de serviços de comunicações e, também, de esclarecer o contribuinte no cumprimento de suas obrigações tributárias. Deixar de incluir os serviços nele referidos na base de cálculo do ICMS seria uma limitação do conceito de prestação de serviço de telecomunicação.

Consideraram descabido o argumento do defendente de que alguns dos serviços 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.

Salientam que não se deve acatar o argumento defensivo de cancelamento do presente Auto de Infração por suposta afronta à Constituição Federal, uma vez 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.

Para ratificar os seus entendimentos, transcreveram o Acórdão CJF nº 0160-12/06, exarado pelo Egrégio Conselho, em grau de recurso ao Acórdão 5ª JF nº 0188-05/05 sobre a procedência da exigibilidade do ICMS para os serviços em análise.

Quanto à discussão sobre decisões judiciais, salientam que não cabe fazê-lo no âmbito de suas atribuições posto que, por responsabilidade funcional, devem obediência à legislação vigente no Estado da Bahia.

Informam que para o deslinde mais aprofundado dos questionamentos abordados nesta defesa que passam pela definição do que seja serviço de comunicação à hipótese de incidência do ICMS, anexaram ao presente PAF Parecer Jurídico da Procuradoria Geral do Estado da Bahia/PROFIS (gravado em CD anexado à fl.217 deste PAF), redigido pelo ilustre Procurador, Dr José Augusto Martins Júnior, que conclui pelo improvimento de recurso voluntário da própria Telemar.

No que se refere à alegação de que a multa estabelecida no Auto de Infração teria natureza confiscatória, salientam que a multa aplicada é a prevista no artigo 42, II, “a”, da Lei 7.014/96 (Lei do ICMS), e que não lhe cabem analisar a correspondência entre a punição e a gravidade da infração.

Por outro lado, dizem que a própria norma concede o benefício da redução das multas aplicadas quando do reconhecimento do débito fiscal pelos contribuintes, conforme percentuais estabelecidos no artigo 45 da Lei 7.014/96.

Concluindo que as alegações defensivas resumem-se na tese de arguição de inconstitucionalidade e ao questionamento de normas vigentes na legislação do Estado da Bahia, não contestando em momento algum os valores levantados pelo Fisco, ratificam todo o conteúdo do Auto de Infração, solicitando a procedência total do lançamento fiscal consubstanciado no Auto de Infração.

VOTO

O autuado suscita preliminar de nulidade, com fulcro no artigo 150, § 4º do Código Tributário Nacional, alegando decadência parcial do crédito tributário quanto aos fatos geradores anteriores a 21/06/2006, por ter sido notificado do lançamento em 16/06/2011, com fundamento no entendimento de que o ICMS por ser um imposto sujeito ao lançamento por homologação, e tendo em vista que a acusação fiscal é de recolhimento a menor do crédito tributário, deveria ser contado o prazo decadencial a partir da data da ocorrência do fato gerador.

A legislação estabelece que o direito da fazenda pública de constituir o crédito tributário extingue-se no prazo de cinco anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em

que o lançamento poderia ter sido efetuado, conforme art. 965 do RICMS/97, que está de acordo com o art. 173, I do CTN.

Assim, observo que a legislação do Estado da Bahia fixa prazo à homologação do lançamento, e por isso, não é acatada a alegação referente à determinação do art. 150, § 4º, do CTN, que prevê: “se a lei não fixar prazo à homologação, será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador”.

Logo, para o crédito tributário vencido nos citados períodos, considerando-se que o lançamento ocorreu em 16/06/2011, a contagem de prazo para a Fazenda Pública proceder à constituição do crédito tributário iniciou-se em 01/01/2006, findando-se em 31/12/2011.

Portanto, fica rejeitada a preliminar de nulidade, haja vista que o PAF está revestido das formalidades legais, e não se encontram no presente processo os motivos elencados nos incisos I a IV do art. 18 do RPAF/99.

Quanto aos aspectos constitucionais abordados na peça defensiva em relação a ilegalidade e inconstitucionalidade do Convênio CONFAZ nº 69/98, e por conseguinte, a legislação tributária estadual constante no enquadramento legal que fundamenta cada infração, destaco a regra estabelecida pelo art. 167, I do RPAF/99 que retira do órgão julgador administrativo a competência para a declaração de inconstitucionalidade ou negativa de aplicação de Lei, decreto ou ato normativo.

Portanto, não é esta Junta de Julgamento Fiscal o foro apropriado para a discussão de uma possível ilegalidade de norma tributária estadual, como argüido pelo autuado, e a jurisprudência e a doutrina citada na defesa não aplicam aos fatos narrados no auto de infração objeto deste processo.

No tocante ao pedido do autuado de diligência para que preposto fiscal estranho ao feito procedesse a revisão do lançamento do citado item, com base no art. 147, inciso I, alínea “b”, do RPAF/99, fica indeferido tal pedido, tendo em vista que o pedido do contribuinte foi no sentido de verificação de fatos vinculados à escrituração comercial ou de documentos que estejam de sua posse, e cujas provas poderiam ter sido juntadas aos autos. Além do mais, o processo contém todos os elementos para minha convicção sobre a lide, inclusive recalculer o débito, se necessário, ressaltando-se que não foi apontado erros nos números consignados no levantamento fiscal.

Apreciando a alegação defensiva de confiscatoriedade da multa de 60%, observo que a sua aplicação pelo descumprimento da obrigação principal neste processo é prevista no artigo 42, inciso II, “a”, da Lei nº 7.014/96, sendo que as alegações concernentes ao seu caráter confiscatório não devem ser apreciadas por estar prevista na citada lei e em face do disposto no artigo 167, inciso I, do RPAF/99.

Desta forma, com relação ao argumento defensivo de que a multa é confiscatória, a mesma está prevista no dispositivo acima citado, portanto é legal. Também não pode ser acatado o pedido de sua exclusão ou redução, visto que a penalidade imposta está vinculada à infração cometida, e este órgão julgador não tem competência para apreciar pedido de redução ou cancelamento de multa decorrente de obrigação principal, competência exclusiva da Câmara Superior deste CONSEF, consoante o art. 159 do RPAF/99.

No mérito, na infração 01 foi imputado que contribuinte recolheu a menor o ICMS relativo a prestação de serviço de comunicação, pois deixou de incluir na base de cálculo as parcelas cobradas dos seus usuários pelo serviço de comunicação, referente a alugueis ou locação de equipamentos, montagem, instalação e configuração de aparelhos.

Já a infração 02, trata de exigência de ICMS pela falta do seu recolhimento, na prestação de serviço de comunicação, referente a Chamada em Espera; Identificação de Chamada; Serviço de Hora Programada; Disque Turismo; e Serviço de Informação 102, os quais foram escriturados nos livros fiscais como operações não tributadas.

Verifico que o levantamento fiscal que resultou nos valores que foram consignados no Demonstrativo de Débito às fls.01 e 02, se encontram no CD à fl.09, onde foram elaborados 02 (dois) demonstrativos, um para cada situação, cuja mídia eletrônica foi entregue ao sujeito passivo conforme comprova o Recibo de Arquivos Eletrônicos, fl.08, fato que possibilitou o pleno exercício do direito de defesa do autuado, que por sinal apresentou impugnação, sem contudo contestar números do lançamento.

O lançamento das infrações foi impugnado com base na alegação de ilegalidade e inconstitucionalidade do Convênio CONFAZ nº 69/98, por considerar a impossibilidade de cobrança do ICMS sobre atividades-meio (Infração 01) e serviços suplementares (Infração 02).

Quanto aos aspectos constitucionais abordados na peça defensiva em relação a ilegalidade e inconstitucionalidade do Convênio CONFAZ nº 69/98, e por conseguinte, a legislação tributária estadual constante no enquadramento legal da cada infração e que fundamenta cada infração, observo que esta alegação já foi apreciada na análise das preliminares de nulidade argüidas na defesa.

Portanto, não cabe neste processo a discussão de uma possível ilegalidade de norma tributária estadual, como argüido pelo autuado, e a jurisprudência e a doutrina citada na defesa não aplicam aos fatos narrados no auto de infração objeto deste processo.

Cumprе registrar que o autuado é uma empresa de telecomunicação, relacionada no anexo único do Conv. ICMS 126/98, e por força do regime especial de tributação do ICMS, nele concedido e no Art. 569-A do RICMS, possuindo uma Inscrição única no Cadastro Estadual com escrituração fiscal e recolhimento do ICMS centralizado, sendo o regime de apuração do ICMS o normal.

Ressalto que, embora desdobradas em dois itens, a infração neste processo é única, ou seja, falta de recolhimento e recolhimento a menos do ICMS sobre serviços de comunicação. Entretanto, os motivos que levaram o contribuinte a cometê-los foram dois:

1º) O proveniente da diferença apurada entre documentos fiscais e contábeis, demonstrado no Anexo 01 denominado “DIFERENÇA APURADA ENTRE OS VALORES ESCRITURADOS NA CONTABILIDADE E NO DEMONSTRATIVO DE FATURAMENTO”, relativo aos serviços denominados de: TC CPE SOLUTION – ALUGUEL; TC PAC CONFIG; TC VOICE; DVI INTERNET; DIAL REMOTE; TC DATA STD; IP ACCESS; ALUGUEL DA RADIO CEM – LOCAÇÃO TELEFONE VIRTUAL; MODEM VELOX 256 – ALUGUEL.

2º) Falta de recolhimento do ICMS, por ter considerado a prestação de serviços de telecomunicações SMS, demonstrada no Anexo 02, discriminados como DVI CHAMA EM ESPERA; DVIA IDENTIFICAÇÃO DE CHAMADA; SERVIÇO DE HORA PROGRAMADA; SERV.COMPLET.CHAMADA LOCAL VIA 102; SERV.COMPLET.CHAMADA LOCAL LDN 102; DISQUE TURISMO e SERVIÇO DE INFORMAÇÃO 102.

No mérito, ressalto que o Conselho de Fazenda do Estado da Bahia – CONSEF ao decidir sobre a mesma matéria, em Auto de Infração lavrado anteriormente contra o mesmo contribuinte, mediante o Acórdão JJF nº 0136-04/07, da 4ª Junta de Julgamento Fiscal, por unanimidade, julgou procedente a autuação, conforme Ementa abaixo:

“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 argüição de inconstitucionalidade. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime”.

Apesar de o autuado ter recorrido da decisão acima, a 1ª Câmara de Julgamento Fiscal, mediante Acórdão nº 0316-11/07, decidiu, também por unanimidade, manter a Decisão pela procedência da autuação, conforme abaixo:

“1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0316-11/07

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. Os serviços cobrados no lançamento de ofício 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. Decisão recorrida mantida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.”.

Cumprando observar, ainda, que a decisão acima está fundamentada no parecer jurídico da Procuradoria Fiscal da PGE sobre a amplitude da hipótese de incidência do ICMS sobre serviços onerosos de comunicação, previstos na LC nº 87/96 e explicitados no Convênio ICMS 69/98.

Acompanhando o mesmo entendimento esposado pelas decisões acima transcritas, uma vez que este tem sido o entendimento deste órgão julgador nos processos relativos a incidência do ICMS nas operações realizadas pelo autuado e pelas demais empresas que atuam no mesmo ramo, como podemos observar, a título de exemplo, nos Acórdãos: 2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL - ACÓRDÃO CJF Nº 0197-12/03; 1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL - ACÓRDÃO CJF Nº 0476-11/03; 2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL - ACÓRDÃO CJF Nº 0191-12/07 e 2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL - ACÓRDÃO CJF Nº 0160-12/06.

Os julgamentos reiterados do CONSEF, constantes dos acórdãos acima alinhados, entre muitos outros, 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, pois 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.

Tal conclusão, encontra-se embasada no artigo 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”.

No mesmo sentido, 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)”.

Não acolho o argumento defensivo de que os serviços encontram-se no campo de incidência do ISS, uma vez que tais os serviços prestados pelo impugnante aos seus clientes, objeto da presente lide, 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.

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

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **278003.0002/11-0**, lavrado contra

TELEMAR NORTE LESTE S/A., devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$7.979.747,88**, 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, 10 de fevereiro de 2012.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE/RELATOR

ÂNGELO MARIO DE ARAUJO PITOMBO - JULGADOR

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA - JULGADOR