

A. I. N° - 279692.0011/11-0
AUTUADO - CLARO S.A.
AUTUANTES - PAULO ROBERTO SILVEIRA MEDEIROS e RICARDO RODEIRO M. DE AGUIAR
ORIGEM - IFEP SERVIÇOS
INTERNET - 15.05.2012

2^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0080-02/12

EMENTA: ICMS. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO. OPERAÇÃO TRIBUTADA CONSIDERADA COMO NÃO TRIBUTADA. AUXÍLIO À LISTA. EXIGÊNCIA 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. Infração subsistente. Rejeitada a preliminar de nulidade. Não acolhida a arguição de confiscação de multa aplicada, visto que é a legalmente prevista para as infrações cometidas. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 05/12/2011, exige ICMS no valor de R\$506.529,13, com multa de 60%, sob acusação do cometimento das seguintes infrações:

1. Falta de recolhimento do ICMS, no valor de R\$423.708,21, na prestação de serviço de comunicação por escrituração de valores tributados como não tributados, nos meses de janeiro a dezembro de 2007, conforme demonstrativo às fls.08 a 12. Em complemento consta: Tudo apurado conforme Anexo A e Convênio 115. O Anexo A apensa a este PAF em meio magnético e também em papel cuja cópia foi entregue ao contribuinte.
2. Falta de recolhimento do ICMS, no valor de R\$82.820,92, na prestação de serviço de comunicação por escrituração de valores tributados como não tributados, nos meses de maio e junho de 2006, conforme demonstrativo às fls.14 a 19.

O sujeito passivo através de seu advogado devidamente habilitado, apresenta tempestivamente sua defesa, às fls. 29 a 47 dos autos, na qual, quanto ao item 01, informou que efetuará o recolhimento dos valores lançados no demonstrativo de débito, protestando pela posterior juntada do respectivo DAE comprobatório do pagamento.

Aduz que tem como objeto social a implantação, operação e prestação de serviços de telecomunicações, no Brasil e no exterior, compreendendo, ainda, a compra, a venda, a locação, a cessão de uso de meios e equipamentos a qualquer título, a importação e a exportação de equipamentos e outros produtos, bem como a prestação de serviços correlatos.

Com relação ao item 02, destaca que a acusação fiscal diz respeito ao não-recolhimento do ICMS decorrente de prestação de serviços de comunicação sob o abrigo de isenção/não-incidência.

Analizando o direito aplicável, diz que caso ultrapassada a nulidade do Auto de Infração, argui que a exigência fiscal não é devida à medida que se referem a atividade que não se sujeita ao recolhimento do ICMS.

Argumenta que os débitos lançados decorrem de prestação de serviço "Auxílio a Lista", Código SN102, não configuram fato gerador do ICMS por se tratar de serviços de valor adicionado (SVA).

Traça o arquétipo do fato gerador do ICMS-comunicação, transcrevendo os artigos 155, II, da Constituição Federal de 1988, e o artigo 2º da Lei Complementar nº 87/96, e a jurisprudência do

Superior Tribunal de Justiça e lições de renomados tributaristas sobre a hipótese de incidência do ICMS na prestação de serviço de comunicação, para argüir que para a incidência do ICMS – prestação de serviços de comunicação, é necessário que um terceiro preste, em caráter oneroso, serviços que tenham por objeto propiciar a efetiva comunicação entre duas ou mais pessoas.

Ou seja, o entendimento do defendanté é de que o imposto incide sobre a prestação do serviço de comunicação e não sobre a comunicação em si, e por isso, os serviços de valor adicionado somente se valem da rede de telecomunicações como suporte para sua prestação. Aduz que a tributação ocorreria quando um terceiro fornece, em caráter oneroso, os meios para que emissor e receptor possam trocar mensagem.

Assim, sustenta que é ilegítima a cobrança do ICMS sobre parte dos valores dos serviços prestados pelas operadoras de telefonia móvel celular autuado, por entender que não configuram fato gerador do ICMS, já que se trata de serviços de valor adicionado (SVA), e não são serviços de comunicação.

Prosseguindo, reafirma que tais prestações de serviços não configuram fato gerador do ICMS, e diz que nas operações de telefonia móvel possibilita aos seus usuários a aquisição de serviços de valor adicionado, definidos pelo artigo 61, caput e § 1º da Lei nº 9.742/97.

Explica que nas aquisições de bens e serviços, existem duas relações jurídicas: a primeira de natureza mercantil (que possibilita a aquisição de um bem ou um serviço), que não se confunde com a prestação de serviço de comunicação (fato gerador do ICMS), e outra, que possibilita a comunicação entre o vendedor/prestador e o adquirente do bem ou serviço.

Esclarece que os valores pagos pelos clientes em decorrência de aquisições de bens e serviços, os quais constam da respectiva fatura mensal, não estão sujeitos à incidência do ICMS, por entender que configuram serviços de comunicação.

Assevera que a incidência do ICMS somente existe diante de uma prestação de serviço de comunicação, o que ocorre quando um terceiro fornece em caráter oneroso, os meios para que emissor e receptor possam trocar mensagem. Entende que fora de tal hipótese, não há que se falar em tributação por meio do ICMS pelos Estados e Distrito Federal. Além disso, sustenta que o fato gerador do ICMS somente abrange a prestação de serviços cujo objeto seja a telecomunicação como definida no artigo 60 da Lei nº 9.472/97, excluindo-se os serviços de valor adicionado, tal qual definidos no artigo 61.

Em seguida, comenta sobre o serviço de Auxílio à lista dizendo que a relação comunicacional se desenvolve diretamente entre o estabelecimento e seu cliente que, ao discar o número específico, obtém informações na própria base de dados da empresa dos serviços relativos a informações de telefones comerciais e residenciais, sendo cobrado um valor determinado por cada evento.

Por conta disso, argumenta que diante da inexistência de um terceiro, não há que se falar na prestação de serviços de comunicação sujeita à incidência do ICMS, e por conseguinte tal valor adicionado não configura fato gerador do tributo, nos termos da definição do artigo 61, caput e § 1º da Lei nº 9.742/97 acima citada.

Quanto a multa aplicada de 60% pelo descumprimento da obrigação principal, aduz que na remota hipótese de serem superados seus pedidos anteriores, argüi a inaplicabilidade da referida multa autuada em razão de seu caráter confiscatório, devendo, no seu pensar, imperar a proporcionalidade entre as supostas infrações e as aplicações das multas correspondentes. Fundamenta sua argüição na Ação Direta de Inconstitucionalidade apreciada pelo Superior Tribunal Federal e em lições de renomados tributaristas. Pede que a multa seja diminuída ao patamar máximo de 2% (dois por cento).

Ao final, requer seja dado integral provimento à sua impugnação, a fim de que sejam cancelados os valores lançados no Auto de Infração, visto que as prestações de serviços de valor adicionado autuadas não configuram fato gerador do ICMS, tal como previsto no artigo 155, II, da CF/88 e art.2º, III, da LC nº 87/96.

Protesta pela produção de provas por todos os meios em Direito admitidos, assim como pela realização de sustentação oral por ocasião do julgamento de sua defesa.

Diante do exposto, requer que as intimações relativas ao presente feito sejam realizadas exclusivamente em nome do advogado Marcelo Neeser Nogueira Reis, inscrito na OAB/BA sob o nº 9.398, no endereço situado na Avenida França, nº 164, Ed. Futurus, 7º andar, CEP 40010-000, Comércio, Salvador/Ba.

Os autuantes prestam sua informação fiscal às fls. 59 a 65, tendo esclarecido que o autuado não ofereceu à tributação do ICMS a Prestação de Serviço de Telecomunicação denominado de Auxílio à Lista 102.

Transcreveram o Acórdão do CONSEF JJF nº 0167-03/06 sobre o tema Auxílio à Lista 102, bem como o Acórdão CJF nº 0197-12/03 referente ao julgamento do Recurso Voluntário sobre a mesma questão.

No mérito, contestaram a defesa, argumentando que a exigência fiscal está respaldada no artigo 2º, VII, § 1º e V, da Lei nº 7.014/96, e o artigo 4º, inciso I, § 1º, do RICMS/97, tendo em vista que na Prestação de Serviço de Telecomunicação denominado de Auxílio à Lista 102, existe uma mensagem, sua transmissão e sua recepção.

Sustentam que no caso em exame o fato imponível na prestação onerosa de serviços de telecomunicação encontra-se configurado, e rebateram o argumento defensivo de que tais operações não são tributáveis de acordo com o artigo 61 da Lei nº 9.472/97, dizendo que esta lei de acordo com a Constituição Federal não tem competência para legislar sobre matéria tributária estadual (ICMS).

Além dizem que não lhes cabem, no âmbito de suas atribuições, a discussão sobre entendimento judicial, posto que devem obediência ao RICMS por responsabilidade funcional.

Sobre a reclamação da multa aplicada, informam que a mesma está legalmente prevista na Lei nº 7.014/96, no seu artigo 42, inciso II, alínea “a”, e no RICMS/BA aprovado pelo Decreto nº 6.284/97, no artigo 915, inciso II, e que deram estrito cumprimento às normas vigentes no Regulamento do ICMS do Estado da Bahia.

Ao final, mantém integralmente o Auto de Infração.

Constam às fls. 67 a 68, documentos extraídos do SIDAT – Sistema Integrado de Gestão da Administração Tributária, intitulados de “Detalhes de Pagamento PAF”, referente ao pagamento da parcela reconhecida, no total de R\$421.398,17.

VOTO

Preliminarmente verifico que o autuado na peça defensiva aduz nulidade do Auto de Infração, sem, contudo, fundamentar tal arguição.

De qualquer modo, no que tange ao pedido de nulidade da ação fiscal que indiretamente foi argüido pelo defendant, verifico que o PAF está revestido das formalidades legais, estão determinados o contribuinte autuado, o montante do débito tributário e a natureza da infração apurada, estando todos os itens da autuação acompanhados de levantamentos e demonstrativos que foram entregues ao sujeito passivo, inclusive o CD (fl. 24) com os levantamentos, e permitiram a ampla defesa e o contraditório.

Por esta razão, fica rejeitada a argüição de nulidade, tendo em vista que o lançamento fiscal está revestido das formalidades legais, não havendo cerceamento do direito de defesa ou qualquer irregularidade em sua constituição que contrarie o RPAF/BA aprovado pelo Decreto nº 7.629 de 09/07/1999.

Quanto ao pedido para que as futuras intimações sejam efetuadas exclusivamente em nome do seu advogado que subscreve a peça defensiva, há de se ressaltar que o art. 108 do RPAF, determina que a intimação será feita pessoalmente ao sujeito passivo ou interessado, seu representante ou preposto, como também através de via postal ou por meio eletrônico,

independentemente da ordem, ou através de edital publicado no Diário Oficial do Estado, quando não for possível as formas anteriores.

Das duas infrações contempladas no Auto de Infração, o sujeito passivo demonstrou seu inconformismo apenas em relação à infração 02, tendo declarado à fl.30 dos autos, que efetuaría o recolhimento dos valores exigidos no item 01 da autuação. Constam às fls. 67 a 68, documentos extraídos do SIDAT – Sistema Integrado de Gestão da Administração Tributária, intitulados de “Detalhes de Pagamento PAF”, referente ao pagamento da parcela reconhecida, no total de R\$421.398,17. Cumpre observar que o contribuinte recolheu as duas infrações com valores reduzidos.

Desta forma, o autuado ao efetuar o pagamento dos valores acima, reconheceu o lançamento tributário indicado na infração 01 do presente Auto de Infração.

Quanto a infração 02, que foi impugnada, a exigência fiscal diz respeito a exigência de ICMS, relativo às prestações de serviços de comunicações tributadas, escrituradas nos livros fiscais como não tributadas, no período de janeiro a dezembro de 2007.

Analizando o demonstrativo que instrui este item da autuação constante à fl.14 dos autos, apesar das explicações sobre os serviços de telecomunicações, verifico que os valores considerados como não tributados pelo contribuinte, neste item, se referem a prestação de serviço de comunicação intitulado de “Auxílio a Lista - 102”, demonstrativo esse, que foi entregue cópia ao autuado, não sendo apontado qualquer erro nos números consignados no mesmo.

Portanto, em relação ao item impugnado, a questão fundamental gira em torno da cobrança do serviço de Auxílio a Lista 102, onde o autuado sustenta não ser tributado pelo ICMS e os autuantes afirmam que o mesmo deixou de ser oferecido a tributação do ICMS.

Ressalto que o art. 2º, III, da Lei Complementar nº. 87/96 definiu como sujeitas ao ICMS as prestações onerosas de serviço de comunicação. 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 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. 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.

Está claro que, para que haja a incidência de ICMS é necessário que o serviço de comunicação seja prestado a terceiros e que o mesmo seja oneroso.

O auxílio à lista (serviço 102) é um serviço no qual o seu tomador (usuário) utiliza-se dos meios de comunicação disponíveis (prestador de serviço) para conseguir a informação desejada. Nesse caso, o usuário paga ao detentor dos meios de comunicação o preço para que esta informação seja disponibilizada através de dutos e/ou canais de mensagens que chegam a este. Pode-se concluir que haverá prestação de serviço pela disponibilização onerosa de um canal para emissão/recebimento de mensagens (meios de comunicação).

De acordo com a legislação tributária acima citada, o serviço de comunicação tributável por meio de ICMS se perfaz com a colocação à disposição do usuário dos meios e modos aptos à transmissão e recepção de mensagens. Quando uma relação entre o prestador de serviço e o usuário possibilita, a este último, o acesso a uma informação de forma onerosa, torna-se evidente a incidência do ICMS o que, a meu ver, se aplica ao caso em tela, pois preenche os requisitos de ser uma prestação onerosa de serviços de comunicação, por qualquer meio.

Concluo que restou caracterizada a autuação, observando que, apesar de o autuado ter impugnado este item, recolheu o valor conforme comprova o documento do SIDAT à fl. 68.

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.

Diante do exposto, voto PROCEDENTE o Auto de Infração, devendo homologar-se os valores já recolhidos (fls. 67/68).

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **279692.0011/11-0**, lavrado contra **CLARO S.A.** devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$506.529,13**, acrescido da multa de 60% prevista no artigo 42, incisos II, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologado os valores recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 23 de abril de 2012.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE/RELATOR

ÂNGELO MARIO DE ARAUJO PITOMBO - JULGADOR

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA - JULGADOR