

PROCESSO - A. I. N° 269135.0006/12-4
RECORRENTE - TIM NORDESTE S/A.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JJF nº 0242-01/12
ORIGEM - IFEP SERVIÇOS
INTERNET - 10/10/2013

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0296-11/13

EMENTA: ICMS. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO. SERVIÇO DE TELECOMUNICAÇÃO. PRESTAÇÕES TRIBUTÁVEIS REGISTRADAS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. AUXÍLIO À LISTA-102. O ICMS incide sobre serviços complementares, suplementares e facilidades adicionais configurando prestação de serviço de telecomunicação, admitidos na Lei Complementar 87/96 que é o diploma legal competente para dispor sobre as normas do ICMS, estabelece no seu art. 12, VII. O serviço de Auxílio à Lista (serviço de informação 102), constitui-se em uma prestação de serviço onerosa com vistas a facilitar ou agilizar a comunicação e sendo ele oneroso, o imposto é devido pelo prestador do serviço de comunicação. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVIDO. Vencido o voto da relatora. Decisão por maioria.

RELATÓRIO

Cuidam os presentes de Recurso Voluntário, em razão da Decisão proferida pela 1ª JJF, constante no Acórdão nº 0242-01/12, que concluiu pela Procedência do Auto de Infração, lavrado em 25/06/2012, em razão da falta de recolhimento do ICMS na prestação de serviço de comunicação por escrituração de valores tributados como não tributados, em razão do Contribuinte não ter oferecido a tributação receitas de telecomunicações oriundas de prestação de serviços de chamadas auxílio à lista. Período: outubro a dezembro de 2008. Valor: R\$60.970,29. Multa: 60%.

Após análise dos argumentos delineados pelo Autuado e pelo fiscal Autuante, a 1ª JJF proferiu a Decisão transcrita abaixo (fls. 53/60):

Versa o Auto de Infração em lide sobre exigência de ICMS em razão de o autuado não tributar o ICMS relativo à prestação de serviços de comunicação, referente à modalidade Auxílio à Lista.

Inicialmente, observo que apesar de não ter arguido objetivamente a nulidade do lançamento de ofício, por ilegitimidade passiva, o autuado argumenta que, quando a autuação lhe identifica como sujeito passivo da obrigação principal, o faz de forma equivocada na medida em que além de não ser um serviço sujeito à tributação do imposto, por não se enquadrar como serviço de telecomunicação, também não é a pessoa jurídica prestadora serviço.

Certamente tal argumentação não pode prosperar, haja vista que, consoante salientado pelos autuantes e consta nos autos, a autuação foi embasada nos dados disponibilizados pelo próprio contribuinte na forma do Convênio ICMS 115/03 – que dispõe 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 para contribuintes prestadores de serviços de comunicação e fornecedores de energia elétrica -, sendo certo que os dados informados e os valores lançados dizem respeito à nota fiscal enviada ao cliente com a cobrança da prestação de serviço.

Portanto, o autuado na condição de prestador de serviço de telecomunicação se encontra, indubitavelmente, no polo passivo da relação jurídico tributária, sendo correta a formalização da exigência fiscal em seu nome, conforme o Auto de Infração em lide.

Diante disso, por não vislumbrar a ocorrência de quaisquer das hipóteses previstas no art. 18 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF/99, especialmente no seu inciso II - que trata da ilegitimidade passiva - considero válido o lançamento de ofício em exame.

No mérito, verifico que o impugnante apresentou diversos argumentos e invocou jurisprudências para afastar a incidência do ICMS sobre a prestação de serviços de comunicação, referente à modalidade Auxílio à Lista.

A princípio, cumpre consignar que nos termos do art. 155, II, CF/88, o ICMS também incidirá sobre prestação de serviços de comunicação, ainda que as prestações se iniciem no exterior.

Desse modo, observa-se que foi a própria Constituição Federal que, ao outorgar competência aos Estados para instituir o ICMS, determinou que ele incidisse sobre as prestações onerosas dos serviços de comunicação.

A Lei Complementar 87/96 estabelece no seu art. 2º, inciso III, a incidência do imposto sobre “prestações onerosas de serviços de comunicações, por qualquer meio, inclusive a geração, a emissão, recepção, a transmissão, a retransmissão, a repetição e a ampliação de comunicação de qualquer natureza”.

Já a Lei nº 7.014/96 dispõe no seu art. 2º, inciso VII, 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. Vale registrar que essa mesma regra encontra-se no art. 1º, § 2º, VII do RICMS BA.

No que concerne ao fato gerador, nas prestações de serviços de comunicação de qualquer natureza e por qualquer processo, o art. 4º § 4º do RICMS BA, assim dispõe:

“Art. 4º.

(...)

§ 4º 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).”

Da mesma forma o Convênio ICMS 69/98, estabelece na sua Cláusula primeira 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.”

Portanto, nesses termos, os serviços de comunicação tributáveis pelo ICMS são aqueles que permitem que a mensagem transmitida pelo emissor seja recebida e compreendida pelo receptor. Significa dizer que, ocorrendo esse processo e sendo ele oneroso, o ICMS será devido pelo prestador do serviço de comunicação.

Vale registrar que a competência dos Estados abrange a prestação dos serviços de comunicação de qualquer natureza.

É certo que, o ICMS incide sobre prestações de serviços de comunicação, gênero, do qual o serviço de telecomunicações é uma de suas espécies.

O conceito legal de telecomunicação está disciplinado no §1º do art. 60 da Lei Geral das Telecomunicações (LGT), Lei nº 9.472, de 16.07.97, expressando que se trata de comunicação especializada pelo meio, pois que utiliza de fio, rádio e outros processos eletromagnéticos. A relevância da distinção, para efeitos tributários, é a de que o ICMS incide sobre todo e qualquer serviço de comunicação (telecomunicação e outros).

Resumidamente, pode-se afirmar que, para os fins do disposto no art. 155, II, da Carta Magna só há que se falar em comunicação quando se estiver em face de um esforço humano empreendido onerosamente em benefício de outrem, de modo a criar uma interação entre o emissor e o receptor da mensagem. Levando em consideração que no serviço de comunicação, sempre envolverá um terceiro que não o transmissor ou receptor da mensagem, este será o cerne da questão para solução da lide.

Conforme consignado linhas acima, no presente caso, discute-se a incidência do ICMS sobre o denominado “Serviço de Informação 102 - Auxílio à Lista”, que permite ao assinante obter informações sobre o número de telefone dos Assinantes da Prestadora, conforme aprovado pela Agência Nacional de Telecomunicações - ANATEL. O sujeito passivo alega que é ilegítima a exigência do tributo por se referir a fatos não sujeitos à incidência do ICMS, defendendo que o serviço 102 não se trata propriamente de serviços de comunicação.

Constatou que não assiste razão ao impugnante, haja vista que nos termos da Lei Geral de Telecomunicações, as concessionárias do serviço de telefonia fixa local são obrigadas a fornecer gratuitamente a seus clientes a lista com os nomes e os números de telefones dos assinantes por município, bem como o acesso à informação pela Internet. A ANATEL permite que, em vez de distribuírem a lista impressa aos assinantes do telefone fixo, as concessionárias, quando solicitadas, prestem as informações por telefone quando solicitadas. No caso de exigência do cliente, a lista impressa é obrigatória.

Entretanto, a legislação não estendeu a mesma obrigação para os assinantes de telefone celular. Referidos assinantes não recebem a lista impressa e têm de pagar pelo acesso ao auxílio à lista. Cabe registrar que,

atualmente, a informação somente é gratuita nos chamados orelhões ou quando o telefone solicitado não consta dos catálogos. Inobstante tal situação, o Ministério Público, o Poder Judiciário vêm exercendo diversas ações no sentido de tornar obrigatório o fornecimento gratuito, em todos os casos, de informações de código de acesso de assinante por meio do serviço telefônico de auxílio à lista. Nesse sentido, a Ação Civil Pública 2008.82.00.005043-7.

Diante disso, resta evidente que o aludido serviço ou “facilidades”, configura prestação de serviço de telecomunicação, prestado de forma onerosa. São os próprios signatários do Convênio 69/98 a autorizar a inclusão da incidência do ICMS nos chamados serviços suplementares e facilidades adicionais que otimizem ou agilizem o processo de comunicação, independentemente da denominação que lhes seja dada.

Vale ressaltar que o entendimento prevalecente neste CONSEF, através de reiteradas decisões, a exemplo, dos Acórdãos CJF Nº 0197-12/03, CJF Nº 0455-11/04 e CJF Nº 0217-11/04, tem sido no sentido de que as denominadas “facilidades” integram o campo de incidência do ICMS.

Diante do exposto, é integralmente subsistente a infração, haja vista que o ICMS incide sobre a comunicação propriamente dita, e também sobre os serviços complementares ou suplementares e facilidades adicionais que otimizem ou agilizem o processo de comunicação, que o autuado fornece aos seus clientes.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

Inconformado com a Decisão proferida em primeira instância, interpõe o Autuado Recurso Voluntário, com o propósito de reformar o Acórdão da 1ª Junta de Julgamento Fiscal, para que o Auto de Infração seja julgado improcedente.

Inicia suas argumentações esclarecendo que o serviço de chamada auxílio à Lista é um serviço de busca de telefones fixos da localidade, prestado exclusivamente por empresa de telefonia fixa, por ser detentora das listas de telefones fixos.

Explica para que o usuário de telefonia móvel tenha acesso a esse serviço, há uma triangulação de atividades – o usuário ao requerer a prestação de serviço de chamada auxílio à lista contrata diretamente a empresa de telefonia fixa, apesar do meio ser por telefonia celular, consequentemente o serviço de prestação de informações é faturado pela empresa de telefonia fixa, que cobra separadamente do usuário pela conta do telefone móvel.

Transcreve o art. 4º da Lei nº 7.014/96, que determina o fato gerador do ICMS para argumentar que além do serviço ter natureza de telecomunicação, ele deve ser essencialmente oneroso, por expressa previsão legal.

Diz que o serviço de auxílio à lista não agrega valor à empresa de telefonia móvel pela prestação de informações de chamada à lista, descaracterizando a hipótese de incidência prevista no artigo 4º da Lei nº 7.014/96, por carência de contra-prestação à telefonia móvel.

Repete que os usuários do serviço de Auxílio à Lista por telefonia móvel não recebe serviços da empresa de telefonia móvel, mas das empresas de telefonia fixa, que, cobram à parte das empresas de telefonia móvel pelo serviço de prestação de informações, incidindo o ISS.

Ato contínuo, argui que o Superior Tribunal de Justiça ao analisar a legalidade da Cláusula Primeira do Convênio ICMS 69/98, que inclui nas hipóteses de incidência do imposto os serviços de valor adicionado, se posicionou no sentido de que é ilegal a cobrança do imposto sobre tais serviços, quando do julgamento do REsp nº 816.512/PI, posteriormente substituído pelo REsp nº 1.176.753/RJ, sob a sistemática dos Recursos Representativos de Controvérsia.

Afirma que o Auto de Infração encontra falso respaldo no convênio 69/98, combatido pelo Superior Tribunal da Justiça como abusivo e violador do conceito de fato gerador do ICMS previsto na Lei Complementar 87/96.

Transcreve parte do voto do Min. Luiz Fux no REsp 816512/PI, para sustentar que a Cláusula Primeira do Convênio ICMS 69/98 estende a incidência do ICMS sobre os serviços de valor adicionado, sendo, portanto, ilegal a cobrança do imposto sobre tais serviços.

Traz o conceito do serviço de telecomunicação, com base no artigo 60 e §1º da Lei Geral de Telecomunicações – LGT (Lei nº 9.472/97), como sendo o conjunto de atividades que possibilita a

oferta de telecomunicação, sendo esta a transmissão, emissão ou recepção de símbolos, caracteres, sinais, escritos, imagens, sons ou informações de qualquer natureza.

Argumenta que o art. 61 da LGT define serviço de valor adicionado como atividade que acrescenta, a um serviço de telecomunicações que lhe dá suporte e com o qual não se confunde, novas utilidades. Transcreve o §1º do referido artigo, chama atenção para o trecho que estabelece que “serviço de valor adicionado não constitui serviço de telecomunicações”.

Define que o serviço de telecomunicação propriamente dito é aquele que transmite mensagens de modo oneroso, não se confundindo, com os serviços de valor adicionado (preparatórios) mencionados na Cláusula Primeira do Convênio ICMS 69/98.

Ressalta que o objetivo do serviço de auxílio à lista telefônica é prestar assessoria ao usuário da rede de telecomunicações que deseje saber o número do telefone de determinado assinante, por onde reitera que incide somente ISS. Copia parte da lista anexa a Lei Complementar nº 116/03, que contém a previsão de fornecimento de dados e informações de qualquer natureza, inclusive cadastro e similares.

Novamente sustenta que o ICMS somente incide quando há efetiva transmissão de mensagem, do emissor “A” para o receptor “B”, por um terceiro contratado para tanto (prestador do serviço de comunicação), por onde entende que atividades preparatórias e conexas ao serviço de comunicação, que adicione facilidades, mas que não envolvam a consecução de uma efetiva relação comunicativa, afastam-se das hipóteses de incidência do imposto.

Por fim, repete que as empresas responsáveis pelo serviço de auxílio à lista telefônica são empresas que operam na telefonia fixa, concluindo que sendo o serviço de auxílio à lista telefônica de responsabilidade das prestadoras de telefonia fixa, ainda que houvesse tributação, não seria devida pelo recorrente.

A representante da PGE/PROFIS, Dra. Maria Helena Mendonça Cruz, em Parecer de fls. 103/109, opina pelo Improvimento do Recurso Voluntário.

Manifesta seu entendimento de que o ponto crucial para deslinde da causa é conceituar e definir prestação onerosa de serviço de comunicação para efeito de tributação.

Define prestação onerosa como objeto de uma obrigação que pode derivar de um contrato, declaração unilateral de vontade, atos ilícitos, que proporciona ao agente uma vantagem econômica, à qual corresponde uma prestação correspondente.

Já para conceituar serviço de comunicação, utiliza o conceito estabelecido no Decreto nº 97.057/97 (Regulamento do Código Brasileiro de Telecomunicações) de que comunicação é a transferência unilateral ou bilateral de informação por meio de sinais convencionados.

Cita que o STF ao julgar a ADIN nº 1.467-6/DF, decidiu que ICMS pode incidir sobre todo e qualquer serviço de comunicação e que o serviço de radiodifusão sonora e de sons e imagens é serviço de comunicação.

Com base neste entendimento do STF, abstrai a questão da onerosidade para concluir que a comunicação em si não é condição suficiente à ocorrência do fato gerador do ICMS.

Diz que a CF ao arrolar os serviços de comunicação em seu art. 155, II não se refere a comunicação propriamente dita, mas sim a todo o seu processo e à relação comunicativa, por onde conclui que a regra matriz do ICMS é prestar serviços de comunicação e não somente realizar a comunicação.

Assim, entende que o ICMS incide sobre os serviços de comunicação no sentido mais amplo possível, abarcando os dispositivos utilizados na sua ampliação ou facilitação.

Transcreve o conceito de serviço de telecomunicação insculpido na Lei Geral de Telecomunicação de que serviço de telecomunicação é o conjunto de atividades que possibilita a oferta de telecomunicação.

Por essa razão, defende que o Convênio ICMS 69/98 não criou novos fatos geradores do ICMS, tampouco alargou a base tributária do imposto.

VOTO VENCIDO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra o Acórdão nº 0242-01/12, prolatado pela 1ª JJF, que julgou Procedente o Auto de Infração epigrafado, em razão da falta de recolhimento do ICMS na prestação de serviço de comunicação por escrituração de valores tributados como não tributados, em razão do Contribuinte não ter oferecido a tributação receitas de telecomunicações oriundas de prestação de serviços de chamadas auxílio à lista.

A Carta Magna, no seu art. 146, III, “a” e “b” determinou que somente Lei Complementar poderá dispor sobre matéria tributária, inclusive quanto à definição de tributos, fato gerador, obrigação tributária e base de cálculo. Nessa seara, a Lei Complementar nº 87/96 que é o diploma legal competente para dispor sobre as normas do ICMS, estabelece no seu art. 12, VII a hipótese de incidência do ICMS nos serviços de telecomunicação, in verbis:

Art. 12.

(...)

VII - das prestações onerosas de serviços de comunicação, feita por qualquer meio, inclusive a geração, a emissão, a recepção, a transmissão, a retransmissão, a repetição e a ampliação de comunicação de qualquer natureza;

Parece-me claro que o critério material da hipótese de incidência do ICMS não incide sobre a comunicação em si, mas sim sobre a prestação do serviço de comunicação.

Por essa razão, entendo que os serviços correlacionados para que haja ou se mantenha a prestação de serviço de comunicação, como no caso da cobrança no presente Auto de Infração, não estão na hipótese de incidência do ICMS sobre serviços de comunicação.

Importante pontuar que o art. 13, III da LC 87/96 ao eleger como base de cálculo do ICMS nos serviços de comunicação o preço do serviço, confirma o critério material da hipótese de incidência do imposto.

Não me parece razoável que os Estados possam alterar a base de cálculo do ICMS incluindo no seu campo de incidência serviços que não são de comunicação, apenas por serem adicionais que a empresa oferece.

Sobre o tema, a jurisprudência do STJ é assente, conforme se observa na ementa no REsp 945.037/AM, de relatoria do ministro Luiz Fux:

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL INTERPOSTO CONTRA ACÓRDÃO QUE APRECIOU A APELAÇÃO. TRIBUTÁRIO. ICMS SOBRE HABILITAÇÃO, LOCAÇÃO DE APARELHOS CELULARES E ASSINATURA (ENQUANTO CONTRATAÇÃO DO SERVIÇO). SERVIÇOS SUPLEMENTARES AO SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO. ATIVIDADE-MEIO. NÃO INCIDÊNCIA. PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS. "FACILIDADES ADICIONAIS" DE TELEFONIA MÓVEL CELULAR. SÚMULA 07 DO STJ. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. INOCORRÊNCIA.

1. Os serviços de habilitação e locação de telefones móveis celulares e de assinatura (enquanto sinônimo de contratação do serviço de comunicação) não sofrem a incidência do ICMS. (Precedentes: REsp 666.679/MT, Rel. Ministro Teori Zavascki, DJe 17/12/2008; REsp 909.995/RJ, Rel. Ministra Eliana Calmon, DJe 25/11/2008; REsp 1022257/RS, Rel. Ministro Castro Meira, DJe 17/03/2008) REsp 703695 / PR, Rel. Min. Luiz Fux, DJ 20/09/2005; REsp 622208 / RJ, Rel. Min. Castro Meira, DJ 17/05/2006; REsp 418594 / PR, Rel. Min. Teori Zavascki, DJ 21/03/2005; RMS 11368 - MT, Relator Ministro Francisco Falcão, DJ 09/02/2005).

2. Deveras, apreciando a questão relativa à legitimidade da cobrança do ICMS sobre o procedimento de habilitação de telefonia móvel celular, ambas as Turmas integrantes da 1a Seção firmaram entendimento no sentido da inexigibilidade do tributo, à consideração de que a atividade de habilitação não se incluía na descrição de serviço de telecomunicação constante do art. 2º, III, da Lei Complementar 87/96, por corresponder a "procedimento tipicamente protocolar, (...) cuja finalidade prende-se ao aspecto preparatório e estrutural da prestação do serviço", serviços "meramente acessórios ou preparatórios à comunicação propriamente dita", "meios de viabilidade ou de acesso aos serviços de comunicação" (RESP

402.047/MG, 1a Turma, Min. Humberto Gomes de Barros, DJ de 09.12.2003 e do EDcl no AgRg no RESP 330.130/DF, 2a Turma, Min. Castro Meira, DJ de 16.11.2004).

3. Outrossim, a própria 1a Seção no RMS n.o 11.368/MT consagrou o entendimento no sentido de que:

[...]

I - No ato de habilitação de aparelho móvel celular inocorre qualquer serviço efetivo de telecomunicação, senão de disponibilização do serviço, de modo a assegurar ao usuário a possibilidade de fruição do serviço de telecomunicações.

II - O ICMS incide, tão somente, na atividade final, que é o serviço de telecomunicação propriamente dito, e não sobre o ato de habilitação do telefone celular, que se afigura como atividade meramente intermediária.

III - O Convênio ICMS no 69/98, ao determinar a incidência do ICMS sobre a habilitação de aparelho móvel celular, empreendeu verdadeira analogia extensiva do âmbito material de incidência do tributo, em flagrante violação ao art. 108, § 1º do CTN.

[...]

(RMS 11368/MT, Rel. Ministro Francisco Falcão, Primeira Seção, julgado em 13/12/2004, DJ 09/02/2005 p. 182)

4. A doutrina do tema assenta que:

a) "o tributo em tela incide sobre a prestação dos serviços de comunicação (atividade-fim); não sobre os atos que a ela conduzem (atividades-meio). A simples disponibilização, para os usuários, dos meios materiais necessários à comunicação entre eles ainda não tipifica a prestação do serviço em exame, mas simples etapa necessária à sua implementação";

b) "a Constituição autoriza sejam tributadas as prestações de serviços de comunicação, não é dado, nem ao legislador, nem muito menos ao intérprete e ao aplicador, estender a incidência do ICMS às atividades que as antecedem e viabilizam";

c) "a série de atos que colocam à disposição dos usuários os meios e modos aptos à prestação dos serviços de comunicação é etapa propedéutica, que não deve ser confundida com a própria prestação destes serviços. Não tipificando o fato imponível do ICMS - Comunicação, está, pois, fora de seu campo de incidência. De outro lado, é importante termos presente que estas atividades-meio são levadas a efeito em benefício da própria pessoa que realiza o serviço. Têm por escopo, apenas, possibilitar as atividades-fim, que, estas sim - aproveitam a terceiros."

5. O Convênio ICMS no 69/98 dilargou o campo de incidência do ICMS ao incluir em seu âmbito as atividades-meio ao serviço de comunicação, sendo certo que referida inclusão não tem respaldo em Lei Complementar, forma exclusiva de normação do thema iudicandum.

6. Omissis

REsp 945.037/AM RECURSO ESPECIAL (2007/0086541-9) Ministro LUIZ FUX - PRIMEIRA seção - 24 de junho de 2009.

Em Parecer exarado aos autos, a PGE/PROFIS, firma entendimento no sentido de o artigo 60 da Lei Geral de Telecomunicações determina que "Serviço de telecomunicações é o conjunto de atividades que possibilita a oferta de telecomunicação" e por isso a prestação do serviço de telecomunicação alcança sua disponibilização, o que implica computar na base de cálculo todas as facilidades e serviços complementares que agilizem, ou otimizem, o serviço de telecomunicação.

Assevera ainda que por conta do amplo sentido conferido pela Lei Complementar nº 87/96 os serviços ora discutidos, mesmo que prestados de forma eventual, estão emoldurados no campo de incidência do imposto estadual, o que foi devidamente explicitado na Cláusula Primeira do Convênio ICMS 69/98.

Torna-se pertinente transcrever parte do voto do Conselheiro Rodrigo Lauande Pimentel, constante no Acórdão CJF N° 0202-12/12:

Pari passu, a D. PGE/PROFIS, em Parecer enxertado aos autos, opinou no sentido de que o art. 60 da Lei Geral das Telecomunicações é absolutamente claro em dizer que a prestação de serviço de comunicação não é somente a comunicação propriamente dita, mas também abrange todo o conjunto de atividades relacionados com a comunicação, devendo ser computado na base de cálculo todas as facilidades e serviços complementares que agilizem o serviço de telecomunicação. Para uma maior compreensão do alcance das expressões legais, trazemos à baila o mencionado artigo:

"Art. 60. Serviço de telecomunicações é o conjunto de atividades que possibilita a oferta de telecomunicação.

§ 1º Telecomunicação é a transmissão, emissão ou recepção, por fio, radioelétricidade, meios ópticos ou qualquer outro processo eletromagnético, de símbolos, caracteres, sinais, escritos, imagens, sons ou informações de qualquer natureza.

§ 2º Estação de telecomunicações é o conjunto de equipamentos ou aparelhos, dispositivos e demais meios necessários à realização de telecomunicação, seus acessórios e periféricos, e, quando for o caso, as instalações que os abrigam e complementam, inclusive terminais portáteis."

Em que pese o juízo da d. PGE/PROFIS quanto à incidência abrangente do ICMS-comunicação, não comungo com a visão de que o conjunto de atividades seja tão amplo assim ao ponto de abranger todos os serviços ligados à comunicação, mesmo aqueles apontados com preparatórios para a comunicação propriamente dita, como é o caso do presente PAF.

Novamente ressalto que somente com uma leitura sistemática dos dispositivos legais pertinentes à matéria, seremos capazes de elucidar a questão trazida aos autos. Portanto, não basta uma leitura isolada do caput do art. 60 da LGT, pois ela indubiativamente leva à conclusão simplista de que realmente todos os serviços que possibilitem a comunicação, estariam sob a incidência deste tributo. Devemos respeitar a separação entre o serviço de comunicação propriamente dito e o serviço que permite a comunicação, mas que ela não se confunde. Para isso, a primeira providência é a leitura atenta dos parágrafos primeiro e segundo do citado artigo, que já mostram que todos os serviços sob a incidência do ICMS-Comunicação devem ser relacionados à atividade-fim da empresa de telecomunicações, ou seja, os já referidos serviços exclusivos, que só podem ser prestados por empresas de telefonia, como é o caso dos serviços prestados pelas estações de telecomunicações, referidas no parágrafo 2º do art. 60.

Em seguida, devemos observar o artigo 61 da LGT que assim dispõe:

"Art. 61. Serviço de valor adicionado é a atividade que acrescenta, a um serviço de telecomunicações que lhe dá suporte e com o qual não se confunde, novas utilidades relacionadas ao acesso, armazenamento, apresentação, movimentação ou recuperação de informações.

§ 1º Serviço de valor adicionado não constitui serviço de telecomunicações, classificando-se seu provedor como usuário do serviço de telecomunicações que lhe dá suporte, com os direitos e deveres inerentes a essa condição.

§ 2º É assegurado aos interessados o uso das redes de serviços de telecomunicações para prestação de serviços de valor adicionado, cabendo à Agência, para assegurar esse direito, regular os condicionamentos, assim como o relacionamento entre aqueles e as prestadoras de serviço de telecomunicações."

Numa leitura mais calma, esse artigo já demonstra que existem serviços que são ligados à telecomunicação, mas que com ele não se confundem. Isso significa dizer que temos serviços vinculados ao serviço de comunicação, que não são fatos geradores do ICMS-Comunicação, ao contrário do que entende a PGE/PROFIS.

Como dito acima, esse é o entendimento que prevalece no STJ, ex vi da ementa a seguir transcrita:

"RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. ICMS. CONVÊNIO 69/98. SERVIÇO DE INSTALAÇÃO DE LINHA TELEFÔNICA FIXA. SERVIÇO INTERMEDIÁRIO AO SERVIÇO DE TELECOMUNICAÇÃO. LEI KANDIR. LEI DAS TELECOMUNICAÇÕES. NÃO-INCIDÊNCIA DE ICMS. INEXISTÊNCIA DE LEI. IMPOSSIBILIDADE DE PREVISÃO PELO CONVÊNIO. RECURSO ESPECIAL INTERPOSTO APENAS PELA FAZENDA ESTADUAL. DECISÃO CONFORME A JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE. REFORMATIO IN PEJUS INDEVIDA. RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO.

1. Este Superior Tribunal de Justiça, ao analisar o Convênio 69, de 19.6.1998, concluiu, em síntese, que: (a) a interpretação conjunta dos arts. 2º, III, e 12, VI, da Lei Complementar 87/96 (Lei Kandir) leva ao entendimento de que o ICMS somente pode incidir sobre os serviços de comunicação propriamente ditos, no momento em que são prestados, ou seja, apenas pode incidir sobre a atividade-fim, que é o serviço de comunicação, e não sobre a atividade-meio ou intermediária, que é, por exemplo, a habilitação, a instalação, a disponibilidade, a assinatura, o cadastro de usuário e de equipamento, entre outros serviços. Isso porque, nesse caso, o serviço é considerado preparatório para a consumação do ato de comunicação; (b) o serviço de comunicação propriamente dito, consonte previsto no art. 60 da Lei 9.472/97 (Lei Geral de Telecomunicações), para fins de incidência de ICMS, é aquele que transmite mensagens, idéias, de modo oneroso; (c) o Direito Tributário consagra o princípio da tipicidade fechada, de maneira que, sem lei expressa, não se pode ampliar os elementos que formam o fato gerador, sob pena de violar o disposto no art. 108, § 1º, do CTN. Assim, não pode o Convênio 69/98 aumentar o campo de incidência do ICMS, porquanto isso somente poderia ser realizado por meio de lei complementar.

2. Os serviços de instalação de linha telefônica fixa não são considerados serviços de comunicação propriamente ditos, nos termos da Lei Kandir e da Lei Geral de Telecomunicações, mas serviços de natureza intermediária. Não deve, portanto, incidir ICMS sobre essa atividade, pois não há previsão legal nesse sentido, existindo apenas o Convênio 69/98 que disciplina a matéria, no entanto, de forma indevida.

3. É inviável reformar o acórdão recorrido a favor da parte que não interpôs Recurso especial, a fim de que, nos termos da jurisprudência deste Tribunal Superior, seja considerada indevida a incidência de ICMS sobre os serviços de instalação de telefone fixo, pois, na espécie, estar-se-ia promovendo reformatio in pejus contra a parte recorrente.

4. Se apenas uma das partes interpõe Recurso especial, é vedado ao Tribunal agravar sua situação.

5. Recurso especial desprovido." (REsp 601.056/BA, Rel. Min. Denise Arruda, DJ de 03.04.2006)

Conforme exposto, os serviços de valor adicionado, como o auxílio à lista, não se confundem com o canal de comunicação que serve de base à sua prestação e, portanto, não se configura como prestação de serviço de comunicação sujeita a incidência de ICMS.

Pontua-se que no caso do auxílio à lista, a relação comunicacional se desenvolve diretamente entre a operadora e o usuário do serviço, todavia, inexiste um terceiro, com o qual o usuário possa estabelecer uma troca de mensagens.

Deste modo, não há supedâneo para manter a autuação, devendo ser excluídos os valores concernentes a serviços que não são serviços de comunicação *stricto sensu*.

Pelo exposto, voto no sentido de dar PROVIMENTO ao Recurso Voluntário, para reformar a Decisão recorrida e julgar IMPROCEDENTE o Auto de Infração epigrafado.

VOTO VENCEDOR

Em que pese a boa fundamentação formulada pela i.Relatora, divirjo do seu entendimento.

A questão que se apresenta é que o recorrente manifesta entendimento de que as receitas de telecomunicações oriundas de prestação de serviços de chamadas **auxílio à lista**, não configura serviço tributado pelo ICMS, ao contrário do que entendeu a fiscalização e a 1ª JJF.

Conforme consta no seu voto, o art. 146, III, “a” e “b” da CF88, determinou que somente Lei Complementar poderá dispor sobre matéria tributária, inclusive quanto a definição de tributos, fato gerador, obrigação tributária e base de cálculo. E a LC 87/96 no seu art. 12, VII estabeleceu hipótese de incidência do ICMS nos serviços de telecomunicação:

VII - das prestações onerosas de serviços de comunicação, feita por qualquer meio, inclusive a geração, a emissão, a recepção, a transmissão, a retransmissão, a repetição e a ampliação de comunicação de qualquer natureza;

Logo, ao solicitar auxílio à lista, o emissor que é o tomador do serviço emite uma mensagem, que é codificada e transmitida por um meio de comunicação, que no fim é decodificada, interpretada e o receptor emite outra mensagem prestando a informação que foi solicitada, que novamente é codificada, transmitida por um meio até chegar ao seu destino, onde é decodificada e interpretada pelo emissor/receptor. Com isso, fecha-se o processo de comunicação, e sendo onerosa, figura no campo de incidência do ICMS.

A base de cálculo é o valor cobrado do tomador do serviço de comunicação, que sofre o ônus da utilização do serviço de auxílio à lista, nos termos do art. 13, III da LC 87/96.

Vale assinalar que a LC 87/96, no seu art. 2º, III descreve a materialidade da norma de incidência cujo teor é regrado nos artigos 1º, III, e 2º, VII, da Lei nº 7.014/96, cujo conteúdo dispõe:

“Art. 2º O imposto incide sobre:

.....
III - 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;”

Entendo que essa modalidade de serviço (auxílio à lista) não seria tributada pelo ICMS, se não fosse cobrada do tomador do serviço. Como a incidência do imposto recai sobre a “*prestação onerosas de serviços de comunicação*”, certamente o auxílio à lista se caracteriza numa prestação de serviço e sendo onerosa, há incidência do ICMS.

Ressalto que este entendimento foi manifestado pelo Conselheiro CARLOS HENRIQUE JORGE GANTOIS, na Decisão contida no Acórdão CJF nº 0045-12/12, que ao contrário da posição da i.Relatora, manifestou entendimento que:

Nesta esteira, entendo que o serviço de Auxílio à Lista à lista (serviço de informação 102), constitui-se em uma prestação de serviço onerosa com vistas a facilitar ou agilizar a comunicação entre dois entes (A e B), prestado por um terceiro C, no caso o recorrente, que busca agilizar a comunicação.

Também foi externado pelo Conselheiro FAUZE MIDLEJ na Decisão contida no Acórdão CJF nº 0216-12/07, cuja Decisão aprecia à incidência de ICMS no caso do Auxílio à Lista.

Convém ressaltar que as decisões emanadas por Tribunais Superiores, citadas pela i.Relatora não se aplica à situação presente, ou seja:

- a) O Resp 945.037/AM, de relatoria do ministro Luiz Fux apreciou a incidência do ICMS sobre “*HABILITAÇÃO, LOCAÇÃO DE APARELHOS CELULARES E ASSINATURA*”;
- b) O voto do Conselheiro Rodrigo Lauande Pimentel, constante no Acórdão CJF Nº 0202-12/12, cita a Decisão contida no REsp 601.056/BA, que aprecia questão relativa a “*SERVIÇO DE INSTALAÇÃO DE LINHA TELEFÔNICA FIXA*”.

Nestes casos, embora não adentrando o mérito se estas operações se submetem ao campo de incidência do ICMS, difere da situação em questão, se o auxílio à lista, configura uma prestação de serviço de comunicação onerosa sujeita a incidência de ICMS.

Pelo exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO ao Recurso Voluntário, quando ser homologada a Decisão recorrida.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por decisão por maioria, com o voto de qualidade do presidente, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **269135.0006/12-4**, lavrado contra **TIM NORDESTE S.A.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$60.970,29**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

VOTO VENCEDOR - Conselheiros(as): Eduardo Ramos de Santana, Neto, Angelo Mario de Araujo Pitombo e Rubens Soares Bezerra.

VOTO VENCIDO – Conselheiros(as): Raisa Catarina Oliveira Alves e Rosany Nunes Mello Nascimento, Edmundo José Bustani.

Sala das Sessões do CONSEF, 10 de setembro de 2013.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

RAISA CATARINA OLIVEIRA ALVES FERNANDES - RELATORA/VOTO VENCIDO

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – VOTO VENCEDOR

MARIA OLÍVIA TEIXEIRA DE ALMEIDA – REPR. DA PGE/PROFIS