

PROCESSO - A. I. Nº 269130.0014/12-3
RECORRENTE - TELEMAR NORTE LESTE S/A. (OI)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 1º JF nº 0313-01/12
ORIGEM - IFEP - DAT/METRO
INTERNET - 11.09.2013

3ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C.J.F. Nº 0323-13/13

EMENTA: ICMS. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO. SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO. RUBRICA ALUGUEL DE MODEM. TC VOICE – NET, APA, OI VELOX, ROUTER, ERICSSON, HOME, SPEEDSTREAM. SERVIÇOS COMPLEMENTARES. CHAMADA LOCAL, 102, HORA PROGRAMADA. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. Serviço de telecomunicação é espécie de comunicação e um conjunto de atividades que possibilita a oferta de telecomunicação, entre tais a disponibilização de equipamentos para transmissão dos dados. Os valores referentes a aluguéis ou locação de equipamentos e aparelhos e outros meios físicos, de propriedade da operadora do serviço, necessários à prestação do serviço de comunicação, integram a base de cálculo do ICMS por expressa previsão legal. Os serviços cobrados no lançamento de ofício são considerados como serviços de comunicação postos à disposição dos usuários, independentemente do nome ou código que lhes seja dado; 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 análise de arguição de inconstitucionalidade de dispositivo normativo em vigor. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão por maioria.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra julgamento, em Primeira Instância, do Auto de Infração nº 269130.0014/12-3, lavrado em 29/06/2012 para exigir ICMS no valor histórico total de R\$1.189.363,74, acrescido da multa de 60%, em razão da falta de recolhimento de ICMS devido na prestação de serviço de comunicação, por escrituração de valores tributáveis como não tributáveis, no período de janeiro a dezembro 2009.

O Fisco acosta, às fls. 04 e 05, documentos que consistem em Termo de Início de Fiscalização e mídia CD contendo demonstrativos do levantamento fiscal realizado.

À fl. 06 comprovante de entrega, ao sujeito passivo, dos arquivos magnéticos contendo os demonstrativos que embasam o Auto de Infração.

O autuado impugnou o lançamento de ofício às fls. 11 a 27, acostando documentos às fls. 28 a 91.

A autuante prestou informação fiscal às fls. 95 a 110 contestando as alegações defensivas e mantendo a imputação. Acostou cópia de página da internet, referente ao endereço eletrônico da Superintendência de Telecomunicações – STELECOM da Secretaria de Segurança Pública da Bahia – SSP/BA, datada de 10/09/2012, na qual se explica a substituição do sistema PABX [*Private*

Automatic Branch Exchange = troca automática de ramais privados] instalado na SSP/BA pelo sistema Voice Net, da operadora Telemar.

O julgamento unânime em primeira instância manteve integralmente o Auto de Infração, conforme Acórdão nº 0313-01/12, às fls. 113 a 123. Em seu voto assim se expressa o digno Relator:

VOTO

Cuida o presente Processo Administrativo Fiscal – PAF da apuração da falta de recolhimento de ICMS na prestação de serviço de comunicação por escrituração de valores tributados como não tributados, no período de janeiro a dezembro 2009, no valor total de R\$ 1.189.363,74.

Cumpre, preliminarmente, apreciar o pedido de prova pericial suscitado pelo sujeito passivo, ao indicar um “expert” e os quesitos a serem respondidos com o objetivo de demonstrar a correção do recolhimento do imposto e a ilegalidade do total exigido em face à base de cálculo adotada pelo Fisco baiano.

Fica indeferido tal pedido, nos termos do art. 147, inciso II, alínea “a”, do RPAF/99, tendo em vista que a prova do fato em discussão não depende do conhecimento especial de técnicos, tendo em vista que o pedido do contribuinte foi no sentido de verificação de fatos vinculados à sua própria escrituração comercial ou de documentos que estejam de sua posse, e cujas provas, em havendo, poderiam ter sido juntadas aos autos. Além do mais, o processo contém todos os elementos para minha convicção sobre a lide, inclusive reexaminar ou recalcular o débito, se necessário, ressaltando-se que não foi apontado erros nos números consignados no levantamento fiscal.

Em resumo, desnecessária a realização de Perícia Fiscal, eis que os fatos, elementos e fundamentos carreados aos autos são suficientes ao deslinde da presente autuação.

No mérito, a exigência recai sobre o ICMS que deixou de ser recolhido relativo aos serviços elencados no Anexo I (CD, fl. 05), cujos arquivos “itens de serviços de comunicação com imposto a recolher” e “totais mensais de ICMS a recolher” foram recebido pelo autuado, conforme documentos de fl. 6. Constam as prestações de serviços de comunicação efetuadas pelo autuado, durante o exercício de 2009 (CFOP 5.303 – Prestação de serviço de comunicação para contribuinte e CFOP 5.307 - Prestação de serviço de comunicação para não contribuinte) que não foram devidamente tributadas.

O sujeito passivo, nas razões, argui que não incide ICMS sobre os valores autuados, visto que as respectivas receitas não incidem sobre a locação de equipamentos, serviços complementares e serviços de valor adicionado. Completa que grande parte das atividades autuadas sob a insígnia “serviços de comunicação” compreende, em verdade, meras operações de locação, como se depreende da descrição das rubricas constantes no anexo retro referido, observando que a locação de bens sequer constitui serviço - muito menos de comunicação - não podendo, por imperativo lógico, ser tributada pelo ICMS.

Em favor de sua tese, destaca o sujeito passivo que o RICMS-BA/97 (art. 6º, inciso XIV), dispõe que as atividades de locação não sofrem a incidência do imposto estadual; que a Súmula Vinculante nº 31, STF, dispõe sobre a inconstitucionalidade da incidência de ISS sobre operação de locação de bens móveis e que a Primeira Seção do STJ já se manifestou sobre a não incidência de ICMS sobre serviço de locação prestado por empresa de telecomunicações (REsp 945.037/AM, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 24/06/2009, DJe 03/08/2009).

De fato, o demonstrativo fiscal elenca diversas operações que envolvem a locação de aparelhos e equipamentos identificadas como: “ALUGUEL MODEM (SPEEDSTREAM, ROUTER, BRIDGE, ERICSSON, HOME OI VELOX-256”; “TC VOICE NET-ALUGUEL APA PADRÃO, APA DIG RJ, APA C/ CHAVE”; etc., *que se referem à disponibilização onerosa de meios para terceiros. Lembra o autuado que a atividade “TC VOICE NET-ALUGUEL”; tanto “APA”, “APA Padrão”, ou “APA C/CHAVE” fornece a empresas uma rede corporativa de voz que integra seus endereços, com o objetivo de reduzir gastos com telecomunicação e não poderia ser classificada como serviço de telecomunicação, mas uma mera locação, cessão do direito de uso, não havendo atividade humana, esforço físico ou intelectual, o que se pode depreender a partir da análise dos contratos que regulam o “TC VOICE NET”, anexo aos autos. Defende o autuado que resta configurada a obrigação de dar, incompatível com o ICMS sobre serviços, que pressupõe um fazer.*

Cabível destacar, antes, a natureza tributária do Serviço de Comunicação e sua incidência nos serviços retro referidos.

A Carta Magna de 1988, ao distribuir a competência tributária, coube aos Estados e ao Distrito Federal, instituir imposto sobre “operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior” (art. 155, II). De início, o ICMS foi disciplinado pelo Convênio ICM 66/88, editado pelo CONFAZ - Conselho Nacional de Política Fazendária, na forma do art. 34, § 8º do Ato das Disposições Constitucionais

Transitórias de 1988, e da Lei Complementar n.º 24/75. Dispondo sobre o novo imposto, o referido diploma legal estatuiu:

"Art. 2º Ocorre o fato gerador do imposto:

(...)

X - na geração, emissão, transmissão, retransmissão, repetição, ampliação ou recepção de comunicação de qualquer natureza, por qualquer processo, ainda que iniciada ou prestada no exterior."

O art. 2º da Lei Complementar n.º 87/96, que veio a estabelecer normas gerais definitivas quanto ao ICMS (afastando a aplicação transitória do Convênio ICM 66/88, a partir de 01.11.96), define como hipótese de incidência do ICMS (inciso III):

"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".

Depreende-se daí, o que se tributa não é a comunicação em si (mensagem escrita, falada ou visual), mas, a prestação onerosa de serviços, por qualquer meio de comunicação (consistente em colocar à disposição de alguém todo o aparelhamento necessário, para que haja a transmissão da mensagem ao destinatário). Para fins tributários, portanto, não é relevante a natureza da comunicação, mas sua vinculação a um fato econômico da essência do ICMS – comunicação.

Dessa forma, os serviços de comunicação tributáveis pelo ICMS são aqueles que permitem que a mensagem transmitida pelo emissor seja recebida e compreendida pelo receptor. Ocorrendo esse processo (cujos meios estão previstos na Lei 9.472/97, Lei Geral de Telecomunicações – LGT), sendo ele oneroso, o ICMS será devido pelo prestador do serviço.

A lei complementar do ICMS que veio dar respaldo ao quanto autorizado pela Constituição, informa que os serviços onerosos de comunicação (entendendo estes como gênero e os de telecomunicação como espécie) são passíveis de incidência do ICMS, sendo estes realizados "por qualquer meio e de qualquer natureza" (art. 2.º, III, da LC 87/96). Conforme temos na lei, as hipóteses que se configurem como prestação onerosa de serviços de comunicação estará dentro da abrangência da incidência do ICMS.

Nessa esteira, a utilização de tais equipamentos não pode ser compreendida como locação de bens móveis, como é a pretensão do autuado, posto que os serviços de telecomunicações oferecidos e a utilização dos equipamentos são absolutamente dependentes entre si, visto que são prestados no mesmo prazo e de forma simultânea. A prestação dos serviços ficaria inviável sem a concorrência dos equipamentos locados, que aqui nada mais são que os meios físicos por onde os dados trafegam.

Na impossibilidade da execução da prestação do serviço de telecomunicação sem a utilização do serviço a ele conexo, os equipamentos necessários à sua efetivação confundem-se com o próprio serviço de telecomunicação. Isto porque não há como dissociá-los. Em tal situação, a incidência do ICMS abrange o "serviço conexo", que aderiu ao serviço de telecomunicações, sem que haja possibilidade de o último ser prestado isoladamente.

Sendo a utilização de equipamentos, o meio para execução da obrigação contratada, dúvida não reside que deva ser considerada uma conexão de serviço aos serviços de telecomunicação, sujeita ao imposto estadual. O Serviço de telecomunicação é, assim, espécie de comunicação e um conjunto de atividades que possibilita a oferta de telecomunicação; entre essas atividades, a disponibilização dos equipamentos para transmissão dos dados.

Com efeito, os serviços disponibilizados pela impugnante para interligar seus clientes, por intermédio de seus equipamentos, à rede pública de telecomunicações, fornecendo as condições materiais (meios) para que a comunicação se efetive, são serviços de comunicação, porquanto dizem respeito a uma relação negocial onerosa entre ela e o usuário (cliente), tratando-se, pois, de um fato impositivo na relação jurídico-tributária, no campo de incidência do ICMS

Em síntese, os valores referentes a aluguéis ou locação de equipamentos e aparelhos e outros meios físicos, de propriedade da operadora do serviço, que são necessários à prestação do serviço de comunicação, integram a base de cálculo do ICMS por expressa previsão legal.

Questiona ainda o autuado a impossibilidade de cobrança do ICMS nos serviços complementares, a exemplo do "Serviço de Hora Programada". Defende que tal serviço não é de comunicação, mas, apenas um serviço extra oferecido ao usuário sem que haja qualquer intermediação de mensagem entre ele e determinado receptor. Defende o sujeito passivo que o "hora programada" potencializa um serviço de comunicação pré-existente, mas que com ele não se confunde.

Na mesma linha de argumentação, argui que não incide o ICMS nos serviços de valor adicionado (SVA), a exemplo do “Serviço de informação 102”. Sustenta que a atividade não configura hipótese de serviço de comunicação, mas apenas um serviço de consulta e informação prestado via telefone e que se constitui uma facilidade colocada à disposição do usuário.

Incabível, destarte, a apreciação por esse órgão julgador, sobre a ilegalidade e / ou a inconstitucionalidade do Convênio CONFAZ 69/98, igualmente argüidas pelo autuado, ao abrigar a incidência do ICMS sobre atividades - meio, os serviços suplementares e facilidades adicionais, que otimizam o processo de comunicação, posto que compete a este foro administrativo discutir a constitucionalidade da legislação posta, conforme assim preconiza o art. 167, I, do RPAF/99.

Constato, todavia, que os chamados “serviços de informação – 102” possibilitam a identificação de números da lista telefônica de clientes constantes do cadastro da operadora. Trata-se de serviço de informação de código de acesso de assinante, do serviço de telecomunicação, cobrado de seu usuário e constante na NFST – Nota Fiscal de Serviço de Telecomunicação. Vale lembrar que o serviço de comunicação propriamente dito, consoante 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. O serviço aqui tratado possui tais características.

Destaco que quando a empresa de telecomunicação disponibiliza o serviço “102”, através da internet, por exemplo, com os mesmos objetivos, mas não há cobrança pela informação prestada, não ocorre, no caso, prestação onerosa e não há incidência do ICMS.

São também Serviços complementares as chamadas locais, presentes no levantamento fiscal e sem a devida tributação. É cediço que se trata de um serviço oneroso e cujo custo da chamada telefônica local e varia com o dia da semana e o horário da ligação

O “serviço hora-programada” é um serviço de Despertador Automático pelo telefone. Nele, além da programação diária, o cliente da impugnante pode optar por fazer programações semanais e mensais. É um serviço de telecomunicação destinado a programar, antecipadamente, pelo próprio telefone do usuário, um horário para ser despertado ou lembrado, em qualquer data ou horário, através de uma mensagem telefônica. Destaca-se que o serviço de hora-programada é oferecido e prestado aos clientes do contribuinte autuado de forma onerosa, com a vantagem dos descontos progressivos, além de possibilitar outros serviços, como o envio de mensagens personalizadas, por via telefônica, etc.

Com relação aos serviços de valor adicionado – SVA, o artigo 61 da Lei Geral de Telecomunicações torna clara a existência de serviço de valor adicionado como algo distinto do Serviço de Telecomunicações. Ocorre que a lei não se refere aos serviços complementares anteriormente apreciados, equivocadamente nomeados pelo autuado como “Serviço de Valor Adicionado”. O caso em tela não trata das atividades exercidas pelos provedores de acesso à internet, portais de conteúdo de Internet ou provedores de serviços de Voz sobre IP, que “configuram Serviços de Valor Adicionado, pois aproveitam um meio físico de comunicação já existente, a ele acrescentando elementos que agilizam o fenômeno comunicacional”. (REsp nº 511.390/03 – MG).

Posto isso, julgamentos reiterados do CONSEF, acerca das matérias 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 (artigo 1º, § 2º, inciso VII do RICMS/97-BA).

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)”.

Nas razões, questiona também o autuado acerca da formação da base de cálculo do ICMS sobre os serviços de telecomunicações. Queixa-se o autuado que a fiscalização não somente aplicou a alíquota devida sobre a receita dos serviços autuados, mas tomou uma base de cálculo artificial, o ICMS por dentro, nome dado ao fenômeno de o ICMS incidir sobre sua própria base. O entendimento fiscal foi que, identificado o valor dos serviços autuados, adicionou o ICMS, realizando o cálculo “por dentro”, o que não guarda consonância com os princípios do direito tributário, legislação concernente à incidência tributária, citando o STJ e o entendimento do TJBA (REsp 1190858/BA, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 08/06/2010, DJe 01/07/2010).

Com relação à base de cálculo da presente exigência, ressalto que o trabalho fiscal tem assento no art. 13 da Lei Complementar nº 87/96, na Lei nº 7.014/96 (Art. 17, VIII, § 11) e no RICMS-BA (Art. 66, I, alínea b, § 4º). De acordo com os quais, os valores referentes a aluguéis ou locação de equipamentos/aparelhos de propriedade da operadora do serviço, necessários à prestação do serviço de comunicação, integram a base de cálculo do

ICMS, além dos valores cobrados relativos a serviços suplementares e facilidades adicionais que otimizem ou agilizem o processo de comunicação, independentemente da denominação que lhes seja dada.

Sublinho que em nenhum momento, o autuado trouxe aos autos qualquer prova que pudesse contrapor a acusação e a constituição da sua base de cálculo (art. 123, RPAF BA). Não resta propriamente uma discordância com a incidência do ICMS em sua própria base de cálculo, porque assim já referendou o próprio STF; a divergência reside apenas quanto ao valor total dos serviços omitidos a ser cobrado, sob o argumento da existência de um acréscimo fictício, a que denominou de “Gross up”.

Ocorre que o contribuinte deixou, de fato, de agregar o imposto ao valor cobrado de seus clientes, não adicionou o valor do imposto ao preço final do serviço, tendo agido por sua conta e risco ao supor que os mesmos não eram tributados pelo ICMS. Salientando que o valor do imposto incide em sua própria base de cálculo, claro que ao omitir da tributação os serviços, o autuado efetivamente deixou de agregar o imposto ao valor cobrado de seus clientes.

Destarte, à luz dos argumentos acima expostos, entendo que deve ser mantida a forma de apuração da base de cálculo utilizado pelos autuantes para determinar o imposto exigido.

Esta questão não é novidade no âmbito deste Conselho, pelo que cito precedentes nos os Acórdãos CJF 0045-12/12; 0145-12.09; 0338-12.08; 0191-12.07.

Por fim, deixo de acatar os argumentos trazidos pelo recorrente sobre a inconstitucionalidade e confiscatoriedade da multa aplicada. Primeiro, porque a multa está prevista na legislação regente. Segundo, porque este Colegiado não é competente para declarar a inconstitucionalidade da lei baiana, a teor do artigo 167, inciso I, do RPAF/99.

Também deixo de apreciar o pedido de cancelamento da multa por descumprimento de obrigação principal, pois esta 1ª Junta de Julgamento Fiscal não é competente para tal mister, competência essa atribuída à Câmara Superior, nos termos do artigo 159 do RPAF/99.

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

Inconformado com a decisão proferida, o sujeito passivo interpôs Recurso Voluntário às fls. 134 a 150 reproduzindo as suas alegações da impugnação originária. Em apertada síntese, o Recorrente historia os fatos descritos nos autos e se pronuncia acerca da decisão de base, que diz deveria ser reformada.

Trazendo os mesmos argumentos já apresentadas quando da impugnação inicial ao lançamento, e citando a mesma legislação já trazida em suas razões impugnatórias, além de decisões de outros tribunais, aduz que: não incidiria ICMS sobre operações de locação dos aparelhos utilizados pela prestadora do serviço de telecomunicação para a prestação de seus serviços; seria inconstitucional o Convênio ICMS 69/98; afirma ser impossível cobrar ICMS sobre serviços suplementares como o “Serviço de Hora Programada”; não incidiria ICMS sobre os serviços de valor adicionado, tais como “Serviço de informação 102”.

Em seguida o contribuinte se insurge contra o valor de base de cálculo encontrado pelo Fisco. Diz que “Apesar da ilegitimidade de todo o crédito exigido, deve-se suscitar, apenas para argumentar que no caso de subsistir qualquer imposto devido, ele deverá ser reduzido, em razão do aumento ilegítimo de sua base de cálculo realizado pela Fazenda.”

Assevera que a base de cálculo seria artificial por diversa do preço do serviço, usando a expressão “Gross up” [cálculo de imposto “por dentro”].

Diz que a fiscalização não se limitou, como aduz que essa deveria, a aplicar a alíquota devida sobre a receita obtida pela empresa com os serviços de comunicação objeto da autuação. Que, a seu ver, infringindo o artigo 13, III, da Lei Complementar nº 87/96, segundo o qual “a base de cálculo do imposto é, na prestação de serviço de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, o preço do serviço”, tomou tal preço como líquido de ICMS e calculou, como se fosse o próprio agente econômico, o preço que esse, na visão do Fisco, deveria cobrar, para fazer face ao dever fiscal, e que esta “majoração” foi mantida pela JJF. Que para “que o ICMS incida sobre sua base, a Junta entende correta a atitude do Fisco de identificar o valor dos serviços autuados, adicionar o ICMS e, então, adicionar este novamente. Assim, multiplicando duas vezes a alíquota estaria, a seu ver, realizando o cálculo “por dentro”.

O contribuinte aduz que o fenômeno do cálculo “por dentro” resulta exclusivamente do fato de o ICMS incidir sobre o preço do serviço. Cita decisões judiciais. Afirmar que se o próprio ICMS constitui o preço do serviço, ao se aplicar a alíquota sobre este preço o ICMS estaria necessariamente incidindo sobre sua própria base de cálculo.

Diz que deveria ser aplicado o teor do artigo 13, III, da LC nº 87/96 e do artigo 52 do RICMS/BA. Que ambos os diplomas preceituam que o ICMS incide sobre o preço do serviço e assim, se pelo serviço foi cobrado R\$100,00, dever-se-ia pagar ICMS sobre R\$100,00. Que, contudo, o Fisco sugere que a base de cálculo não é o preço praticado, mas o que deveria ter sido praticado, o que aduz que criaria ficção jurídica sem fundamento. Que, assim, “o Fisco diz que a empresa cobrou R\$ 100,00, mas deveria ter cobrado R\$ 100,00 + ICMS. E, então, sobre esta soma que se aplica o ICMS. Resultado da equação: R\$ 100,00 + ICMS + ICMS. Constata-se claramente que tal prática implica na dupla cobrança do tributo sobre uma mesma operação.”

Cita decisão da Quarta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, julgamento dos embargos declaratórios na Apelação Cível nº 28881-4/2007. Aduz que o STJ confirmou a tese dele, impugnante, e cita o REsp 1190858/BA, julgado em 08/06/2010.

O contribuinte afirma restar patente que seria indevida a inclusão do ICMS na sua própria base de cálculo e, caso o Estado da Bahia mantenha este entendimento, perderia a discussão na via judicial.

O recorrente conclui pedindo o provimento do Recurso Voluntário interposto para reformar a decisão de base, anulando-se o Auto de Infração, com a consequente extinção do crédito tributário e arquivamento do processo fiscal. Sucessivamente, pede seja decotada da autuação a parcela majorada da base de cálculo, porque a utilizada seria ilegítima.

A PGE/Profis, por intermédio da Procuradora Maria José Ramos Coelho Sento Sé, emite Parecer às fls. 155 a 163 aduzindo que o contribuinte reprisa, em sede de Recurso, parte do quanto já alegado na impugnação inicial, e já apreciado pelo julgamento de primeira instância.

Considera ausentes argumentos jurídicos capazes de provocarem a revisão do Acórdão recorrido. Afirmar que as arguições de inconstitucionalidade devem ser rechaçadas porquanto falece ao Conselho de Fazenda a declaração de inconstitucionalidade, a teor do artigo 167, inciso I, do RPAF/99. Que, ademais, em relação às penalidades aplicadas, o princípio constitucional que veda a criação de tributo, com efeito, confiscatório não alcança as multas, que daqueles possuem natureza jurídica diversa, e são sanções com função educativa. Que o pedido para redução da multa por descumprimento de obrigação tributária principal só pode ser apreciado, neste âmbito administrativo, pela Câmara Superior deste CONSEF, a teor do artigo 159 do RPAF/99.

Assevera que compulsando os autos verifica-se, à saciedade, que tanto as imputações fiscais estão absolutamente claras, devidamente tipificadas e alicerçadas na legislação estadual, quanto o lançamento atende a todos os requisitos descritos no artigo 39 do RPAF/99.

Aduz que a irresignação do recorrente gravita, em síntese, acerca da não incidência do ICMS sobre operações de locação, sobre os serviços suplementares (hora programada), serviço de informação 102, ilegitimidade da adoção de base de cálculo artificial, diversa do preço do serviço.

Acerca da base de cálculo, a Procuradora aduz corroborar o entendimento constante de Parecer do Procurador José Augusto Martins, emitido em processos similares. Cita jurista e diz que a base de cálculo abstrata pode abarcar total, ou parcialmente, o fato imponível desvelado no mundo fenomênico. Cita o artigo 13 da LC 87/96. Afirmar que sendo o ICMS um imposto “por dentro”, na formação da base de cálculo do ICMS é imperiosa a adição do valor do ICMS ao valor líquido do preço do serviço de comunicação, no caso, o valor do próprio imposto, subsumindo, assim, base calculada, ou real, à base imponível normativamente prevista.

Afirma que não há que se falar em qualquer arbitrariedade do Fisco ao corrigir a base de cálculo utilizada pelo recorrente, formatando-a ao preceituado na LC do tributo estadual, desde que os valores estabelecidos e utilizados nas planilhas do autuado estejam destituídos da parcela formativa do imposto relativo ao montante do próprio ICMS. Assevera que o não repasse do valor olvidado pelo recorrente não desnatura a mensuração da base imponible feita pelo legislador, sob pena de se fazer *tabula rasa* do comento normativo expresso na Lei Nacional do ICMS. Afirma que lei clara não precisa de interpretação. Que imaginar ao contrário seria efetivamente legitimar as hipóteses de subfaturamento programado das bases imponíveis do ICMS. Que, afinal, quanto menor a base imponible calculada, menor o imposto a recolher.

Aduz não acolher as argumentações expendidas pelo recorrente neste ponto, por contrariarem texto expresso de lei. Que o trabalho realizado pelo fiscal autuante tem assento no artigo 13 da LC 87/96, no artigo 17, VIII, §11, da Lei nº 7.014/96, e no artigo 66, I, “b”, §4º, do RICMS/BA, consoante os quais os valores referentes a aluguéis, ou locação, de equipamentos/aparelhos de propriedade da operadora do serviço, necessários à prestação do serviço de comunicação, integram a base de cálculo do ICMS, além dos valores cobrados relativos a serviços suplementares e facilidades adicionais otimizem, ou agilizem, o processo de comunicação, independentemente da denominação que lhes seja dada. Ressalta que em nenhum momento o autuado trouxe as autos elemento probatório capaz de comprovar irregularidade nesse levantamento.

Discorre acerca da delimitação conceitual e semântica da hipótese de incidência do ICMS sobre serviços de comunicação, citando o artigo 155, II, da Constituição da República, o artigo 2º, III, da LC 87/96, o artigo 110 do CTN, e sobre o significado da expressão “prestação onerosa”, citando jurista. Fala sobre o conceito de “Comunicação” expressado no Decreto 97.057/97 (Regulamento do Código Brasileiro de Telecomunicações).

Aduz que o Plenário do STF, por unanimidade, ao decidir a ADIN 1.467-6/DF, prolatou Acórdão no sentido de que o ICMS pode incidir sobre todo e qualquer serviço de comunicação, e que o serviço de radiodifusão sonora de sons e imagens é serviço de comunicação. Discorre sobre o conceito de comunicação, citando o artigo 155, II, da Constituição da República, e jurista. Cita o artigo 60 da Lei nº 9472/97 (Lei Geral de Telecomunicações), que determina que serviço de telecomunicações é o conjunto de atividades que possibilita a oferta de telecomunicação.

Assevera que o Convênio ICMS 69/98 não criou novos fatos geradores do ICMS, nem alargou a base tributária do imposto.

Afirma que o ICMS incide sobre os serviços de comunicação, do qual a telecomunicação é uma subespécie, por qualquer meio, abrangendo os serviços eventuais, os serviços suplementares e todo o conjunto de atividades a eles relacionados; que o imposto incide também sobre os serviços eventuais, os serviços complementares e as atividades que agilizem, ou otimizem, os serviços de comunicação. Aduz que, assim, entende não caber guarida às alegações do recorrente, porque emoldurado no campo de incidência do ICMS o ora discutido, por conta do sentido amplo conferido à norma impositiva tributária escalada na LC 87/96, devidamente explicitada no Convênio ICMS 69/98, em sua Cláusula Primeira.

A Procuradora cita o artigo 4º, §4º, do RICMS/BA, e afirma ser interessante esclarecer o caráter não vinculante da jurisprudência emanada do STJ declarando, em processos específicos, a ilegalidade dessa norma regulamentar.

Conclui opinando pelo Improvimento do Recurso Voluntário interposto.

VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto no sentido de modificar a Decisão da 1ª Instância no que tange à infração imputada.

Preliminarmente, quanto ao pedido de declaração de nulidade do presente lançamento de ofício verifico que, tal como já devidamente apreciado no julgamento de primeira instância, estão presentes os pressupostos de validade processual, encontrando-se definidos o autuado, os montantes e os fatos geradores dos débitos tributários reclamados, não estando, o lançamento de ofício e o processo administrativo fiscal dele decorrente, incursos nas hipóteses previstas no artigo 18 do RPAF/99.

Ademais ficou evidenciado, tanto da impugnação ao lançamento de ofício, quanto do teor do Recurso Voluntário, que o contribuinte entendeu as imputações, tendo recebido os demonstrativos atinentes às mesmas e exercido tempestivamente seu direito de defesa tendo, inclusive, pronunciado-se quanto ao mérito neste processo. Arguição de nulidade rejeitada.

Assinalo, por oportuno, que está afastada da competência deste contencioso administrativo a apreciação de inconstitucionalidade, e de ilegalidade de dispositivo normativo em vigor, inclusive de Convênios oriundos do CONFAZ, nos termos do artigo 125 do Código Tributário do Estado da Bahia – COTEB.

No mérito, não merece reparo a decisão objeto do recurso.

Tal como já exposto no Relatório que antecede este voto, o contribuinte restringe-se a trazer, em sede de Recurso, o quanto já apreciado em primeira instância, e apreciado com tal profundidade de pesquisa que na verdade o tema está esgotado.

Trata-se de assunto reiteradamente analisado neste Conselho, inclusive com a apreciação do tema pelos dignos representantes da PGE/Profis, tendo sido, até aqui, predominante o entendimento no sentido de que todas as facilidades e atividades vinculadas necessariamente à prestação dos serviços de telecomunicação compõem a base de tributação do ICMS.

Como é de conhecimento comum, a grande velocidade das inovações tecnológicas traz, diariamente, a necessidade de adequação das regras sociais à realidade nova que se impõe. A necessidade de adequação atinge, igualmente, o ordenamento jurídico brasileiro.

Neste sentido, no Brasil, após a promulgação da Emenda Constitucional nº 08/1995, que flexibilizou o modelo brasileiro de telecomunicações ao eliminar a exclusividade estatal da concessão para exploração dos destes serviços, foi criada a Lei Federal nº 9.472/97, ou Lei Geral de Telecomunicações, como é conhecida, que dispôs sobre a organização dos serviços de telecomunicações.

Trazendo então a previsão tributária acerca de serviços de comunicação presente na Constituição da República:

Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:

II - operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior;

Na Lei Complementar nº 87/96:

Art. 2.º 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;

Na Lei Estadual nº 7.014/96:

Art. 2º. 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 RICMS/BA, em redação vigente à época dos fatos objeto da autuação:

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

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

§ 1º. Entende-se por comunicação, para os efeitos deste Regulamento, o ato ou efeito de gerar, emitir, transmitir, retransmitir, repetir, ampliar e receber mensagens acerca de determinado ato ou fato mediante métodos ou processos convencionados, quer através da linguagem falada ou escrita, quer através de outros sinais, sons, figuras, imagens, signos ou símbolos, quer através de aparelhamento técnico sonoro ou visual, a exemplo dos serviços de telefonia, telex, telegrafia, fax, radiodifusão sonora ou de imagens e televisão por assinatura, quando de caráter oneroso, isto é, sempre que a prestação consistir, por parte do prestador, numa obrigação de fazer, e, por parte do usuário do serviço, numa obrigação de dar.

Assim, adequada a legislação à nova realidade tecnológica, não apenas os serviços de chamadas telefônicas configuram-se como serviços de comunicação, mas todos os serviços relacionados e/ou necessários à prestação de serviços de comunicação. Uma vez que o legislador não poderia prever as denominações que as operadoras viriam a utilizar para os serviços que viriam a prestar a seus usuários, relacionados à prestação de serviços de comunicação, o texto normativo descreve a abrangência dos serviços tributáveis em termos exemplificativos.

A prestação do serviço de telecomunicação abrange também sua disponibilização, o que implica computar na base de cálculo todas as cobranças financeiras feita pelo prestador do serviço, ao seu usuário, para que seja possível a prestação do serviço de comunicação contratado. Este é o caso específico, por exemplo, do modulador-demodulador, ou “modem”.

Observo que, conforme consta no site da empresa autuada - cujo link é <http://www.oi.com.br/ArquivosEstaticos/oi/oi-pra-empresas/grandes-empresas/stfc-voicenot.pdf>, o “TC VOICE NET/PABX VIRTUAL”, também descrito neste mesmo site como “Serviço Telefônico Fixo Comutado Fixo – STFC” – então o denominado TC Voice é o conjunto de “*Serviços que permitem a interligação da rede virtual corporativa de voz, através do sistema de comutação e transmissão digital e recursos das centrais de telefonia da Oi, de forma privativa e exclusiva, bem como a prestação das facilidades abaixo relacionadas. (...) O TC VOICE NET/PABX VIRTUAL contém as seguintes facilidades integrantes: (a) Bloqueio Controlado de Chamadas Originadas (Cadeado Eletrônico) PUC 28/2004; (b) Bloqueio de Chamadas Originadas (conforme classes de bloqueio da Oi) - PUC 06/2003; (c) Busca Automática - PUC 14/2004; (d) Captura de Chamadas - PUC 42/2006; (e) Chamada em Espera - PUC 08/2003; (f) Chamadas Externas Automáticas de Entrada – DDR - PUC 36/2005; (g) Conferência a Três – PUC 10/2003; (h) Consulta; (i) Transferência - PUC 43/2006; (j) Linha Direta; (k) Linha Executiva; (l) Caixa Postal – PUC 12/2003; (m) Transferência Automática em Caso de Não Responde - PUC 43/2006; (n) Transferência Automática em Caso de Ocupado - PUC 43/2006; (o) Transferência Temporária (Siga-me) - PUC 09/2003; e as seguintes facilidades opcionais: (p) Identificação de chamadas – PUC 11/2003; (q) Bloqueio de Chamadas a Cobrar – PUC 005/2002.*” Por conseguinte, conforme os descreve a própria empresa autuada, trata-se de conjunto de serviços de comunicação.

O uso dos equipamentos objeto da autuação, tal como dito pelo contribuinte, é tão essencial à prestação dos serviços de telecomunicação que presta, que se o seu cliente não aluga tal equipamento do ora Recorrente, isto poderá ser em razão de o usuário já possuir tal aparelho, ou terá a opção de alugá-lo alhures. Ou seja, sem tal equipamento, cuja receita do dito “aluguel” entra, necessariamente, na conta que cobra do consumidor dos seus serviços de telecomunicação, então o cidadão não pode usar os serviços de telecomunicação. Não se trata, portanto, sequer de uma “facilidade”, e sim de condição imprescindível para que o seu serviço de comunicação seja prestado.

Em relação ao serviço de “Auxílio à Lista”, observo que de fato é um serviço para a prestação do qual o contribuinte cobra valores monetários de seus usuários, sendo tal serviço prestado exatamente para possibilitar o serviço de comunicação, vendendo informações quanto a números telefônicos de terceiros, o que possibilita a realização de chamadas telefônicas pelo usuário.

Quanto ao serviço “Hora programada”, assinalo que em nenhum momento qualquer dispositivo da legislação mencionada pelo contribuinte, e/ou mencionada e transcrita neste voto, exige, seja de forma expressa, ou tácita, que aquele que faça a transmissão da comunicação seja um terceiro, portanto pessoa diferente daquele que armazena, ou que gera, emite, o dado a ser comunicado.

Pelo contrário, o inciso III do artigo 2º da Lei Complementar nº 87/96, e o inciso VII do artigo 2º da Lei nº 7.014/96, já transcritos neste voto, prevêem a incidência do ICMS na prestação onerosa de serviços de comunicação por qualquer meio, incluindo tanto a geração, emissão, quanto a transmissão de comunicação de qualquer natureza. Sem ressalvas. Portanto, inexistente base legal para a consideração do contribuinte relativamente a este aspecto.

No início da existência dos serviços de comunicação telefônica, utilizando-se inclusive apenas aparelhos e telefonia fixa, e sequer estando disponibilizado ao público o espaço virtual que veio a ser denominado mundialmente como “internet”, de fato ainda apenas existia a possibilidade de estabelecer-se ligação telefônica para efeito de originar, ou receber, chamada telefônica, que ordinariamente consistia em um serviço de comunicação de vozes humanas. Mas ocorre a inovação tecnológica ininterrupta.

Quando o sujeito passivo passa a disponibilizar conteúdo para venda a seus usuários, em determinado momento coloca-se como originador da mensagem, ou dado, informação. Passa a ser um agente que gera a comunicação. E, de forma a também auferir receita, presta o serviço de transmissão necessário para que a venda ocorra. Trata-se de lícita opção do sujeito passivo, atuar destas duas formas, e receber a contraprestação financeira pela informação que vende, e pelo serviço que presta de levar a comunicação vendida até o comprador/usuário.

Neste sentido, entendendo que o ICMS não incide sobre comunicação, mas sobre a prestação de serviços de comunicação, isto é, a atividade de fornecimento, em caráter oneroso, de condições materiais para que a comunicação ocorra; que os chamados serviços e facilidades que otimizam, ou agilizam, o processo de comunicação, são serviços acessórios do serviço de comunicação, relacionados a uma comunicação à qual dão viabilidade, ou suporte, tais aludidos serviços estão incluídos no campo de incidência do ICMS, pois o acessório segue a sorte do principal. O valor cobrado pelas operações que baseiam o lançamento de ofício é parte integrante do custo do serviço de comunicação, portanto incluído no campo de incidência do ICMS.

Este tem sido o entendimento seguidamente esposado por este Conselho.

Quanto ao valor de base de cálculo encontrado pelo Fisco, assinalo que este mecanismo de cálculo do ICMS “por dentro”, ou “*gross up*”, teve sua legitimidade pacificada pelo STF. Cito, por oportuno, os Embargos de Divergência no REsp 1190.838, decisão publicada no dia 12/08/2013, acerca de “*Gross up*”. De fato, o §1º do I do artigo 13 da Lei Complementar nº 87/96 estabelece que integra a base de cálculo o montante do próprio imposto, constituindo o respectivo destaque mera indicação para fins de controle. Observo que esta sistemática de cálculo do ICMS teve sua origem já no §7º do artigo 2º do Decreto-Lei nº 406, de 31/12/1968.

Comungo integralmente das vastas ponderações do voto da decisão *a quo*, bem como o teor do Parecer técnico-jurídico exarado nos autos, que não reproduzo por desnecessário, visto que consta no Relatório que integra este Acórdão, e com base no inciso II da Constituição da República; no inciso III do artigo 2º da LC 87/96; no artigo 110 do CTN; no artigo 60 da Lei Geral de telecomunicações; e no artigo 17, VIII, §11, da Lei 7.094/96, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, para declarar mantida a Decisão recorrida, que julgou PROCEDENTE o Auto de Infração.

VOTO DIVERGENTE

Com a devida vênia, divirjo da Ilustre Conselheira Relatora, para votar pelo provimento do recurso voluntário, de acordo com os seguintes fundamentos.

O presente processo gira em torno da suposta falta de recolhimento de ICMS devido na prestação de serviço de comunicação, por escrituração de valores tributáveis como não tributáveis. A partir de tal descrição fática, importa saber se os serviços glosados correspondem à hipótese de incidência do ICMS-Comunicação.

O contribuinte, em seu recurso voluntário, sustenta que não incidiria ICMS-Comunicação sobre operações de locação dos aparelhos utilizados pela prestadora do serviço de telecomunicação para a prestação de seus serviços; sobre serviços suplementares como o “Serviço de Hora Programada”; e sobre os serviços de valor adicionado, tais como “Serviço de informação 102”.

Conforme já exposto no voto da nobre Relatora, o art. 145, inciso II, da Constituição Federal atribui aos Estados e ao Distrito Federal o poder de instituir o imposto sobre prestações de serviço de comunicação. O conceito de “prestação de serviço de comunicação” está definido na Lei Complementar n° 87/96 que vaticina o seguinte:

Art. 2.º 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;

Nesse sentido, a doutrina especializada é firme no sentido de que, para que se considere ocorrida a hipótese de incidência do ICMS-Comunicação, é imprescindível que ocorram cumulativamente os seguintes elementos, conforme ensina Sacha Calmon Navarro Coêlho. Curso de Direito Tributário Brasileiro, 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 74):

(a) exista uma relação comunicativa (formada por cinco elementos: emissor, receptor, meio de transmissão, código e mensagem transmitida);

(b) a comunicação seja viabilizada por um terceiro, mediante remuneração.

No caso em tela, vejo que os serviços glosados no auto de infração não se enquadram na hipótese de incidência do ICMS-Comunicação, pois não estão subsumidos aos elementos caracterizadores da prestação do serviço de comunicação.

Tocante à locação de aparelhos, entendo ser claro e evidente que tal negócio não se confunde com a prestação de qualquer serviço, pois se consubstancia numa típica obrigação de dar, e não obrigação de fazer. Assim, inexistindo a realização de uma atividade humana (fazer algo em favor de outrem), não há que se falar em serviço, tampouco em hipótese de incidência de ICMS-Comunicação. Nesse sentido é pacífico o entendimento jurisprudencial, conforme aresto do STJ, *in verbis*:

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).(REsp 945037 / AM RECURSO ESPECIAL 2007/0086541-9 Relator(a) Ministro LUIZ FUX (1122) Órgão Julgador S1 - PRIMEIRA SEÇÃO Data do Julgamento 24/06/2009 Data da Publicação/Fonte DJe 03/08/2009)

Tocante ao “Serviço de Hora Programada” e ao “Serviço de informação 102”, entendo igualmente não se tratarem de serviços de comunicação, pois, em ambos os casos, não se materializam todas as condições da chamada relação comunicativa, pois não há “emissor”, “receptor”, nem mesmo a própria “mensagem transmitida”. Nota-se que, em ambos os casos, o cliente (tomador do serviço) é atendido diretamente pela recorrente (prestadora do serviço), mas

não existe uma outra pessoa com quem o referido cliente estabeleça uma comunicação (emissão e recepção de mensagem), tampouco se transmite qualquer mensagem.

Em verdade, ambos os serviços estão fora do campo de incidência do ICMS, pois representam espécies de serviços suplementares ou serviços de valor adicionado, previstos no art. 61 da Lei Geral de Telecomunicações (Lei nº 9.472/97), nos seguintes termos:

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.

Outrossim, a Resolução Anatel nº 73, de 25 de novembro de 1998, que editou o Regulamento dos Serviços de Telecomunicações, assim tratou dos SVAs:

Art. 3º. Não constituem serviços de telecomunicações:

(...)

III – os serviços de valor adicionado, nos termos do art. 61 da Lei 9.472 de 1997.

Diante de tal diferenciação, a jurisprudência pátria firmou pacífico entendimento no sentido de que os serviços suplementares, congêneres ou serviços de valor adicionado não constituem hipótese de incidência do ICMS-Comunicação. Vejamos exemplos de arestos que tratam de casos similares ao que ora se analisa:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. ACÓRDÃO ADEQUADAMENTE FUNDAMENTADO. ICMS. SERVIÇOS DE ANÚNCIO E TELEGRAMA FONADO E TELELISTA. VALOR ADICIONADO. NÃO-INCIDÊNCIA.

1. A solução integral da controvérsia, com fundamento suficiente, não caracteriza ofensa ao art. 535 do CPC.

2. Os serviços de anúncio e telegrama fonado e telelista valem-se da telecomunicação, que lhes dá suporte, para acrescentar utilidades relacionadas ao acesso e à apresentação de informações. Esta é a definição de serviço de valor adicionado, que não se confunde com o de telecomunicação, nos termos do art. 61 da Lei 9.472/1997.

3. In casu, esses serviços nem sequer são prestados pelas concessionárias de telefonia, que são apenas "intermediadoras da cobrança das tarifas", conforme aferiram as instâncias de origem.

4. A jurisprudência pacífica do STJ, pela não-incidência do ICMS sobre os serviços de valor adicionado, deve ser aplicada ao caso.

5. Recurso Especial não provido. (REsp 1206428 / RJ, RECURSO ESPECIAL 2010/0135933-8, Relator(a) Ministro HERMAN BENJAMIN (1132), Órgão Julgador T2 - SEGUNDA TURMA, Data do Julgamento 18/11/2010, Data da Publicação/Fonte DJe 04/02/2011)

TRIBUTÁRIO. APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO ANULATÓRIA DE DÉBITO FISCAL. NÃO-INCIDÊNCIA DO ICMS. SERVIÇO DE PRESTAÇÃO DE INFORMAÇÕES CONHECIDO COMO "AUXÍLIO À LISTA". MERO "SERVIÇO DE VALOR ADICIONADO" SOBRE O QUAL INCIDE O ISS. NÃO TIPIFICAÇÃO COMO SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO. O ICMS - imposto sobre a circulação de mercadorias e serviços, de competência estadual, não incide sobre a atividade comumente conhecida como "auxílio à lista" (informações verbais sobre números telefônicos), de vez que se constitui em mero serviço de valor adicionado, e não em serviço de (tele) comunicação, a teor do art. 61, § 1º da Lei n. 9.472/97 e do art. 3º, III, da Resolução n. 73/98 da Agência Nacional de Telecomunicação Anatel, fazendo-se incidível sobre ela o ISS imposto sobre serviços, de competência municipal. Afinal, o que é tributável pela via do ICMS é a prestação do serviço de comunicação (art. 155, II, CF) e não a prestação de qualquer serviço por empresa de comunicação, porque este, a rigor, estará no campo de incidência do ISS (art. 156, III, CF). (TJ-SC - AC: 15095 SC 2010.001509-5, Relator: João Henrique Blasi, Data de Julgamento: 27/05/2010, Segunda Câmara de Direito Público, Data de Publicação: Apelação Cível n. , da Capital)

Não há dúvidas, portanto, de que os serviços cujo imposto está sendo exigido no caso em análise não correspondem a hipóteses tributáveis pelo ICMS-Comunicação, o que confere razão à tese recursal.

Pelo exposto, voto pelo PROVIMENTO do Recurso Voluntário, julgando, em consequência, IMPROCEDENTE o Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão por maioria, com voto de qualidade do presidente **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **269130.0014/12-3**, lavrado contra **TELEMAR NORTE LESTE S/A. (OI)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$1.189.363,74**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a”, da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais.

VOTO VENCEDOR: Conselheiros – Osmira Freire Carvalho Ribeiro da Silva, Valtécio Serpa Junior e Fernando Antonio Brito de Araújo.

VOTO VENCIDO: Conselheiros – Leonardo Baruch Miranda Souza, Oswaldo Ignácio Amador e Rafael Barbosa de Carvalho Figueiredo.

Sala das Sessões do CONSEF, 12 de agosto de 2013.

FERNANDO ANTÔNIO BRITO DE ARAÚJO - PRESIDENTE

OSMIRA FREIRE DE CARVALHO RIBEIRO DA SILVA – RELATORA

LEONARDO BARUCH MIRANDA SOUZA - VOTO DIVERGENTE

MARIA DULCE HASSELMAN RODRIGUES BALEEIRO COSTA - REPR. DA PGE/PROFIS