

A. I. N° - 279468.0025/12-3  
AUTUADO - TELEMAR NORTE LESTE S.A.  
AUTUANTES - MARIA CRISTINA DE OLIVEIRA ALMEIDA, ROQUELINA DE JESUS e SANDRA MARIA SILVA NOYA  
ORIGEM - IFEP SERVIÇOS  
INTERNET - 23. 04. 2013

**1<sup>a</sup> JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**  
**ACÓRDÃO JJF N° 0075-01/13**

**EMENTA:** ICMS. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO. SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO. ESTORNOS DE DÉBITOS RELATIVOS A SERVIÇOS DE “HABILITAÇÃO” [DE APARELHOS TELEFÔNICOS]. Previsão legal da tributação dos serviços objeto da ação fiscal. Precedentes deste Conselho. Estornos feitos indevidamente. Não é razoável discutir no âmbito administrativo a legalidade ou constitucionalidade do direito posto. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

#### **RELATÓRIO**

O Auto de Infração em lide, lavrado em 23.10.12, diz respeito a estornos de débitos de ICMS efetuados em desacordo com a legislação do imposto – estornos de débitos, creditando-se dos valores referentes aos serviços de comunicação de “habilitação” –, sendo por isso glosados os créditos no valor de R\$ 1.827.916,80, com multa de 60%.

O autuado apresentou defesa (fls. 10/20) alegado que é regular o estorno de débitos sobre atividades não relacionadas à comunicação, haja vista que não incide o ICMS sobre “habilitação”. Explica que se trata de valores debitados por equívoco pela empresa sobre receitas de “habilitação” do serviço de telecomunicação, e os estornos foram feitos para retificação dos débitos efetuados equivocadamente, de modo que não houve qualquer prejuízo ao fisco, tendo os ajustes sido feitos na apuração do imposto, previamente ao recolhimento do tributo. Aduz que a “habilitação” não se inclui na categoria de comunicação. Frisa que, como os estornos foram feitos simultaneamente à escrituração dos débitos no livro de apuração, não houve qualquer recolhimento indevido ao erário, de modo que as GIAs também não contemplavam tais débitos, uma vez que os valores eram escriturados e imediatamente transportados para a coluna “Outros Créditos”.

Argumenta que serviços meramente preparatórios, como a habilitação, não se confundem com a prestação de serviço de telecomunicação, e portanto não são sujeitos ao ICMS. Observa que, para haver comunicação, é preciso que haja uma fonte emissora, um receptor e uma mensagem transmitida pelo prestador do serviço, pois sem isso não existe comunicação, e sem comunicação não há ICMS. Sustenta que a habilitação de telefone não satisfaz o primeiro e basilar requisito autorizativo da cobrança do ICMS sobre comunicação, pois não há qualquer transmissão de mensagem quando o usuário tem seu aparelho de telefone habilitado pela prestadora, não havendo as fontes transmissora e receptora, encontrando-se ausente toda a cadeia necessária à ultimação do serviço de comunicação – mensagem, transmissor, receptor e prestador do serviço que levará a mensagem do transmissor ao receptor.

Explica que a habilitação consiste apenas em tornar utilizável o aparelho de telefonia da empresa, dando-lhe um número e as demais condições necessárias para que o cliente se torne apto a dele fazer uso, e sem a habilitação o aparelho não funciona.

Acentua que a habilitação (ativação) constitui uma atividade-meio, sem a qual o serviço de comunicação na modalidade de telecomunicação não pode ser prestado, e, ainda que se trate de atividade onerosa e realizada por empresa prestadora de serviço de telecomunicação, a habilitação não autoriza a incidência de ICMS, pois falta o requisito primeiro da configuração do fato gerador desse imposto, que é a relação comunicativa.

Chama a atenção para a distinção entre a atividade-fim (o serviço de comunicação, tributável pelo ICMS) e a atividade-meio (que precede e é essencial para que ocorra a comunicação).

Faz ver que os fiscais se basearam no § 4º do art. 66 do RICMS, dispositivo fundado no Convênio ICMS 69/98, cuja cláusula primeira foi declarada ilegítima pelo STJ, no REsp 402.047/MG, e essa decisão tem sido sistematicamente seguida pelas duas Turmas de Direito Público que compõem sua Primeira Seção. Dá exemplos de vários Recursos Especiais nesse sentido.

Friza que essa matéria foi inclusive submetida ao regime de recursos repetitivos (art. 543-C do CPC) em acórdão que, apesar de posteriormente anulado por vício formal do recurso interposto, consigna o entendimento da Primeira Seção do STJ.

Destaca que a consolidação do posicionamento do STJ levou à edição da Súmula nº 350, que, embora trate especificamente da não incidência do ICMS sobre a habilitação de telefones móveis, é, por lógica, igualmente aplicado no caso de habilitação de telefones fixos, e ainda sintetiza o entendimento daquela Corte quanto à ilegitimidade do Convênio ICMS 69/98.

Assinala que, na Bahia, nos autos do Mandado de Segurança 0001542-92.2010.805.0000-0, o TJBA afastou a incidência de ICMS sobre atividade-meio e serviços suplementares, coadunando com o entendimento do STJ. Cita trecho do acórdão do TJBA.

Apela para a aplicação do art. 112 do RICMS-BA.

Pondera que, diante do descumprimento de obrigação acessória, aplica-se a multa, em virtude da inexigibilidade de imposto. Destaca que este Conselho já julgou improcedente Auto de Infração lavrado em decorrência de estornos de débitos efetuados sem o cumprimento das formalidades dos arts. 93, VIII, e 113 do RICMS, quando demonstrado o pagamento indevido. Cita decisão nesse sentido.

Reclama que é desarrazoada a cobrança do adicional de 2% para o FUNCEP – Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza.

Pede a anulação do Auto de Infração.

Os fiscais prestaram informação (fls. 51/64) explicando como apuraram o fato e como levaram ao conhecimento do autuado os elementos apurados. Consideram que, ao apresentar as justificativas de que efetuou os estornos de débito dos valores do imposto que havia destacado de forma equivocada sobre as receitas de serviços de habilitação, o autuado demonstra que desconhece os tipos de erros que ensejariam simples retificações ou ajustes nos seus livros fiscais, a exemplo da ocorrência de erro de fato na escrituração ou no preparo do documento de arrecadação. A seu ver, independentemente da forma como a empresa estornou tais débitos, o que importa é que os serviços de habilitação na telefonia fixa são tributados pelo ICMS, conforme preveem a cláusula primeira do Convênio 69/98 e o § 4º do art. 66 do RICMS/BA, de modo que, mesmo que os lançamentos fossem referentes a erros formais, a primeira e precípua condição para o lançamento do estorno do débito nos moldes realizados pela impugnante não foi atendida, uma vez que o montante de ICMS

estornado, correspondente aos serviços de habilitação, com tributação prevista no ordenamento jurídico, foi de valores constantes em documento fiscal, conforme o “caput” do artigo 112 do RICMS/BA.

Consideram absurda a alegação do contribuinte de pretenso descumprimento de obrigação acessória, uma vez que não se trata de erro formal, mas de lançamentos correspondentes a estornos de débitos de ICMS de serviços tributados.

Quanto às alegadas decisões do STJ e do TJBA, os fiscais contrapõem que elas não têm efeito suspensivo para a cobrança do imposto, mesmo porque ainda não têm caráter definitivo.

No tocante à alegação de inconstitucionalidade dos § 4º do art. 66 do RICMS/BA, que acolheu a cláusula primeira do Convênio 69/98, dizem que essa discussão foge da competência deste órgão julgador, e, paralelamente, o ato de fiscalizar é um ato vinculado que significa objetividade absoluta, nada de subjetivismo e de liberdade na aplicação da norma, exigindo conceitos taxativos e fechados, e consequentemente não se encontra na competência dos agentes fiscais tecer interpretações subjetivas sobre a legislação do ICMS, restringindo-se apenas à interpretação literal do texto legal em vigor à época da ocorrência do fato gerador, e neste caso agiram em consonância com o Convênio 69/98 e a legislação regulamentar estadual.

No tocante à questão da incidência ou não de ICMS sobre os serviços de habilitação de telefones, as autuantes se reportam a um acórdão da 2ª Turma do STJ que “pugnou” pela validade do Convênio ICMS 69/98, autorizando a cobrança do ICMS. Com isso, concluem que a matéria ainda está longe de uma solução definitiva.

Com relação à decisão do TJBA citada pela defesa, favorável ao seu entendimento, as autuantes contrapõem que tal decisão diverge das prolatadas por outros órgãos do Judiciário, favoráveis à cobrança do ICMS sobre os serviços de habilitação, a exemplo do TJDF e do TJMG, conforme decisões que apontam.

Opinam pela manutenção do lançamento.

## VOTO

O lançamento em discussão diz respeito a estornos de débitos de ICMS efetuados em desacordo com a legislação do imposto – o autuado fez estornos de débitos, creditando-se dos valores referentes aos serviços de comunicação de “habilitação”.

O autuado sustenta que o STJ, nos autos do REsp 402.047/MG, declarou a ilegitimidade da cláusula primeira do Convênio ICMS 69/98, e aduz que nesse aspecto tem sido sistematicamente seguido e reproduzido pelas duas Turmas de Direito Público que compõem sua 1ª Seção, assinalando que o TJBA também vem se manifestando nessa linha, conforme trecho que transcreve da ementa do acórdão proferido pela sua Seção de Direito Público nos autos do Mandado de Segurança nº 0001542-92.2010.805.0000-0.

A jurisprudência do CONSEF vem reiterando que o fato em discussão – serviço de habilitação – é tributável pelo ICMS, haja vista previsão legal expressa em pleno vigor. Com efeito, à época dos fatos em discussão, estava em vigor a regra do § 4º do art. 66 do RICMS/97. Não é razoável discutir no âmbito administrativo a legalidade ou inconstitucionalidade do direito posto.

Os estornos foram feitos indevidamente.

Voto pela PROCEDÊNCIA no Auto de Infração.

## **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 1<sup>a</sup> Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **279468.0025/12-3**, lavrado contra **TELEMAR NORTE LESTE S.A.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 1.827.916,80**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso II, “f”, da Lei nº 7.014/96, e dos demais acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 4 de abril de 2013

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO – RELATOR

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO – JULGADOR