

A. I. Nº - 300201.0001/13-4
AUTUADO - TELEMAR NORTE LESTE S/A
AUTUANTE - VÂNIA FERRARI RAMOS
ORIGEM - IFEP SERVIÇOS
INTERNET - 17.07.2013

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0133-02/13

EMENTA: ICMS. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO. SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO. OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS ESCRITURADAS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. ALUGUEL DE EQUIPAMENTO DE TERMINAIS DE REDE TC CPE SOLUTION. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. O ICMS incide sobre as prestações onerosas de serviços de comunicação, por qualquer meio, inclusive a geração, a emissão, a recepção, a transmissão, a retransmissão, a repetição e a ampliação de comunicação de qualquer natureza. No caso, os serviços cobrados no lançamento de ofício (locação, montagem, e configuração de equipamentos), além de serviços de auxílio à lista e hora programada, são considerados como serviços de comunicação postos à disposição dos usuários e independentemente do nome ou código que lhe sejam dados, existe uma mensagem, sua transmissão e sua recepção, constituindo-se em uma efetiva prestação onerosa do serviço de telecomunicação. Argumentos defensivos não elidem a infração. Não compete aos órgãos julgadores administrativos a arguição de inconstitucionalidade. Não acolhida a arguição de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 22/02/2013, acusa a falta de recolhimento do ICMS no valor de R\$1.620.893,20, na prestação de serviços de comunicação por escrituração de valores tributados como não tributados, no período de janeiro a julho de 2012, conforme demonstrativo às fls. 10 e 17, e arquivo eletrônico à fl. 19.

Em complemento consta: *O contribuinte na qualidade de prestador de serviço de comunicação deixou de incluir na base de cálculo do ICMS parcelas cobradas dos seus usuários pelo serviço de comunicação por entender que tais valores não são tributados pelo ICMS, uma vez que se trata de alugueis ou locação de equipamentos, montagem, instalação e configuração de aparelhos. Estes valores, independentemente da denominação que lhe seja atribuída às suas parcelas, integram o valor da prestação do serviço. Sem equipamentos, aparelhos e dispositivos, inclusive com suas instalações, montagens e configurações, não seria possível a realização dos serviços que permitem a transmissão da palavra ou de outros sons como o serviço telefônico, bem como a emissão, transmissão e recepção de palavras escritas como os serviços de mensagens, portanto, para a execução dos serviços de comunicação, o contribuinte também fornece materiais e equipamentos para sua viabilização. Tudo demonstrado nos Anexos 1 e 2 (serviços considerados isentos pelo contribuinte) e nos Anexos 3 e 4 (serviços considerados como Outros pelo contribuinte) que fazem parte integrante deste AI e foram entregues ao contribuinte. Formatos dos Anexos 1 e 3 – em papel e meio magnético e Anexos 2 e 4 – somente em meio magnético.*

Foram dados como infringidos os seguintes dispositivos: art.4º, incisos I e II, § 1º, combinado com os artigos 66, 68, 124, inciso I, do RICMS-BA (aprovado pelo Decreto nº 6.284/97), e art.1º, inciso III e art.2º, inciso VII da Lei nº 7.014/96 c/c artigos 15, 16 e 16-A do RICMS/BA, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012, sendo aplicada multa por descumprimento de obrigação principal prevista no art. 42, inciso II, alínea “a”, da Lei nº 7.014/96, consistente na multa de 60% do valor do imposto.

O sujeito passivo, através de advogados legalmente constituídos, apresenta defesa tempestiva, fls. 24 a 51, na qual, repisa a conclusão fiscal, e impugnou o lançamento tributário consubstanciado no auto de infração epígrafado, pelas razões de fato e de direito que passa a expor.

Preliminarmente faz breves comentários sobre a exigência do imposto sobre os serviços de comunicação dizendo que esta decorre da Constituição Federal, que prevê no seu art. 155, inciso II, competência dos Estados-membros para instituir o imposto sobre serviços de comunicação, dando surgimento a dois diplomas normativos: o Convênio ICMS 66/88 e a Lei Complementar 87/96, transcrevendo o artigo 2º, inciso X e o artigo 2º, inciso II, respectivamente, que delinearam hipótese de incidência da exação de forma idêntica.

Aduz que posteriormente, em 29/06/88 com a edição do Convênio ICMS 69/98, em sua Cláusula Primeira, recepcionada pelo § 4º, inciso I, do art. 66, do RICMS/BA, foi autorizada ao arrepio da legislação vigente e da própria Constituição, a tributação, pelo imposto estadual, dos valores cobrados a título de habilitação e disponibilidade de serviços de telecomunicações, bem assim aqueles relativos a serviços suplementares e facilidades adicionais.

Por conta disso, argui que ao invés de uniformização dos procedimentos tributários relativos ao imposto incidente sobre prestação de serviços de comunicação, foi um indevido, ilegal e inconstitucional alargamento da hipótese de incidência base de cálculo do ICMS – Comunicação da cláusula primeira do aludido Convênio e do dispositivo regulamentar do RICMS/Ba.

Transcreveu a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça para mostrar que a Lei Maior somente autoriza a incidência do imposto sobre prestação de serviços de comunicação.

Prosseguindo, conceitua os vocábulos “prestação de serviço” e “comunicações”, transcrevendo lições de renomados tributaristas sobre a questão relacionada com a competência tributária do estado e do município, aduzindo que ao ser deferida aos Estados a competência para tributar a “prestação de serviço de comunicação”, o Constituinte acabou por fixar os limites do aspecto material da hipótese de incidência do ICMS-Comunicação em torno dos conceitos de “prestação de serviço” e de “comunicação”.

Com base nisso, destaca que para o deslinde de qualquer suposto problema de conflito de competências envolvendo o ICMS - Comunicação cabe analisar se o serviço: *(I) é tributável pelo ISS, não podendo, por decorrência, sê-lo pelo ICMS – Comunicação; e (II) se o serviço se enquadra como prestação de serviço de comunicação strictu sensu, não contemplados aí os serviço-meio e serviços autônomos.*

No mérito, o sujeito passivo ao impugnar o lançamento fiscal, sustentou a tese doutrinária da não-incidência do ICMS sobre as receitas auauadas, relativas a: locação de equipamentos destinados à prestação de serviço de comunicação; locação de equipamentos de infraestrutura; serviços de auxílio à lista (102); serviços de instalação; serviços de configuração e montagem; serviços de manutenção de rede; serviço de transferência física, in loco, de linha telefônica e equipamento de clientes; serviço gerenciamento de redes; serviço de reprogramação de circuito; e sobre serviços de valor adicionado/facilidades (hora programada).

Destaca também que a fiscalização vem exigindo o ICMS sobre serviços prestados a Consulados, em total dissonância com o previsto no Convênio de ICMS 158/94.

Dito isto, passou a discorrer sobre cada serviço, na forma a seguir alinhada.

a) "Da não incidência do ICMS – Comunicação sobre locação de equipamentos destinados à prestação do serviço de comunicação.

Comenta que em diversos contratos celebrados pelas prestadoras de serviços de telecomunicação, oferece-se como facilidade para o cliente a opção de alugar o equipamento a ser utilizado, como o *cable modem* e roteadores (na Internet), o aparelho portátil de radiocomunicação (nos serviços dessa natureza), o decodificador de sinais (na televisão a cabo), o PABX (na telefonia), entre outros.

Diz que para que seja possível subsumir determinado fato à hipótese de incidência do ICMS – Comunicação é indispensável que esse fato pressuponha uma comunicação *per se*, devendo ser um serviço de comunicação *strictu sensu*; e que não seja um serviço tributável pelos Municípios (ISS).

Assevera que o aluguel de bens móveis sequer faz parte da lista anexa à Lei Complementar 116/03, justamente por não se enquadrar no conceito de serviço.

Ou seja, que mesmo que a locação de equipamentos fosse serviço, não seria serviço de comunicação, por entender que somente a prestação de *serviço de comunicação* é objeto de tributação pelo ICMS, conforme se infere do texto constitucional e da LC nº 87/96. É dizer: não estamos diante de um caso de não incidência, mas de total ausência de competência impositiva.

Informa que, neste sentido, com o fito de encerrar a discussão, já pacificada, o STF aprovou, na Sessão Plenária de 04.02.2010, a Súmula Vinculante nº 31:

“É INCONSTITUCIONAL A INCIDÊNCIA DO IMPOSTO SOBRE SERVIÇOS DE QUALQUER NATUREZA – ISS SOBRE OPERAÇÕES DE LOCAÇÃO DE BENS MÓVEIS.” (Data de Aprovação: Sessão Plenária de 04/02/2010. Fonte de Publicação: DJe nº 28, p. 1, em 17/02/2010; DOU de 17/02/2010)

Assim, diz que se o aluguel de equipamentos não pode ser considerado sequer “serviço”, não se pode cogitar, em hipótese alguma, a incidência do ICMS sobre a prestação de “serviço de comunicação”, sendo a autuação improcedente *in totum*.

b) Inexigibilidade do ICMS – Comunicação sobre o serviço “auxílio à lista” (102).

Chama a atenção de que a Constituição repartiu as competências impositivas para a instituição de tributos segundo critérios concernentes às espécies tributárias e suas respectivas materialidades, segregando entre os entes os fenômenos econômicos passíveis de tributação. Devido à rígida repartição de competências, os Estados-membros não podem, em regra, tributar serviços, assim como não podem os Municípios tributar operações de circulação de mercadorias.

No tocante ao ISS, que a CF/88 vai ainda mais além, outorgando a instituição do imposto sobre “serviços de qualquer natureza, não compreendidos no art. 155, II, **definidos em lei complementar**” (Lei Complementar 116/03).

Ressalta que, em sendo determinado fato tributável pelo ISS, por força da competência atribuída aos Municípios para instituição desse imposto, exclui-se automaticamente a possibilidade de cobrança de ICMS pelos Estados (art. 156, III da CR/88).

No caso do serviço comumente designado como “auxílio a lista” ou serviço de informação 102, o mesmo está enquadrado ao item 17.01 da lista da LC nº 116/03, que assim dispõe:

“17.01. Assessoria ou consultoria de qualquer natureza, não contida em outros itens desta lista; análise, exame, pesquisa, coleta, compilação e fornecimento de dados e informações de qualquer natureza, inclusive cadastro e similares.”

Explica que o objetivo desse serviço é prestar assessoria ao usuário da rede de telecomunicações que deseje saber o número do telefone de determinado assinante, fazendo dele verdadeiro serviço autônomo em relação ao serviço de comunicação *strictu sensu*.

Assinala que se tratando de um serviço de consultoria, cuja materialidade lhe é própria, apenas se utilizando do serviço de comunicação como insumo, não resta dúvidas de que o **“Serviço de Informação 102” compreende verdadeiro serviço de valor adicionado (SVA)**.

No tocante aos serviços de valor adicionado, transcreve o art. 61 da Lei Geral de Telecomunicações:

“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.”

Destaca que o “Serviço de Informação 102” possui uma peculiaridade que torna sua intributabilidade ainda mais evidente: *a ANATEL expressamente vedou qualquer tipo de cobrança pelos minutos de ligação telefônica que o usuário necessita para utilizar o serviço.* Assim, conclui que se não fosse por essa expressa vedação, todos os minutos utilizados pelo usuário seriam regulamente tarifados, e portanto que não sendo onerosa, a prestação do serviço de comunicação não se sujeita ao ICMS.

c) Da inexigibilidade do ICMS – Comunicação sobre serviços de instalação.

Observa que a fonte constitucional de onde irradia competência para os Municípios instituírem o ISS vem delimitada no art. 156, inciso III. Denota-se, com clareza meridiana, os limites com que nasce a competência dos Municípios para a instituição do ISSQN, todos traçados no próprio texto constitucional: somente poderão ser tributáveis os serviços não compreendidos na competência tributária dos Estados (art. 155, II), e desde que estejam definidos em lei complementar.

Diz que o enquadramento dos serviços de instalação na lista anexa à LC 116/03 é inquestionável, conforme baixo:

“31.01 – Serviços técnicos em edificações, eletrônica, eletrotécnica, mecânica, telecomunicações e congêneres.”

Desse modo, argumenta que constatada a incidência do imposto municipal nesse caso, improcedente será a exigência do imposto estadual.

d) Da inexigibilidade do ICMS – Comunicação sobre serviços de configuração e montagem.

Nesse caso, aduz que assim como nos outros vistos até agora, é evidente a inexigibilidade do ICMS – Comunicação sobre essa modalidade de serviço, estando previsto na lista da LC 116/03, escapa ao Fisco estadual a possibilidade de exigir o tributo em cotejo (mesmo se não estivesse previsto, também seria intributável pelo ICMS, haja vista não se subsumir ao conceito de serviço de comunicação). Diz que essa modalidade de serviço encontra guarida no seguinte item da lista da LC 116/03:

“14.01 – Lubrificação, limpeza, lustração, revisão, carga e recarga, conserto, restauração, blindagem, manutenção e conservação de máquinas, veículos, aparelhos, equipamentos, motores, elevadores ou de qualquer objeto (exceto peças e partes empregadas, que ficam sujeitas ao ICMS).”

Assim, sustenta, também que não há que se falar em incidência e ICMS sobre os serviços de configuração e montagem.

e) Da inexigibilidade do ICMS – Comunicação sobre serviços de manutenção de rede.

Argui a incidência do ISS sobre serviços de manutenção de rede, e que assim como os demais, esse nada tem a ver com o conceito de serviço de comunicação, estando ainda presente no item 14.01 (acima transcrito) da lista anexa à LC 116/03, o que entende que, por si só, expurga qualquer pretensão fiscal no tocante a exigência do ICMS Comunicação nessa modalidade de serviço.

f) Da inexigibilidade do ICMS – Comunicação sobre serviços de transferência física, in loco, de linha telefônica e equipamento de clientes.

Alega que o crédito tributário lavrado pela Fiscalização referente a ausência de recolhimento de imposto sobre serviço de mudança interna/transferência física de linhas e equipamentos de clientes também não está sujeito a incidência do ICMS – Comunicação, visto que essa modalidade

de serviço em nada se assemelha a um serviço de comunicação, encontrando amparo legal no item da lista anexa à LC 116/03 que dispõe sobre a prestação de serviços técnicos, qual seja:

“31.01 – Serviços técnicos em edificações, eletrônica, mecânica, telecomunicações e congêneres.”

g) Da inexigibilidade do ICMS – Comunicação sobre serviço de gerenciamento de redes.

Sustenta a inexigibilidade do ICMS – Comunicação sobre essa modalidade de serviço, pois estando previsto no item 17.23 da lista da LC 116/03, escapa ao Fisco estadual a possibilidade de exigir o tributo em cotejo (mesmo se não estivesse previsto, também seria intributável pelo ICMS, haja vista não se subsumir ao conceito de serviço de comunicação).

Ressalta que o serviço de gerenciamento de redes é contratado de maneira autônoma em relação aos serviços de comunicação *strictu sensu*, não havendo qualquer tipo de imposição da empresa no sentido de exigir a contratação de ambos.

Assim, diz que cuida-se de serviço direcionado à rede interna de seus clientes, sob o qual não tem qualquer responsabilidade. Em outras palavras: *mesmo que não haja efetivamente a prestação do serviço de comunicação strictu sensu, e desde que haja a prestação do serviço de gerenciamento, a Autuada emite fatura, o que comprova a autonomia entre os dois serviços.*

h) Da inexigibilidade do ICMS – Comunicação sobre serviço de reprogramação de circuito.

Considerou inexigível o crédito tributário lavrado pela Fiscalização referente a ausência de recolhimento de imposto sobre serviço de reprogramação de circuito de clientes, por está essa modalidade de serviço enquadrada no item 17.23 da lista anexa à LC 116/03.

i) Da inexigibilidade do ICMS – Comunicação sobre serviços passíveis de serem tributados pelo ISS. Serviço “hora programada”.

Reitera sua informação de que para haver incidência do ICMS-Comunicação é imprescindível que: (i) *exista uma relação comunicativa (formada por cinco elementos: emissor, receptor, meio de transmissão, código e mensagem transmitida); (ii) a comunicação seja viabilizada por um terceiro, mediante remuneração.* Ou seja: *que é indispensável que seja averiguada a relação comunicacional entre duas ou mais pessoas, propiciadas por um terceiro, à título oneroso. Sem isso, não há incidência do ICMS, frente a inexistência de comunicação.*

Destaca que tal conceito não passou distante da Lei Geral de Telecomunicações, publicada em 1997 (Lei nº 9.472/97), que trouxe em seu corpo a definição de telecomunicação para fins de tributação pelo ICMS – Comunicação, a saber:

“Art. 60. (...).

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

Além disso, diz que a mesma legislação traz em seu bojo outra definição: a definição de serviço de valor adicionado, conforme conceito constante do art. 61 da Lei Geral de Telecomunicações, que 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.”

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

“Art. 3º. Não constituem serviços de telecomunicações:

(...)

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

Com base nos dispositivos acima, assevera que dos textos colacionados infere-se que serviço de valor adicionado não se confunde com serviço de telecomunicações, pois é um serviço autônomo, para cuja prestação é necessária a utilização da rede de telecomunicações.

j) Da inexigibilidade do ICMS – Comunicação sobre serviços prestados a Missões Diplomáticas, Repartições Consulares e demais representações de Organismos Internacionais.

Aduz que em 7 de dezembro de 1994, o Convênio ICMS nº 158/94 – Confaz autorizou os Estados da Federação a concederem a isenção do ICMS nas operações de fornecimento de energia elétrica e de prestação de serviços de telecomunicação a Missões Diplomáticas, Repartições Consulares e Representações de Organismos Internacionais de caráter permanente.

Diz que a previsão de isenção do tributo sobre a prestação de serviços de telecomunicação às repartições consulares encontra respaldo no seguinte dispositivo do Convênio ICMS nº 158/94:

“Cláusula primeira Ficam os Estados e o Distrito Federal autorizados, nos termos estabelecidos em suas respectivas legislações, a conceder isenção do ICMS nas seguintes prestações e operações destinadas a Missões Diplomáticas, Repartições Consulares e Representações de Organismos Internacionais, de caráter permanente e respectivos funcionários estrangeiros indicados pelo Ministério das Relações Exteriores:

I - serviço de telecomunicação;”

Ao final, requer seja julgado totalmente improcedente o Auto de Infração.

Na informação fiscal às fls. 92 a 108, a autuante esclareceu que o presente Auto de Infração exige débito de ICMS, referente à prestação de serviços de comunicação no período de 01/01/2012 a 31/07/2012, apurado através das informações apresentadas pela Empresa, extraídas dos arquivos do Convênio 115/03 e do Livro Registro de Saídas/2012, em virtude de ter sido constatado que o Contribuinte, na qualidade de prestador de serviço de comunicação (Serviço Telefônico Fixo Comutado (SFTC), incorreu no cometimento da seguinte infração: deixou de incluir na base de cálculo do ICMS parcelas cobradas dos seus usuários pelo serviço de comunicação por entender que tais valores não são tributados pelo ICMS, uma vez que se trata de alugueis ou locação de equipamentos, montagem, instalação e configuração de aparelhos.

Destaca que o sujeito passivo ao impugnar o lançamento fiscal, sustentou a tese doutrinária da não-incidência do ICMS sobre as receitas auauadas.

Transcreve os trechos que considera importantes na fundamentação da defesa, onde *"a Impugnante apresentará de forma geral o ICMS Comunicação, fixando a premissa de que para haver a cobrança de imposto há de se haver uma prestação de serviço de comunicação em sentido estrito, bem como demonstrará que os serviços listados na LC 116/03 estão fora do campo de incidência do ICMS Comunicação".* Passando a Impugnante *"a analisar cada uma das receitas tidas como tributáveis pela fiscalização, de modo a não deixar dúvidas sobre a não incidência do imposto sobre tais verbas."*

Esclarece que todo o crédito tributário objeto deste PAF foi constituído de acordo com o que está estabelecido no ordenamento jurídico em vigor que dispõe sobre a incidência do ICMS na prestação de serviço de comunicação (art.2º, II, da LC 87/96; Cláusula Primeira do Convênio 69/98; inciso VII do art. 2º da Lei 7.014/96; Art. 4º, § 1º; § 4º; do RICMS/97).

Com relação à Infração decorrente do não pagamento de ICMS sobre os serviços de locação de equipamentos destinados à prestação do serviço de comunicação, sobre serviços de instalação, sobre serviços de configuração e montagem, sobre serviços de manutenção de rede, sobre serviços de transferência física, in loco, de linha telefônica e equipamento de cliente, sobre serviço gerenciamento de redes e sobre serviço de reprogramação de circuito, afirma que o autuado deixou de adicionar na base de cálculo todas as importâncias pagas, recebidas ou debitadas, ou seja, tudo o que foi cobrado do usuário final, tais como aluguéis ou locação de equipamentos, montagem, instalação e configuração de aparelhos, dispositivos ou elementos necessários à prestação do serviço de comunicação, infringindo o que dispõe os artigos 13, II, “a”, e 17, VIII, da Lei Complementar 87/96.

Destaca que o autuado em sua defesa aduz que os serviços de instalação, serviços de configuração e montagem, serviços de manutenção de rede, serviços de transferência física, in loco, de linha telefônica e equipamento de cliente, serviço gerenciamento de redes e serviço de reprogramação de circuito têm uma relação direta com a Lista de Serviços da LC 116/03.

Diz, mais, que o autuado tenta de toda forma descaracterizar a incidência do ICMS de comunicação nos serviços acima citados, com previsão embasada desde a CF de 88, Lei Complementar 87/96 e Lei Ordinária 7.014/96.

Esclarece que o autuado tem por procedimento subdividir um mesmo serviço de comunicação em vários códigos tarifários e muitas vezes, firma contratos em instrumentos diferentes para cobrá-los separadamente, porém, entende o preposto fiscal que tudo deve integrar a base de cálculo do ICMS, pois não é possível dissociar as atividades preparatórias do serviço propriamente dito, uma vez que é impossível efetivar a prestação do serviço de comunicação sem a utilização de equipamentos, que nada mais são que os meios físicos por onde trafegam os dados. Sem os equipamentos, aparelhos e dispositivos, inclusive com suas instalações, montagens e configurações não seria possível a concretização da chamada “relação comunicativa”, sujeita a incidência do ICMS.

Esclarece, ainda, que a Telemar excluiu da base de cálculo do ICMS parcelas significativas dos valores cobrados dos seus clientes pela prestação do serviço de comunicação, sob a alegação de que tais parcelas decorreriam de aluguel de equipamentos e, portanto, estariam fora do campo de incidência do imposto. Os equipamentos normalmente indicados neste caso são modems, roteadores e portas de roteadores e a receita decorrente da cobrança do suposto aluguel é tratada como isenta/não tributada ou outras (ISS).

A autuante entende que o valor total, estabelecido em contrato, pelo qual o contratado se obriga à prestação do serviço de comunicação, este último o objeto do contrato, é o preço do serviço definido na legislação sobre o qual o imposto deve incidir. independente do título que seja atribuído a si ou às parcelas que integram o seu valor, é também a base de cálculo para a apuração do imposto.

Ressalta que a ANATEL elaborou uma lista dos chamados “produtos para telecomunicações”, aonde foram descritos os equipamentos ou aparelhos utilizados e fornecidos aos usuários pelas Operadoras de Telefonia os quais proporcionam as condições materiais necessárias que possibilitam a fruição do serviço de comunicação e fazem parte da infra-estrutura mecânica, eletrônica e técnica imprescindível à transmissão e recepção de mensagens. Ou seja, diz que tais equipamentos implica na formação de uma rede com a integração de terminais telefônicos, transformando-os em ramais, sem a necessidade de uso de um equipamento de PABX, utilizando as centrais públicas da Telemar.

Reafirma que não se trata da prestação de serviços independentes, tampouco de um principal e outros acessórios, mas apenas de um serviço de comunicação, com a disponibilização de equipamento, instalação e outros itens que compõem a infra-estrutura necessária para a sua viabilização e neste exemplo, a própria Empresa, de forma contraditória às suas alegações, informa que a instalação de terminais deve ser tributada pelo ICMS.

Sustenta que o ICMS incide sobre a comunicação propriamente dita, inclusive sobre os serviços complementares, suplementares e facilidades adicionais configurando-se o todo na prestação de serviço de telecomunicação, prevista no Convênio 69/98. Expressa seu entendimento de que 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, sendo ele oneroso, o ICMS será devido pelo prestador do serviço de comunicação.

Aduz que se depreende mais uma vez que não se trata da prestação de dois ou mais serviços independentes, tampouco de um principal e outros acessórios, mas apenas de um serviço de comunicação com fornecimento dos equipamentos necessários a sua viabilização e a sua correspondente instalação, configuração ou montagem cobrados em separado, embora vinculado a uma única razão.

Alinha que não restam dúvidas de que tais serviços prestados pela Operadora são serviços onerosos de comunicação, sujeitos à incidência do ICMS, conforme determina a Constituição Federal no seu art. 155, § 2º, inciso III.

Repete que o método utilizado pelo autuado deixa de adicionar na base de cálculo do ICMS todas as importâncias pagas, recebidas ou debitadas, ou seja, tudo o que foi cobrado do usuário final, tais como receitas de aluguéis ou locação de equipamentos, montagem, instalação e configuração de aparelhos, dispositivos ou elementos necessários à prestação do serviço de comunicação.

Transcreve trecho da Decisão Normativa CAT-5, datada de 02/12/2004, exarada pela Coordenação de Administração Tributária da Secretaria da Fazenda do Estado de São Paulo, com conclusões bastante esclarecedoras e que se aplicam perfeitamente ao caso em foco, ou seja, a incidência do ICMS e não do ISS sobre a operação descrita como sendo de “aluguel de equipamentos”.

“Fica claro que, não obstante a forma escolhida pelas partes, não se trata aqui de dois serviços independentes, nem um serviço principal e outro acessório, seja um de comunicação, seja o outro de locação. Trata-se de apenas de um serviço, de comunicação, com fornecimento de materiais para sua viabilização, cobrado em separado, mas não por causa separada. Pois não apenas o chamado contrato de aluguel de equipamentos, pretensamente acessório, segue a sorte do pretensamente principal, de prestação de serviço de comunicação, mas também vice-versa, já que a falta do fornecimento dos equipamentos de conexão importa inadimplência da obrigação de fornecer serviço de comunicação”.

Além disso, traz lição do ilustre autor Roque Carrazza (ICMS. 7ª EDIÇÃO, 2001, Malheiros Editores, págs. 145 e 146) esclarece que *"o tributo só pode nascer do fato de uma pessoa prestar a terceiro, mediante contraprestação econômica, um serviço de comunicação". E continua: "Note-se que o ICMS não incide sobre a comunicação propriamente dita, mas sobre a relação comunicativa, isto é, a atividade de alguém, em caráter negocial, fornecer a terceiro condições materiais para que a comunicação ocorra.*

Mas não apenas isso: é mister, ainda, que a mensagem seja captada pelos destinatário (fruidor) do serviço. Isto é feito, em primeiro lugar, mediante a instalação de microfones, caixas de som, telefones, radiotransmissores, centrais, terminais, linhas de transmissão, satélites etc. Tudo, enfim, que faz parte da infra-estrutura mecânica, eletrônica e técnica necessária à comunicação.

Em outras palavras, o serviço de comunicação tributável por meio de ICMS exige, preliminarmente, a colocação à disposição do usuário dos meios e modos necessários à transmissão e recepção de mensagens. Agora sim: há uma relação negocial entre o prestador e o usuário, que possibilita, a este último, a comunicação. É o quanto basta para que o ICMS incida."

Com base no acima alinhado, conclui o autuante que para ter acesso e fruição aos serviços de comunicação é imprescindível a disponibilização dos meios necessários à operação destes serviços, conseqüentemente os valores cobrados aos usuários, independentemente do título que lhes sejam atribuídos ou da forma como lhes sejam exigidos (muitas vezes de forma segregada), integram o valor do serviço e, de acordo com o ordenamento jurídico vigente, devem ser tributados pelo ICMS.

Sob o ponto de vista técnico, transcreve lição de J. C. Mariense Escobar na obra “O Novo Direito de Telecomunicações”, págs. 38 e 39, ensina:

“As redes de telecomunicações, para que cumpram a finalidade de veicular a comunicação,

conectam-se a equipamentos terminais. Esses equipamentos, que se denominam terminais de telecomunicações, definem-se como o equipamento ou aparelho que possibilita o acesso ao usuário a serviço de telecomunicações, podendo incorporar estágios de transdução, estar incorporado a equipamento destinado a exercer outras funções ou ainda incorporar funções secundárias (aparelho telefônico, telex, fax, microcomputadores, etc).

A conexão de equipamentos terminais sem a certificação expedida pelo órgão regulador pode ser vedada, como meio de uniformizar as características técnicas desses aparelhos, a fim de garantir qualidade ao serviço, em benefício de todos. A prévia certificação é um requisito previsto e observado em todo o mundo, e consiste no reconhecimento da compatibilidade das especificações de determinado produto com as características técnicas do serviço a que se destina, daí a sua importância para o funcionamento adequado das redes de telecomunicações.

Para fins de certificação, há três categorias de produtos, assim definidos: Produtos de Comunicação de Categoria I – equipamentos terminais destinados à conexão com a rede de suporte ao Serviço Telefônico Fixo Comutado- STFC, através de uma terminação de rede. São, também, assim classificados, os equipamentos destinados à conexão de uma rede de suporte de serviços de telecomunicações de interesse restrito, com uma terminação de rede do STFC e os equipamentos utilizados no provimento de serviços de valor adicionado, com conexão direta ou indireta à terminação de uma rede do STFC (telefones de assinantes, telefones públicos e semipúblicos, equipamentos de fax, modems, equipamentos de rede inteligente etc);

Produtos de Comunicação de Categoria II- equipamentos não incluídos na definição da categoria I, mas que fazem uso do espectro radioelétrico, incluindo-se antenas e aqueles caracterizados, em regulamento técnico específico, como equipamentos de radiocomunicação de radiação restrita;

Produtos de Comunicação de Categoria III- equipamentos que não se enquadram nas definições das categorias I e II, mas que são cobertos por algum Regulamento Técnico emitido pela ANATEL (acoplador óptico, acumuladores de energia, cabos coaxiais, cartões para telefone público, centrais de comutação, concentradores de linhas, conectores, fios telefônicos, repetidores ópticos, multiplex digital síncrono- SDH, sub-bastidores, unidades retificadoras, etc.)” .

À pág. 119 da mesma obra o autor explica:

“.....são deveres das prestadoras, prestar o serviço com absoluta observância da regulamentação editada pela ANATEL, implantar todos os equipamentos e instalações necessárias à prestação, continuidade, modernização, ampliação e universalização (quando for o caso) do serviço;”

E o autor Walter Gaspar (Novo ICMS Comentado, Ed. Lumen Juris, 1993, pág. 42) esclarece que o "ICMS incidirá sobre os serviços de comunicação em sentido o mais amplo possível. Toda operação relativa à comunicação, por qualquer processo ou natureza, é fato gerador do ICMS".

Para elucidar o seu entendimento, traz ainda texto do autor Bernardo Ribeiro de Moraes, extraído do seu livro “Doutrina e Prática do ISS”, na página 361, onde são apresentados alguns conceitos sobre a prestação de serviços:

“Instalar é arrumar para funcionar. Serviços de instalação são os prestados em aparelhos, máquinas e equipamentos, colocando-os em estado de funcionamento. Será sempre serviço, quando executado por terceiro, alheio à industrialização e ao fornecimento da unidade ou equipamento.

Se o executor da operação fornecer apenas seu próprio trabalho, realizando a instalação com materiais de propriedade de terceiro encomendante, para uso deste, no próprio local da instalação, não haverá a incidência do IPI, mas, sim, do ISS”.

Além disso, que na página 362 do mesmo livro, Moraes esclarece que “Alguns pontos são essenciais para a caracterização da montagem ou instalação. Quando a empresa vendedora monta ou instala máquinas produzidas por ela, o objeto do contrato não é a montagem e nem uma empresa industrial constrói e monta separadamente. A citada empresa apenas vende a coisa fabricada cujo preço já inclui, na hipótese, o valor dos serviços de montagem. Todavia haverá apenas a venda de um produto (é a mesma pessoa quem vende e quem monta)”.

E que mais adiante na página 408, o autor faz uma análise sobre a complexidade da prestação de serviços: *“Na prática, no fornecimento do serviço há momentos em que se casam materiais e trabalho, numa comunhão inseparável. O mesmo fenômeno de unificação é encontrado no fornecimento de mercadorias. Quem vende máquinas pesadas (mercadorias), pode também se comprometer, pelo mesmo preço, a dar assistência técnica (trabalho) durante certo período de tempo, transporte (trabalho), ou montagem (trabalho) dos bens vendidos.”*

Com base em tais lições, conclui que as atividades de venda de serviços ou de venda de mercadorias são, na realidade, sempre mistas (contém ao mesmo tempo “serviço” e “material”).

E continua citando desta feita o entendimento do autor Antônio Roberto Sampaio Dória que lembra também a existência de uma “preponderância” na relação: *“é certo que toda mercadoria é o resultado da ação humana sobre determinada matéria-prima. O fornecimento de mercadorias, pois, sempre implica, em graus de preponderância variada, a combinação de trabalho, ou serviço, e materiais”*.

Acresce que para a Operadora de Telefonia o objeto não é a atividade de instalação ou montagem de aparelhos ou equipamentos, mas a prestação do serviço de comunicação (é a mesma pessoa quem vende o serviço e quem monta e fornece os equipamentos necessários e imprescindíveis a sua fruição).

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

Conclui este tópico, demonstrando seu entendimento que *o valor total, pactuado em contrato, pelo qual o contratado se obriga à prestação do serviço de comunicação, este último o objeto do contrato, é o preço do serviço definido na legislação sobre o qual o imposto deve incidir independentemente do título que seja atribuído a si ou as parcelas que integram o seu valor, sendo, portanto, este valor total a base de cálculo correta a ser considerada para a apuração do ICMS.*

2 - Da incidência do ICMS de Comunicação sobre Serviço “hora programada” e sobre o serviço “auxílio à lista” (102).

No tocante às receitas relativas à prestação de serviços de telecomunicações denominados de Serviço de Informação 102, Serv. Complet. Chamada Local via 102 e Serviço de Hora Programada, assinala que o autuado sustenta a existência de uma mensagem, sua transmissão e recepção, bem como a sua onerosidade, caracterizando a efetiva prestação de um serviço de comunicação dentro do campo de incidência do ICMS.

Ou seja, que o autuado ressalta que os serviços de serviço hora programada, dentre outros, seriam serviços de valor adicionado, na forma estabelecida pelo art. 61, § 1º da Lei Geral de Telecomunicações (Lei 9.472/97), que não deveriam ser confundidos com a prestação de serviços de comunicação.

Não concordou com tais assertivas, dizendo que o Convênio ICMS 69/98 firmou entendimento no sentido de que se incluem na base de cálculo do ICMS incidente sobre prestações de serviços de comunicação os valores cobrados a título de acesso, adesão, ativação, habilitação, disponibilidade, assinatura e utilização dos serviços, bem assim aqueles relativos a serviços suplementares e facilidades adicionais que otimizem ou agilizem o processo de comunicação, independentemente da denominação que lhes seja dada.

Assinala também que o Convênio ICMS 69/98, conforme disposto em suas considerações iniciais, tratou da uniformização dos procedimentos tributários nas prestações de serviços de comunicações e, também, de esclarecer o contribuinte no cumprimento de suas obrigações tributárias. Deixar de

incluir os serviços nele referidos na base de cálculo do ICMS seria uma limitação do conceito de prestação de serviço de telecomunicação.

Para ratificar esse entendimento transcreveu a seguir parte do Acórdão exarado pelo CONSEF, em grau de recurso ao Acórdão 5ª JF nº 0188-05/05 sobre a procedência da exigibilidade do ICMS para os serviços em análise:

"2a CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0160-12/06

EMENTA: ICMS. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO. SERVIÇO DE COMUNICAÇÕES. RUBRICA "FACILIDADES": AUXÍLIA À LISTA; "0800"; ALUGUEL DE MODEM; TRANSMISSÃO DE DADOS; AUXÍLIO DESPERTADOR; INSTALAÇÃO DE MODEM; ASSINATURAS; IDENTIFICADOR E BLOQUEIO DE CHAMADAS; DVI; LIGAÇÕES PARA CELULARES; DISQUE TURISMO E EILD. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. O ICMS não incide sobre comunicação, mas, sobre prestações de serviços de comunicação. As chamadas "facilidades" são serviços acessórios do serviço de comunicação, relacionados a uma comunicação preexistente que lhes dá suporte. As aludidas "facilidades" integram o campo de incidência do ICMS, pois o acessório segue a sorte do principal.

É devido o imposto. Não compete aos órgãos julgadores administrativos a arguição de inconstitucionalidade. Indeferido pedido de diligência. Mantida a Decisão de primeira instância. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime.

No que se refere à discussão sobre decisões judiciais, salientamos que não cabe fazê-lo no âmbito de nossas atribuições posto que, por responsabilidade funcional, devemos obediência à legislação vigente no estado da Bahia.

Para o deslinde mais aprofundado dos questionamentos abordados na defesa da Impugnante sobre uma suposta majoração da base de cálculo do ICMS pelo Fisco, da definição do que seja serviço de comunicação, além da hipótese de incidência do ICMS sobre tais atividades, anexamos ao presente PAF, Parecer Jurídico da Procuradoria Geral do Estado da Bahia/PROFIS, exarado pelo ilustre Procurador, José Augusto Martins Júnior, que após sábia reflexão decidiu pelo improvimento de recurso voluntário da Telemar, mesma empresa objeto desta autuação.

CONCLUSÃO:

Por tudo quanto aqui exposto e mediante as considerações apresentadas, mantemos a ação fiscal que resultou na reclamação do crédito tributário no valor histórico de R\$3.304.976,42 e visando salvaguardar o interesse público, esperamos que os membros desse Egrégio Colégio julguem pela procedência total do presente Auto.

Salvador, 08 de maio de 2012"

3 - Da inexigibilidade do ICMS – Comunicação sobre serviços prestados a Missões Diplomáticas, Repartições Consulares e demais representações de Organismos Internacionais.

Neste caso, a autuante concordou com a argumentação do autuado quanto à isenção de Missões Diplomáticas, Repartições Consulares e Representações de Organismos Internacionais de caráter permanente, tendo como embasamento o Convênio ICMS nº 158/94.

Assim, confirma que realmente houve erroneamente a inclusão no auto de infração de uma base de cálculo no valor de R\$ 0,09 (nove centavos) cobrado do Consulado da Argentina no mês de fevereiro/2012, ref. ao Serviço SF 93252 - Serv. Complet. Chamada Loc. via 102. Contudo, explica que a retirada desta base cálculo traz uma redução do valor do AI em 0,02 (dois centavos) que não altera o valor total do Auto em função dos arredondamentos.

Concluindo, manteve sua ação fiscal pugnano pela procedência do Auto de Infração.

VOTO

Na descrição da infração foi imputado ao contribuinte o recolhimento a menor do ICMS relativo a prestação de serviço de comunicação, por ter deixado de incluir na base de cálculo as parcelas

cobradas dos seus usuários pelo serviço de comunicação, classificados como aluguéis ou locação de equipamentos, montagem, instalação e configuração de aparelhos, considerando-os como não tributados, no período de janeiro a julho de 2012.

Verifico que o levantamento fiscal que resultou nos valores que foram consignados no Demonstrativo de Débito às fls.01 a 03, se encontram discriminados nos demonstrativos sintéticos às fls.10 e 17, os quais, foram entregues cópia ao sujeito passivo, e no CD à fl.19, cuja mídia eletrônica também foi entregue, conforme comprova o Recibo de Arquivos Eletrônicos, fl.18, fato que possibilitou o pleno exercício do direito de defesa do autuado, que por sinal apresentou impugnação, sem contudo, contestar os números do lançamento.

De acordo com o levantamento fiscal, as receitas consideradas como não tributadas pelo autuado foram as seguintes:

- ✓ locação de equipamentos destinados à prestação de serviço de comunicação;
- ✓ locação de equipamentos de infraestrutura;
- ✓ serviços de auxílio à lista (102);
- ✓ serviços de instalação;
- ✓ serviços de configuração e montagem;
- ✓ serviços de manutenção de rede;
- ✓ serviço de transferência física, in loco, de linha telefônica e equipamento de clientes;
- ✓ serviço gerenciamento de redes;
- ✓ serviço de reprogramação de circuito;
- ✓ serviços de valor adicionado/facilidades (hora programada).
- ✓ serviços prestados a Consulados.

O lançamento foi impugnado com base no argumento de que não há incidência de ICMS sobre tais receitas, cujo autuado sustenta a tese doutrinária da não-incidência do ICMS sobre as receitas autuadas, conforme entendimento do STF, deixando a entender ser inconstitucional a aplicação do Convênio CONFAZ no 69/98, para cobrança do ICMS sobre serviços suplementares.

Quanto aos aspectos constitucionais que diretamente ou indiretamente foram abordados na peça defensiva em relação a ilegalidade na legislação tributária estadual constante no enquadramento legal que fundamenta a infração, destaco a regra estabelecida no artigo 167, inciso I, do RPAF/99, que retira do órgão julgador administrativo a competência para a declaração de inconstitucionalidade ou negativa de aplicação de Lei, decreto ou ato normativo.

É importante destacar ainda que as decisões administrativas e judiciais colacionadas pelo contribuinte na peça de defesa, não podem servir de lastro para alterar o entendimento aqui externado, visto que as mesmas não vinculam o Estado da Bahia.

Saliento que, conforme dito acima, o motivo para a exigência fiscal, foi a constatação da falta de tributação as receitas como locação de equipamentos destinados à prestação de serviço de comunicação; auxílio à lista; instalação; configuração e montagem; manutenção de rede; transferência de linha telefônica; gerenciamento de redes; reprogramação de circuito; serviço de hora programada; e serviços prestados a Consulados.

Portanto, o núcleo central da discussão tributária é se os citados serviços e produtos utilizados na prestação de serviço de comunicação estão sujeitos ao ICMS.

Verifico que no mérito, é recorrente a questão sob análise, conforme jurisprudência do CONSEF, a exemplo do Acórdão JJF Nº 0042-02/10, desta Junta de Julgamento Fiscal, que trata da mesma matéria, bem como a quase literalidade das arguições trazidas pela defesa e informação fiscal.

Verificada a identidade entre os argumentos trazidos pelo impugnante e o voto proferido no citado Acórdão JJF Nº 0042-02/10, (decisão unânime), cujo entendimento acolho, - haja vista que participei

como um dos julgadores - para integrar o presente voto, passando, assim, a reproduzir a conclusão do aludido voto, quanto ao mérito em questão, *in verbis*:

VOTO

Após analisar as peças que compõem o presente PAF, constatei que o autuante lavrou o Auto de Infração em tela, para exigir imposto decorrente da falta de recolhimento decorrente da prestação de serviço de comunicação por escrituração de valores tributados como não tributados.

Conforme planilha que embasou a autuação, os serviços objeto da exigência tributária na infração se referem à locação de equipamentos denominados: “TC CPE SOLUTION-ALUGUEL”, “TC CPE SOLUTION-ALUGUEL PEQUENO PORTE” e “TC CPE SOLUTION-ALUGUEL MÉDIO PORTE”

Em sua defesa, em síntese, o sujeito passivo assevera que a atividade nada mais é do que a disponibilização onerosa de meios para terceiros, exemplo de locação de bens móveis, que não configura serviço de qualquer tipo, seja de comunicação ou de outra natureza, e como tal não configura prestação de serviços para fins de incidência do ISS ou, muito menos, do ICMS, razão pela qual se impõe a exclusão de tais atividades do auto de infração. Argumenta que a ANATEL autoriza as operadoras de telefonia a auferirem receitas alternativas, complementares ou acessórias, sem que estas constituam novas modalidades de serviços de comunicação. Entende que a norma do Convênio ICMS nº 69/98, que ampliou a base de cálculo do ICMS relativo aos serviços de comunicações, incluindo todas as atividades e serviços adicionais a ele correlatos, a qual foi incorporada pelo Regulamento do ICMS do Estado da Bahia, § 4º, do artigo 4º, é inconstitucional.

Em relação a inconstitucionalidade argüida pela defesa, cabe ressaltar que o art. 167, I, do RPAF/99, exclui da competência dos órgãos julgadores a declaração da mesma, razão pela qual me abstenho de manifestar a respeito.

No mérito, observo que o Conselho de Fazenda Estadual (CONSEF), através das Juntas de Julgamento Fiscal e das Câmaras de Julgamento Fiscal, nos julgamentos reiterados dos litígios decorrentes de lançamentos fiscais envolvendo os serviços de comunicações, firmou o entendimento de que o ICMS incide sobre a comunicação propriamente dita, inclusive sobre os serviços complementares, suplementares e facilidades adicionais configurando-se o todo na prestação de serviço de telecomunicação, prevista no Convênio 69/98. 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, sendo ele oneroso, o ICMS será devido pelo prestador do serviço de comunicação. A título de exemplo, citou os Acórdãos: JJF Nº 0084-02/10, JJF nº 0250-04/09, JJF Nº 0102-04/11, JJF nº 0160-01/10, CJF Nº 0139-11/12, CJF Nº 0045-12/12.

Conforme restou comprovado nos autos, o sujeito passivo segrega as faturas enviadas aos clientes relativas ao serviço de telecomunicação prestado dos equipamentos fornecidos e utilizados para que ocorra efetivamente a prestação do serviço de telecomunicação, o que implica em uma indevida redução da base de cálculo do ICMS.

É pacífico o entendimento de que os TC CPE SOLUTION (terminais de rede) utilizados são indispensáveis à efetivação do serviço de comunicação prestado pelo impugnante. Esses equipamentos são alugados aos usuários do serviço de telecomunicação prestado pelo o autuado, sob “contratos de aluguel”, cuja receita da locação dos equipamentos não é levada à tributação pelo autuado. Ocorre que a exploração da atividade de comunicação é tributada pelo ICMS é, nesse caso, vinculada à locação do equipamento que lhe seja próprio e cujas funcionalidades lhes sejam exclusivas, o valor do aluguel deve compor a base de cálculo da operação para efeito de tributação do ICMS. Tal cobrança decorre da previsão contida no art. 155, inciso II da Constituição Federal e está amparada no art. 2º, inciso III da Lei Complementar nº 87/96 e no art. 2º, inciso VII, c/c o § 1º da Lei nº 7.014/96.

Assim, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

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

Acompanhando o mesmo entendimento esposado pela decisão acima transcrita, uma vez que este tem sido o entendimento deste órgão julgador nos processos relativo a incidência do ICMS nas operações realizadas pelo autuado e pelas demais empresas que atuam no mesmo ramo, no caso dos serviços denominados de cálculo as parcelas cobradas dos seus usuários pelo serviço de comunicação, denominadas de “TCE Solution - Aluguel e TC CPE VOZ – Aluguel, como podemos observar, a título de exemplo, nos Acórdãos: 2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL - ACÓRDÃO CJF Nº 0197-12/03; 1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL - ACÓRDÃO CJF Nº 0476-11/03; 2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL - ACÓRDÃO CJF Nº 0191-12/07 e 2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL - ACÓRDÃO CJF Nº 0160-12/06; CJF nº 0202/12.12.

Os julgamentos reiterados do CONSEF, constantes dos acórdãos acima alinhados, entre muitos outros, a exemplo de Acórdãos JJF nº 0145-02/04; 0480-02/04/ 0285-01/05; 0084-02/10; 0310-02/11; 0306-02/11; 0156.05/11; 002-02/12; 0080-02/12/ e 0058-01/13, destacando-se o acerca da matéria sob apreciação, têm-se fixado no entendimento de que o ICMS incide sobre prestações de serviços de comunicação postos à disposição dos usuários e independentemente do nome ou código que lhe sejam dados, pois existe uma mensagem, sua transmissão e sua recepção, constituindo-se em uma efetiva prestação onerosa do serviço de telecomunicação, e, portanto, onerados pelo ICMS, vez que se encontra no seu âmbito de incidência.

Tal conclusão, encontra-se embasada no artigo 1º, § 2º, inciso VII do RICMS/BA, vigente à época dos fatos geradores: o ICMS incide sobre – VII. *“a prestação onerosa de serviços de comunicação, por qualquer meio, inclusive a geração, a emissão, a recepção, a transmissão, a retransmissão, a repetição e a ampliação de comunicação de qualquer natureza”*.

No mesmo sentido, dispõe ainda o art. 4º, § 4º do supracitado regulamento: “Estão compreendidos no campo de incidência do ICMS os serviços cobrados a título de acesso, adesão, ativação, habilitação, disponibilidade, assinatura e utilização dos serviços, bem como os serviços suplementares e facilidades adicionais que otimizem ou agilizem o processo de comunicação, independentemente da denominação que lhes seja dada (Conv. ICMS 69/98)”.

Também não merece acolhimento uma possível alegação de que os serviços encontram-se no campo de incidência do ISS, uma vez que tais os serviços prestados pelo impugnante aos seus clientes, objeto da presente lide, não são utilidades acessórias da informação, e sim, prestações de serviços onerosos de comunicação, estando inseridos no campo de incidência do ICMS, conforme previsto na legislação acima aludida. A Constituição da República ao arrolar os serviços de comunicação em seu art. 155, II, não se refere à comunicação propriamente dita, em seu sentido literal, mas sim, a todo seu processo e à relação comunicativa.

Por último, quanto a alegação de inexigibilidade do ICMS – Comunicação sobre serviços prestados a Missões Diplomáticas, Repartições Consulares e demais representações de Organismos Internacionais, verifico que o autuante reconheceu a inclusão indevida no auto de infração de uma base de cálculo no valor de R\$ 0,09 (nove centavos) cobrado do Consulado da Argentina no mês de fevereiro/2012, ref. ao Serviço SF 93252 - Serv. Complet. Chamada Loc. via 102. Contudo, conforme aduzido pela autuante a retirada desta base cálculo traz uma redução do valor do AI em 0,02 (dois centavos) que não altera o valor total do Auto em função dos arredondamentos.

Acolho tal informação, pois o sujeito passivo ao alegar a inclusão indevida das aludidas receitas, não apresentou qualquer demonstrativo indicando quais foram as operações e respectivos valores.

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

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **300201.0001/13-4**, lavrado contra **TELEMAR NORTE LESTE S/A.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$1.620.893,20**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a”, da Lei nº 7014/96 e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 05 de julho de 2013.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE/RELATOR

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – JULGADOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS – JULGADORA