

A. I. Nº - 278003.0059/11-2
AUTUADO - TELEMAR NORTE LESTE S/A
AUTUANTES - MARIA CRISTINA DE OLIVEIRA ALMEIDA, ROQUELINA DE JESUS e
SANDRA MARIA SILVA NOYA
ORIGEM - IFEP SERVIÇOS
INTERNET - 23/072013

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0160-03/13

EMENTA: ICMS. 1. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO. SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO. a) IMPOSTO APURADO A MENOS EM RAZÃO DE VALORES TRIBUTADOS CONSIDERADOS COMO NÃO TRIBUTADOS NA BASE DE CÁLCULO. Restou demonstrada a falta de recolhimento do ICMS, em face da não inclusão na base de cálculo do ICMS de parcelas tributáveis, cobradas dos usuários de comunicação, por entender o autuado que tais valores não são tributados pelo ICMS. **b) DOCUMENTOS FISCAIS. OPERAÇÃO TRIBUTÁVEL COMO NÃO TRIBUTÁVEL. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO.** O ICMS incide sobre a prestação de serviços de comunicação, isto é, a atividade de fornecimento, em caráter oneroso, de condições materiais para que a comunicação ocorra. Os chamados serviços suplementares e facilidades adicionais 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 serviços suplementares e facilidades adicionais estão incluídas 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. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 23/12/2011, refere-se à exigência de R\$3.304.976,42 de ICMS, acrescido da multa de 60%, em decorrência das seguintes infrações:

Infração 01: Recolhimento do ICMS efetuado a menos, referente a prestação de serviços de comunicação, nos meses de janeiro a dezembro de 2007. O contribuinte, na qualidade de prestador de serviço de comunicação, deixou de incluir na base de cálculo do ICMS parcelas cobradas dos seus usuários de comunicação por entender que tais valores não são tributados pelo ICMS, uma vez que se trata de aluguéis ou locação de equipamentos, montagem, instalação e configuração de aparelhos. Independente da denominação que seja atribuída, as parcelas integram o valor da prestação de serviços. Valor do débito: R\$1.923.455,55.

Infração 02: Falta de recolhimento do ICMS na prestação de serviço de comunicação por escrituração de valores tributados como não tributados. O contribuinte deixou de recolher o ICMS relativo às prestações de serviços de telecomunicação tais como: Chamada em Espera, Identificação Chamada, Serviço Hora Programada, Disque Turismo, Serviço de Informação 102, sendo escriturados os valores da receitas no livro Registro de Saídas na coluna isentas ou não tributadas, nos meses de janeiro a dezembro de 2007. Valor do débito: R\$1.381.520,87.

O autuado apresentou impugnação às fls. 18 a 30 do PAF, alegando que a defesa é tempestiva, eis que apresentada dentro do prazo de 30 dias, a contar da data da ciência da lavratura do auto de infração. Diz que a autuação é manifestamente indevida, uma vez que pretende cobrar ICMS sobre atividades-meio ou facilidades adicionais, que não se confundem com a prestação de serviço de comunicações propriamente dito, violando o disposto no art. 155, II, e § 2.º, da CF, o art. 2.º, da LC 87/96, bem como os arts. 97 e 108, § 1.º do CTN. Ainda que, pela eventualidade, se entenda devido o ICMS na hipótese, deve ser afastada a majoração artificial da base de cálculo, feita pelo auto sem qualquer amparo legal.

Reproduz a imputação constante no primeiro item do auto de Infração e alega que os serviços de locação de equipamentos, montagem, instalação e configuração de aparelhos não constituem serviço de comunicação propriamente dito, consistindo em atos meramente preparatórios ou suplementares à prestação do serviço de comunicação. Salienta que a hipótese de incidência do ICMS, conforme previsão constitucional, é sobre os serviços de comunicações, e autorizar exigência do tributo fora das hipóteses legais constitui violação ao princípio da legalidade tributária (art. 97 do CTN e art. 150, I, da CF/88) e verdadeira tributação por analogia, o que é vedado pelo art. 108, § 1º do CTN, uma vez que a hipótese de incidência do ICMS-Comunicação (cf. LC 87/96 e RICMS-BA) não permite a exigência do tributo com relação a atividades alheias e acessórias ao “serviço de comunicação” propriamente dito. Informa os requisitos necessários para que exista o serviço de comunicação: uma fonte emissora, uma fonte receptora e uma mensagem transmitida pelo prestador do serviço. Diz que o próprio Regulamento do ICMS do Estado da Bahia estabelece que “comunicação” consiste em “*ato ou efeito de gerar, emitir, transmitir, retransmitir, repetir, ampliar e receber mensagens (...)*” (art. 4.º, § 1.º do RICMS). Entende que basta a mera leitura da dicção literal do próprio RICMS/BA para se verificar que não se incluem no conceito de “comunicação” os serviços de locação de equipamentos, instalação, montagem e configuração, logo, inviável a exigência do ICMS sobre estas atividades. Em outras palavras, afirma que estes serviços suplementares indicados no auto não satisfazem o último requisito para a cobrança do imposto. Não há qualquer transmissão de mensagem quando o usuário solicita serviços de instalação, manutenção, configuração de aparelhos ou a locação de equipamentos. Neste sentido, fala que a jurisprudência do STJ já é sólida ao entender que o ICMS somente recai sobre o serviço de comunicação propriamente dito, e apenas por meio de Lei Complementar se poderia ampliar os elementos que constituem fato gerador do ICMS, não sendo o Convênio 69/98 (repetido no art. 66, § 4.º do RICMS/BA) meio hábil a ensejar tais ampliações, sob pena de afronta ao art. 155, II, e § 2.º, art. 146, III, “a”, da CF/88 e arts. 97 e 108, § 1.º, do CTN. Transcreve o entendimento firmado pelo STJ no julgamento do REsp 816.512/PI. Diz que esta inteligência também está estampada no enunciado da Súmula 350 do STJ, ao ditar que “O ICMS não incide sobre o serviço de habilitação de telefone celular”, e que a Corte Superior reafirmou seu entendimento no sentido de que os serviços de habilitação, instalação, disponibilidade, assinatura (enquanto sinônimo de contratação do serviço de comunicação), cadastro de usuário e equipamento, entre outros serviços, que configurem atividade-meio ou serviços suplementares, não sofrem a incidência do ICMS. Destaca o acórdão proferido pelo STJ no REsp 601.056, em que é parte originária a Telecomunicações da Bahia S/A, sucedida pela TELEMAR NORTE LESTE S/A., contribuinte autuado. Também informa que a descrição completa dos serviços, seguida do seu enquadramento na lista de serviço anexa à Lei Complementar 116/2003 foi apresentada à administração fiscal antes da lavratura deste auto. O defendente assegura que prestou todos os esclarecimentos necessários ao Fisco, restando plenamente demonstrado que existem receitas relacionadas no auto que não podem ser tributadas pelo ICMS, mas, sim, apenas pelo ISSQN, este plenamente recolhido aos cofres públicos, mas que, de todo modo, não pode ser aqui questionado por se tratar de tributo da competência do Município. Entende que não há como se confundir os serviços de locação de equipamentos, instalação, montagem e configuração, com a prestação do serviço de comunicação propriamente dito, tratando-se, a bem da verdade, de serviços sobre os quais, no máximo poderia se cogitar da incidência do ISSQN. Diz que os serviços de manutenção prestados pela impugnante podem ser divididos em serviços preventivos e serviços corretivos, e

tais serviços constituem fatos geradores de ISSQN – nunca de ICMS – na medida em que não representam serviços de comunicação propriamente ditos e, ainda, porque previstos no item 31.01 do anexo à Lei Complementar n.º 116/03 (Serviços técnicos em edificações, eletrônica, eletrotécnica, mecânica, telecomunicações e congêneres) e no item 14.01 da lista anexa (Lubrificação, limpeza, lubrificação, revisão, carga e recarga, conserto, restauração, blindagem, manutenção e conservação de máquinas, veículos, aparelhos, equipamentos, motores, elevadores ou de qualquer objeto), subitem do gênero “14 – Serviços relativos a bens de terceiros”.

No que tange aos serviços preventivos, informa que constituem os mesmos serviços de rotina que o impugnante presta para manter as condições necessárias para o funcionamento normal da sua infra-estrutura. Dentre esses serviços, destaca a inspeção periódica de dutos, caixas de conexão, caixas de emenda, bem como a verificação da integralidade dos cabos e conexões e a realização de testes periódicos e inspeção dos sistemas de utilidades.

Em relação aos serviços corretivos, podem os mesmo ser descritos como serviços de reparo técnico que a Impugnante presta a fim de restabelecer as condições necessárias para o funcionamento normal da infra-estrutura. Afirma que em ambos os casos, por se enquadrarem na lista anexa à LC 116/03, os serviços de manutenção devem ser tributados pelo ISSQN e não pelo ICMS.

Quanto à exigência de ICMS pela prestação de serviços de instalação, alega que se trata de exigência absurda, sendo mais uma hipótese de incidência de ISSQN. Assegura que tais serviços consistem na instalação de equipamentos, por solicitação de clientes. Muito embora se trate de atividade que antecede a prestação dos serviços de telecomunicação, a instalação consiste em atividade meramente preparatória, que não se confunde com a prestação de serviços de comunicação. Esclarece que a instalação envolve o emprego de ações de técnicos para instalação dos equipamentos estando todos os serviços a ele inerentes sujeitos à incidência do ISS, com base no item 31.01 da lista de serviços da Lei Complementar n.º 116/03, relativo aos serviços técnicos em edificações, eletrônica, eletrotécnica, mecânica, telecomunicações e congêneres. Portanto, alega que é também indevida a tributação dos serviços de instalação pelo ICMS.

Relativamente aos serviços de configuração de aparelhos, alega que se trata de serviços que, da mesma forma, constituem fato gerador de ISSQN e não de ICMS, como pretende a autoridade fiscal. Os serviços consistem na instalação e programação de equipamentos, por solicitação de clientes. Informa que a configuração e a programação de aparelhos envolvem diligências de técnicos e comandos no sistema informatizado de redes. A cobrança destes serviços é efetuada de forma dissociada dos valores relativos à prestação do serviço de telecomunicação, sendo eles sujeitos à incidência do ISSQN, com base no item 31.01 da lista de serviços da Lei Complementar n.º 116/03 (Serviços técnicos em edificações, eletrônica, eletrotécnica, mecânica, telecomunicações e congêneres). Por se tratarem de atividades acessórias à prestação dos serviços de telecomunicação, com estes não podem ser confundidos, sendo indevida a exigência de ICMS.

Em relação ao aluguel ou a locação de equipamentos diz que também não estão sujeitos a incidência do ICMS, pois se tratam de meras facilidades adicionais oferecidas aos usuários, não se confundindo com a prestação do serviço de comunicação. Que outro serviço destacado pelo auto de infração é o serviço de locação de equipamentos (modem e roteador), serviço este que também não pode ser considerado serviço de comunicação propriamente dito. Ressalta que a rigor, a locação de equipamentos não é nem nunca foi serviço, e isto já restou pacificado pelo Plenário do E. Supremo Tribunal Federal, desde o julgamento do RE 116.121/SP (Tribunal Pleno do STJ, Julgamento: 11/10/2000). Se a locação não constitui *serviço*, não há que se falar em serviço de nenhuma espécie. Entende que a decisão do STF exclui a configuração de todo o gênero “prestação de serviços”, pouco importa se a espécie é “de comunicação” ou não, motivo pelo qual, neste ponto, o pedido deve ser julgado procedente.

Informa que em decorrência deste entendimento é que foi editada a *Súmula Vinculante n.º 31* (DJe nº 28 de 17.fev.2010), de observância vinculante para todos os demais órgãos do Poder Judiciário, bem como para a Administração Pública. Além disso, a prestação do serviço de comunicação independe da locação do equipamento ou dos demais serviços acessórios oferecidos. Trata-se de meras facilidades, adicionais e optativas.

O defendente assegura que o serviço de comunicação por sua empresa não está vinculado ao aluguel do *modem/roteador*, pois tais equipamentos podem ser vendidos ou alugados por qualquer pessoa do mercado, onde os usuários possuem total liberdade para adquirir onde quiserem. A relação jurídica decorrente dessa locação encontra-se dissociada da prestação de serviço de comunicação, e, portanto, não há que se falar em cobrança de ICMS na medida em que esta atividade jamais constituiu seu fato gerador. Diz que a locação é optativa. Quem quiser comprar seu modem, seu roteador e se valer dos serviços pode fazê-lo. Os produtos são facilmente encontráveis no mercado. Uma busca ligeira na internet já o prova. Entende que, para se falar em ICMS-comunicação, é essencial que haja uma fonte emissora, uma fonte receptora e uma mensagem transmitida pelo prestador do serviço. Nada disso está presente na simples locação de modem/roteador, atividade até mesmo dispensável quando o usuário já possuir o aparelho ou optar por sua compra. Afirma que também neste ponto deve julgado improcedente o auto de infração.

Infração 02: Alega que da mesma forma que no item 01 do auto de infração, no item 02 da autuação fiscal o autuante incorreu nos mesmos vícios já destacados, violando o princípio da legalidade estrita, insculpido no art. 150, I, da CF e no art. 97 do CTN. Afirma que não há qualquer previsão no art. 155, II, da CF e no art. 2.º da LC 87/96 quanto aos serviços descritos pelo auto de infração, donde se conclui que o auto de infração está a exigir tributo por analogia, o que é expressamente vedado pelo artigo 108, § 1.º, do CTN.

Repete a alegação de que, para existir o serviço de comunicação são necessários três requisitos: uma fonte emissora, uma fonte receptora e uma mensagem transmitida pelo prestador do serviço. Sem estes elementos, não há comunicação. Sem comunicação, não há ICMS - comunicação. Contudo, os serviços indicados no item 02 do auto de infração (chamada em espera, identificação de chamada, serviço hora programada, serviço de informação 102 e disque-turismo, dentre outros) não satisfazem o último requisito para a cobrança do imposto. Diz que não há qualquer transmissão de mensagem quando o usuário solicita serviços de chamada em espera, identificação de chamada, serviço hora programada, serviço de informação 102 e disque-turismo.

Em relação aos serviços de informação 102, destaca-se que a chamada telefônica dirigida à central de informação é gratuita, conforme determinado o art. 11 do Regulamento do Serviço Telefônico Fixo Comutado da ANATEL (Anexo à Resolução 426, de 09/12/2005, da ANATEL). A cobrança se restringe tão somente à prestação de serviço de informações referentes aos códigos de acesso de assinantes, em que apenas são cobradas as informações relativas aos assinantes não residenciais. Informa que se trata de serviço mantido obrigatoriamente por exigência da ANATEL no art. 17 do Regulamento do STFC, que prevê que “*a prestadora deve manter central de informação e de atendimento ao usuário, capacitada para receber e processar solicitações e reclamações, funcionando 24 (vinte e quatro) horas por dia*”. Tal serviço inclusive está previsto expressamente no item 17.01 da lista anexa à LC 116/2003 (... fornecimento de dados e informações de qualquer natureza, inclusive cadastro e similares).

No que tange aos serviços descritos como “chamada em espera”, “identificação de chamada”, “disque turismo”, “serviço hora programada”, dentre outros, informa que se tratam de serviços de valor adicionado, na forma do art. 61, § 1.º da Lei Geral de Telecomunicações (Lei 9.472/97), que também não se confundem com a prestação de serviço de comunicação propriamente dito.

Diz que também neste ponto, a jurisprudência do STJ é pacífica no sentido da não incidência do ICMS sobre serviços de valor adicionado, entendimento que ensejou a edição da Súmula 334, segundo a qual “o ICMS não incide no serviço dos provedores de acesso à Internet”. Diz que é

indevida a exigência do ICMS nas hipóteses indicadas, na forma dos artigos 97 e 108, § 1.º do CTN, e 150, I, da CF, pois os serviços descritos pelo Fisco no item 2 do auto de infração não se amoldam aos fatos geradores previstos na Constituição e na LC 87/96 para fins de cobrança do imposto.

Quanto à base de cálculo, o autuado diz que, na eventualidade de se entender que o ICMS é devido, é imperativa a redução da base de cálculo considerada. Diz que no caso do ICMS, observa-se a regra contida no art. 155, § 2º, XII, alínea “i”, da CF/88 (acrescentada pela Emenda Constitucional n.º 33/2001), que atribui à lei complementar a fixação da base de cálculo, de modo que o montante do imposto a integre. Ficou constitucionalizado o denominado “ICMS por dentro”, também previsto no art. 13, § 1º da LC 87/96, constituindo o respectivo destaque mera indicação para fins de controle. Diz que a fiscalização entendeu que o autuado não teria considerado o encargo do ICMS ao elaborar o preço do serviço prestado. Que se trata de especulação, fruto de uma majoração, fruto da imposição fictícia da base de cálculo. O montante total cobrado do adquirente é aquele constante das notas fiscais, a lavratura do auto de infração em questão não autorizará a impugnante a reajustar em nenhum centavo o total cobrado de seus clientes. E o fato de ter reconhecido ou não o débito de imposto é irrelevante para fins da obrigação principal em sentido estrito. Salienta que de acordo com o disposto no art. 13, III, da LC 87/96, a base de cálculo do ICMS na prestação de serviço de comunicação é o preço do serviço, logo, a base de cálculo do ICMS supostamente devido deve corresponder ao valor constante na coluna “VL_TOTAL_LIQ” dos anexos 1 e 2 (arquivos eletrônicos, em *excel*, anexados pelo Fisco como demonstrativo dos valores indicados auto de infração) e reproduzida no quadro elaborado nas razões de defesa. Diz que o valor do serviço corresponde ao preço cobrado pela prestação do serviço de comunicação, que equivale a base de cálculo do ICMS, e alterar este conceito configura verdadeira violação ao disposto no art. 110 do CTN. O Preço do serviço é o montante cobrado do tomador em virtude do serviço prestado. Quanto à infração 01, no mês 01/2007, o somatório dos preços foi de R\$ 464.499,06, e 27% desse valor corresponde a R\$ 125.414,75. Se assim tivesse ocorrido, o impugnante teria o direito de receber e eventualmente cobrar de seus consumidores pela prestação dos serviços referidos no item 01 do auto no mês de janeiro de 2007 valores cujos somatórios montariam a R\$ 464.499,06 e teria também o dever jurídico de recolher R\$ 125.414,75. Se fosse o caso de levantar balanço ou balancete neste momento e apenas com estas informações, haveria no ativo o valor de R\$ 464.499,06, no passivo ICMS a recolher de R\$ 125.414,75 e resultado desta operacionalidade de R\$ 339.084,31 (= 464.499,06- 125.414,75). Ao invés disto, a autuação cria uma irreal base de cálculo, como se os R\$ 464.499,06 correspondessem a um “preço líquido”. Se a base de cálculo inclui valores que nunca, jamais e em tempo algum puderam, podem ou poderão ser exigidos de quem quer que seja como correspectivo pela prestação de serviço de comunicação, evidente que a autuação vai muito além do que lhe permite o art. 13, III, da LC 87/96. Salienta que nada autoriza ao Fisco Estadual a reajustar a base de cálculo do tributo. Trata-se de aplicação manifestamente equivocada da norma existente para as hipóteses de falta de retenção do Imposto de Renda. O entendimento do fiscal deve ser afastado em prol da segurança e do respeito às leis que regem o processo administrativo e o ICMS.

Por fim, o defendente pede a improcedência do presente Auto de Infração, protestando pela produção de todas as provas em direito admitidas. Requer ainda, que as intimações sejam feitas na pessoa do Dr. Marcelo Nogueira Reis, com escritório na Av. da França, n.º 164, Edifício Futurus, 7º Andar, Comércio, Salvador-BA, Tel (71) 3555-3099 / Fax (71) 3555-3080.

Os autuantes prestaram informação fiscal às fls. 58 a 72 dos autos, dizendo que o autuado é uma empresa concessionária de serviço público de comunicação, atuando predominantemente na prestação de Serviço Telefônico Fixo Comutado (STFC), denominação utilizada pela ANATEL. Dizem que no presente Auto de Infração foi exigido ICMS referente à prestação de serviços de comunicação no período de 01/01/2007 a 31/12/2007, apurado através das informações apresentadas pelo autuado, extraídas no livro Registro de Saídas de 2007, em virtude de ter sido constatado que o contribuinte, na qualidade de prestador de serviço de comunicação incorreu nas irregularidades

constantes nas infrações 01 e 02. Quanto à impugnação apresentada pelo autuado, esclarecem que todo o crédito tributário objeto do presente lançamento foi constituído de acordo com o previsto no ordenamento jurídico em vigor. Dizem que a Norma Constitucional é clara ao prever a tributação pelo ICMS dos serviços de comunicação. Transcrevem o art. 2º da Lei Complementar 87/96, a Cláusula primeira do Convênio 69/98, o art. 2º, inciso VII da Lei 7.014/96 e afirmam que o autuado infringiu, ainda, dentre outros, ao que está estabelecido no art. 4º, I e § 1º do RICMS/97.

Quanto à infração 01, os autuantes informam que o autuado deixou de adicionar à base de cálculo todas as importâncias pagas, recebidas ou debitadas, ou seja, tudo que foi cobrado do usuário final, tais como aluguéis ou locação de equipamentos, montagem, instalação, configuração de aparelhos, dispositivos ou elementos necessários à prestação do serviço de comunicação, infringindo o que dispõe a Lei Complementar 87/96. Também informam que o contribuinte 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 tudo deve integrar a base de cálculo do ICMS. Dizem que é impossível efetivar a prestação do serviço de comunicação sem a utilização de equipamentos. Sem os equipamentos, aparelhos e dispositivos, com suas instalações, montagens e configurações não seria possível a concretização da chamada. Esclarecem que a ANATEL elaborou uma lista dos chamados “produtos para telecomunicações” estando descritos os equipamentos ou aparelhos utilizados e fornecidos aos usuários pelas Operadoras de Telefonia. Citam exemplos e dizem que 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. Apresentam uma tabela para demonstrar que no portfólio de produtos do autuado deve incidir o ICMS sobre os denominados “serviços fixos e eventuais”. Entendem 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 equipamentos, instalação e outros itens que compõem a infra-estrutura necessária para a sua viabilização. Anexam aos autos uma cópia do Portfólio de Soluções Telemar referente à prestação do serviço de comunicação denominado “Superlink”, chamando a atenção para o item “informações Adicionais”, onde a empresa explica como é composto o valor mensal do serviço, que inclui o fornecimento de equipamentos terminais *modems* e detalha dentre outras aplicações a formação de redes corporativas de terceiros, *intranets* e redes privativas de voz. Asseguram que não restam dúvidas de que tais serviços prestados pelo autuado são serviços onerosos de comunicação, sujeitos à incidência do ICMS, conforme prevê a Constituição Federal, no seu art. 155, § 2º, inciso III.

Para corroborar o entendimento sobre a incidência do ICMS e não do ISS sobre a operação descrita como sendo aluguel de equipamentos os autuantes reproduzem 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. Também reproduzem trechos da obra “O Novo Direito de Telecomunicações”, de J. C. Mariense Escobar, além de ensinamentos de Walter Gaspar, Bernardo Ribeiro de Moraes e concluem que não deverão ser considerados de forma isolada os serviços como a montagem e instalação, mas sim como efetiva prestação de serviço de comunicação, que já deveria incluir no seu preço os materiais e meios que viabilizam sua fruição.

Quanto à infração 02, os autuantes informam que o Convênio ICMS 69/98 firmou o entendimento de que se incluem na base de cálculo do ICMS incidente sobre as prestações de serviços de comunicação os valores cobrados a título de acesso, adesão, ativação, habilitação, disponibilidade, assinatura e utilização dos serviços, bem como, aqueles relativos a serviços suplementares e facilidades adicionais que otimizem ou agilizem o processo de comunicação, independentemente da denominação que lhes seja dada. Para corroborar o seu entendimento, transcrevem a ementa do Acórdão CJF Nº 0160-12/06.

Quanto à base de cálculo, dizem que para deslinde dos questionamentos abordados pelo defendente, anexam ao presente PAF Parecer Jurídico da Procuradoria Geral do Estado da Bahia,

exarado pelo Procurador José Augusto Martins Júnior, que após sabida reflexão decidiu pelo improvimento de recurso voluntário da Telemar, mesma empresa objeto desta autuação. Pedem a procedência do presente Auto de Infração.

O defendente foi intimado da informação fiscal e se manifestou às fls. 99 a 107, alegando que a contestação apresentada pela fiscalização apenas comprova que o fisco efetivamente pretende exigir ICMS-comunicação sobre atividades que ele próprio reconhece que são alheias aos serviços de comunicação. Diz que os contratos de locação são chamados de “facilidade adicionais” porque constituem efetivamente uma facilidade no sentido mais puro da palavra. Trata-se de serviços que são colocados à disposição do cliente, objeto de um novo contrato, que não é sequer obrigatório e não está atrelado ao serviço de comunicação. O cliente firma o contrato se houver interesse. Se não houver o cliente pode comprar o seu *modem* ou os outros equipamentos no mercado, sem qualquer vínculo com a concessionária, e não precisa pagar para que seu *modem* seja instalado. Entende que o serviço de instalação de *modem* jamais poderá ser tratado como um serviço de comunicação, porque a contratação de um funcionário da concessionária para ir à residência ou à empresa do usuário para configurar aparelhos nem de longe cria a chamada “relação comunicativa” a que tanto alude a fiscalização. Saliencia que o serviço de comunicação compreende a ligação de um ponto “A” a um ponto “B”. A empresa é paga por prestar esse serviço e sobre ele incide o ICMS-comunicação. Entende que autorizar a exigência do tributo fora das hipóteses legais constitui violação ao princípio da legalidade tributária e verdadeira tributação por analogia, o que é vedado pelo art. 108, § 1º do CTN. Reproduz o conceito de “comunicação” previsto no RICMS/BA, e diz que a mera leitura da dicção literal do referido Regulamento é suficiente para se verificar que não se incluem no conceito de “comunicação” os serviços de locação de equipamentos, instalação, montagem e configuração. Repete as alegações defensivas quanto à jurisprudência dos Tribunais, inclusive do STJ. Diz que não se sustenta a tese da fiscalização de que a complexidade dos serviços de comunicação e a essencialidade do *modem* e do roteador que são locados pelo defendente, justificaria a incidência do ICMS sobre essas atividades acessórias e estritamente adicionais.

Quanto ao item 02 do Auto de Infração, o defendente alega que não há qualquer previsão no art. 155, II da Constituição Federal e no art. 2º da Lei Complementar 87/96 quanto aos serviços descritos no auto de infração, concluindo que a autuação foi efetuada para exigir tributo por analogia.

Em relação ao serviço 102, informa que a chamada telefônica à central de informação é gratuita, conforme determinado no art. 11 do Regulamento do Serviço Telefônico Fixo Comutado da ANATEL, e a cobrança se restringe tão somente à prestação de serviço de informações referentes aos códigos de acesso de assinantes, em que apenas são cobradas as informações relativas aos assinantes não residenciais. Afirma que tal serviço está previsto no item 17.01 da lista anexa à LC 116/2003.

No que tange aos serviços descritos como chamada em espera, identificação de chamada, disque turismo, serviço hora programada, dentre outros, diz que se trata de serviços de valor adicionado, na forma do art. 61, § 1º da Lei Geral de Telecomunicações (Lei 9.472/97). Diz que também neste ponto, a jurisprudência é pacífica no sentido da não incidência do ICMS sobre os serviços de valor adicionado, entendimento que ensejou a edição da Súmula 334, segundo a qual “o ICMS não incide no serviço dos provedores de acesso à internet”.

Quanto às informações fiscais, diz que nos termos da Lei 11.417/2006, as súmulas vinculantes editadas pelo Supremo Tribunal terão força vinculativa não apenas para os órgãos do Judiciário como também para os da Administração Pública. Cita o art. 62-A do Regimento Interno do Conselho Administrativo da Receita Federal – CARF, e conclui que é indevida a exigência do ICMS nas hipóteses indicadas, porque os serviços descritos pelo Fisco no item 02 do auto de infração não se amoldam aos fatos previstos na Constituição Federal e na Lei Complementar 87/96 para fins de cobrança do ICMS.

Quanto à base de cálculo, alega que a fiscalização não esclareceu, em sua manifestação porque ampliou a base de cálculo do ICMS supostamente devido, sob a infundada suposição de que o valor do imposto não estaria embutido no preço da operação. Entende que somente seria possível constatar débito tributário após a realização de perícia dos valores indicados pelo autuado, sendo impossível lavrar auto de infração com base em especulações e não em dados concretos. Repete as alegações apresentadas na impugnação inicial quanto à base de cálculo, inclusive a planilha constando o preço do serviço e a base de cálculo majorada pelo Fisco. Afirma que nada autoriza ao Fisco Estadual a reajustar a base de cálculo do tributo. Que se trata de aplicação equivocada da norma existente para as hipóteses de falta de retenção do Imposto de Renda. Finaliza pedindo a improcedência do presente Auto de Infração e protestando pela produção de todas as provas em direito admitidas, em especial a pericial contábil. Requer ainda, que as intimações sejam feitas na pessoa do Dr. Marcelo Nogueira Reis, com escritório na Av. da França, n.º 164, Edifício Futurus, 7º Andar, Comércio, Salvador-BA, Tel (71) 3555-3099 / Fax (71) 3555-3080.

Os autuantes prestaram nova informação fiscal à fl. 109 dos autos, dizendo que foi reaberto o prazo de defesa tendo em vista a juntada ao processo do Parecer Jurídico da PGE. Quanto aos argumentos do autuado referentes à base de cálculo encontrada pelo Fisco, dizem que não encontram amparo legal, porque, se a empresa não considerou os serviços prestados como tributados pelo ICMS, logo não incluiu na base de cálculo o montante do imposto correspondente, conforme disposto no inciso I do § 1º do art. 17 da Lei 7.014/96, o que foi corrigido na ação fiscal. Asseguram que na informação fiscal prestada anteriormente às fls. 58 a 72 dos autos, todos os itens questionados pelo autuado foram detalhadamente refutados com fundamentos legais, baseados na legislação do ICMS. Por fim, ratificam a informação fiscal anterior e pedem a procedência do presente Auto de Infração.

Na sessão de julgamento, vencido o voto do relator, esta Junta de Julgamento Fiscal deliberou por converter o presente processo em diligência à PROFIS (fls. 112/113), solicitando que fosse emitido parecer acerca da tese da defesa, em face das decisões constantes em dois acórdãos: um do TJBA e outro do STJ,

Conforme Parecer PGE/PROFIS às fls. 116/117, foi apresentado o entendimento de que o precedente trazido pelo autuado não deve servir de norte a esta Corte Administrativa, considerando que a tese ainda não está consolidada e se trata de decisão isolada, passível de modificação, havendo muitos outros precedentes favoráveis ao entendimento manifestado pelos autuantes no presente processo.

À fl. 120 esta Junta de Julgamento Fiscal encaminhou o presente PAF em diligência à Infaz de origem dar conhecimento ao autuante e para intimar o contribuinte, fornecendo-lhe, no ato da intimação, mediante recibo, cópia do Parecer PGE/PROFIS (fls. 116/117), concedendo o prazo de trinta dias para o defendente se manifestar, querendo sobre os elementos a ele fornecidos.

O autuado se manifestou às fls. 125/131 dos autos, alegando que a decisão proferida no REsp 1.190.858/BA é vinculante para o Estado da Bahia, e que se faz mister a realização de diligência, com a elaboração de prova pericial contábil, para apuração da real base de cálculo do ICMS. Diz que no Parecer de fls. 116/117, a D. Procuradoria do Estado sugere que esta Corte Administrativa não estaria vinculada ao entendimento firmado pelo TJBA e mantido pelo Eg. Superior Tribunal de Justiça no julgamento do REsp n.º 1.190.858/BA, processo em que são partes a Telemar, ora impugnante, e o Estado da Bahia. O defendente entende que tal “orientação” implica o descumprimento de decisão judicial firmada pelo TJBA e reafirmada pelo STJ, podendo configurar *ato atentatório à dignidade da Justiça*, na forma do art. 600, do CPC, e até mesmo tipificar crimes *desobediência* ou *desacato*, previstos nos arts. 330 e 331 do CPC. Contesta a conclusão da Procuradoria do Estado de que o acórdão proferido no REsp n.º 1.190.858/BA consistiria em decisão *isolada*, objeto de recurso de embargos de divergência, que ainda aguardam apreciação pela 1ª Seção daquele Tribunal.

Afirma que pouco importa se tal decisão é “isolada” ou não e que a dicção literal do Código de

Processo Civil estabelece que o Recurso Especial e também os Embargos de Divergência não possuem efeito suspensivo. Logo, a mera interposição de tais recursos não autoriza o Estado da Bahia a descumprir o comando firmado pelo TJBA e reafirmado pelo STJ quando do julgamento do REsp nº 1.190.858/BA. Caso o Estado da Bahia pretendesse suspender os efeitos desta decisão judicial ainda vigente, deveria ajuizar medida cautelar específica para este fim ou buscar outros meios processuais adequados, o que não foi feito.

O defendente reitera o pedido de diligência, para a realização de perícia contábil, de modo a verificar o preço do serviço prestado pela empresa autuada e assim apurar qual seria a real base de cálculo do ICMS supostamente devido. Diz que no caso do ICMS, observa-se a regra contida no art. 155, § 2º, XII, alínea “i”, da CF/88 (acrescentada pela Emenda Constitucional n.º 33/2001), que atribui à lei complementar a fixação da base de cálculo, de modo que o montante do imposto a integre. Assegura que ficou constitucionalizado o denominado “*ICMS por dentro*”, também previsto no art. 13, § 1º da LC 87/96, constituindo o respectivo destaque mera indicação para fins de controle. Que isso significa que a grandeza tributada é o montante total despendido ou cobrado do comprador da mercadoria ou do serviço tributado, o *preço*. Ou seja, de cada 100 reais cobrados do adquirente da mercadoria ou serviço (o preço), sendo aplicável uma alíquota de 27%, 27 reais deverão ser considerados como débito do imposto, pouco importando se o índice de riqueza do contribuinte de direito seja de apenas 73 reais.

Ressalta que a autuação entendeu que o autuado não teria considerado o encargo do ICMS ao elaborar o preço do serviço prestado, e na última manifestação a fiscalização não buscou, sequer, refutar que se trata de especulação, fruto de uma majoração, decorrente da imposição fictícia da base de cálculo. O defendente reafirma que o montante total cobrado do adquirente é aquele constante das notas fiscais; que a lavratura do auto de infração em questão não autorizará o impugnante a reajustar em nenhum centavo o total cobrado de seus clientes. E o fato de ter reconhecido ou não o débito de imposto é irrelevante para fins da obrigação principal em sentido estrito.

Acrescenta que de acordo com o disposto no art. 13, III, da LC 87/96, a base de cálculo do ICMS na prestação de serviço de comunicação é o preço do serviço, logo, a base de cálculo do ICMS supostamente devido deve corresponder ao valor constante na coluna “VL_TOTAL_LIQ” dos anexos 1 e 2 (arquivos eletrônicos, em *excel*, anexados pelo Fisco como demonstrativo dos valores indicados auto de infração). Diz que alterar este conceito configura verdadeira violação ao disposto no art. 110 do CTN.

Em relação ao levantamento fiscal, diz que no mês de janeiro de 2007 do item 01, foi apurado que o impugnante teria prestado serviços tributados pelo ICMS no valor total de R\$ 464.499,06, sem destacar o ICMS. Supondo que fosse correta a incidência do ICMS no caso, então deveria a impugnante destacar como ICMS devido o montante correspondente a 27% do preço do serviço. Preço do serviço é o montante cobrado do tomador em virtude do serviço prestado. O somatório dos preços foi de R\$ 464.499,06, e 27% desse valor corresponde a R\$ 125.414,75.

Afirma que, se assim tivesse ocorrido, o autuado teria o direito de receber e eventualmente cobrar de seus consumidores pela prestação dos serviços referidos no item 01 do auto no mês de janeiro/2007 valores cujos somatórios montariam a R\$ 464.499,06 e teria também o dever jurídico de recolher R\$ 125.414,75. Se fosse o caso de levantar balanço ou balancete neste momento e apenas com estas informações, haveria no ativo o valor de R\$ 464.499,06, no passivo ICMS a recolher de R\$ 125.414,75e resultado desta operacionalidade de R\$ 339.084,31 (= 464.499,06-125.414,75). Alega que a autuação criou uma irreal base de cálculo, como se os R\$ 464.499,06 correspondessem a um “preço líquido”.

O defendente ressalta que não está a se insurgir quanto ao “cálculo por dentro do ICMS”, conforme quer fazer crer o Parecer PGE/PROFIS de fls. 116-117. Que a impugnação volta-se contra a majoração artificial da base de cálculo do ICMS, tendo a autuação se pautado em meras conjecturas para fins de imposição fictícia da base de cálculo. Que se trata de aplicação

manifestamente equivocada da norma existente para as hipóteses de falta de retenção do Imposto de Renda. Que o entendimento do fiscal deve ser afastado em prol da segurança e do respeito às leis que regem o processo administrativo e o ICMS.

O defendente também alega que o STJ já reconheceu em sede de recurso repetitivo (REsp 1176753) que os serviços acessórios, preparatórios ou suplementares à prestação dos serviços de telecomunicações não estão submetidos à incidência do ICMS, e que a autuação pretende exigir ICMS sobre o “*aluguel de equipamentos*” e sobre a “*cessão de infraestrutura*”, e ainda sobre “*chamada em espera, identificação de chamada, serviço hora programada, disque turismo, serviços de informação 102*”, sob fundamento de que tais atividades seriam serviços de telecomunicação ou seriam indispensáveis para tanto.

Afirma que são serviços suplementares ou acessórios que são colocados à disposição do cliente, mas que jamais podem ser tratados como serviço de comunicação, afinal, nem de longe criam a chamada “*relação comunicativa*” a que alude a fiscalização. Que basta a mera leitura da dicção literal do próprio RICMS/BA para se verificar que não se incluem no conceito de “comunicação” os serviços de locação de equipamentos, instalação, montagem e configuração, chamada em espera, identificação de chamada, serviço hora programada, disque turismo, e serviços de informação 102, logo, inviável a exigência do ICMS sobre estas atividades. Que esse entendimento foi recentemente reafirmado pela 1ª Seção do STJ em sede de recurso repetitivo (art. 543-C do CPC), no julgamento do REsp 1.176.753/RJ, que reproduziu.

Quanto à aplicação do mesmo raciocínio à telefonia fixa, destaca o acórdão proferido pelo STJ no REsp nº 601.056, em que é parte originária a Telecomunicações da Bahia S/A, sucedida pela Telemar Norte Leste S/A., ora impugnante. Arremata que não se sustenta a tese pretensamente salvadora da fiscalização, de que a complexidade dos serviços de comunicação justificaria a incidência do ICMS sobre essas atividades acessórias e estritamente adicionais. Que é indevida a exigência do ICMS nas hipóteses indicadas, na forma dos artigos 97 e 108, § 1.º do CTN, e 150, I, da CF, pois os serviços descritos pelo Fisco não se amoldam aos fatos geradores previstos na Constituição e na LC 87/96 para fins de cobrança do imposto.

Por fim, o defendente pede a improcedência da cobrança constituída pelo presente Auto de Infração e reitera o pedido de produção de prova pericial contábil. Requer que as intimações sejam feitas na pessoa do Dr. Marcelo Nogueira Reis, com escritório na Av. da França, n.º 164, Edifício Futurus, 7º Andar, Comércio, Salvador-BA.

À fl. 133 os autuantes informam que tomaram conhecimento do Parecer exarado pela PGE/PROFIS às fls. 116/117 dos autos e concordam plenamente com o entendimento da Procuradoria.

VOTO

Inicialmente, quanto à alegação defensiva de que há necessidade da realização de perícia, fica indeferido o pedido com base no art. 147, inciso II, do RPAF/99, tendo em vista que a prova pretendida não depende do conhecimento especial de técnicos, sendo desnecessária em vista de outras provas produzidas nos autos.

Vale salientar que o indeferimento de pedido de perícia não pode ser considerado como cerceamento ao direito de defesa, haja vista que o deferimento de perícia deve acontecer quando essa providência for necessária à convicção dos julgadores, podendo ser indeferida em vista de outras provas produzidas nos autos. Diante do levantamento fiscal e com base nos documentos acostados aos autos, cujas cópias foram fornecidas ao autuado, mediante recibo, não foi constatada qualquer dúvida quanto à correção dos demonstrativos elaborados pelos autuantes, por isso, indefiro o pedido de perícia formulado pelo autuado em sua impugnação.

O primeiro item do presente Auto de Infração trata de recolhimento do ICMS efetuado a menos, referente a prestação de serviços de comunicação, nos meses de janeiro a dezembro de 2007. O contribuinte, na qualidade de prestador de serviço de comunicação, deixou de incluir na base de

cálculo do ICMS parcelas cobradas dos seus usuários de comunicação por entender que tais valores não são tributados pelo ICMS, uma vez que são aluguéis ou locação de equipamentos, montagem, instalação e configuração de aparelhos. Independente da denominação que seja atribuída, as parcelas integram o valor da prestação de serviços.

Infração 02: Falta de recolhimento do ICMS na prestação de serviço de comunicação por escrituração de valores tributados como não tributados. O contribuinte deixou de recolher o ICMS relativo às prestações de serviços de telecomunicação tais como: Chamada em Espera, Identificação Chamada, Serviço Hora Programada, Disque Turismo, Serviço de Informação 102, sendo escriturados os valores da receitas no livro Registro de Saídas na coluna isentas ou não tributadas, nos meses de janeiro a dezembro de 2007.

De acordo com o art. 2º, inciso VII, da Lei n.º 7.014/96, o ICMS incide sobre a prestação onerosa de serviços de comunicação, por qualquer meio, inclusive a geração, a emissão, a recepção, a transmissão, a retransmissão, a repetição e a ampliação de comunicação de qualquer natureza, ressaltando-se que essa mesma regra encontra-se no art. 1º, § 2º, VII, do RICMS/97.

Quanto ao fato gerador nas prestações de serviços de comunicação de qualquer natureza e por qualquer processo, o art. 4º, § 4º, do RICMS/97, estabelece:

“Art. 4º.

(...)

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

No caso em exame, foi exigido o imposto correspondente às receitas obtidas pelo autuado na prestação de diversos serviços, a exemplo de aluguéis ou locação de equipamentos, montagem, instalação e configuração de aparelhos (infração 01) e Chamada em Espera, Identificação Chamada, Serviço Hora Programada, Disque Turismo, Serviço de Informação 102 (infração 02).

Em sua impugnação, o autuado alega que a autuação é manifestamente indevida, uma vez que pretende cobrar ICMS sobre atividades-meio ou facilidades adicionais, que não se confundem com a prestação de serviço de comunicações propriamente dito. Contestou as parcelas cobradas, a exemplo de locação de equipamentos, afirmando que não estão sujeitas a incidência do ICMS, e que se tratam de meras facilidades adicionais oferecidas aos usuários.

Não acato as alegações defensivas, tendo em vista que as parcelas discriminadas no levantamento fiscal dizem respeito aos serviços suplementares e facilidades adicionais (como salientou o defendente) que otimizam ou agilizam o processo de comunicação, independente do nome que o contribuinte atribua ao serviço, estando de acordo com a Cláusula Primeira do Convênio 69/98, que estabelece:

Cláusula primeira *Os signatários firmam entendimento no sentido de que se incluem na base de cálculo do ICMS incidente sobre prestações de serviços de comunicação os valores cobrados a título de acesso, adesão, ativação, habilitação, disponibilidade, assinatura e utilização dos serviços, bem assim aqueles relativos a serviços suplementares e facilidades adicionais que otimizem ou agilizem o processo de comunicação, independentemente da denominação que lhes seja dada.*

Portanto, a legislação ao definir que se inclui na base de cálculo do ICMS incidente sobre os serviços de comunicação os valores cobrados relativos aos serviços suplementares e facilidades adicionais, significa dizer que se incluem todas as prestações de serviços disponibilizadas pelas

concessionárias de serviço de comunicação, alcançando todo e qualquer serviço oneroso, de qualquer natureza, independente de sua denominação.

Quanto ao aluguel de equipamento, concordo com a opinião dos autuantes, de que os mencionados aluguéis e outros serviços colocados à disposição do cliente estão dentro do campo de incidência do ICMS, tendo em vista que estão associados e vinculados ao serviço de telecomunicação prestado pelo autuado, sendo a locação de equipamento considerado um serviço necessário à atividade do autuado, uma facilidade adicional, portanto, compõe a base de cálculo, por se tratar de uma parte da prestação do serviço sujeito à incidência do ICMS.

Em relação à base de cálculo, foi alegado nas razões de defesa que a fiscalização entendeu que o autuado não teria considerado o encargo do ICMS ao elaborar o preço do serviço prestado. Que houve majoração, fruto da imposição fictícia da base de cálculo. Que o montante total cobrado do adquirente é aquele constante das notas fiscais. O defendente salienta que de acordo com o disposto no art. 13, III, da LC 87/96, a base de cálculo do ICMS na prestação de serviço de comunicação é o preço do serviço, logo, a base de cálculo do ICMS supostamente devido deve corresponder ao valor constante na coluna “VL_TOTAL_LIQ” dos anexos 1 e 2 (arquivos eletrônicos, em *excel*, anexados pelo Fisco como demonstrativo dos valores indicados auto de infração) e reproduzida no quadro elaborado nas razões de defesa.

Observo que em relação à determinação da base de cálculo do ICMS, a Lei complementar nº 87/96, determina que:

Art. 13. A base de cálculo do imposto é

.....

III - na prestação de serviço de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, o preço do serviço;

§ 1º Integra a base de cálculo do imposto

I - o montante do próprio imposto, constituindo o respectivo destaque mera indicação para fins de controle;

Por outro lado, o art. 17, VIII, e seu § 1º, I, da Lei n.º 7.014/96 determina que a base de cálculo do imposto na prestação de serviço de comunicação é o preço do serviço, sendo que integra esta base de cálculo o montante do próprio imposto, constituindo o respectivo destaque mera indicação para fins de controle.

No caso de mercadorias colocadas à disposição de consumidores em geral, o contribuinte define o preço de venda ao consumidor embutindo o ICMS neste preço, e se não integrar o ICMS na sua própria base de cálculo, estará reduzindo o valor correspondente ao imposto calculado e produzindo uma base de cálculo menor, procedimento que contraria a legislação vigente.

Os preços estabelecidos pelo contribuinte são os consignados nos documentos fiscais quando das operações de vendas de mercadorias ou prestações realizadas; sobre eles é calculado o ICMS devido, mediante a aplicação da alíquota cabível, e o destaque do imposto no documento fiscal constitui em mera indicação para fins de controle, tudo em conformidade com o art. 13, § 1º, I, da LC 87/96, já reproduzido neste voto.

Quanto à prestação de serviços de comunicação, o valor da tarifa é fixado pela autoridade competente, salientando-se que de acordo com o art. 1º da Portaria nº 226, de 03 de abril de 1997, a ANATEL fixa os valores tarifários básicos dos serviços de comunicação não incluindo os tributos neles incidentes.

Por outro lado, observando as legislações estaduais de cada unidade da Federação onde as concessionárias operam, sobre os valores tarifários básicos são agregados os impostos e contribuições para formação do preço final do serviço. Isto é público e notório, haja vista que em

campanhas publicitárias veiculadas nas emissoras de televisão, consta a informação de que os valores que serão cobrados pelas ligações telefônicas, indicando o valor mais impostos.

No caso em exame, o autuado utilizou o valor dos serviços que entendeu não haver incidência do ICMS, por isso, é correto admitir-se que o defendente não integrou o imposto na sua própria base de cálculo, o que resultou no procedimento realizado pelos autuantes.

Assim, quando o autuado não integrou o ICMS na sua própria base de cálculo, por entender que os serviços questionados são isentos, reduziu a base de cálculo, subtraindo dessa, o valor correspondente ao imposto calculado, o que resultaria numa base de cálculo menor e sobre ela não poderia incidir a alíquota correspondente, porque esse procedimento contraria a legislação tributária vigente.

Concluo que a sistemática utilizada pelos autuantes está respaldada na legislação pertinente à matéria, inexistindo majoração ou imposição fictícia da base de cálculo, como alegou o defendente.

Quanto à tese da defesa, em relação às decisões constantes em dois acórdãos: um do TJBA e outro do STJ, conforme Parecer PGE/PROFIS às fls. 116/117, foi apresentado o entendimento de que o precedente trazido pelo autuado não deve servir de norte a esta Corte Administrativa, considerando que a tese ainda não está consolidada e se trata de decisão isolada, passível de modificação, havendo muitos outros precedentes favoráveis ao entendimento manifestado pelo autuante no presente processo.

Vale salientar, que de acordo com o art. 118, I do RPAF/BA compete à PGE/PROFIS emitir parecer jurídico visando à fiel aplicação da lei, prestando esclarecimentos que lhe forem solicitados por qualquer dos membros do CONSEF. No caso em exame, embora o autuado não concorde com as conclusões do Parecer PGE/PROFIS às fls. 116/117, o entendimento é que a tese ainda não está consolidada e que não deve servir de norte a este julgamento.

Concluo pela subsistência da exigência fiscal, relativamente aos itens 01 e 02 do presente Auto de Infração, haja vista que, consoante a legislação citada neste voto, o ICMS incide sobre a comunicação propriamente dita, e também sobre os serviços complementares ou suplementares e facilidades adicionais que otimizem ou agilizem o processo de comunicação, que o autuado fornece aos seus clientes, isto é, a atividade de fornecimento, em caráter oneroso, de condições materiais para que a comunicação ocorra. Os chamados serviços suplementares e facilidades adicionais 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 serviços suplementares e facilidades adicionais estão incluídos no campo de incidência do ICMS, tendo em vista o acessório segue a sorte do principal.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 278003.0059/11-2, lavrado contra **TELEMAR NORTE LESTE S/A**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$3.304.976,42**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso II, alínea “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 08 de julho de 2013

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - JULGADOR

HELCONIO DE SOUZA ALMEIDA - JULGADOR