

A. I. N° - 269135.0018/12-2
AUTUADO - TIM CELULAR S.A.
AUTUANTES - JOSÉ MARIA BONFIM COSTA e GILSON DE ALMEIDA ROSA JÚNIOR
ORIGEM - IFEP SERVIÇOS
INTERNET - 03/10/2013

3^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0232-03/13

EMENTA: ICMS. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO. SERVIÇO DE TELECOMUNICAÇÃO. PRESTAÇÕES TRIBUTÁVEIS REGISTRADAS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. AUXÍLIO À LISTA-102. O ICMS incide sobre a comunicação propriamente dita, também sobre os serviços complementares, suplementares e facilidades adicionais configurando prestação de serviço de telecomunicação, admitidos 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. Infração subsistente. Rejeitada a arguição de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração lavrado em 19/12/2012, exige crédito tributário no valor de R\$36.097,00, acrescido da multa de 60%, em razão da falta de recolhimento do ICMS na prestação de serviço de comunicação por escrituração de valores tributados, nos meses de setembro a dezembro de 2010.

Consta que “Devido a não tributação pelo ICMS de serviços de comunicação para clientes diversos. CONTRIBUINTE NÃO OFERECEU A TRIBUTAÇÃO RECEITAS DE TELECOMUNICAÇÕES ORIUNDAS DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE CHAMADAS AUXÍLIO A LISTA A CONTRIBUINTES NÃO-ISENTOS, conforme lançado nos registros magnéticos entregues a fiscalização conforme determina o Convênio ICMS 115/03. Sendo a base de cálculo do imposto determinada conforme Art. 52 do RICMS Dec. 6284/97. Tudo apurado conforme Anexos e os respectivos registros magnéticos na forma do Convênio ICMS 115/03, todos apensos a este PAF. Ressalte-se que não foram anexados ao PAF os demonstrativos com a totalidade dos dados devido ao seu grande volume, entretanto anexamos ao PAF um CD com os dados gravados em planilha EXCEL/ACCESS onde encontram-se a totalidade dos dados que deram origem as planilhas resumo mensal que estão anexas a este PAF.

O autuado ingressa com defesa fls. 16 a 26, mediante advogado, procuração à fl. 29, destaca inicialmente a tempestividade da defesa, informa que sua atividade principal é a prestação de serviços de telecomunicações e reproduz a infração que lhe fora imputada.

Observa que serviço de auxílio à lista telefônica é um serviço de valor adicionado, portanto a prestação de tal serviço não guarda qualquer relação com a efetiva prestação do serviço de telecomunicação e por isso não se sujeita a incidência do ICMS.

Destaca que a respeito da incidência do imposto sobre serviços de valor adicionado, o Superior Tribunal de Justiça ao analisar a legalidade da Cláusula Primeira do Convênio ICMS 69/98, que inclui nas hipóteses de incidência do imposto os serviços de adesão, acesso, ativação, habilitação, disponibilidade, assinatura e utilização dos serviços..., se posicionou no sentido de que é ilegal a cobrança do imposto sobre tais serviços, quando do julgamento do REsp n°.

816.512/PI, posteriormente substituído pelo REsp nº 1.176.753/RJ, sob a sistemática dos Recursos Representativos de Controvérsia (art. 543-C do CPC), cuja ementa reproduz.

Friza que os serviços de valor adicionado não podem ser objeto da incidência do ICMS conforme já assentado pelo STJ. Diz que o presente Auto de Infração ao cobrar ICMS sobre os serviços de auxílio a lista telefônica, é ilegal e não observou o entendimento jurisprudencial. Prossegue justificando que o serviço de telecomunicação, nos moldes do art. 60 e §1º da Lei Geral de Telecomunicações - LGT (Lei nº. 9.472/97), é o “conjunto de atividades que possibilita a oferta de telecomunicação”, sendo esta a transmissão, emissão ou recepção de símbolos, caracteres, sinais, escritos, imagens, sons ou informações de qualquer natureza. Arremata frisando que o art. 61 da LGT define serviço de valor adicionado como aquela “atividade que acrescenta, a um serviço de telecomunicações que lhe dá suporte e com o qual não se confunde, novas utilidades”, reproduzindo o parágrafo primeiro deste dispositivo.

Afirma que nesses termos, o serviço de telecomunicação propriamente dito é aquele que transmite mensagens de modo oneroso, o qual não se confunde, de forma alguma, com os serviços de valor adicionado (preparatórios) mencionados na Cláusula Primeira do Convênio ICMS 69/98. Arremata sustentando que exigir ICMS sobre tais serviços é uma afronta à legislação federal, mais especificamente a Lei Geral de Telecomunicações.

Ressalta que o objetivo do serviço de auxílio a lista telefônica é prestar assessoria ao usuário da rede de telecomunicações que deseje saber o número do telefone de determinado assinante. Assevera que a prestação desse serviço enseja a incidência do ISS e não a do ICMS para as operadoras de telefonia fixa, conforme discrimina a lista anexa a Lei Complementar nº 116/03, cujos itens 17 e 17.01 transcreve.

Assegura que, embora a Cláusula Primeira do Convênio 69/98 pretenda estender a incidência do ICMS é ilegal a cobrança do imposto sobre os serviços de valor adicionado.

Advoga que o ICMS somente incide quando há efetiva transmissão de mensagem, do emissor “A” para o receptor ”B”, por um terceiro contratado para tanto (prestador do serviço de comunicação). Sustenta que as atividades preparatórias e conexas ao serviço de comunicação, ou seja, que a ele adicione facilidades, mas que não envolvam a consecução de uma efetiva relação comunicativa afastam-se das hipóteses de incidência do imposto em tela. Arremata asseverando que os serviços de valor adicionado definitivamente não são fatos geradores do ICMS, motivo pelo qual não há que se falar em cobrança do imposto.

Esclarece que o Serviço de Informação de Código de Acesso (serviço de auxílio à lista telefônica) tem como objetivo prestar informações aos usuários sobre o Código de Acesso de Assinantes e é realizado exclusivamente pelas prestadoras do Serviço Telefônico Fixo Comutado destinado ao uso do público em geral (STFC). Destaca que as empresas responsáveis pelo serviço de auxílio à lista telefônica são aquelas empresas que operam na telefonia fixa. Observa que quando a operadora de telefonia móvel deseja disponibilizar tal serviço aos seus clientes deve primeiramente contratar com a telefonia fixa tal serviço. Consigna que, sendo o serviço de auxílio à lista telefônica de responsabilidade das prestadoras de telefonia fixa, não há qualquer motivação para lhe ser imputada a responsabilidade pelo recolhimento do imposto. Remata frisando que mesmo se fosse considerado como serviço de comunicação, o ICMS seria devido pelas operadoras de telefonia fixa e não pelas operadoras de telefonia móvel, tendo em vista que são aquelas que detêm o serviço.

Sustenta que a autuação ao lhe identificar como sujeito passivo da obrigação principal, o faz de forma equivocada na medida em que, além de não ser um serviço sujeito à tributação do imposto, também não é ela a pessoa jurídica responsável pelo serviço.

Cita o art. 40 da Lei 7.014/96 para demonstrar a não hâ incidência de ICMS sobre serviços de auxílio à lista, e que por isso, não hâ qualquer possibilidade de aplicação de multa, vez que não ocorreria infração alguma a qualquer norma tributária.

Afirma que a multa aplicada foi de exorbitantes 60% do valor principal da cobrança de ICMS atualizado. Acrescenta destacando que a multa deve ter como critério a cobrança que exprima o dano sofrido pelo Erário em decorrência da infração tributária cometida. Remata pontuando que a sanção prevista deve ser proporcional e adequada para desencorajar a postura que se deseja evitar por parte do contribuinte, mas não pode terminar por funcionar como um instrumento de arrecadação.

Afirma que a presente autuação mostra-se desproporcional, a multa aplicada não é condizente com a infração cometida. Ilustra seu entendimento transcrevendo trecho do posicionamento doutrinário do jurista Luís Roberto Barroso preconizando que o princípio da proporcionalidade deve ser interpretado levando-se em consideração os requisitos da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito.

Cita trecho da lavra de Gilmar Ferreira Mendes para corroborar seu entendimento de que a aplicação da multa deve ser sempre adequada, necessária e proporcional em sentido estrito para chegar ao fim a que se propõe, otimizando assim, o atendimento dos princípios da isonomia e da capacidade contributiva.

Distingue entre os princípios que regem o direito tributário a vedação do uso de tributo com efeito de confisco - princípio do não-confisco - previsto no inciso IV do art. 150 da Constituição Federal, de fundamental importância na defesa da integridade do patrimônio dos contribuintes e no respeito ao direito de propriedade constitucionalmente assegurado pelos arts. 5, inciso XXII e 170, inciso II, da Constituição Federal.

Menciona que a vedação constitucional é no sentido de que, a pretexto de exercer a atividade de imposição ou lançamento de imposto ou multa, o Poder Público se aposse dos bens do contribuinte. Cita sobre esse tema ensinamentos da lavra dos mestres, Antônio Roberto Dória, Ricardo Lobo Torres e Maria Tereza de Cárcomo Lobo.

Salienta que o Supremo Tribunal Federal (ADIN - MC n. 1.075/DF, Relator Ministro Celso de Mello, decisão em 17.06.1998) já se manifestou expressamente no sentido de que o princípio do não-confisco previsto no art. 150, inciso IV, da Constituição Federal, igualmente se aplica às multas. Neste sentido, foi deferida medida cautelar em ação direta de constitucionalidade para suspender, até decisão final, a execução e aplicação do art. 3º, parágrafo único da Lei nº 8.846/94, que prevê a aplicação de multa pecuniária de até 300% sobre o valor do bem objeto da operação ou do serviço prestado, na hipótese de o contribuinte não haver emitido a nota fiscal relativa à venda de mercadorias ou prestação de serviços, por ter sido considerada juridicamente relevante a tese da ofensa ao artigo 150, IV, da Constituição Federal. Consigna que diante do entendimento do STF fica evidente que também as penalidades estabelecidas pela legislação tributária devem observar o princípio do não-confisco, sob pena de serem consideradas inconstitucionais.

Questiona a legalidade do procedimento adotado pelo Fisco, principalmente em razão da aplicação da multa, eis que, embora sua combinação esteja intimamente relacionada à idéia de sanção e apenamento, existe uma proporcionalidade que precisa ser respeitada. Revela a convicção de que uma dada penalidade deva ser aplicada com o intuito de evitar futuras ocorrências da mesma infração, porém, o seu valor deve ser tal que mantenha uma proporcionalidade com a suposta infração.

Conclui requerendo a improcedência do Auto de Infração em epígrafe, pela não incidência do ICMS sobre serviços de auxílio à lista, a fim de que seja afastada a cobrança das obrigações principal e acessória, e se não for este o entendimento, pede que seja reduzida a multa de 60% para um valor razoável e proporcional à suposta infração cometida.

Os autuantes prestaram informação fiscal às fls. 40 a 45.

Observam que o contribuinte não ofereceu à tributação o Serviço de Telecomunicação denominado de Auxílio à Lista - 102. Transcrevem o teor do art. 2º da Lei nº 7.014/96 que instituiu o ICMS no Estado da Bahia.

Depois de reproduzirem os significados dos termos Comunicação e Telecomunicação extraídos do Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa afirmam que se chega a primeira conclusão: telecomunicação é um processo de comunicação. Esclarecem que esse processo pode ocorrer de diversas formas, por meio de linhas telegráficas, linhas telefônicas, por meio de satélites ou microondas. Pontuam que Comunicação é gênero, telecomunicação é espécie.

Mencionam que o interesse nessa manifestação, os serviços onerosos de comunicação, pois sobre tais incide o ICMS, e em especial os de telecomunicação, já que o cerne da questão incide sobre os serviços prestados por operadora de telefonia fixa.

Transcrevem o §1º, inciso I, Art. 4º do Decreto 6.284/97 do Regulamento de ICMS do Estado da Bahia

Frisam que o contribuinte em sua defesa, fl. 20, afirma que somente incide ICMS quando há efetiva transmissão de mensagem, do emissor “A” para o receptor “B”, por um terceiro contratado prestador de serviço de comunicação.

Dizem ser patente que na prestação dos serviços de comunicação denominado Auxílio à Lista existir uma mensagem, sua transmissão e sua recepção. Acrescenta ponderando que o fato de que em alguns desses sistemas a mensagem ser comandada por uma máquina através de uma mensagem gravada, de maneira alguma descaracteriza o circuito da comunicação. Arremata enfatizando que o serviço não é gratuito.

Assegura, que desse modo, o fato imponível da prestação onerosa de serviços de telecomunicação encontra-se configurado, surtindo efeito de solução da lide relativa a tais serviços que são na realidade uma efetiva prestação onerosa do serviço de telecomunicação, como as demais, posta à disposição do usuário e não atividade-meio, como caracterizou o impugnante. Arrematam sustentando terem provado haver ocorrido à prestação do serviço de comunicação e sendo estes serviços onerosos, está totalmente caracterizada sua tributação pelo ICMS.

Dizem que depois de tentar descaracterizar a ocorrência do fator gerador do ICMS sobre tais serviços, o contribuinte alega, ainda, que de fato esses serviços são facilidades colocadas à disposição dos usuários do serviço de telefonia e estas não são tributadas de acordo com o art. 61 da Lei 9.472/97.

Esclarecem que à Lei 9.472/97 não tem competência, de acordo com a Constituição Federal, para legislar sobre matéria tributária estadual (ICMS). Asseveram que somente uma lei ordinária tributária estadual ou Convênio entre os Estados pode fazê-lo.

Com relação ao argumento de que o serviço não é prestado por ela própria mas sim pelas empresas de telefonia fixa, afirma que esse argumento não resiste a mais frágil observação, basta notar que a autuação ocorreu com base nos dados constantes no Convênio ICMS 115/03 fornecidos pelo contribuinte e se estes valores estão lançados no Convênio ICMS 115/03 eles efetivamente foram cobrados dos seus clientes na medida que estes dados lançados no Convênio ICMS 115/03 são o espelho da nota fiscal enviada ao cliente.

Asseveram que a tributação do serviço de auxílio à lista está totalmente amparada na legislação tributária do ICMS. Arrematam assegurando que conforme demonstrado, fica claro que a alegação do contribuinte está completamente descaracterizada, pois existem provas suficientes anexas ao PAF mostrando que a autuação deve ser mantida na sua integralidade.

Concluem mantendo a ação fiscal.

VOTO

Trata-se de exigência fiscal referente de ICMS em razão de o autuado não tributar o ICMS relativo à prestação de serviços de comunicação, referente à modalidade Auxílio à Lista.

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

Certamente tal argumentação não pode prosperar, haja vista que, consoante salientado pelos autuantes e consta nos autos, a autuação foi embasada nos dados disponibilizados pelo próprio contribuinte na forma do Convênio ICMS 115/03 – que dispõe sobre a uniformização e disciplina a emissão, escrituração, manutenção e prestação das informações dos documentos fiscais emitidos em via única por sistema eletrônico de processamento de dados para contribuintes prestadores de serviços de comunicação e fornecedores de energia elétrica -, sendo certo que os dados informados e os valores lançados dizem respeito à nota fiscal enviada ao cliente com a cobrança da prestação de serviço.

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

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

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

De plano, convém consignar que nos termos do art. 155, II, CF/88, o ICMS também incide sobre prestação de serviços de comunicação, ainda que as prestações se iniciem no exterior.

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

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

Já a Lei nº 7.014/96 em seus artigos 1º, III e 2º, inciso VII, , a assim dispõe:

“*Art. 1º O Imposto sobre Operações Relativas a Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação (ICMS), de que tratam o art. 155, inciso II, §§ 2º e 3º, da Constituição da República Federativa do Brasil e a Lei Complementar nº 87, de 13 de setembro de 1996, tem como fatos geradores:*

[...]

III - a prestação de serviços de comunicação.

Parágrafo único. Ocorre a incidência do ICMS inclusive quando as operações e as prestações se iniciem no exterior.”

“*Art. 2º O ICMS incide sobre:*

[...]

VII - a prestação onerosa de serviços de comunicação, por qualquer meio, inclusive a geração, a emissão, a recepção, a transmissão, a retransmissão, a repetição e a ampliação de comunicação de qualquer natureza;”

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

A competência dos Estados abrange a prestação dos serviços de comunicação de qualquer natureza. Logo, é obvia a inferência de que o ICMS ao incidir sobre prestações de serviços de comunicação, gênero, alcança o serviço de telecomunicações, que se configura uma de suas espécies.

O conceito legal estatuído pelo §1º do art. 60 da Lei Geral das Telecomunicações (LGT), Lei nº 9.472/97, define telecomunicação como sendo comunicação especializada pelo meio, pois que utiliza de fio, rádio e outros processos eletromagnéticos. Esta distinção é imprescindível para concepção dos efeitos tributários decorrente, uma vez que o ICMS incide sobre todo e qualquer serviço de comunicação (telecomunicação e outros).

Em suma, pode-se afirmar que, para os fins do disposto no art. 155, II, da CF/88 só há que se falar em comunicação quando se estiver em face de um esforço humano empreendido onerosamente em benefício de outrem, de modo a criar uma interação entre o emissor e o receptor da mensagem. Levando em consideração que no serviço de comunicação, sempre envolverá um terceiro que não o transmissor ou receptor da mensagem, este será o cerne da questão para solução da lide.

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

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

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

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

Ressalto que o entendimento assente neste CONSEF, através de reiteradas decisões, a exemplo, dos Acórdãos CJF Nº 0217-11/04, CJF Nº 045-12/12 e CJF Nº 0202-12/12, tem sido no sentido de que as denominadas “facilidades” integram o campo de incidência do ICMS.

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

Saliento que não se inclui na competência deste órgão julgador a apreciação de questões sobre a constitucionalidade de leis. Ademais, em que pese as alegações da defesa da natureza confiscatória da multa indicada no Auto de Infração, destaco que está devidamente tipificada na Lei nº 7.014/96, que instituiu o ICMS no Estado da Bahia.

Quanto ao pedido de redução da multa saliento que não cabe nessa instância de julgamento administrativo fiscal, tendo em vista que tal pleito deve ser dirigido à Câmara Superior, cuja

atribuição regimentalmente lhe é conferida, uma vez tratar-se de multa por descumprimento de obrigação principal.

Destaco que foi solicitado que as intimações referentes ao presente processo sejam feitas, exclusivamente, em nome de Ernesto Johannes Trouw, OAB/RJ nº 121.095 e Fábio Fraga Gonçalves, OAB/RJ nº 117.404, que receberão as intimações na Av. Rio Branco nº 99, 7º andar, Centro, Rio de Janeiro - RJ, CEP 20.040.004, e não há óbice para o seu cumprimento, contudo o não atendimento não implica nulidade, nos termos do RPAF-BA/99.

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 269135.0018/12-2, lavrado contra **TIM CELULAR S.A.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$36.097,00**, acrescido da multa de 60% prevista no inciso II, alínea “a” do art. 42 da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 18 de setembro de 2013.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - RELATOR

LUIZ ALBERTO AMARAL DE OLIVEIRA – JULGADOR