

**A. I. N°** - 279468.0003/15-4  
**AUTUADO** - TELEMAR NORTE LESTE S/A. (OI)  
**AUTUANTES** - ROQUELINA DE JESUS e SANDRA MARIA SILVA NOYA  
**ORIGEM** - IFEP SERVIÇOS  
**PUBLICAÇÃO** - INTERNET - 18.01.2016

#### **1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

##### **ACÓRDÃO JJF N° 0005-01/16**

**EMENTA:** ICMS. BASE DE CÁLCULO. ERRO NA SUA DETERMINAÇÃO. OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS TIDAS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. Ao interpretar os vagos conceitos da Lei Complementar n° 87/1996 acerca do tema, a cláusula primeira do Convênio ICMS n° 69/1998, com dispositivo correspondente no art. 17, § 11 da Lei n° 7.014/1996, dispõe que estão compreendidos no campo de incidência do imposto os serviços cobrados a título de acesso, adesão, ativação, habilitação, disponibilidade, assinatura e utilização, bem como os assim chamados complementares ou facilidades adicionais, que sejam acessórios, facilitem, gerenciem ou otimizem o processo de comunicação, independentemente da denominação que lhes seja dada. Rejeitada a preliminar de nulidade. Indeferido o pedido de perícia ou diligência. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

#### **RELATÓRIO**

O Auto de Infração em lide foi lavrado no dia 26/06/2015 e exige crédito tributário no valor histórico de R\$7.427.901,37, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a” da Lei n° 7.014/1996, sob a acusação de falta de recolhimento do imposto decorrente da prestação de serviço de comunicação, tendo o contribuinte escriturado operações tributáveis como não tributáveis.

Consta da descrição dos fatos que o sujeito passivo, na qualidade de prestador de serviço de comunicação, deixou de incluir na base de cálculo do ICMS parcelas cobradas dos usuários, por entender que não se sujeitam à incidência, como aluguel de equipamentos, montagem, instalação, configuração de aparelhos, hora programada, “*complet. cham. loc. via 102*”, informação 102 etc. (art. 17, § 11 da Lei n° 7.014/1996).

As auditoras sustentam que, independentemente da denominação que seja atribuída a tais parcelas, essas integram e são imprescindíveis para a prestação do serviço. Logo, todo valor cobrado do consumidor, a qualquer título, deve compor a base de cálculo do ICMS.

O contribuinte ingressa com impugnação às fls. 18 a 33, na qual suscita preliminar de nulidade por não observância do art. 39, IV, “b” do RPAF-BA/1999 c/c art. 129, § 1º, IV da Lei n° 3.956/1981 e consequente cerceamento de direito de defesa.

A Lei Complementar (LC) n° 87/1996 determina expressamente, em seu art. 13, III, reproduzido no art. 17, VIII da Lei n° 7.014/1996, que a base de cálculo é o preço do serviço. No entanto, o valor total cobrado dos clientes multiplicado pela alíquota de 27% [28%] não corresponde ao montante ora exigido, o que demonstra que o Fisco, fazendo uso de quantias fictícias, sem fundamento legal, alterou a base de cálculo efetiva.

No mérito, estribado em decisões administrativas e judiciais, inclusive em Voto vencido prolatado neste Conselho (Acórdão CJF n° 0528-13/13), argumenta que o gravame não incide sobre as operações autuadas, a exemplo de “*TC CPE SOLUTION*”, “*TC VOICE NET*” e “*TC VISA SOLUTION*”, além de integração de rede virtual corporativa de voz dos usuários e aluguéis de modens e

roteadores, haja vista que não se pode dizer tratar-se de prestações de serviços, mas de meras disponibilizações de equipamentos necessários à consecução.

Exemplificando com a Solução de Consulta da Receita Federal nº 73/2006, apresenta idênticas alegações para o que chama de atividades meio, gerenciamento de redes telefônicas (“*ADVANCED SERVICES*”) e serviços de valor adicionado, como montagem, instalação, configuração, assinatura, hora programada e informação 102, as quais, apesar de conexas, não se confundem com serviço de comunicação. Trata-se de facilidades adicionais e medidas preparatórias/autônomas, cobradas dos clientes separadamente.

Ressalta que o art. 17, § 11 da Lei nº 7.014/1996, tomada pelo Fisco como fundamento da autuação, resulta da incorporação do Convênio ICMS nº 69/1998, julgado ilegítimo pelo STJ.

O serviço de informação 102 caracteriza-se pela chamada telefônica feita pelo cliente para a central, em relação à qual a ANATEL estabelece proibição de cobrança (Resolução nº 357/2004), e pelo “*serviço de prestação de informações, o qual se utiliza da rede de telecomunicações para chegar ao usuário*”.

Prossegue argumentando que o cliente pode contratar os seus serviços de comunicação e – de forma autônoma, dirigir-se a outra prestadora para obter o gerenciamento de redes telefônicas (“*ADVANCED SERVICES*”). Alega que tal negócio jurídico consta da Lista Anexa à LC nº 116/2003 (do ISS) no item 17.23 (fl. 29).

Insurge-se contra o fato de a Fiscalização ter presumido e computado os valores que hipoteticamente acresceria ao montante cobrado dos clientes. Ressalta que não questiona a “*cobrança por dentro*” do imposto, mas a constituição de uma base de cálculo fictícia. A seu ver, as auditoras criaram um novo método de cálculo por dentro, no qual o preço do serviço corresponderia tão somente a um percentual da efetiva base de cálculo, nos termos dos itens “a” e “b” de fl. 30. Uma vez que a alíquota é de 28%, o preço do serviço corresponde a apenas 72% da base de cálculo, o que não foi observado pelas autuantes.

Requer a produção de prova pericial, fornece endereço para intimações e conclui pleiteando o acolhimento das razões defensivas.

As auditoras, na informação de fls. 161 a 178, com fulcro no art. 2º, III da LC nº 87/1996 c/c arts. 2º, VII; 4º, XIII; 15; 16; 17, § 1º e 42, II, “a” da Lei nº 7.014/1996 (transcritos às fls. 167 a 169), iniciam refutando a preliminar de nulidade e destacando que o autuado deixou de adicionar à base de cálculo todos os valores cobrados dos usuários.

Exemplificando com o contrato reproduzido à fl. 170, com fundamento em decisão normativa do Estado de São Paulo e em doutrina, destacam a impossibilidade de concretizar a prestação de serviços de comunicação sem as operações autuadas, todas sujeitas à incidência do ICMS.

Em seguida, aduzem que a ANATEL elaborou uma lista de produtos para telecomunicações, na qual restaram descritos os equipamentos fornecidos aos usuários que proporcionam as condições necessárias para a fruição dos serviços (fl. 172). Tais fatos, sustentam mais uma vez, submetem-se à incidência do tributo, situação, segundo entendem, reconhecida no portfólio da própria sociedade empresária.

Não concordam com as alegações concernentes ao Convênio ICMS 69/1998 e, quanto à base de cálculo, dizem ter obedecido ao art. 13, § 1º, I da LC nº 87/1996, que determina a inclusão do montante do imposto.

Discordam do pedido de perícia e pugnam pela procedência do lançamento de ofício.

## VOTO

Não possuem amparo fático ou jurídico os argumentos relativos aos pressupostos de validade do procedimento administrativo, pois as auditoras expuseram com clareza a fundamentação de fato

e de direito, descreveram o ilícito tributário, indicando os documentos e demonstrativos, bem como seus dados e cálculos, assim como apontaram o embasamento jurídico.

Igualmente, não foi constatada violação ao princípio do devido processo legal ou a quaisquer outros de direito constitucional, administrativo ou tributário, em especial os do processo administrativo fiscal (art. 2º, RPAF-BA/1999), tendo sido observada a garantia à ampla defesa e ao contraditório, visivelmente caracterizada nos aspectos abordados na impugnação.

Relativamente ao Convênio ICMS 69/1998 e ao art. 17, § 11 da Lei nº 7.014/1996, este órgão não tem atribuição legal para negar eficácia a norma emanada de autoridade superior, tampouco para julgar constitucionalidade (art. 167, I e III do RPAF-BA/1999).

Rejeitada a preliminar de nulidade.

Com fundamento no art. 147, I, “a” do RPAF-BA/1999, indefiro o pedido de perícia ou diligência, pois todos os elementos necessários e suficientes para formar a convicção dos membros desta Junta estão presentes nos autos.

No mérito, tenho que, ao interpretar os vagos conceitos da Lei Complementar nº 87/1996 acerca do tema, a cláusula primeira do Convênio ICMS 69/1998, com dispositivo correspondente no art. 17, § 11 da Lei nº 7.014/1996, comando ao qual este Conselho não pode negar eficácia (art. 167, I e III do RPAF-BA/1999), dispõe que estão compreendidos no campo de incidência do imposto os serviços cobrados a título de acesso, adesão, ativação, habilitação, disponibilidade, assinatura e utilização, bem como os assim chamados complementares ou facilidades adicionais, que sejam acessórios, facilitem, gerenciem ou otimizem o processo de comunicação, independentemente da denominação que lhes seja dada.

Com relação ao inconformismo atinente à exigência do ICMS sobre tais serviços - tidos como atividades suplementares, atividades meio etc., não assiste razão à sociedade empresária impugnante, pois o art. 2º, III da Lei Complementar nº 87/1996 – independentemente da forma ou do momento do pagamento, definiu como sujeitas ao tributo as prestações onerosas de serviço de comunicação, e não apenas de telecomunicação, subespécie daquele.

De mais a mais, a regra matriz do ICMS incidente sobre os fatos em análise contém a atividade de prestar serviços de comunicação, e não simplesmente de realizá-la.

A Lei nº 9.472/1997 (Lei Geral de Telecomunicações) conceituou na cabeça do art. 60 o serviço de telecomunicação como o “conjunto de atividades que possibilita a oferta de telecomunicação”, o que demonstra que a prestação em exame não ocorre apenas quando se realiza a telecomunicação propriamente dita, mas abrange até mesmo a sua disponibilização, estendendo-se a todo conjunto de atividades a ela relacionadas.

Portanto, é lícito computar na base de cálculo do imposto as rubricas “TC CPE SOLUTION”, “TC VOICE NET”, “TC VISA SOLUTION”, integração de rede virtual corporativa de voz dos usuários, aluguéis de modems e roteadores, gerenciamento de redes telefônicas (“ADVANCED SERVICES”), montagem, instalação, configuração, assinatura, hora programada, informação 102 etc.

Tal previsão também está contida no art. 1º, III c/c art. 2º, VII da Lei nº 7.014/1996, os quais estatuem que o ICMS incide sobre as prestações onerosas de serviços de comunicação, por qualquer meio, inclusive a geração, emissão, recepção, transmissão, retransmissão, repetição e ampliação de qualquer natureza.

No que tange ao suposto fato de o gerenciamento de redes telefônicas (“ADVANCED SERVICES”) constar da Lista Anexa à LC nº 116/2003 (do ISS) no item 17.23 (fl. 29), observo que tal rubrica diz respeito, entre outras, a “assessoria” e a “gerenciamento de informações”, atividades não coincidentes com a fiscalizada.

Quanto à constituição da base de cálculo, não há qualquer construção fictícia. O que se fez foi simplesmente observar o comando contido no art. 13, § 1º, I da LC nº 87/1996. Verifico, por

exemplo, na aba “ANEXO\_02\_VL NÃO INCL NA B\_CAL” do arquivo em Excel “ANEXOS 01 A 03” constante do CD de fl. 06, que a base de cálculo corresponde ao valor total dos serviços, tendo sido somados os acréscimos e deduzidos os descontos, dividido por 0,72, o que atende à sistemática da tributação “*por dentro*” do ICMS.

Em face do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

#### **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **279468.0003/15-4**, lavrado contra **TELEMAR NORTE LESTE S/A. (OI)**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$7.427.901,37**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a”, da Lei nº 7.014/1996, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 12 de janeiro de 2016.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA - PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

PAULO DANILO REIS LOPES - RELATOR

OLEGÁRIO MIGUEZ GONZALEZ - JULGADOR