

A. I. Nº - 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

1^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 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 nº 87/1996 acerca do tema, a cláusula primeira do Convênio ICMS nº 69/1998, com dispositivo correspondente no art. 17, § 11 da Lei nº 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 nº 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 nº 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 nº 3.956/1981 e consequente cerceamento de direito de defesa.

A Lei Complementar (LC) nº 87/1996 determina expressamente, em seu art. 13, III, reproduzido no art. 17, VIII da Lei nº 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 nº 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 modens 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 DANILÓ REIS LOPES - RELATOR

OLEGÁRIO MIGUEZ GONZALEZ - JULGADOR