

A. I. Nº - 281081.0001/15-1
AUTUADO - TNL PCS S/A (OI MÓVEL S/A)
AUTUANTES - PAULO ROBERTO SILVA MEDEIROS e RICARDO RODEIRO M. DE AGUIAR
ORIGEM - IFEP SERVIÇOS
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 08.04.2016

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0050-05/16

EMENTA: ICMS. 1. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO. SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO. a) SERVIÇOS DE COMUNICAÇÃO TC DATA E TC 080. Infração reconhecida pelo contribuinte no que se refere à incidência do ICMS. Contestada a quantificação da base de cálculo, com a inclusão do imposto "por dentro". Infração integralmente mantida. b) SERVIÇOS DE ALUGUEL DE EQUIPAMENTOS; MONITORAMENTO DE REDES E CESSÃO DE SOFTWARES (PROGRAMAS), NECESSÁRIOS À PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE COMUNICAÇÃO. A base de cálculo do ICMS deve ser composta do valor da prestação do serviço de comunicação e das demais cobranças vinculadas, a exemplo dos encargos pela disponibilização de meios físicos (aluguéis de equipamentos), lógicos (cessão de uso softwares), ou atividades complementares de manutenção de redes e circuitos (outros serviços complementares que venham a constituir obrigações de fazer). Exigência fiscal mantida, com a inclusão do ICMS na base de cálculo. 2. SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO. RECOLHIMENTO A MENOR DO IMPOSTO. SERVIÇO DE OI TV. Infração reconhecida pelo sujeito passivo. Remessa dos autos para homologação dos valores recolhidos. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

No Auto de Infração em epígrafe foi exigido ICMS no valor histórico total de R\$ 666.506,77. A exigência fiscal é composta de 3 (três) imputações, conforme abaixo:

Infração 1 – Falta de recolhimento do ICMS na prestação de serviço de comunicação por escrituração de valores tributados como não tributados. A empresa não ofereceu à tributação os serviços de comunicação TC DATA e TC 080, apesar de os mesmos serem tributados pelo ICMS. O ICMS compõe sua própria base de cálculo e como o contribuinte não ofereceu os serviços de telecomunicações à tributação, o Fisco/BA incluiu o imposto na base de cálculo das prestações. Conforme Demonstrativo Anexo A, apenso ao PAF. Valor exigido: R\$ 26.023,79, acrescido de multa de 60%, prevista no art. 42, inc. II, letra “a”, da Lei nº 7.014/96.

Infração 2 – Falta de recolhimento do ICMS na prestação de serviço de comunicação por escrituração de valores tributados como não tributados. A empresa não ofereceu à tributação diversos serviços de comunicação, discriminados na planilha de cobrança. O ICMS compõe sua própria base de cálculo e como o contribuinte não ofereceu os serviços de telecomunicações à tributação, o Fisco/BA incluiu o imposto na base de cálculo das prestações. Conforme Demonstrativo Anexo B, apenso ao PAF. Valor exigido: R\$ 622.178,23, acrescido de multa de 60%, prevista no art. 42, inc. II, letra “a”, da Lei nº 7.014/96.

Infração 3 – Recolheu a menor o ICMS relativo à prestação de serviços de comunicação. A empresa recolher a menor, sobre diversos serviços de comunicação OI TV, em função de erro na

alíquota correta versus a base de cálculo do imposto. Tudo apurado conforme Demonstrativo de Débito denominado Anexo C, apenso ao PAF. Valor exigido: R\$ 18.304,75, acrescido de multa de 60%, prevista no art. 42, inc. II, letra “a”, da Lei nº 7.014/96.

O contribuinte foi notificado do Auto de Infração em 01/07/15 e ingressou com defesa administrativa em 28/08/15. Reconheceu parcialmente a procedência da exigência fiscal, envolvendo a integralidade da infração 03 que decorreu de erro na aplicação da alíquota do serviço OI TV. Reconheceu também, em parte, a infração 01, em razão do cadastramento de dois clientes de forma indevida como isentos.

Discutiu na infração 01 tão somente a quantificação da base de cálculo no tocante a inclusão do próprio ICMS na sua composição (ICMS por dentro). Alega que esta base de cálculo é fictícia e indevidamente majorada pela fiscalização baiana: o denominado “gross up”.

Contesta a integralidade da infração 02 que envolve o serviço denominado TC CPE SOLUTION. A empresa sustenta que esse serviço não é tributado pelo ICMS, pois consistiria na mera locação de equipamentos. Argumenta que esta locação é uma atividade meio e sobre ela não incidiria ICMS e nem mesmo o ISS, conforme decisões reiteradas dos tribunais superiores, sendo inclusive objeto da Súmula Vinculante nº 31, com o seguinte verbete: “*É inconstitucional a incidência sobre serviços de qualquer natureza – ISS, sobre as operações de locação de bens móveis*”.

Que na contratação do referido serviço o usuário busca a) criação ou compartilhamento de infraestrutura (hardware) necessário à fruição do b) serviço de comunicação, que poderá envolver transmissão de voz, dados, imagens etc, estes pactuados de forma autônoma e separadamente, devidamente tributados pelo ICMS. Disse que essa distinção é reproduzida pela empresa nas notas fiscais emitidas e respectivos registros contábeis, através da segregação dos respectivos serviços. Acrescentou que o usuário poderia contratar, se fosse do seu interesse, o serviço CPE SOLUTION de outros fornecedores e somente utilizar o serviço de comunicação prestado pela autuada. Mesma coisa ocorreria se os usuários já possuíssem modems, roteadores, decodificadores etc, contratando somente o serviço de telecomunicação.

Trouxe para exame a decisão administrativa do Conselho de Contribuintes de Minas Gerais, exarada no Acórdão nº 19.884/12 (doc. fls. 130 a 156), onde, através de voto de qualidade (desempate) foi reconhecida a não tributação pelo ICMS das rubricas relacionadas a locação/aluguel.

Citou também decisão contida no Acórdão nº 0582-13/13, do CONSEF-BA, onde consta voto divergente que conclui pela não tributação dos serviços de locação (alugueis) de equipamentos - bens móveis.

Ainda sobre a questão frisou que há reiteradas decisões do STJ (Superior Tribunal de Justiça) em recursos repetitivos, a exemplo do REsp nº 1176.753/RJ, onde foi rechaçada a incidência de ICMS sobre atividades e serviços meramente conexos, conforme transcrição abaixo:

“A prestação de serviços conexos ao de comunicação por meio da telefonia móvel (que são preparatórios, acessórios ou intermediários da comunicação) não se confunde com a prestação da atividade fim — processo de transmissão (emissão ou recepção) de informações de qualquer natureza —, esta sim, passível de incidência pelo ICMS. Desse modo, a despeito de alguns deles serem essenciais à efetiva prestação do serviço de comunicação e admitirem a cobrança de tarifa pela prestadora do serviço (concessionária de serviço público), por assumirem o caráter de atividade meio, não constituem, efetivamente, serviços de comunicação, razão pela qual não é possível a incidência do ICMS. (...) Acórdão sujeito ao regime previsto no art. 543-C do CPC, c/c a Resolução 8/200 - Presidência/STJ.” (STJ, REsp nº 1.176.753/RJ, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Rel. p/ Acórdão Ministro Mauro Campbell Marques, PRIMEIRA SEÇÃO, jul. em 28.11.2012, DJe 19.12.2012).

Ainda na infração 02, a defesa sustentou que não são tributados pelo ICMS os serviços de ADVANCED SERVICES e OI SERVIÇOS INTEGRADOS. Argumenta que as referidas utilidades são serviços de gerenciamento de redes de comunicação e serviços de T.I., portanto, serviços de valor agregado. Alega que a autuação destes serviços implica em bitributação, visto que os mesmos já são alcançados pelo ISS municipal.

Explica que o serviço denominado ADVANCED SERVICES é destinado à monitoração e gerenciamento da rede/circuito de dados dos usuários, por meio do qual se busca o aperfeiçoamento da rede interna de comunicações, visando prevenir situações que possam causar interrupções e prejuízos ao seu funcionamento. Afirmou que esse serviço poderia ser contratado junto ao outro prestador, por ser autônomo e distinto da prestação de serviço de TELECOM e que sofre a incidência do ISS municipal por estar incluído na lista anexa à Lei Complementar nº 116/03.

Citou decisão do Poder Judiciário do Estado de São Paulo, proferida na 4ª Vara da Fazenda Pública da Comarca da capital, pela não tributação pelo ICMS do serviço de gerenciamento de rede.

Com relação ao serviços de TI (OI SERVIÇOS INTEGRADOS), aduziu que os valores autuados correspondem à remuneração pela licença adquirida por seus clientes para utilização de softwares específicos que visam a gestão de negócios dos usuários. A título de exemplo mencionou os serviços prestados à CRBS S/A, atacadista do ramo de bebidas, correspondente à cobrança de licença de programas que constam do dispositivos de telemetria instalados nos veículos do cliente com o objetivo de gerir a sua frota de veículos (controle de desempenho, custos, perfil do condutor etc). Outro exemplo apresentado foram os serviços faturados à Superintendência de Trânsito e Transporte da Prefeitura de Camaçari/Ba, em relação aos softwares voltados à fiscalização eletrônica do trânsito de veículos. Destacou que através de smartphones são emitidas multas e notificações de trânsito. Ponderou que esses serviços são tributados pelo ISS por se encontrarem inseridos no item 1.5 da lista anexa à LC 116/03: "*Licenciamento ou cessão de direito de uso de programas de computação*".

Transcreveu decisão do STJ a respeito do tema, *in verbis*:

"Os serviços acessórios ou suplementares ao serviço de comunicação, como, v.g., a locação de aparelhos, a manutenção das Estações Rádio-Base, das torres de transmissão, dos softwares de gerenciamento e outros serviços similares, têm a função de proporcionar as condições materiais necessárias à implementação do serviço comunicacional, bem como a sua manutenção, não encerrando fatos geradores da incidência do ICMS, porquanto, por si sós, não possibilitam a emissão, transmissão ou recepção de informações, razão pela qual não se enquadram no conceito de serviço comunicacional, mas, antes, ostentam a natureza de atos preparatórios ou posteriores à atividade tributada." (REsp 760.230/MG, Rel. Min. LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 27/05/2009, DJe 01/07/2009 RJM vol. 189, p. 366 - destacamos)

No tocante à base de cálculo a defesa sustenta que o art. 13, III, da LC 87/96, prescreve que nos serviços de comunicação a base impositiva é o preço do serviço, destoando daquela apurada pela fiscalização, com a inclusão do ICMS "por dentro" (*gross up*). Disse que essa forma de quantificação resulta numa base de cálculo ficta. Transcreveu trechos da decisão do STF no RE 212209/RS a respeito desse tema.

Requeru ao final a realização de perícia e formulou quesitos. Pede que seja excluída da autuação as parcelas impugnadas.

Às fls. 171/173 foram juntados aos autos petição e comprovante de pagamento parcial do Auto de Infração correspondente às parcelas reconhecidas, envolvendo a integralidade da infração 03 e o imposto exigido na infração 01, este último calculado sobre o preço do serviço.

A informação fiscal foi prestada em 11/09/2015, através de peça apensada às fls. 176 a 190 dos autos.

Os autuantes, após fazerem uma síntese dos argumentos defensivos, informaram que as questões suscitadas no presente processo já foram julgadas em outras ocasiões por esta corte administrativa citando, a título de exemplo, Acórdãos originários das Juntas e Câmaras de Julgamento do CONSEF.

Em relação aos SERVIÇOS ADVANCED SERVICES e OI SERVIÇOS INTEGRADOS, os autuantes declararam que o ICMS incide sobre a comunicação propriamente dita, inclusive sobre os serviços complementares, suplementares e facilidades adicionais, configurando o todo na prestação de serviço de telecomunicação, prevista no Convênio ICMS 69/98. Que os serviços de comunicação tributáveis pelo ICMS são aqueles que permitem que a mensagem transmitida pelo emissor seja recebida e compreendida pelo receptor. Ocorrendo esse processo, sendo ele oneroso, o ICMS será devido pelo prestador do serviço de comunicação.

Em relação aos serviços TC CPE SOLUTION-ALUGUEL, destacaram que a autuada se utiliza do artifício de segregar nas faturas enviadas aos seus clientes o serviço de telecomunicação prestado dos equipamentos fornecidos e utilizados para que ocorra efetivamente a prestação do serviço de telecomunicação. Que este procedimento implica uma redução indevida da base de cálculo do ICMS.

Disseram que é juridicamente possível que duas pessoas se vinculem duas vezes, com independência, por meio de dois contratos através de um único instrumento. Que é possível que esses dois contratos tratem, um deles, da prestação de serviço de comunicação e o outro, independentemente, da locação de bens móveis. No entanto, para que isso ocorra, as respectivas obrigações devem ser independentes, pois obrigações interdependentes, tantas quantas possam ser, denunciam vontades contratuais interdependentes, convergentes em apenas um contrato.

Para os autuantes o caso em exame não envolve prestações de dois serviços independentes, nem de um serviço principal e outro acessório, seja um de comunicação, seja o outro de locação. Trata-se apenas de um serviço de comunicação com fornecimento de materiais para sua viabilização, cobrado em separado, mas não por causa separada. Não apenas o chamado contrato de aluguel de equipamentos, pretensamente acessório, segue a sorte do pretensamente principal de prestação de serviço de comunicação, mas também vice-versa, já que a falta do fornecimento dos equipamentos de conexão importa inadimplência da obrigação de fornecer serviço de comunicação.

Ressaltaram que o aluguel de bens móveis e equipamentos de telecomunicações, a exemplo do CPE'S SOLUCIONS, se encontram dentro do campo de incidência do ICMS, estando totalmente associados e vinculados aos serviços de telecomunicação prestados pela autuada, sendo imprescindíveis para que ocorra a efetiva comunicação entre dois pontos. Sem tais equipamentos oferecidos pela autuada aos seus clientes não haveria nenhuma possibilidade de ocorrer a prestação do serviço de telecomunicação. Observaram que estes equipamentos acompanham sempre os serviços oferecidos pela TNL PCS S/A, sendo estritamente necessários para a prestação dos serviços, estabelecendo-se assim obrigações interdependentes que denunciam vontades contratuais interdependentes e não independentes.

Declararam que o entendimento exposto acima está perfeitamente em consonância com o parecer da DITRI – Diretoria de Tributação da SEFAZ-BA, transcrito à fl. 180 dos autos, referente à consulta sobre a incidência de ICMS na chamada “locação de equipamentos” para prestação de serviços de telecomunicações por empresa de telefonia fixa.

Reproduziram a definição de serviço de comunicação e de telecomunicação extraída do dicionário da língua portuguesa Novo Aurélio e o conceito legal contido na Lei nº 9.472, de 16.07.1997, que dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicação, conforme art. 60 e §§ 1º e 2º, “*in verbis*”:

Art. 60. Serviço de telecomunicações é o conjunto de atividades que possibilita a oferta de telecomunicação.

§ 1º Telecomunicação é a transmissão, emissão ou recepção, por fio, radioeletricidade, meios ópticos ou qualquer outro processo eletromagnético, de símbolos, caracteres, sinais, escritos, imagens, sons ou informações de qualquer natureza.

§ 2º Estação de telecomunicações é o conjunto de equipamentos ou aparelhos, dispositivos e demais meios necessários à realização de telecomunicação, seus acessórios e periféricos, e, quando for o caso, as instalações que os abrigam e complementam, inclusive terminais portáteis.

Pontuaram que para um serviço de telecomunicação ser prestado, ou seja, para que a mensagem saia de um local e chegue a outro (transmissão), é necessário que percorra um “caminho”, o qual é realizado através de equipamentos, cabos, fios, ondas eletromagnéticas, modems, satélites, etc. Que sem os equipamentos não pode haver a prestação do serviço de telecomunicação, por serem elementos imprescindíveis. Defendem a tese de que os serviços são indissociáveis e conexos.

Reproduziram o pensamento do tributarista carioca, Carlos Augusto Coelho Branco, nos seguintes termos: *“Se é impossível à execução da prestação do serviço de telecomunicação sem a utilização do serviço a ele conexo, entendemos que este último tem a sua natureza modificada, passando a se confundir com o próprio serviço de telecomunicação. Isto porque não há como dissociá-los. Nesta hipótese, é admissível a incidência do ICMS, uma vez que o “serviço conexo” adere ao serviço de telecomunicações, sem que haja possibilidade de o último ser prestado isoladamente. Em suma, se o “serviço conexo” é o meio para execução da obrigação contratada (condição, instrumento, caminho etc.), parece-nos tratar-se de serviço de telecomunicação, sujeito ao imposto estadual (Tributação sobre os Serviços Conexos aos Serviços de Telecomunicações, in Revista Dialética de Direito Tributário, vol. 63, págs. 29 a 41)”*.

No mesmo sentido se manifestou o Conselho Estadual de Recursos Fiscais da Secretaria de Estado da Fazenda do Espírito Santo, através do Acórdão nº 046/2002; a Diretoria de Tributação da Secretaria da Fazenda da Bahia; e, a Decisão Normativa CAT-5, de 2-12-2004, elaborada pelo Estado de São Paulo, resumida nos seguintes termos: *“ICMS - O contrato de prestação de serviço de comunicação engloba o fornecimento de equipamentos necessários à sua execução - Descaracterização de autonomia ou acessoriedade em “Contrato de Locação de Bens Móveis” - Incidência do imposto sobre a prestação global”*.

Em relação à composição e constituição da base de cálculo do ICMS, os autuantes reproduziram o art. 13, parágrafo 1º, inciso I, da LC 87/96, e a correspondente regra contida no art. 17, § 1º, inc. I, da Lei Estadual do ICMS (Lei nº 7.014/96). Disseram que os citados dispositivos estabelecem que integra a base de cálculo do imposto o montante do próprio imposto, constituindo o respectivo destaque mera indicação para fins de controle. Frisaram que a autuada deixou de agregar o imposto ao valor cobrado dos seus clientes por sua conta e risco, não podendo se beneficiar de própria torpeza.

Sobre essa questão citaram algumas decisões do CONSEF, a exemplo dos Acórdãos CJF 191-12.07, 216-12.07, 212.11.08, 0338-12.08, ACÓRDÃO JJF Nº 0286-01/12 e 0145-12.09, cuja ementa foi transcrita na peça informativa:

**2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL
ACÓRDÃO CJF Nº 0145-12/09**

EMENTA: ICMS. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO. SERVIÇO DE TELECOMUNICAÇÃO. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. O ICMS incide sobre todas as prestações onerosas de serviços de comunicação, por qualquer meio, inclusive a geração, a emissão, a recepção, a transmissão, a retransmissão, a repetição e a ampliação de comunicação de qualquer natureza, bem como sobre atividades preparatórias e conexas ao serviço de comunicação. O ICMS incidente nas prestações de serviços de comunicações deve ser incluído na própria base de cálculo. Indeferido o pedido de perícia. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime.

Entendem ser desnecessária a remessa do PAF para a realização de perícia por se encontrar nos autos provas suficientes para a solução da lide, além do assunto não demandar de conhecimentos técnicos especiais.

Concluíram a peça informativa pedindo que o Auto de Infração seja integralmente mantido.

VOTO

O Auto de Infração em lide é composto de 3 (três) infrações conforme foi detalhadamente apresentado no relatório, parte integrante e inseparável do presente Acórdão.

O contribuinte reconheceu a integralidade da exigência fiscal que compõe o item 03 da autuação, pertinente aos serviços de comunicação OI TV em razão de erro na aplicação da alíquota incidente na prestação.

Em relação à infração 01 houve também o reconhecimento da exigência fiscal no que se refere à incidência do imposto sobre os serviços de TC Data e TC 080, divergindo a defesa apenas em relação à sistemática de quantificação do imposto, com a inclusão do ICMS na sua própria base de cálculo.

Efetuiu o pagamento das parcelas reconhecidas, no importe principal de R\$ 37.297,75, conforme atesta o Documento de Arrecadação e comprovante de quitação juntados à fl. 173 dos autos.

No tocante à infração 02 a defesa contesta todo o lançamento alegando, em síntese, que o serviço denominado TC CPE SOLUTION consiste na locação de equipamentos, negócio jurídico autônomo, não passível de tributação pelo ICMS por não constituir serviço de comunicação. Citou a Súmula Vinculante nº 31, do STF que excluiu, por inconstitucionalidade, a tributação pelo ISS municipal das operações de locação de bens móveis.

Contestou também a exigência fiscal em relação aos serviços, ADVANCED SERVICES e TI (OI SERVIÇOS INTEGRADOS). O primeiro destinado à monitoração e gerenciamento da rede/circuito de dados dos usuários, por meio do qual se busca o aperfeiçoamento da rede interna de comunicações, visando prevenir situações que possam causar interrupções e prejuízos ao seu funcionamento. O segundo serviço, correspondente à remuneração pela licença adquirida pelos clientes da autuada para utilização de softwares específicos que visam à gestão de negócios dos usuários. A empresa argumenta que esses serviços foram oferecidos à tributação pelo ISS municipal, estando inseridos no item 1.05 da lista anexa à Lei Complementar nº 116/03, com a seguinte denominação: "*Licenciamento ou cessão de direito de uso de programas de computação*".

Diante das explicações e detalhamentos trazidos pelas partes entendo ser desnecessária a realização de perícia ou diligência fiscal, visto que para o deslinde da questão é essencial tão somente se entender a forma e o conteúdo dos serviços prestados pela autuada, a saber: locação de equipamentos para a prestação de serviço de comunicação (TC CPE SOLUTION); monitoramento de redes e circuitos de dados dos usuários dos serviços de comunicação prestados pela empresa (ADVANCED SERVICES) e, cessão de uso de softwares para a gestão de negócios dos usuários que utilizam os serviços de comunicação fornecidos pela autuada (TI - OI SERVIÇOS INTEGRADOS).

O serviço de locação de equipamentos é em essência um serviço atrelado ao de comunicação com fornecimento de materiais para sua viabilização, cobrado em separado, mas não em razão de causa distinta. O denominado contrato de aluguel de equipamentos constitui em verdade um negócio jurídico acessório que segue a sorte do principal e que tem por objeto ou finalidade a prestação de serviço de comunicação. Se houver a falta do fornecimento dos equipamentos de conexão a obrigação de fornecer serviço de comunicação fica inviabilizada.

No serviço de monitoramento de redes e circuitos de dados (ADVANCED SERVICES), há também uma vinculação direta com o serviço de comunicação prestado pela operadora de telefonia. Nessa modalidade o prestador de serviço monitora a rede interna de comunicações do cliente

prevenindo e corrigindo situações que possam causar interrupção e mau funcionamento que possam afetar o serviço de transmissão de dados, voz ou imagens prestado pela própria operadora. Há neste caso uma relação de complementariedade entre as prestações. Porém o objeto principal é sempre entrega do serviço de comunicação com maior nível de qualidade.

Na cessão de uso de software, correspondente ao serviço denominado TI - OI SERVIÇOS INTEGRADOS, também identificamos um total atrelamento dessa prestação com o serviço de comunicação fornecido pela operadora. Nessa modalidade de serviço a empresa de telecomunicação cobra de seus clientes a licença de uso dos softwares que são utilizados para viabilizar a prestação de serviço de comunicação, possibilitando que os tomadores do serviço possam gerir melhor os seus negócios ou atividades, conforme atestam os exemplos que foram detalhados na peça de defesa e descritos no relatório (fl. 83 do PAF).

Identificamos nos serviços acima descritos a disponibilização de meios físicos (equipamentos), lógicos (softwares), ou atividades complementares de manutenção de redes e circuitos (obrigações de fazer). Essas prestações estão diretamente vinculadas ao fornecimento de serviço de comunicação. São, portanto, atividades acessórias e complementares do serviço de comunicação, cobradas dos clientes pela operadora de telefonia.

Incide o ICMS sobre essas prestações acessórias ou complementares, visto que o § 1º, II, "a", do art. 13 da Lei Complementar nº 87/96, prescreve que integra a base de cálculo do imposto o valor correspondente a seguros, juros e **demais importâncias pagas**, recebidas ou debitadas, bem como descontos concedidos sob condição.

Essa mesma disposição normativa consta da Lei do ICMS do Estado da Bahia, no art. 17, § 1º, inc. II, letra "a".

Os serviços de seguro e a cobrança de juros considerados de forma isolada não são fatos geradores do ICMS. Porém quando esses encargos são transferidos ao adquirente de mercadorias ou ao tomador dos serviços, devem integrar a base de cálculo do imposto. São despesas acessórias da operação ou da prestação.

A base de cálculo do ICMS, portanto, deve ser composta do valor da prestação do serviço de comunicação e das demais cobranças vinculadas àquele serviço, a exemplo dos encargos pela disponibilização de meios físicos (aluguéis de equipamentos), lógicos (cessão de uso softwares), ou atividades complementares de manutenção de redes e circuitos (outros serviços complementares que venham a constituir obrigações de fazer).

Não acolho, portanto, os argumentos defensivos que sustentam que as prestações objeto da autuação estão fora do campo de incidência do ICMS. O imposto incidente sobre as prestações de serviços de comunicação, por disposição constitucional, deve recair obrigatoriamente sobre as atividades onerosas, razão pela qual alcança o serviço principal cobrado dos clientes da operadora de telefonia e todas as demais prestações acessórias ou complementares, também onerosas, que viabilizam o serviço de comunicação.

Por sua vez, as decisões judiciais e administrativas reproduzidas na peça de defesa, inclusive aquelas proferidas pelo STJ (Superior Tribunal de Justiça), não são vinculantes para a Administração Pública Estadual, posto que proferidas em sede de ações ordinárias, a exemplo do Mandado de Segurança, fazendo coisa julgada somente em relação às partes envolvidas na lide.

No tocante à inclusão do ICMS na base de cálculo da prestação do serviço de comunicação, o art. 13, § 1º, inciso I, da LC 87/96, e a correspondente regra contida no art. 17, § 1º inc. I, da Lei Estadual do ICMS (Lei nº 7.014/96), prescrevem que integra a base de cálculo do imposto, o montante do próprio imposto, constituindo o respectivo destaque mera indicação para fins de controle.

No caso concreto a autuada deixou de agregar o imposto ao valor cobrado dos seus clientes por entender que algumas prestações se encontravam fora do campo de incidência do ICMS. Assim procedendo agiu em desconformidade com a expressa previsão da lei que determina que o

imposto integra a sua própria base de cálculo. Idêntica exigência ocorre nas operações de fornecimento de energia elétrica pelas concessionárias do setor, nas importações de mercadorias do exterior e nas hipóteses de diferimento com produtos primários quando o benefício se encerra na etapa de entrada. São operações ou prestações em que não há cobrança anterior do imposto, razão pela qual, na primeira incidência, o imposto é integrado à sua base de cálculo.

Sobre essa questão há diversas decisões do CONSEF, a exemplo dos Acórdãos citados pelos autuantes na informação fiscal: 0191-12.07, 216-12.07, 212.11.08, 0338-12.08, 0286-01/12 e 0145-12.09. São decisões originárias de Câmaras e Juntas de Julgamento.

Transcrevo abaixo a ementa de um dos acórdãos acima mencionados:

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0145-12/09

EMENTA: ICMS. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO. SERVIÇO DE TELECOMUNICAÇÃO. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. O ICMS incide sobre todas as prestações onerosas de serviços de comunicação, por qualquer meio, inclusive a geração, a emissão, a recepção, a transmissão, a retransmissão, a repetição e a ampliação de comunicação de qualquer natureza, bem como sobre atividades preparatórias e conexas ao serviço de comunicação. O ICMS incidente nas prestações de serviços de comunicações deve ser incluído na própria base de cálculo. Indeferido o pedido de perícia. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime.

Frente ao acima exposto nosso voto é pela PROCEDÊNCIA "in totum" do Auto de Infração. Os valores recolhidos pelo sujeito passivo deverão ser homologados pela repartição fiscal.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **281081.0001/15-1**, lavrado contra **TNL PCS S/A. (OI MÓVEL S/A)**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$ 666.506,77**, acrescido da multa de 60%, prevista art. 42, incisos II, letra "a", da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Os valores recolhidos pelo sujeito passivo, conforme atesta o relatório extraído do SIGAT juntado às fls. 193/194 dos autos, deverão ser posteriormente homologados pela repartição fiscal.

Sala das Sessões do CONSEF, 15 de março de 2016.

ÂNGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO - PRESIDENTE

TOLSTOI SEARA NOLASCO – RELATOR

ILDEMAR JOSÉ LANDIN – JULGADOR