

A.I. Nº - 2691350006/15-9
AUTUADO - TELEFÔNICA BRASIL S.A.
AUTUANTES - JOSÉ MARIA BONFIM COSTA e GILSON DE ALMEIDA ROSA JÚNIOR
ORIGEM - IFEP SERVIÇOS
INTERNET - PUBLICAÇÃO 05.09.2016

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0126-02/16

EMENTA: ICMS. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO. SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO. OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS ESCRITURADAS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. 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. O fato gerador se configura no momento da ativação dos créditos em terminal de uso particular. Afastado pedido de anulação do auto por ilegitimidade passiva e por suposta exigência baseada em presunção. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime

RELATÓRIO

O auto de infração em lide, lavrado em 24/09/2015, formaliza a exigência de ICMS no valor total de R\$21.751.159,76, em decorrência da falta de recolhimento do ICMS na prestação de serviço de comunicação por escrituração de valores tributários como não tributários (02.08.38), no ano de 2014, acrescido de multa de 60%, prevista na alínea “a” do inciso II do art. 42 da Lei nº 7.014/96.

O autuante acrescenta que o contribuinte não ofereceu à tributação receitas de telecomunicações oriundas de prestação de serviços com código de serviço “01” prestados a contribuintes não isentos, havendo tributado apenas parcialmente estes serviços, conforme demonstrado na planilha de apuração “Anexo A”. diz que o valor do ICMS devido foi apurado conforme ANEXO B.

O autuado apresentou defesa das fls. 23 a 39, demonstrando, inicialmente, a sua tempestividade. O autuado informa que recolhe o imposto sobre o valor dos cartões pré-pagos antecipadamente, no momento em que seus clientes habilitam os créditos do respectivo cartão, partindo da equivocada premissa de que todo o valor dos créditos adquiridos será utilizado pelos clientes em serviços de telecomunicação.

Explica que, com o avanço tecnológico dos aparelhos celulares, os créditos adquiridos por meio de cartões pré-pagos podem ser utilizados pelos clientes para a aquisição de aplicativos, jogos, toques, músicas e outros produtos, chamados de SVA, que não são serviços de comunicação e, portanto, não entram na base de cálculo do ICMS. O autuado atesta que tem a informação precisa do valor utilizado pelo cliente com serviços de comunicação e do valor consumido com SVA.

De acordo com o autuado, no momento da primeira aquisição e habilitação do crédito do cartão pré-pago pelo cliente, é emitida Nota Fiscal de Serviços de Telecomunicação com destaque do ICMS incidente sobre a integralidade dos créditos adquiridos pelo cliente e recolhimento integral do imposto, como se todos os créditos fossem ser utilizados em serviços de comunicação. No momento da aquisição de mais créditos de cartão pré-pago pelo mesmo cliente, o autuado emite NFST sem a incidência do imposto estadual sobre o valor dos créditos que foram utilizados pelo cliente para consumo de SVA na compra anterior, cujo recolhimento do imposto estadual fora feito antecipadamente.

O autuado alega que a receita objeto da presente intimação fiscal não lhe pertence, na medida em que é integralmente repassada à empresa T-Data, que, no caso em tela, é a efetiva responsável pela prestação dos referidos serviços de valor adicionado, tais como jogos, aplicativos, toques, dentre outros. Salienta que esta possibilidade de utilização de créditos fiscais estão previstas nos contratos de parceria para prestação de serviço com a T-Data.

Assim, o autuado oferece aos clientes a possibilidade de contratarem os serviços de valor adicionado prestados pela T-Data, e os meios para que a prestação possa ocorrer. A T-Data presta os referidos serviços aos clientes do autuado, que fica encarregada apenas de efetuar a cobrança, emitir a competente NFST e, posteriormente, repassar à T-Data o valor recebido relativamente à essa prestação. A T-Data, por sua vez, emite ao cliente do autuado recibo discriminando os serviços prestados. Ressalta, ainda, que todos os valores relacionados aos SVA são prontamente repassados à T-Data sem transitar por contas de resultado. Salienta que essa segregação de atividades foi aprovada pela Agência Nacional de Telecomunicações.

O autuado conclui que, caso se entendesse que os SVA podem ser caracterizados como serviços de comunicação e, por isso, sujeitos à incidência do ICMS, esses serviços foram prestados pela empresa T-Data, razão pela qual, entende que não é parte legítima para figurar no polo passivo da presente autuação fiscal.

O autuado entende que o presente caso é semelhante à prestação de serviço de telefonia em chamadas de longa distância, em que a operadora local disponibiliza a rede física necessária, mas o efetivo serviço é prestado de fato pela operadora de longa distância. Cita decisão do STJ que pacificou o entendimento de que a empresa que apenas disponibiliza os meios para a prestação do serviço, ainda que seja responsável pelo faturamento, não é contribuinte ou responsável pelo recolhimento do ICMS devido na operação, que, deve ser cobrado da empresa que efetivamente presta o serviço de comunicação, no caso, a T-Data.

Assim, entende que no caso em tela a T-Data é a prestadora dos serviços de valor adicionado sobre os quais se tenta exigir ICMS, sendo a única parte legítima para a presente cobrança, fato que enseja a anulação da presente autuação por erro de capituloção legal e equívoco na identificação do suposto contribuinte.

O autuado reitera que o fisco exige ICMS sobre a integralidade dos créditos dos cartões pré-pagos adquiridos pelos clientes do autuado no momento da sua habilitação/ativação, antecipando a ocorrência do fato gerador do imposto estadual. Contudo, alega que neste momento não é possível mensurar se, quando ou quanto dos créditos dos cartões pré-pagos serão utilizados para consumo de serviço de telefonia.

O autuado compara a presente lide com a venda de energia elétrica mediante contrato em que fica disponibilizada determinada quantidade de energia elétrica por mês (demanda contratada ou reservada). Neste caso, muitas vezes a quantidade de energia elétrica colocada à disposição não é integralmente consumida. Sendo assim, o contribuinte somente recolheu o imposto devido após o conhecimento da quantidade efetivamente consumida. Os créditos dos cartões pré-pagos adquiridos pelos clientes do autuado não foram exclusivamente utilizados para consumo de serviço de telecomunicação, mas foram utilizados para aquisição de SVA, prestados por terceiros (T-Data), que não estão abrangidos pelo conceito de serviço de telecomunicação e, portanto, não se sujeitam ao ICMS.

O autuado lembra que, de acordo com o Regulamento do Serviço Móvel Pessoal (“SPM”) aprovado pela Resolução da Anatel nº 477, de 7.8.2007, as empresas que prestam serviço de telefonia móvel pré-pago podem oferecer aos clientes os cartões para compra de serviços de telecomunicação ou mesmo de serviço de valor adicionado. Dessa forma, entende que o valor a ser pago a título de ICMS deve ser aquele apurado no final do mês, exclusivamente no que se refere aos serviços de telecomunicação prestados, uma vez que na ausência da prestação do serviço de telecomunicação não ocorre o fato gerador do imposto estadual, tornando o

recolhimento realizado pela Requerente legítimo e de acordo com os fundamentos constitucionais.

O autuado entende que o auto de infração deve ser anulado, uma vez que, além de autuar por serviços de valor adicionado que foram prestados pela T-Data, baseou-se em mera presunção da ocorrência do fato gerador do ICMS para penalizar o contribuinte.

O autuado cita o art. 61, § 1º, da Lei nº. 9.472/97 (Lei Geral das Telecomunicações – “LGT”), que define “serviços de valor adicionado”, conforme a seguir:

“Art. 61. Serviço de valor adicionado é a atividade que acrescenta, a um serviço de telecomunicações que lhe dá suporte e com o qual não se confunde, novas utilidades relacionadas ao acesso, armazenamento, apresentação, movimentação ou recuperação de informações.

§ 1º Serviço de valor adicionado não constitui serviço de telecomunicações, classificando-se seu provedor como usuário do serviço de telecomunicações que lhe dá suporte, com os direitos e deveres inerentes a essa condição.

§ 2º É assegurado aos interessados o uso das redes de serviços de telecomunicações para prestação de serviços de valor adicionado, cabendo à Agência, para assegurar esse direito, regular os condicionamentos, assim como o relacionamento entre aqueles e as prestadoras de serviço de telecomunicações.”

O autuado lembra que a hipótese de incidência do imposto sobre a prestação do serviço de comunicação foi disciplinada pela LC nº 87/96, nos seguintes termos:

“Artigo 2º - O imposto incide sobre:

III – prestações onerosas de serviços de comunicação, por qualquer meio, inclusive a geração, a emissão, a recepção, a transmissão, a repetição, e a ampliação de comunicação de qualquer natureza”.

Assim, o autuado conclui-se que o ICMS é imposto incidente sobre serviços de comunicação, não sendo possível a cobrança do ICMS sobre outros serviços que não os serviços de comunicação, por falta de previsão legal e constitucional. Afirma que os valores que não foram incluídos na base de cálculo do ICMS e ensejaram a lavratura do auto de infração são relacionados à comercialização de aplicativos, músicas jogos e outros serviços que não se enquadram no conceito de comunicação, mas sim, ao conceito de serviço de valor adicionado e, portanto, não podem sofrer a incidência do referido imposto.

Cita decisão da 1ª Seção do STJ nos autos dos Embargos de Divergência em Recurso Especial (“EResp”) nº 456.650/PR, que pacificou o entendimento de que o ICMS não é incidente sobre serviços de valor adicionado, que ensejou a edição da Súmula nº. 334.

O autuado destaca que as sanções não podem ser utilizadas como instrumento de arrecadação disfarçado. Considera a multa aplicada no presente caso totalmente desproporcional à suposta infração cometida. Assim, requer que sejam afastadas as multas, sob pena de violação ao artigo 150, inciso IV, da CF/88, ou, ao menos sejam elas reduzidas a percentuais condizentes.

Em resumo, o autuado requer que o presente auto de infração seja cancelado:

- 1- diante da sua ilegitimidade passiva, haja vista que os valores indicados na autuação são referentes a serviços prestados pela empresa T-Data, e da exigência de ICMS com base na presunção de que os cartões pré-pagos adquiridos pelos seus clientes são utilizados integralmente em serviços de comunicação;
- 2- em razão dos valores objeto da autuação não terem sido incluídos na base de cálculo do ICMS por não serem relacionados à prestação de serviços telecomunicação, mas tão somente a serviços de valor adicionado, que não são sujeitos à incidência do ICMS.
- 3- pelo fato da multa aplicada (de 60% sobre o valor supostamente não recolhido) ser abusiva e confiscatória, em ofensa aos artigos 37 e 150, inciso IV, da CF/88.

Por fim, em respeito ao princípio da verdade real, o autuado requer desde já seja o presente processo convertido em diligência, bem como que lhe seja assegurado o direito à produção de

qualquer meio de prova em Direito admitidos, em especial pela posterior juntada de novos documentos, e prova pericial contábil, caso tida como necessária por esse órgão julgador, tudo com fundamento no artigo 145, parágrafo único do RPAF/BA, de forma a comprovar que não pode ser compelida a recolher os débitos de ICMS que lhe estão sendo imputados neste momento.

Os autuantes apresentaram informação fiscal das fls. 517 a 521, informando que todos os serviços objetos desta autuação encontram-se lançados nos arquivos magnéticos de autoria do autuado, entregues mensalmente ao fisco conforme determina a legislação através do convênio ICMS 115/2003. Diz que não há previsão legal da possibilidade de um contribuinte apresentar nos arquivos magnéticos do Conv. 115/2003 os serviços prestados por outro contribuinte. Seria o equivalente a permitir que um contribuinte “A” emitisse uma NF para cobrar o serviço realizado pelo contribuinte “B”, repassando a este último os respectivos valores auferidos na operação.

Os autuantes entendem que a aprovação para segregação das atividades das empresas não autoriza que a TELEFONICA BRASIL S.A. emita documento fiscal pela TELEFONICA DATA S.A., e repasse os recursos recebidos para esta.

Os autuantes esclarecem que o autuado lançou nos arquivos do convênio 115/03 serviços com Código: “1”, que apresentam diversas descrições como, por exemplo: REC 1Outros 417301, REC 2Outros 415025, REC 0ON-LINE 408360, REC 4ON-LINE 411214, REC 6ON-LINE 419322; cujos valores dos serviços são lançados na coluna ISENTAS, não sendo tributadas integralmente. Reclamam que não há nenhuma descrição do serviço que foi prestado ao cliente final, mas apenas descrições genéricas. Uma parte dos valores correspondentes a estes serviços são lançadas como tributadas e outra parte dos valores são lançados na coluna ISENTAS sem qualquer detalhamento que possa comprovar que se tratam de serviços não tributados.

Os autuantes lembram que os Estados signatários do Convênio ICMS nº 69/98 firmaram entendimento no sentido de que devem ser incluídos na base de cálculo do ICMS incidente sobre serviços de telecomunicação 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 aperfeiçoem o processo de comunicação, independentemente da denominação que lhe seja dada. Diz que as tabelas anexas apresentam os registros das notas fiscais efetivados nos arquivos do Convênio ICMS 115/03, sem a devida tributação.

Os autuantes ressaltam que o trabalho fiscal encontra respaldo no art. 13 da Lei Complementar nº 87/96, na Lei nº 7.014/96, e no RICMS-BA, tratando da base de cálculo, como abaixo transcrito, de acordo com os quais incluem-se na base de cálculo do ICMS os valores cobrados relativos a serviços suplementares e facilidades adicionais que otimizem ou agilizem o processo de comunicação, independentemente da denominação que lhes seja dada.

Em relação à multa aplicada, os autuantes esclarecem que seguiram determinação da Lei 7.014/96, como não poderia deixar de ser, por exação da sua atividade vinculada.

VOTO

Verifiquei que foram observados todos os requisitos que compõe o auto de infração, previstos no art. 39 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF), Decreto nº 7.629/99.

O autuado afirma que não é contribuinte ou responsável pelo recolhimento do ICMS ora reclamado pois apenas disponibiliza os meios para a prestação do serviço, ainda que seja responsável pelo faturamento. Inicialmente, convém destacar que a cláusula décima primeira do Convênio ICMS 126/98 permite a impressão conjunta de nota fiscal de serviço de telecomunicação com a nota fiscal de outra empresa em um único documento de cobrança.

Esta cobrança implica que constarão em um único documento notas fiscais referentes a mais de uma empresa. Na presente lide, entretanto, vimos que, apesar do autuado afirmar que parte da

cobrança refere-se a serviços prestados por terceiro, ela está sendo feita em uma única nota fiscal, emitida pelo autuado.

O inciso X do art. 6º da Lei nº 7.014/96 considera solidariamente responsável pelo pagamento do imposto e demais acréscimos legais devidos pelo contribuinte de direito a empresa de comunicação cobradora do serviço, mediante convênio entre este Estado e as demais unidades da Federação, em relação à prestação efetivada por mais de uma empresa. Assim, admitindo-se que na cobrança da nota fiscal emitida pelo autuado consta incluída a prestação de serviço feita por outra empresa, rejeito a requerida anulação deste auto de infração em razão da condição alegada pelo autuado de ilegitimidade passiva sob a argumentação de que os serviços foram prestados pela empresa T-DATA.

Mesmo que o documento não tenha sido emitido nos termos do Convênio ICMS 128/98, o autuado não pode alegar ilegitimidade passiva pois ele teria figurado como cobrador do serviço, sendo solidariamente responsável nos termos do inciso X do art. 6º da Lei nº 7.014/96.

Rejeito também o pedido de anulação deste auto de infração sob a argumentação de que foi baseado em presunção de ocorrência de fato gerador. O auto está baseado na indevida adoção de tratamento de isenção à prestação de serviço supostamente realizada por outra empresa. Os valores estão declarados pelo autuado em sua escrituração fiscal, feita com base no Convênio ICMS 115/03, como se fossem por ele prestados.

Indefiro o pedido de diligência pois entendo que os documentos acostados ao processo são suficientes para se concluir a respeito da procedência ou não da presente reclamação de crédito.

Afasto toda discussão acerca da constitucionalidade da multa aplicada no presente auto de infração. De acordo com o inciso I do artigo 167 do RPAF, não é competência deste órgão julgador a declaração de constitucionalidade da legislação tributária estadual. A multa aplicada está prevista no art. 42 da Lei nº 7.014/96.

No mérito, entendo que a prestação onerosa de comunicação constante no documento fiscal emitido pelo autuado está sujeita à incidência do ICMS. O inciso VII do art. 2º da lei nº 7.014/96 estabelece que 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;

A alínea “b” do inciso XIII do art. 4º da Lei 7.014/96 considera como ocorrido o fato gerador do imposto da prestação onerosa de serviços de comunicação de qualquer natureza no momento do reconhecimento ou ativação dos créditos caso o serviço seja prestado mediante ficha, cartão ou assemelhados, quando para utilização exclusivamente em terminal de uso particular.

Ocorrida a ativação dos créditos em terminal de uso particular configura-se a ocorrência do fato gerador do ICMS. O § 11 do art. 17 da Lei nº 7.014/96 estabelece que se incluem na base de cálculo do ICMS das prestações de serviço 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.

É predominante o entendimento no CONSEF no sentido de que todas as facilidades e atividades vinculadas às prestações de serviço de comunicação compõem a base de tributação do ICMS. Portanto, os chamados serviços de valor adicionado, cobrados dos usuários de serviços de comunicação, devem ser incluídos na base de cálculo do ICMS.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 2691350006/15-9, lavrado contra

TELEFÔNICA BRASIL S.A., devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$21.751.159,76**, acrescido de multa de 60%, prevista na alínea “a” do inciso II do art. 42 da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais previstos pela Lei nº 3.956/81.

Sala das Sessões do CONSEF, 11 de agosto 2016.

JOSÉ CARLOS BACELAR - PRESIDENTE

OLEGÁRIO MIGUEZ GONZALEZ – RELATOR

ANTONIO CESAR DANTAS OLIVEIRA - JULGADOR