

A. I. N° - 298636.0107/14-7  
AUTUADO - NEXTEL TELECOMUNICAÇÕES LTDA.  
AUTUANTE - EDSON JOSÉ DE OLIVEIRA CARNEIRO  
ORIGEM - IFEP SERVIÇOS  
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 10.11.2016

**5<sup>a</sup> JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO JJF N° 0180-05/16**

**EMENTA: ICMS. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO. SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO. PRESTAÇÃO TRIBUTÁVEL CONSIDERADA COMO NÃO TRIBUTÁVEL. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO.** O ICMS incide sobre as prestações onerosas de serviços de comunicação. Integram a base de cálculo do ICMS, por expressa previsão legal, quaisquer importâncias ou despesas acessórias pagas pelo tomador do serviço de comunicação ou a ele debitadas, inclusive valores referentes a aluguéis ou locação de equipamentos e aparelhos e outros meios físicos, de propriedade da operadora do serviço, necessários à prestação do serviço de comunicação. O contribuinte utiliza, nas operações autuadas, o CFOP 5.307 - Prestação de serviço de comunicação a não contribuinte. Os serviços em questão são denominados “*Mensalidades Rental Program*” e foram lançados na coluna “outros” nos registros do Conv. ICMS 115/03. Infração não elidida, mesmo após diligência executada pela ASTEC/CONSEF. Não provado documentalmente a alegação defensiva de que as receitas auferidas pela empresa autuada se referiam exclusivamente à contratos de locação de aparelhos de telefonia. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

Trata-se de Auto de Infração lavrado em 01/12/2014, para exigir ICMS no valor principal de R\$360.007,11, contendo a seguinte imputação:

**Infração 01** – Falta de recolhimento do ICMS na prestação de serviço de comunicação por escrituração de valores tributados como não tributados. Sobre a base de cálculo foi aplicada a alíquota de 27%, resultando no imposto reclamado, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inc. II, letra “a”, da Lei nº 7.014/96.

No campo “descrição dos fatos” do A.I. consta que o autuado é empresa prestadora de serviços de telecomunicações que deixou de recolher o ICMS referente a prestações de serviços realizadas para não contribuintes do imposto, registradas sobre o código CFOP 5307. Os serviços em questão são denominados “*Mensalidades Rental Program*” e foram lançados na coluna “outros” nos registros do Conv. ICMS 115/03. O autuante fez menção também ao Conv. ICMS 69/98 que estabelece a incidência do imposto sobre valores cobrados a título de acesso, adesão, ativação, habilitação, disponibilidade, assinatura, bem como aqueles relativos aos serviços suplementares e facilidades adicionais que otimizem ou agilizem o processo de comunicação, independentemente da denominação que lhes seja dada.

O contribuinte foi notificado do Auto de Infração em 09/12/14 e ingressou com defesa administrativa em 22/12/14, através de petição subscrita por advogados (fls. 16 a 24), habilitados a intervir no processo através do instrumento de procura e posterior substabelecimento (doc. fls. 35/37).

A defesa argumentou que as operações autuadas se referem à locação de aparelhos celulares (*handsets*), não configurando fato gerador do ICMS, conforme disposições da Constituição Federal de 1988, Lei Complementar nº 87/96 e reiterada jurisprudência dos tribunais superiores, especialmente do STJ (Superior Tribunal de Justiça, todas reproduzidas na inicial).

O autuante, na informação fiscal (fl. 40), afirmou que a empresa não comprovou nos autos tratar-se de receitas de locação de aparelhos celulares, mantendo a exigência fiscal lançada de ofício.

Visando elucidar a questão em lide, o colegiado da 5ª JJF, na sessão realizada no dia 28/04/2015, determinou que o processo fosse convertido em diligência à ASTEC, para que em procedimento “*in loco*”, no estabelecimento da empresa, e a partir dos documentos solicitados do contribuinte, via intimação, certificasse se efetivamente as receitas objeto da autuação se referiam à locação de aparelhos celulares.

Caso fosse comprovada a circunstância acima apontada, em relação à totalidade ou a parte das receitas auferidas, deveria o diligente apresentar demonstrativo consolidando o que viesse a ser apurado na revisão fiscal. Determinou-se ainda que, ao final do procedimento revisional, desse ciência ao autuante e à autuada do inteiro do Parecer Técnico, assegurando às partes o prazo de 10 (dez) dias para as manifestações, conforme norma contida no art. 149-A, do RPAF/99.

A ASTEC/CONSEF, através do Parecer nº 70/2016 firmado pelo Auditor Fiscal Jorge Inácio de Aquino, acostado às fls. 46/47 deste PAF, declarou não ter logrado êxito em intimar a empresa no endereço indicado no Auto de Infração e nos registros cadastrais da SEFAZ-BA. Que ao comparecer ao local indicado nos autos foi informado, pela vizinhança, que a Nextel havia desocupado o imóvel à aproximadamente dois anos. Em razão de não constar nos registros da repartição fiscal o novo endereço ou mesmo o pedido de baixa de inscrição, tentou fazer contato por telefone pelo canal 0800 com algum representante ou preposto do contribuinte, ocasião em que fora informado que a empresa não possuía mais estabelecimentos fixos no Estado da Bahia.

Em decorrência da impossibilidade de intimar a empresa no local de funcionamento e na ausência de prepostos do contribuinte neste Estado, optou em fazer contato com o escritório de advocacia que protocolizou a peça impugnatória, situado em São Paulo – Capital, através de telefone e correio eletrônico. Afirmou ter sido atendido pelo advogado Mauro Henrique Alves Pereira, em 31/05/2016, que subscreveu a peça impugnatória, realizando a solicitação de entrega de documentação através de e-mails e intimações fiscais juntadas às fls. 51 a 56, ocasião em que fora informado que o pedido seria encaminhado ao Departamento de Impostos Indiretos da Nextel. Posteriormente, em 06 de junho de 2016, o escritório de advocacia solicitou prorrogação do prazo em 20 (vinte) dias para atendimento da intimação, conforme requerimento anexado à fl. 50. Transcorrido esse prazo o auditor da ASTEC estabeleceu novo contato telefônico com o advogado do autuado, tendo sido informado que a empresa estaria em breve enviando toda a documentação solicitada. Frustrada mais uma vez a entrega da documentação, o revisor da ASTEC voltou a manter contato o advogado da empresa autuada, comprometendo-se este a esclarecer, junto ao contribuinte, os motivos da não remessa das comprovações solicitadas na intimação fiscal.

Transcorridos 60 (sessenta dias) desde a formalização da 1ª intimação fiscal ou 34 (trinta e quatro) dias do pedido de prorrogação e frente à inércia do contribuinte em proceder à entrega das comprovações relacionadas aos contratos de locação, o diligente da ASTEC encerrou o procedimento, em 29 de julho de 2016, afirmando não ter sido possível concluir a revisão fiscal por ausência de elementos probatórios que comprovassem as alegações apresentadas pelo contribuinte na peça de defesa.

Autuante e autuado, este último via intimação encaminhada ao escritório de advocacia situado em São Paulo (doc. fls. 59/60), foram notificados do inteiro teor do Parecer ASTEC nº 70/2016. Após o transcurso do prazo de 10 (dez) dias, as partes permaneceram silentes, não aduzindo novas razões relacionadas ao lançamento tributário em lide.

## VOTO

No Auto de Infração em epígrafe foi imputado ao autuado o cometimento da falta de recolhimento do ICMS na prestação de serviços de comunicação por escrituração de valores tributáveis como não tributáveis, consoante demonstrativos acostados à fl. 07 e relação de todas as notas fiscais (gravadas em CD-R), em que constam os valores dos serviços prestados, com a denominação “*Mensalidade Rental Program*”, sem recolhimento do imposto, cujas cópias foram devidamente entregues ao autuado.

Consta também da acusação fiscal a explicitação de que o não recolhimento refere-se a prestação de serviços de telecomunicações a não contribuinte (CFOP 5.307) que foram lançados pelo autuado na Coluna “Outros” nos registros do Convênio ICMS 115/03.

Em sede de defesa, o impugnante, depois de enunciar as suas considerações que atribui à constituição do crédito fiscal objeto do Auto de Infração a não inclusão da receita de locação de aparelhos celulares (*handsets*) na base de cálculo do ICMS, concentrou suas razões de defesa no fato de que o ICMS - Comunicação somente pode incidir sobre os serviços de comunicação propriamente ditos, isto é, sobre a atividade-fim que é o serviço de comunicação, e não sobre a atividade-meio, apontando como exemplo a locação de aparelhos celulares.

Para corroborar sua tese invocou decisões de Tribunais Superiores sobre o tema, reproduzindo trechos das respectivas ementas, além de transcrever o teor do art. 155, inciso II, da CF/88, dos artigos 2º, inciso III e art. 12, inciso VII, da Lei Complementar nº 87/96 e do art. 60, §1º da Lei nº 9.472/97 que define o conceito de telecomunicação, com o objetivo de ilustrar o fundamento legal da Regra Matriz de Incidência do ICMS - Comunicação e do princípio da legalidade e da tipicidade fechada.

O autuante, na fase de informação fiscal, asseverou que apesar da alegação do impugnante de que as receitas lançadas com a denominação de “*Mensalidade Rental Program*” se referiam à locação de aparelho de celulares, lançou esses valores nos registros do Convênio ICMS 115/03 com CFOP 5.307 - Prestação de serviço de comunicação a não contribuinte. Classificam-se neste código as prestações de serviços de comunicação a pessoas físicas ou a pessoas jurídicas não indicadas nos códigos anteriores. Afirmou ainda que a defesa não apresentou nenhuma prova de sua alegação, como por exemplo, cópias dos contratos de locação assinados entre as partes (prestador e consumidores).

Como visto acima, o próprio autuado observou que a infração se refere a não inclusão na base de cálculo do ICMS dos valores relativos a aluguel de celular (*handsets*) e sustentou não haver incidência de ICMS sobre aluguel, pois o aluguel é atividade-meio e não serviço de comunicação, ou seja, atividade-fim, conforme definida na Lei Geral de Telecomunicações - Lei nº 9.472/97 (art. 60, §1º).

Entretanto, nos autos não foi demonstrado pela impugnante, mesmo após ter sido reiteradamente intimada pela ASTEC/CONSEF, em procedimento revisional determinado por esta 5ª JJF, que a receita originada do serviço denominado “*Mensalidade Rental Program*”, adveio da locação de aparelhos “*handsets*”. Inexiste, neste PAF, a prova inequívoca da alegação de ilegalidade da cobrança articulada na peça defensiva.

Por outro lado e consoante a reiterada jurisprudência deste CONSEF, mesmo que no presente PAF estivesse provado que as receitas auferidas pela autuada e contabilizadas a título de “*Mensalidade Rental Program*”, fossem relacionadas exclusivamente à locação de aparelhos de telefonia, há previsão expressa no §1º, inciso II, “a”, do art. 13 da Lei Complementar nº 87/96, estabelecendo que integra ou compõe a base de cálculo do ICMS o valor correspondente a seguros, juros e demais importâncias pagas, recebidas ou debitadas, bem como descontos concedidos sob condição.

Ao cunhar explicitamente no texto legal a expressão “*demais importâncias pagas, recebidas ou debitadas*”, o legislador determinou que devem integrar a base de cálculo do imposto quaisquer importâncias ou despesas acessórias pagas pelo tomador do serviço de comunicação ou a ele

debitadas, do mesmo modo que ocorre com as despesas acessórias em relação às operações de circulação de mercadorias e com as prestações de serviços de transporte.

Nesta esteira, como se depreende das razões de defesa apresentadas pelo autuado, o seu entendimento também não se coaduna com a Cláusula Primeira do Convênio ICMS 69/98, “*in verbis*”:

**“Cláusula primeira.** Os signatários firmam entendimento no sentido de que se incluem na base de cálculo do ICMS incidente sobre prestações de serviços de comunicação os valores cobrados a título de acesso, adesão, ativação, habilitação, disponibilidade, assinatura e utilização dos serviços, bem assim aqueles relativos a serviços suplementares e facilidades adicionais que otimizem ou agilizem o processo de comunicação, independentemente da denominação que lhes seja dada.”.

Logo, ao contrário do manifesto entendimento da defesa, qualquer que seja a denominação atribuída, os valores cobrados aos assinantes a título de locação de celulares por força de contrato estão compreendidos no campo de incidência do ICMS, uma vez que os custos de locação dos equipamentos, além de intrínseca e exclusivamente vinculados aos serviços, devem ser inclusos no preço total do serviço de comunicação, constituindo da base de cálculo do imposto.

Em suma, a exploração da atividade de prestação de serviços de comunicação é tributada pelo ICMS e, nesse caso, se vinculada à locação de aparelhos de telefonia celular para ser utilizado com funcionalidades exclusivas do serviço pelo tomador, o valor do aluguel deve compor a base de cálculo da operação para efeito de tributação do ICMS. Tal cobrança decorre da previsão contida no art. 155, inciso II, da Constituição Federal e está amparada no art. 2º, inciso III, da Lei Complementar nº 87/96 e no art. 2º, inciso VII c/c o §1º da Lei nº 7.014/96.

Ademais, esse tema é recorrente e a acusação fiscal sob análise tem sido julgada procedente, conforme jurisprudência consolidada do CONSEF, a exemplo dos Acórdãos CJF nº 0271-13/13, CJF nº 0323-13/13, CJF nº 0358-13/13 e CJF nº 0075-11/15.

No que tange às decisões emanadas do STJ (Superior Tribunal de Justiça) favoráveis ao entendimento esposado pelo contribuinte, temos a dizer que os acórdãos judiciais citados na peça de defesa não têm efeito vinculante para a Administração Pública Estadual, visto que foram proferidos em ações ou recursos de controle difuso da legalidade ou da constitucionalidade. Cabe ainda frisar que em nova discussão travada sobre o tema da incidência do ICMS sobre os serviços de valor adicionado (SVA), travada no âmbito do STF (Supremo Tribunal Federal), a questão poderá ser objeto de mudança do entendimento que vem sendo reiteradamente adotado pelo STJ. Nesse sentido o Recurso Extraordinário (RE) nº 912888, com repercussão geral reconhecida, no qual o Estado do Rio Grande do Sul questionou o acórdão do Tribunal de Justiça local (TJ-RS) favorável à empresa Oi S/A, no que tange à tributação dos serviços de assinatura.

Ante o exposto voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **298636.0107/14-7**, lavrado contra **NEXTEL TELECOMUNICAÇÕES LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$360.007,11**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, "a", da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 06 de outubro de 2016.

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

TOLSTOI SEARA NOLASCO – RELATOR

ARIVALDO LEMOS DE SANTANA - JULGADOR