

A. I. N° - 274068.0017/11-3
AUTUADO - CLARO S.A.
AUTUANTE - EDINALDO AVELINO DE PAIVA e CRYSTIANE MENEZES BEZERRA
ORIGEM - IFEP SERVIÇOS
INTERNET - 14.12.2011

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0306-02/11

EMENTA: ICMS. 1. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. RECEITAS ORIUNDAS DE OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS REGISTRADAS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. a) SERVIÇOS SUPLEMENTARES E FACILIDADES ADICIONAIS. O ICMS não incide sobre comunicação, mas sobre a prestação de serviços de comunicação, isto é, a atividade de fornecimento, em caráter oneroso, de condições materiais para que a comunicação ocorra. Os chamados serviços suplementares e facilidades adicionais que otimizam, ou agilizam, o processo de comunicação, são serviços acessórios do serviço de comunicação, relacionados a uma comunicação à qual dão viabilidade, ou suporte. Tais aludidos serviços suplementares e facilidades adicionais estão incluídas no campo de incidência do ICMS, pois o acessório segue a sorte do principal. O valor cobrado pelas operações que baseiam o lançamento de ofício é parte integrante do custo do serviço de comunicação, portanto incluído no campo de incidência do ICMS. Infração não elidida. Rejeitadas as preliminares de nulidade argüidas. Infração caracterizada. b) CESSÃO DE REDE. Infração reconhecida. 2. ACRÉSCIMOS TRIBUTÁRIOS. ACRÉSCIMOS MORATÓRIOS. PAGAMENTO EXTEMPORÂNEO DO IMPOSTO. Infração reconhecida. Auto de Infração **PROCEDENTE. Decisão unânime.**

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 29/06/2011, exige ICMS, no valor histórico de R\$328.865,43, acrescido da multa de 60%, em razão de:

INFRAÇÃO 01 - falta de recolhimento do imposto, no valor de R\$ 324.118,90, na prestação de serviço de comunicação por escrituração de valores tributáveis como não tributáveis, nos meses de janeiro a abril de 2010. Consta, ainda, da acusação que o contribuinte deixou de recolher o ICMS sobre serviços de comunicações tributados e considerados pelo contribuinte como não tributados. Que os valores foram lançados no livro Registro de Saídas na coluna “isentas” ou “não tributadas”. Que os dados foram fornecidos pelo contribuinte através dos arquivos do Convênio ICMS n° 115/03, conforme anexos 1 a 5, integrantes do Auto de Infração, cujas cópias foram entregues ao sujeito passivo.

INFRAÇÃO 02 – Falta de pagamento do ICMS na prestação de serviço de comunicação, no valor de R\$2.129,81, por escrituração de valores tributados como não tributados.

INFRAÇÃO 03 – Deixou de recolher os acréscimos moratórios, no valor de R\$2.616,72, referentes ao ICMS devido, pago intempestivamente, porém espontâneo.

O autuado impugnou parcialmente o lançamento tributário, fls. 81 a 27, mediante advogado habilitado nos autos, reconhecendo parcialmente a infração 01 e integralmente as infrações 02 e 03. Informa que o autuado tem por objeto social a implantação, operação e prestação de serviços de telecomunicações, no Brasil e no exterior, compreendendo, ainda, a compra, a venda, a locação, a cessão de uso de meios e equipamentos a qualquer título, a importação e a exportação de equipamentos e outros produtos, bem como a prestação de serviços correlatos. Que devido à grande velocidade das inovações tecnológicas no setor de telecomunicações, são cada vez mais variados os serviços disponibilizados aos usuários dos serviços de telefonia móvel, os quais extrapolam a chamada telefônica propriamente dita. Atualmente já é possível que os consumidores dos serviços de telefonia móvel realizem, por exemplo, *downloads* de músicas, vídeos e *softwares* pelo aparelho celular, doações para instituições religiosas, entidades filantrópicas ou até mesmo para eventos beneficentes. Alega que parte dos serviços prestados pelas operadoras de telefonia móvel celular não são serviços de comunicação, asseverando não configurarem o fato gerador do ICMS.

Como preliminar argüi vício insanável do Auto de Infração por ausência de motivação. Diz que, de acordo com o artigo 142 do Código Tributário Nacional - CTN, a constituição de crédito tributário dá-se mediante a expedição do lançamento tributário, discorrendo acerca de seu conceito, de sua importância para o Direito em matéria tributária, da sua obrigatoriedade e vinculação. Afirma que a validade do lançamento tributário está condicionada à constatação dos requisitos essenciais à expedição de qualquer tipo de ato jurídico (agente capaz, objeto lícito e forma prescrita ou não defesa em lei), além da verificação dos pressupostos específicos que o caracterizam, quais sejam: o motivo e a finalidade do ato.

Transcreve trecho de doutrina de Celso Antônio Bandeira de Mello e tece explicações acerca do conceito de motivo do ato administrativo. Alega que, em se tratando do lançamento tributário, a motivação do ato administrativo consiste na descrição do fato que fundamentou sua expedição, bem como na declaração de como esse fato enquadrou-se na descrição prevista pela norma tributária que ensejou a cobrança do tributo. É por meio da motivação que se tem o conhecimento dos elementos fáticos e da correspondente previsão normativa que conduziram o agente fiscal a realizar determinado lançamento tributário (contraditório), daí a razão da obrigatoriedade de sua enunciação (da motivação), sob pena de invalidade do ato praticado. Alega que, no presente caso, o Auto de Infração impugnado careceria da adequada exposição dos motivos que levaram a Autoridade Fiscal a efetuar os lançamentos dos débitos de ICMS exigidos, aduzindo que não se teria justificado o motivo do enquadramento dos serviços autuados como sendo de comunicação, que não descreve adequadamente a razão da alegada prestação de serviços de comunicação sob o abrigo indevido da isenção e da não-incidência do ICMS realizada pelo autuado. Os motivos ensejadores da lavratura do Auto de Infração não teriam sido descritos pelo agente fiscal, e que sequer teriam sido fornecidos detalhes mínimos sobre as circunstâncias fáticas e de Direito que o conduziram a lançar os supostos débitos de ICMS exigidos. Afirma que teria havido imprecisão na descrição dos fatos que ensejaram a lavratura do Auto de Infração, aduzindo que seria impossível pontuar qual a infração por si, contribuinte, praticada. Transcreve trecho do voto discordante do Julgador José Bizerra Lima Irmão, relativo ao Auto de Infração nº 264068.0005/09-3.

Argumenta que, por se tratar de empresa de telecomunicações, a Administração Tributária lavrou o presente Auto de Infração, considerando que todos os serviços prestados seriam de comunicação. Requer a declaração de nulidade da autuação fiscal, aduzindo que não existiria demonstração dos motivos que levaram a Autoridade Fiscal a enquadrar os serviços constantes das notas fiscais como sendo tributáveis pelo ICMS e alegando terem sido violados os princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, consagrados pela Constituição da República, em seu artigo 5º, incisos LIV e LV. Cita texto de Alexandre Moraes sobre a ampla defesa e palavras de James Marins sobre princípios administrativos.

No mérito, o autuado argüi a inexistência dos supostos débitos de ICMS, caso seja ultrapassada a preliminar de nulidade do Auto de Infração.

Diz que os argumentos apresentados em sua defesa serão realizados através da segregação dos tipos de serviços constantes dos Anexos (relação dos serviços tributados considerados como não tributados, elaborada pelo Fisco) do Auto de Infração em debate.

Aduz que os serviços objeto de autuação, na verdade, são serviços de valor adicionado (SVA), os quais não se enquadram na hipótese de incidência do ICMS, tendo relacionado os serviços às folhas 88 e 89 dos autos.

Transcreve o artigo 155, inciso II, da Constituição da República afirmando que, entre as hipóteses de incidência do ICMS, consta a prestação de serviços de comunicação (ICMS-comunicação), cujo conteúdo veio a ser explicitado pela Lei Complementar nº 87/96 que, atendendo ao disposto no artigo 146, III, da Constituição, estabeleceu normas gerais relativas ao ICMS com a finalidade precípua de precisar os limites que foram delineados pela norma constitucional atributiva de competência. Transcreve o artigo 2º da citada Lei Complementar. Afirma que este dispositivo trata da hipótese de incidência do ICMS-comunicação, que consiste em obrigação de fazer, que pressupõe a existência dos seguintes elementos: (I) onerosidade da prestação; (II) utilização de um canal entre emissor e receptor; e (III) transmissão da mensagem por sons, imagens, sinais, signos ou símbolos. Alega que a ausência de quaisquer desses elementos acarreta a inexistência de prestação de serviço de comunicação, o que afasta a possibilidade de incidência do ICMS sobre eventual serviço dessa natureza prestado por terceiro.

Que, para a incidência do ICMS-comunicação, é absolutamente necessário que um terceiro preste, em caráter oneroso, serviços que tenham por objeto propiciar a efetiva comunicação entre duas ou mais pessoas. Transcreve trecho das lições de Alcides Jorge Costa e Ricardo Lobo Torres. Reitera que há incidência do ICMS somente diante de uma prestação de serviço de comunicação, o que ocorre quando um terceiro fornece, em caráter oneroso, os meios para que emissor e receptor possam trocar mensagem. Transcreve trecho das lições de Roque Carraza Antônio Carrazza e de José Eduardo Soares de Melo sobre a matéria. Afirma que a obrigação jurídico-tributária do ICMS apenas nascerá com a realização de uma ação que implique o fornecimento de todas as condições materiais necessárias à transmissão da mensagem ao destinatário do serviço.

Salienta que de acordo com a Constituição da República, em seu artigo 22, inciso IV, compete privativamente à União legislar sobre telecomunicações, e que no exercício dessa competência foi promulgada a Lei nº 9.472/97 - Lei Geral de Comunicações, que dispõe “sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais, nos termos da Emenda Constitucional nº 8, de 1995”. Que a definição de telecomunicação vem expressa no artigo 60, § 1º, e de serviço adicionado no artigo 61 do mesmo diploma legal, transcrevendo-os. Aduz que o fato gerador do ICMS, na hipótese, somente abrange a prestação de serviços cujo objeto seja a telecomunicação como definida no artigo 60 da Lei nº 9.472/97, excluindo-se os serviços de valor adicionado, tal qual definidos no artigo 61, citando o STJ a respeito de não incidência de ICMS nos serviços prestados via internet. Aduz que nesse sentido, por exemplo, os serviços de *downloads* de músicas, vídeos, imagens etc. utilizados pelos usuários não configurariam hipótese de incidência do ICMS, de sorte que somente o preço da chamada telefônica pode servir de base de cálculo do ICMS, já que configura a dimensão econômica do fato gerador do tributo, ou seja, a prestação do serviço de telecomunicação. Que o serviço de valor adicionado é negócio jurídico autônomo não sujeito à tributação por meio do ICMS, que somente poderá incidir sobre a prestação do serviço de telecomunicação, isto é, a realização da chamada telefônica.

Frisa que nas operações de telefonia móvel o autuado possibilita aos seus usuários a aquisição de serviços de valor adicionado, definidos pelo artigo 61, caput e § 1º da Lei 9.742/97. A rigor, os

serviços de valor adicionado somente se valem da rede de telecomunicações como suporte para sua prestação e, desse modo, não se confundiriam com os serviços de telecomunicações propriamente ditos. Cita ensinamentos de André Mendes Moreira, e traz exemplos de aquisições de bens e serviços, tais como, por exemplo, a compra de ingressos de cinema ou o *download* de *ringtones*, ou músicas. Afirma já ser possível vislumbrar que, em um futuro próximo, o aparelho celular sirva como verdadeiro cartão de crédito para a realização de transações comerciais tais como a compra de livros, jornais ou refrigerantes em máquinas.

Assevera que nas aquisições de bens e serviços existem duas relações jurídicas distintas. A primeira, de natureza mercantil (que possibilita a aquisição de um bem ou um serviço), que não se confunde com a prestação do serviço de comunicação (fato gerador do ICMS). E outra, ancorada no serviço prestado por si, sujeito passivo, que possibilita a comunicação entre o vendedor/prestador e o adquirente do bem ou serviço. Aduz que somente no que se refere a esta última relação, estabelecido o tripé comunicacional entre o adquirente e o vendedor/prestador, por intermédio do serviço oneroso por si prestado, seja por voz ou dados, a operação deverá ser tributada pelo ICMS.

Prosseguindo, informa que *download é a transmissão de* imagens, músicas, vídeos, jogos e softwares dos servidores dele, sujeito passivo, para um aparelho celular. Assevera que o serviço de *download* não possibilita que haja a comunicação entre um emissor e um receptor. Na realidade, se utiliza do serviço de telecomunicações prestado pela Impugnante, mas com este não se confunde. Portanto, não haveria que se falar em incidência de ICMS – comunicação. Afirma que a não incidência do ICMS fica ainda mais evidente na hipótese de se considerar que, nos casos dos serviços de *download*, ele, sujeito passivo, é detentor dos direitos de uso sobre eles e apenas disponibiliza seu conteúdo próprio para seus clientes.

Argumenta que a fiscalização apurou ser supostamente devido ICMS sobre os serviços, “DOWNLOAD DE IMAGEM (WAP)”, “DOWNLOAD TRUE TONE, VALOR I”, “DOWNLOAD TRUE TONE, VALOR II”, “DOWNLOAD TRUE TONE, VALOR III”, “DOWNLOAD TRUE TONE, VALOR IV”, “DOWNLOAD VIDEO, VALOR I”, “DOWNLOAD VIDEO, VALOR II”, “DOWNLOAD VIDEO, VALOR V”, “HITS POLIFÔNICOS”, “HITS POLIFÔNICOS FUT” “IDEIAS MUSIC STORE 7”, “IMAGENS 1” e “IMAGENS 2” e “MÓBILE FUN”, mas que estas consistem em mero acesso direto ao endereço eletrônicos de serviços dele, impugnante, denominado “Claro Idéias”, para baixa de músicas e vídeos diretamente do site.

Entende que os serviços denominados “JOGOS JAVA 1”, “JOGOS JAVA 2”, “JOGOS JAVA ESPECIAL”, “MOBILE FUN”, “RING TONES FUTEBOL”, “RING TONES NORMAL”, “VAS PARCEIRO SELIG”, “VAS PARCEIRO UNIVERSAL”, “VAS PARCEIRO TIAXA” e “VAS PARCEIRO YAVOX”, autuados mediante o Auto de Infração ora impugnado, consistem em *downloads* de jogos eletrônicos, músicas, imagens, sons, vídeos, papéis de parede (*screensavers*), toques polifônicos, sendo o direito de uso de tais arquivos da própria Impugnante. Aduz que, igualmente, existe a possibilidade de os usuários colocarem seus próprios vídeos no site dele, sujeito passivo, recebendo créditos para posterior utilização em serviços. Ocorrendo que, tal como nos casos de *download*, inexistente comunicação quando o cliente Claro realiza o *upload* de seus vídeos no sítio dele, defendente, não ocorrendo o fato gerador do ICMS e sendo ilegítima a autuação.

Em relação aos Serviços de notícias, esclarece que, mediante a contratação deste gênero de serviços, o usuário recebe, via SMS ou por meio de acesso à Internet, notícias oriundas de diversos veículos de mídia, sobre as quais a Impugnante é titular do direito de transmissão. No caso em análise a fiscalização incluiu equivocadamente o serviço “INFO PULL” na autuação fiscal, o qual consiste no envio de mensagens por usuário, cujo conteúdo se refere a notícias e é elaborado pela própria impugnante, ou seja, a empresa de telecomunicação emana suas mensagens diretamente ao usuário, não configurando fato gerador do ICMS, sendo serviço de valor adicionado.

Acrescenta que outros exemplos de serviços que classifica como sendo de valor adicionado, identificando-os como serviços de utilidade pública ou de informação para o usuário, acessados mediante a utilização de números especiais, cuja denominação é “SNSERV”, expondo que são exemplos dessa espécie de serviços o auxílio à lista, a hora certa, dentre outros.

Afirma que diante da inexistência de um terceiro com o qual o seu cliente possa estabelecer uma troca de mensagens, não haveria que se falar na prestação de serviços de comunicação sujeita à incidência do ICMS, transcrevendo decisão de outro tribunal sobre o tema.

Entende que a multa aplicada de 60% é confiscatória, inconstitucional, citando doutrina e jurisprudência de outros tribunais.

Ao final, requer:

- 1- dar integral provimento à presente Defesa, para que seja julgado nulo o Auto de Infração, em razão da ausência de motivação;
- 2- Subsidiariamente, caso ultrapassada a matéria preliminar argüida, no mérito, que seja cancelada a autuação, com base no previsto no art. 155, II, da CF/88 e art. 2º, III, da LC nº 87/96;
- 3 seja afastada a aplicação das multas diante de sua manifesta natureza confiscatória ou, ao menos, a redução de seu valor para o patamar máximo de 2% (dois por cento);
- 4- protesta a Impugnante pela produção de provas por todos os meios em direito admitidos, assim como pela realização de sustentação oral por ocasião do julgamento da presente defesa e
- 5- que as intimações relativas ao presente feito sejam realizadas exclusivamente em nome do advogado do autuado.

Os auditores autuantes, fls. 136 a 154, ao prestar a informação fiscal, não acatam os argumentos, inicialmente, quando ao pedido de nulidade, afirmam que, conforme pode ser constatado no auto, existem todos os elementos exigidos pelo artigo 18 do RPAF/99, o qual transcreveram, e passaram a descrever a acusação, o enquadramento legal, a multa aplicada e os Anexos ao Auto de Infração.

Os autuantes afirmam que a defesa apresenta o voto de julgador José Bizerra, que foi vencido na 3ª JJF, pois não concordou com a tese por ele levantada, de que houve apenas uma comunicação entre “a” e “b” mas sim uma prestação de serviços de comunicação por um terceiro.

Quanto as questões legais, transcrevem os dispositivos da legislação que disciplinam os serviços de comunicação/telecomunicação nos quais respaldaram os levantamento fiscal. Aduzem que a Lei Complementar 87, de 13/09/96, no inciso III do seu artigo 2º, define como hipótese de incidência do ICMS *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*; que o Decreto nº 6.284/97, que aprova o Regulamento do ICMS (RICMS – BA), em seu artigo 4º, inciso I, dispõe que nas prestações de serviços de comunicação de qualquer natureza, por qualquer processo, ocorre o fato gerador do ICMS *no momento da prestação onerosa de serviço de comunicação de qualquer natureza, inclusive na geração, emissão, transmissão, retransmissão, repetição, ampliação ou recepção de comunicação, por qualquer meio ou processo, ainda que iniciada ou prestada no exterior*;

Que o parágrafo 1º deste dispositivo define como comunicação, para os efeitos do RICMS/BA, “*o ato ou efeito de gerar, emitir, transmitir, retransmitir, repetir, ampliar e receber mensagens acerca de determinado ato ou fato mediante métodos ou processos convencionados, quer através da linguagem falada ou escrita, quer através de outros sinais, sons, figuras, imagens, signos ou símbolos, quer através de aparelhamento técnico sonoro ou visual, a exemplo dos serviços de telefonia, telex, telegrafia, fax, radiodifusão sonora ou de imagens e televisão por assinatura, quando de caráter oneroso, isto é, sempre que a prestação consistir, por parte do prestador, numa obrigação de fazer, e, por parte do usuário do serviço, numa obrigação de dar.*”

Transcrevem também o §4º do mesmo artigo, no qual estão previstos “*os serviços compreendidos no campo de incidência do ICMS os serviços cobrados a título de acesso, adesão, ativação, habilitação, disponibilidade, assinatura e utilização dos serviços, bem como os serviços suplementares e facilidades adicionais que otimizem ou agilizem o processo de comunicação, independentemente da denominação que lhes seja dada (Conv. ICMS 69/98).*”

Prosseguindo, transcrevem os artigos 60 e 61 da Lei Geral de Telecomunicações - LGT 9.472/97, que define serviço de telecomunicações e o de serviço de valor adicionado, e a Cláusula Primeira do Convênio 69/98: “*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.*”

Resumem que o que o sujeito passivo chama de serviços de valores adicionados são, na realidade, facilidades, que são fato gerador do ICMS, portanto sujeitos à tributação, ressaltando que já foram lavrados outros três Autos de Infração sobre a mesma matéria, todos julgados procedentes.

No tocante a questão técnica, citam André Mendes Moreira, e Paulo de Barros Carvalho, aduzindo que tecnicamente “*o processo comunicacional é formado por cinco elementos indissociáveis para exigência do ICMS-Comunicação, que são assim definidos: Emissor: fonte da mensagem. Canal: meio pelo qual os sinais são transmitidos (frequência de rádio, v.g.). Mensagem: informação que é transmitida. Código: conjunto de signos e regras de combinações próprias a um sistema de sinais. Receptor: destinatário da informação.*”

Assevera que, além destes itens, por força dos mandamentos constitucionais, é essencial a remuneração pela prestação de serviços para ocorrência do fato gerador do ICMS. Aduzem que para que os Julgadores deste Conselho conheçam a natureza da prestação de serviços de comunicação, e para que fique assim comprovado que esta apresenta os elementos apontados pelo Prof. Paulo de Barros Carvalho como indispensáveis para exigência do ICMS-Comunicação e nos moldes do art. 60 da LGT, passam a demonstrar o funcionamento da rede celular padrão digital GSM (*Global System for Mobile Communication*), sistema utilizado pela impugnante.

Expõem que, segundo explica Eduardo Tude, “A tecnologia GSM facilitou a introdução de novos serviços como os:

- 1) Bearer Services - Serviços de transporte de dados usados para conectar dois elementos de uma rede;
- 2) Teleservices - Serviços de comunicação entre dois assinantes como: telefonia, serviço de mensagens curtas (SMS) e FAX;
- 3) Serviços Suplementares - tais como: identificação do número chamador, chamada em espera, siga-me, conferência, etc.”

Relatam que Alberto Campos Pallares descreve os sistemas e elementos que compõe a rede GSM: “A rede GSM está dividida em três principais sistemas:

- 1) Sistema de comutação (Switching System (SS)), possui as seguintes unidades: *Home Location Register (HLR)*- é a base de dados usada para armazenamento e gerenciamento das assinaturas; *Mobile Services Switching Center (MSC)*- executa as funções de comutação telefônica do sistema. Ele controla as chamadas ou de ou para outros sistemas telefônicos e sistemas de dados, como também executa funções como bilhetar as chamadas, interfacear com a rede, sinalização por canal comum entre outros; *Visitor Location Register (VLR)*- o banco de dados que contém informações temporárias sobre os usuários que são necessários pelo MSC para que possa prover o serviço de visita aos usuários; *Authentication Center (AUC)* fornece os parâmetros de

autenticação e encriptação que verificam a identidade do usuário e garante a confidencialidade de cada chamada e *Equipment Identity Register* (EIR)- é o banco de dados que contém informação sobre a identidade do equipamento móvel a fim de evitar chamadas de aparelhos roubados, não autorizados ou defeituosos.

2) Sistema de Estações de Base (*Base Station System* (BSS))-todas as funções relacionadas com rádio são executadas no BSS que consiste em: *Base Station Controllers* (BSC) – fornece todas as funções de controle e links físicos entre o MSC e o BTS. É um comutador de alta capacidade que possui funções tais como *handover* (transferência de controle), dados de configuração de célula e controle de níveis de potência RF e os *Base Transceiver Stations* (BTSS) – manipula a interface de rádio com a unidade móvel. O BTS é o equipamento de rádio (transceptores e antenas) necessário para o serviço de cada célula na rede.

3) Sistema de Suporte e Operação (*Operation and Support System* (OSS)) – O Centro de Operação e Manutenção (OMC) está conectado a todos os equipamentos no sistema de comutação e ao BSC. As implementações do OMC são chamadas de OSS que é uma entidade funcional de onde os operadores monitoram e controlam o sistema. O propósito do OSS é oferecer suporte às atividades de operação e manutenção que são requeridas por uma rede GSM. Uma importante função do OSS é fornecer uma visão geral de rede e suportar as atividades de manutenção de diferentes organizações.

Afirmam que dentro desta explicação são elementos funcionais:

1 - Message Center (MXE) – é um nó que fornece de forma integrada, voz, fax e mensagens. Especificamente, o MXE manipula short message service (SMS), broadcast de célula, voice mail, fax mail, e-mail e notificação;

2 - Mobile Service Node (MSN)- é o nó que manipula os serviços de rede inteligente móvel (IN);

3 - Gateway Mobile Services Switching Center (GMSC) – é um nó usado para interconectar duas redes. Esse gateway é geralmente implementado em um MSC. O MSC é então referido ao GMSC;

4 - GSM Interworking Unit (GIWU) – consiste de hardware e software que fornecem uma interface para várias redes no tocante à comunicação de dados. Pela GIWU, os usuários podem alternar entre conversação e dados durante a mesma chamada. O hardware de GIWU está fisicamente localizado no MSC/VLR.”

À folha 149, apresentam gráfico feito pela Agilent Technologies Brasil extraído da matéria publicada no site da Wireless BR, GSM conceitos básicos, identificando-o como cortesia especial da Agilent Technologies Brasil.

Apresentam definição de SMS de Alberto Campos Pallares como sendo: Short Message Service (SMS) é um serviço wireless aceito globalmente e que possibilita a transmissão de mensagens alfanuméricas entre usuários móveis e sistemas externos tais como eletronic mail, paging, and voice mail.

Aduzem que o SMS ponto-a-ponto fornece um mecanismo de transmissão de mensagens curtas para/de aparelhos celulares. O serviço faz uso do Short Message Service Center (SMSC), que age como sistema de store-and-forward para essas mensagens entre o SMSCs e os aparelhos celulares. Em contraste com os serviços de transmissão de mensagens existentes até então (paging), esse serviço foi projetado de forma a garantir a entrega das mensagens ao destino. Uma característica que diferencia esse serviço é que o aparelho celular já está habilitado a receber e transmitir mensagens curtas a qualquer tempo, independente de ter ou não uma chamada em curso. O SMS também garante a entrega de mensagens pela rede, mesmo que falhas temporárias ocorram na mesma, pois as mensagens serão armazenadas na rede até que o destino esteja novamente disponível para ser acessado, sendo o SMS caracterizado pela entrega de mensagens por pacotes fora de banda (out-of-band-packet) e pelo consumo de pouca banda. Que as aplicações iniciais do SMS forçavam a eliminação dos pagers atuais pelo fato de permitir comunicação bilateral,

bem como serviços de notificação (primariamente o voice mail). Que face à maturação da tecnologia e das redes, uma grande variedade de serviços foi introduzida incluindo-se eletrônico mail, integração a fax integration, integração a paging, banking interativo, e serviços de informação tais como cotação de bolsa.”

Definem a palavra “Wireless” conforme site de internet “Wikipédia”, como: “Comunicação Wireless se refere a comunicação sem cabos ou fios e usa ondas eletromagnéticas como meio de propagação para estabelecer a comunicação entre dois pontos ou dispositivos. O termo é empregado normalmente na indústria de telecomunicações para definir sistemas de comunicação a distância (por exemplo, transmissores e receptores de rádio, controles remotos, redes de computadores, etc.) que utilizam alguma forma de energia eletromagnética (ondas de rádio, luz infravermelha, laser, ondas sonoras, etc.) para transmitir informação sem o uso de fios.”

Asseveram que, conforme ensinamentos de Christiano Freitas de Souza e Rafael Oliveira Ribeiro, o funcionamento do SMS é muito simples. As mensagens são trocadas entre telefones celulares num esquema “store-and-forward”, ou seja, um aparelho envia uma mensagem para outro, sendo que esta mensagem será recebida por um centro de controle da operadora do serviço antes de ser transmitida ao seu destinatário final. O centro de controle citado é chamado de SMSC (Short Message Service Center) e é responsável por todas as tarefas relativas ao processamento das mensagens, como roteamento, bilhetagem (cobrança) e entrega da mensagem.

Acrescentam que, neste sistema, as mensagens são enviadas utilizando-se o canal de controle do sistema celular, não ocupando, assim, canais que são utilizados para o tráfego de voz. Ao ser enviada a mensagem, pode ser que o destinatário não esteja disponível naquele instante. Neste caso, a mensagem será armazenada no banco de dados do SMSC e será feita uma solicitação ao HLR para que este avise ao SMSC assim que o usuário esteja disponível para receber a mensagem. Caso seja ultrapassado um determinado tempo sem que a mensagem seja entregue esta será descartada e, opcionalmente, uma mensagem notificando o remetente poderá ser enviada a este.”

Os autuantes afirmam que este sistema “Wireless” é composto por uma plataforma residente na operadora e de terminais de usuários. Afirmam que Virgílio Fiorese dá exemplos de aplicação no uso do SMS, e definem os que se relacionam com os serviços questionados, e-M@xi New, e-M@xi Message e Som&Ícone, como:

"a. Recebimento de mensagens informativas; neste caso o celular funciona como o antigo pager, recebendo mensagens informativas, sobre um assunto de interesse, podendo ser: previsão do tempo, notícias, cotação da bolsa, cotação do dólar, etc.;

...

f. Simples envio de mensagens entre duas pessoas. Muitas pessoas descobriram que muitas vezes é mais fácil ou mais barato enviar uma mensagem de texto ao invés de realizar uma ligação; sendo assim observou-se no mercado um grande sucesso e incremento na troca de mensagens entre os usuários de telefones celulares.

...

l. Recebimento de novos tons de campainha. Neste caso, um ou vários SMSs codificados são enviados ao aparelho que interpreta esta mensagem como novo toque de campainha disponibilizando-o no menu de campainhas para escolha do usuário.

...

m. Recebimento de novos ícones. Neste caso, um ou vários SMSs codificados são enviados ao aparelho que interpreta esta mensagem como novo ícone disponibilizando-o no menu de ícones para escolha do usuário.”

Expõem, sobre os ringtones, que informa Náíade Souza Di Rocha: "No formato "Melodia RTTTL" (Ringing Tone Text Transfer Language), pode introduzir as melodias recorrendo a um

software especial, comunicando com o seu telefone a partir de um micro, usando um cabo ou por infravermelhos, ou através do envio de uma mensagem SMS.

Um toque descrito no formato RTTTL consiste de três partes que são separadas por dois pontos (":"). Veja abaixo um exemplo de um tipo de toque RTTTL que descreve o tema da coca-cola: Coca-cola:d=4,o=5,b=125:8f#6,8f#6,8f#6,8f#6,g6,8f#6,e6,8e6,8a6,f#6,d6,2p"

Aduzem que a cobrança dos serviços de SMS é feita pelo autuado na fatura mensal, quando estes são originados ou solicitados pelos seus assinantes. É cobrado um valor por cada mensagem, ícones ou som solicitados. Estas mensagens, existentes no banco de dados do impugnante, são enviadas por aquele, quando solicitadas pelo usuário. Portanto, o impugnante é o emissor da mensagem e usuário é o receptor.

Afirmam que quando os serviços de mensagens são terminados dentro da rede da operadora em um dos telefones celulares de seus assinantes, é cobrada destes uma taxa fixa por tipo de serviço. "Ex: 2 Reais para notícias, 1 Real para previsão do tempo, etc. Neste tipo de serviço é considerado apenas um "terminador" de mensagens e não há um "originador" do tipo assinante para haver cobrança; sendo assim faz-se necessário cobrar do "terminador", baseando-se no número do serviço "originador"." Asseveram, a título de informação, que a cobrança das facilidades é feita pela operadora na fatura mensal.

Asseveram que o quanto expõem comprova que os serviços de SMS e outras facilidades de envio e recebimento de mensagens, ringtones e ícones, prestados pela impugnante aos seus assinantes, são de comunicação, conforme previsto no art. 60 da LGT, cláusula primeira do Convênio 69/98 e contêm os cinco elementos indissociáveis citados pelo Prof. Paulo de Barros para caracterizar um serviço de comunicação.

Afirmam que o autuado cita o Recurso Especial nº 456.650/PR do STJ, que não serve neste caso pois sendo o sujeito passivo provedor de Internet não pode ser confundido com um prestador de serviço de telefonia móvel.

Com relação à alegação da impugnante sobre a natureza confiscatória da multa aplicada, a mesma não procede, pois a referida multa está estabelecida na Lei 7.014/96 no artigo 42, inciso II, "a", portanto, dentro da legalidade. Mesmo que não haja dolo, fraude ou simulação, ainda persiste o prejuízo ao erário.

Ao finalizar, opinam pela procedência do Auto de Infração.

Às folhas 158 a 160, foi acostado pela Coordenação Administrativa do CONSEF relatório do SIGAT- Sistema Integrado de Gestão da Administração Tributária – Detalhamento de Pagamento PAF, constando o pagamento do valor histórico de R\$197.156,50.

VOTO

Na peça defensiva, o autuado reconheceu a procedência das infrações 02 e 03. Portanto, não existe lide em relação às referidas imputação, estando caracterizada.

Assim, a lide no caso presente encontra-se restrita à acusação 01, consignadas no Auto de Infração, a qual passo a analisar.

Na infração 01, o autuado é acusado de falta de recolhimento do imposto na prestação de serviço de comunicação por escrituração de valores tributáveis como não tributáveis, nos meses de janeiro a abril de 2010. Consta, ainda, da acusação que o contribuinte deixou de recolher o ICMS sobre serviços de comunicações tributados e considerados pelo contribuinte como não tributados. Que os valores foram lançados no livro Registro de Saídas na coluna "isentas" ou "não tributadas". Que os dados foram fornecidos pelo contribuinte através dos arquivos do Convênio ICMS nº 115/03, conforme anexos 1 a 5, integrante do Auto de Infração, cujas cópias foram entregues ao sujeito passivo.

Em relação a argüição de inconstitucionalidade da multa aplicada e da incidência do ICMS prevista na legislação que embasou a autuação, ressalto que o art. 167, I, do RPAF/99, exclui da

competência dos órgãos julgadores a declaração da mesma, razão pela qual me abstenho de manifestar a respeito.

Fica rejeitada a preliminar de nulidade suscitada pelo autuado, pois constatei que estão presentes os pressupostos de validade processual, encontrando-se definidos o autuado, os montantes e os fatos geradores dos débitos tributários reclamados, a motivação da exigência fiscal, conforme se observa na descrição da infração no corpo do Auto de Infração, fls. 01 dos autos, cuja cópia foi entregue ao sujeito passivo, bem como os levantamentos fiscais.

Quanto ao voto do julgador José Bizerra Lima Irmão, citado pela defesa, o mesmo não reflete o entendimento deste órgão julgador, pois o mesmo foi vencido na própria junta que não acatou seu entendimento. Devo ressaltar que o Auto de Infração 2740680005/09-3, sobre a mesma matéria, foi julgado procedente.

Ademais, não foi identificada nenhuma violação ao princípio do devido processo legal ou a quaisquer princípios de Direito Administrativo ou Tributário, em especial os do Processo Administrativo Fiscal, tendo sido observado o direito à ampla defesa e ao contraditório, visivelmente caracterizados pelos aspectos abordados na impugnação, bem como pela narrativa dos fatos e correspondente infrações imputadas.

Portanto, ante ao acima exposto, entendo que não pode ser acolhido as alegações de nulidade da autuação vez que não vislumbro nos autos qualquer mácula que inquene de nulidade o lançamento de ofício ora em lide.

No mérito, a lide reside em se saber se o ICMS incide ou não nos chamados serviços suplementares e facilidades adicionais que otimizam, ou agilizam, o processo de comunicação.

O Conselho de Fazenda Estadual (CONSEF), através das Juntas de Julgamento Fiscal e Câmaras de Julgamento Fiscal nos julgamentos reiterados dos litígios decorrentes de lançamentos fiscais, a título de exemplo cito os Acórdãos N°s JJF n° 0145-02/04, JJF N° 0034-04/10; JJF N° 0086-05/10; JJF n° 0108-03/10, JJF n° 0358-02/10, CJF N° 0167-12/04, CJF N° 0105-12/11; CJF N° 0099-12/11; CJF N° 0100-12/11, CJF N° 0126-12/11, tem firmado o entendimento de que o ICMS não incide sobre comunicação, mas sobre a prestação de serviços de comunicação, isto é, a atividade de fornecimento, em caráter oneroso, de condições materiais para que a comunicação ocorra. Os chamados serviços suplementares e facilidades adicionais que otimizam, ou agilizam, o processo de comunicação, são serviços acessórios do serviço de comunicação, relacionados a uma comunicação à qual dão viabilidade, ou suporte. Tais aludidos serviços suplementares e facilidades adicionais estão incluídas no campo de incidência do ICMS, pois o acessório segue a sorte do principal. O valor cobrado pelas operações que baseiam o lançamento de ofício é parte integrante do custo do serviço de comunicação, portanto incluído no campo de incidência do ICMS.

A jurisprudência firmada pelo CONSEF está embasa no sistema tributário nacional em vigor. A Constituição Federal estabelece no artigo 155, inciso II, que o ICMS incide sobre a prestação de onerosa de serviço de comunicação, outorgando, assim, competência tributária aos Estados e Distrito Federal para cobrança do referido imposto.

No mesmo sentido a Lei Complementar n° 87 de 13 de setembro de 1996, ao tratar do imposto dos Estados e do Distrito Federal sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, e dá outras providências, diz que compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir o imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior e que este imposto incide, entre outros fatos geradores, sobre 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. Trata-se de lista não é exaustiva, mas inclui alguns modos notoriamente conhecidos e utilizados de prestação dos referidos serviços. Todos os outros modos de prestar onerosamente

serviços de comunicação estão sujeitos ao imposto estadual. As eventuais exceções teriam que estar reguladas na própria Constituição Federal, na legislação infraconstitucional competente ou na legislação estadual.

Como não poderia deixar de ser o legislador estadual baiano, mediante a aprovação da Lei nº 7.014/96, recepcionou o comando normativo previsto na Constituição Federal e na Lei Complementar nº 87/96, estabelecendo no art. 2º, inciso VII, da Estadual, que o ICMS incide sobre 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”, ressaltando-se que essa mesma regra encontra-se no art. 1º, § 2º, VII, do RICMS/BA.

Por sua vez, o art. 4º § 4º do RICMS/BA, estabelece:

Art. 4º.

(...)

§ 4º Estão compreendidos no campo de incidência do ICMS os serviços cobrados a título de acesso, adesão, ativação, habilitação, disponibilidade, assinatura e utilização dos serviços, bem como os serviços suplementares e facilidades adicionais que otimizem ou agilizem o processo de comunicação, independentemente da denominação que lhes seja dada (Convênio ICMS 69/98).

Assim também a Cláusula primeira do Convênio ICMS 69/98, estabelece que:

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.

Em relação Lei Geral de Telecomunicações citada pela defesa, devo ressaltar que é uma norma de competência federal que tem por objetivo a regulação da atividade comercial, mas não tem competência para desonerar as prestações onerosas de serviços de comunicação do ICMS.

Quanto ao pedido de isenção ou redução da multa, não pode ser acatado pela Junta de Julgamento Fiscal por falta de previsão legal, pois o art.158, do RPAF/99, trata somente das multas por descumprimento de obrigação acessória, que poderão ser reduzidas ou canceladas pelas Juntas de Julgamento Fiscal ou pelas Câmaras do CONSEF, desde que fique provado que as infrações tenham sido praticadas sem dolo, fraude ou simulação e que não tenham implicado falta de recolhimento de tributo, condições que não foram satisfeitas pelo contribuinte. Assim entendo que não foram atendidas as exigências acima, razão pela qual deixo de acatar o pedido do autuado.

Logo, a infração 01 restou caracterizada.

Pelo acima exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração, devendo ser homologado o valor efetivamente recolhido.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **274068.0017/11-3**, lavrado contra **CLARO S.A.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$328.865,43**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, incisos II, “a” e VIII, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologando o valor efetivamente recolhido.

Sala das Sessões do CONSEF, 29 de novembro de 2011.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – RELATOR

ANGELO MÁRIO DE ARAUJO PITOMBO – JULGADOR