

A. I. Nº - 274068.0011/11-5
AUTUADO - STEMAR TELECOMUNICAÇÕES LTDA.
AUTUANTES - EDINALDO AVELINO DE PAIVA e CRYSTIANE MENEZES BEZERRA
ORIGEM - IFEP SERVIÇOS
INTERNET - 16.12.2011

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0310-02/11

EMENTA: ICMS. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. **a)** OPERAÇÃO TRIBUTADA CONSIDERADA COMO NÃO TRIBUTADA. **b)** OPERAÇÃO TRIBUTADA RECOLHIDA A MENOS POR ERRO NA DETERMINAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO. Apesar de o contribuinte não ter adentrado no mérito, há de se ressaltar que o ICMS incide sobre 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. Infrações subsistentes. Rejeitada a preliminar de nulidade. Não acolhida a arguição de confiscatoriedade das multas aplicadas, visto que são as legalmente previstas para as infrações cometidas. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 30/05/2011, exige ICMS no valor de R\$638.079,30, com multa de 60%, sob acusação do cometimento das seguintes infrações:

1. Falta de recolhimento do ICMS, no valor de R\$31.171,98, na prestação de serviço de comunicação por escrituração de valores tributados como não tributados, nos meses de abril a agosto de 2006. Em complemento consta: *O contribuinte deixou de recolher ICMS sobre serviços de comunicações tributados diversos relacionados nos anexos 2 a 6 e considerados pelo contribuinte como não tributados. Os valores foram lançados nos livros de saídas na coluna de isentas ou não tributadas. Os dados foram fornecidos pelo contribuinte através dos arquivos estabelecidos no Convênio 115/03. Tudo conforme Resumo de Serviços Tributados Considerados como Isentos/Não tributados – Anexo 1 a 7, cujas cópias foram entregues ao contribuinte. Aplicam-se também os artigos 39, § 3º do RPAF/BA, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99 e art.138-B, II, do RICMS aprovado pelo Decreto nº 6.284/97.*
2. Falta de recolhimento do ICMS, no valor de R\$603.618,90, na prestação de serviço de comunicação por escrituração de valores tributados como não tributados, nos meses de maio e junho de 2006. Em complemento consta: *O contribuinte deixou de recolher ICMS sobre serviços de comunicações tributados, no momento da ativação dos cartões físico, conforme estabelece o Conv. 55/05 e art. 4º, § 2º do RICMS, aprovado pelo Decreto nº 6.284/97 e considerados pelo contribuinte como não tributados. Os valores foram lançados nos livros de saídas na coluna de isentas ou não tributadas. Os dados foram fornecidos pelo contribuinte através dos arquivos estabelecidos no Convênio 115/03. Tudo conforme Relação de ativação de Cartão Considerado Isentos/Não Tributados 2006 – Anexo 8, Relação de Cartão Para Distribuidor – Anexo 9 e Relação do Código de Classificação do Item – Anexo 7, que fazem parte deste auto e cujas cópias foram entregues ao contribuinte. Aplicam-se também os artigos 39, § 3º do RPAF/BA, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99 e art.138-B, II, do RICMS aprovado pelo Decreto nº 6.284/97.*

3. Recolheu a menor ICMS, no valor de R\$3.288,42, em decorrência de erro na determinação da base de cálculo do imposto nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, no período de janeiro a agosto de 2006, Em complemento consta: Tudo conforme Demonstrativo de Notas Fiscais com Tributação a Menor – Anexo 10, que faz parte deste auto e cuja cópia foi entregue ao contribuinte. Os vencimentos estão de acordo com o Decreto nº 9.250/04 e suas alterações. Aplicam-se também os artigos 39, § 3º do RPAF/BA, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99 e art.138-B, II, do RICMS aprovado pelo Decreto nº 6.284/97.

A Claro S/A, sucessora por incorporação do autuado, através de seu advogado devidamente habilitado, apresenta tempestivamente sua defesa, às fls. 148 a 174 dos autos, na qual, quanto aos itens 02 e 03, informou que efetuará o recolhimento dos valores lançados no demonstrativo de débito, protestando pela posterior juntada do respectivo DAE comprobatório do pagamento.

Aduz que tem como 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.

Com relação ao item 01, destaca que a acusação fiscal diz respeito ao não-recolhimento do ICMS decorrente de prestação de serviços de comunicação sob o abrigo de isenção/não-incidência.

Em seguida, analisando o direito aplicável, comenta sobre a validade do lançamento tributário como ato administrativo obrigatório e vinculado, nos termos do artigo 142, parágrafo único do CTN, por arguir que o Auto de Infração contém vício insanável por total de ausência de motivação. Transcreveu lições de renomados tributaristas sobre motivo e motivação enquanto formalização do ato administrativo.

Diz que a motivação do ato administrativo consiste na descrição do fato que fundamentou sua expedição, bem como na declaração de como esse fato se enquadrou na descrição prevista pela norma tributária que ensejou a cobrança do tributo.

No presente caso, argumenta que os motivos ensejadores da lavratura do Auto de Infração não foram descritos pelo agente fiscal, que sequer forneceu detalhes mínimos sobre as circunstâncias fáticas e de direito que o conduziram a lançar os supostos débitos de ICMS exigidos, configurando imprecisão na descrição dos fatos, e violando o princípio do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, consagrados pela Constituição Federal, no artigo 5º, incisos LIV e LV. Citou lições de renomados professores de direito tributário sobre esta questão.

Por conta disso, requer a nulidade da autuação com base no artigo 18, do RPAF/99.

No mérito, considerou ilegítima a cobrança do ICMS sobre parte dos valores dos serviços prestados pelas operadoras de telefonia móvel celular autuado, por entender que não configuram fato gerador do ICMS, já que se trata de serviços de valor adicionado (SVA), e não são serviços de comunicação, separando-os em dois grupos: (1) serviços de valor adicionado e (2) serviços relativos a *Roaming* internacional, conforme abaixo:

GRUPO 1:

| CÓDIGO | DESCRIÇÃO DO SERVIÇO |
|---------|---------------------------|
| SN102 | AUXÍLIO À LISTA |
| VASMMF6 | MOBILE FUN |
| VCVM | ACESSO À SECRETÁRIA CLARO |
| ASSIM | MENSALIDADE |

GRUPO 2:

| CÓDIGO | DESCRIÇÃO DO SERVIÇO |
|--------|-------------------------------|
| VASPRI | SMS ORIGINADA ROAMING INTERN. |
| IIRIAD | AD/ RECEB. ROAMINTENAC. |

| | |
|----------|------------------------------------|
| IROIINC | AD/CHAM. INTERN. ORIG. ROAMINTERN. |
| IIRONINC | AD/CHAM. NAC. ORIG. ROAMINTERN. |
| IIRGPRS | DADOS GPRS ROAMING INTERN. |

SERVIÇOS RELATIVOS A OPERAÇÕES DE ROAMING INTERNACIONAL

Alega que tais serviços, da categoria de roaming internacional quem prestou efetivamente os serviços foram as operadoras de telefonia estrangeiras em seus respectivos territórios de atuação e, no caso, atuou apenas como mera arrecadadora de valores dos usuários que, posteriormente, foram repassados às mencionadas operadoras.

Explicou como funciona cada tipo de serviço acima, a saber:

SMS ORIGINADA ROAMING INTERN. - São serviços que não foram prestados pela impugnante, mas por operadoras de telefonia estrangeiras, quando seus clientes estavam presentes em território estrangeiro. Foram as operadoras estrangeiras que disponibilizaram aos portadores de celulares os meios necessários ao envio das mensagens.

DADOS GPRS ROAMING INTERN. - Trafega dados, com o envio e recebimento de informações, que segundo a impugnante não configura efetiva prestação de serviços de comunicação, mas apenas atividade-meio que permite aos portadores de aparelhos celulares trafegar dados e que este serviço foi prestado fora do território nacional por operadora estrangeira.

AD. RECEB. ROAMINTENAC. – o usuário, em viagem internacional, recebe ligação telefônica por meio de seu aparelho celular habilitado no Brasil.

AD/CHAM. INTERN. ORIG. ROAMINTERN. – o usuário, em viagem internacional, efetua ligação internacional a partir de celular habilitado no Brasil.

AD/CHAM. NAC. ORIG. ROAMINTERN. – o usuário, em viagem internacional, efetua ligação local no exterior a partir de celular habilitado no Brasil.

Ressalta que as AD têm valor fixo e são cobradas conforme a quantidade de ligações realizadas ou recebidas, não variam de acordo com a duração da ligação.

Argumenta que estes serviços, que significam adicional de deslocamento, não caracterizam efetiva prestação de serviços, mas serviços relativos à viabilização de utilização, no estrangeiro, de aparelhos celulares habilitados no Brasil, ou seja, conexão de aparelhos celulares habilitados no Brasil em redes de operadoras estrangeiras, e que estes serviços foram prestados por operadoras estrangeiras.

Salienta que o serviço AD é adicional de deslocamento que é cobrado dos usuários nas hipóteses em que estes utilizam os aparelhos celulares habilitados no Brasil para realização de ligações ou recebimentos de chamadas telefônicas fora do país e que a impugnante atua como mera arrecadadora de valores para o real prestador de serviço no exterior. Ainda segundo o autuado trata-se de serviço de valor adicionado (SVA).

Feitas estas considerações, o defendente passa a analisar o fato gerador do ICMS relativo a prestação de serviços de comunicação.

Assevera que a incidência do ICMS somente existe 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. Entende que fora de tal hipótese, não há que se falar em tributação por meio do ICMS pelos Estados e Distrito Federal. Além disso, sustenta que o fato gerador do ICMS 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.

SERVIÇO DE VALOR ADICIONADO

Transcreveu os artigos 155, II, da Constituição Federal de 1988, e o artigo 2º da Lei Complementar nº 87/96, e lições de renomados professores de direito tributário, para argüir que para a incidência

do ICMS – prestação de serviços de comunicação, é necessário que um terceiro preste, em caráter oneroso, serviços que tenham por objeto propiciar a efetiva comunicação entre duas ou mais pessoas.

Ou seja, que o imposto incide sobre a prestação do serviço de comunicação e não sobre a comunicação em si, e por isso, os serviços de valor adicionado somente se valem da rede de telecomunicações como suporte para sua prestação. Aduz que a tributação ocorreria quando um terceiro fornece, em caráter oneroso, os meios para que emissor e receptor possam trocar mensagem.

Cita o art. 61 da Lei nº 9.472/97 – Lei Geral de Telecomunicações: “Serviço de valor adicionado é a atividade que acrescenta, a um serviço de telecomunicação que lhe dá suporte e com o qual não se confunde, novas utilidades relacionadas ao acesso, armazenamento, apresentação, movimentação ou recuperação de informações. Serviço de valor adicionado não constitui serviço de telecomunicação, classificando-se seu provedor como usuário do serviço de telecomunicação que lhe dá suporte, com os direitos e deveres inerentes a essa condição”, sendo assim, serviço de valor agregado não tem incidência de ICMS, esclarecendo que:.

DOWNLOAD - é a disponibilização de imagens, músicas, vídeos, jogos e softwares dos servidores da autuada para um aparelho celular. O serviço de download não possibilita que haja a comunicação entre um emissor e um receptor. Diz que é detentor dos direitos de uso sobre eles e apenas disponibiliza seu conteúdo próprio para seus clientes.

OUTROS SERVIÇOS DE VALOR ADICIONADO - são serviços de utilidade pública ou de informação como auxílio a lista, hora certa, seriam serviços de valor adicionado, não se confundido com o canal de comunicação que serve de base à sua prestação. A relação de comunicação se desenvolve diretamente entre a impugnante e seu cliente, que obtém informações na própria base de dados da impugnante.

Quanto a multa aplicada de 60% pelo descumprimento da obrigação principal, aduz que na remota hipótese de serem superados seus pedidos anteriores, argúi a inaplicabilidade da referida multa autuada em razão de seu caráter confiscatório, devendo, no seu pensar, imperar a proporcionalidade entre as supostas infrações e as aplicações das multas correspondentes. Fundamenta sua arguição na Ação Direta de Inconstitucionalidade apreciada pelo Superior Tribunal Federal e em lições de renomados tributaristas.

Ao final, requer seja dado integral provimento à sua impugnação, a fim de que sejam cancelados os valores lançados no Auto de Infração, visto que as prestações de serviços de valor adicionado autuadas não configuram fato gerador do ICMS, tal como previsto no artigo 155, II, da CF/88 e art.2º, II, da LC nº 87/96.

Protesta pela produção de provas por todos os meios em Direito admitidos, assim como pela realização de sustentação oral por ocasião do julgamento de sua defesa.

Diante do exposto, requer que as intimações relativas ao presente feito sejam realizadas exclusivamente em nome do advogado Marcelo Neeser Nogueira Reis, inscrito na OAB/BA sob o nº 9.398, no endereço situado na Avenida França, nº 164, Ed. Futurus, 7º andar, CEP 40010-000, Comércio, Salvador/Ba.

Os autuante prestam sua informação fiscal às fls. 189 a 210, e rebateram a preliminar de nulidade argüida pelo sujeito passivo, esclarecendo que conforme pode ser constatado no auto nas folhas 1 a 21, existem todos os elementos exigidos pelo art. 18 do RPAF, quais sejam, a descrição do fato, a origem dos dados utilizados na apuração do débito, os levantamentos fiscais e o enquadramento legal. Desta forma, sustentam que não foi violado o princípio do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, tendo em vista que, o auto de infração contém todos os dados exigidos pelo art. 18 do RPAF.

No mérito, contestaram a defesa, com base no seguinte:

D) A INEXISTÊNCIA DOS SUPOSTOS DÉBITOS DE ICMS

a) SERVIÇOS RELATIVOS A OPERAÇÕES DE ROAMING INTERNACIONAL:

i) SMS ORIGINADA ROAMING INTERN., DADOS GPRS ROAMING INTERN., CHAM. INTERN. ORIG. ROAMINTERN. e CHAM. NAC. ORIG. ROAMINTERN.

O assinante residente no Brasil tem vínculo jurídico de prestação de serviço de comunicação com a prestadora de serviço de comunicação no Brasil. Tal prestadora, com o objetivo de possibilitar a utilização dos aparelhos a ela vinculados, celebra contratos com empresas estrangeiras para a cessão de meios que possibilitem a seus usuários, quando em viagem internacional, utilizarem seus aparelhos como se no Brasil estivessem.

Quanto à argumentação de que os valores cobrados dos usuários são totalmente repassados às operadoras estrangeiras, sob a alegação de que a prestação de serviço foi efetuada pela mesma, não corresponde à realidade dos fatos, visto que, como já mencionado acima, a relação jurídica para prestação do serviço é entre o assinante e a empresa no Brasil e não entre o assinante e a empresa estrangeira. Os valores repassados às empresas estrangeiras correspondem aos valores contratados pela operadora brasileira à operadora estrangeira para a disponibilização de sua rede aos usuários da operadora brasileira, quando em viagem ao exterior.

A cobrança dos valores ao assinante pela operadora à qual está vinculado caracteriza-se fato gerador do ICMS, pois o mesmo só mantém contrato para prestação dos serviços com esta empresa. A empresa estrangeira em relação à operadora brasileira, à qual o assinante é vinculado, tem as mesmas características de outra empresa brasileira, que oferece meios de comunicação para que o usuário possa completar suas ligações dentro do país.

Quando da prestação de serviço de comunicação internacional, entrante ou saindo, ao usuário brasileiro, a operadora no Brasil só envia ou recebe o sinal até o satélite ou por cabo até o limite do território nacional. A partir daí, o sinal é entregue ou recebido da operadora estrangeira, que intermedia a ligação com o seu cliente no exterior. Tal processo só é possível devido aos contratos mantidos pela operadora brasileira com a operadora estrangeira para cessão de meios no exterior.

O usuário no Brasil paga à operadora brasileira, à qual está vinculado, e esta paga à operadora estrangeira pelos serviços contratados. A utilização dos meios contratados no exterior não caracteriza prestação de serviço ao usuário final e sim prestação de serviço à operadora que o contratou.

A impugnante alega que os serviços não foram prestados por ela, mas por operadoras de telefonia estrangeiras, quando seus clientes estavam presentes em território estrangeiro. Foram as operadoras estrangeiras que disponibilizaram aos portadores de celulares os meios necessários ao envio das mensagens, conforme informado pela própria impugnante em sua defesa, o que caracteriza que não houve prestação de serviço de comunicação ao usuário, e sim, a cessão de meios que possibilitassem a sua comunicação.

Como foi descrito acima, então, trata-se de uma importação de serviço e logo estaria sujeita a tributação do ICMS.

Com relação aos dados GPRS roaming internacional, não é possível o fornecimento deste serviço sem a prestação de serviço de celular, além de que se trata de uma importação de serviço, portanto, estando sujeita à tributação do ICMS.

A prestação de serviço de comunicação no exterior ao usuário com celular habilitado no Brasil é efetuada pela empresa à qual o usuário está vinculado. Quanto à disponibilização dos meios efetuada pelas operadoras estrangeiras, às quais, o usuário não está vinculado, caracteriza-se uma prestação de serviço de comunicação (cessão de meios) para a operadora brasileira, com a qual a operadora estrangeira formaliza contrato de prestação de serviço de comunicação (cessão de meios). Tal serviço contratado pela operadora brasileira tem o objetivo de

possibilitar ao seu assinante o uso de seu aparelho celular em qualquer local onde se encontre e que a operadora à qual está vinculado tenha contrato de prestação de serviço com a operadora do referido local.

A confirmação de tal procedimento está respaldada na destinação como receita para a operadora à qual o assinante está vinculado, dos valores cobrados pelas chamadas e pelos serviços de roaming internacional. Para a operadora à qual o assinante está vinculado, o valor pago à operadora estrangeira pela concessão dos meios caracteriza-se um custo para prestação de serviço de comunicação ao seu usuário.

II) AD. RECEB. ROAMINTERNAC, AD/CHAM. INTERN. ORIG. ROAMINTERN. e AD/CHAM. NAC. ORIG. ROAMINTERN.

A autuada argumenta que estes serviços, que significam adicional de deslocamento são conexão de aparelhos celulares habilitados no Brasil em redes de operadoras estrangeiras, e que estes serviços foram prestados por operadoras estrangeiras. Como estes serviços foram prestados por operadoras estrangeiras trata-se de importação de serviços sem os quais não seria possível a efetivação da comunicação. Portanto, tais serviços devem ser tributados pelo ICMS.

Com relação à posição do Conselho de Contribuintes da Secretaria de Estado da Fazenda de Minas Gerais, esta não pode ser considerada como paradigma neste caso, pois aquela decisão concedida no âmbito de outro Estado da Federação, não tem o condão de vulnerar o RICMS do Estado da Bahia.

Nas prestações de serviços de comunicação de download, existe o emissor e o detentor dos meios de comunicação. O fato da impugnante exercer os dois papéis não significa que não exista prestação de serviços. A legislação refere-se à emissão como fato gerador e esta emissão é onerosa.

b) SERVIÇO DE VALOR ADICIONADO

Quanto às questões legais, transcreveram os dispositivos da legislação que disciplinam os serviços de comunicação/telecomunicação e nos quais estão respaldados os trabalhos fiscais, quais sejam, o artigo 2º da LC nº 87/96; artigo 4º, inciso I, §§ 1º e 4º, do RICMS/97; e o artigo 60, §§ 1º e 2º, e artigo 61, da Lei Geral de Telecomunicações - LGT 9.472/97 define serviço de telecomunicações e o de serviço de valor adicionado.

Além disso, também transcreveram 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.”

Por conta disso, observam que o que a autuada chama de serviços de valores adicionados são, na realidade, facilidades, que são fatos geradores do ICMS, portanto sujeitos à tributação, cuja matéria já foi objeto de autuação através de Autos de infração da mesma natureza nº 274.068.0003/09-0, 274.068.0005/09-3 e 274.068.0011/09-3, que já foram julgados procedentes.

Analisando a questão sob o aspecto técnico, citam ensinamentos de renomados professores, que versam sobre a matéria em questão, a saber:

André Mendes Moreira cita o seguinte ensinamento do Prof. Paulo de Barros Carvalho:... “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.”

Além destes itens, por força dos mandamentos constitucionais é essencial a remuneração pela prestação de serviços para ocorrência do fato gerador do ICMS.

Para que os Senhores Julgadores conheçam a natureza da prestação de serviços de comunicação e ficar 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, é que mostraremos o funcionamento da rede celular padrão digital GSM (Global System for Mobile Communication), sistema utilizado pela impugnante.

Como 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.”

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.

Elementos funcionais:

Message Center (MXE) – é um nó que fornece de forma integrada, voz, fax e mensagens.

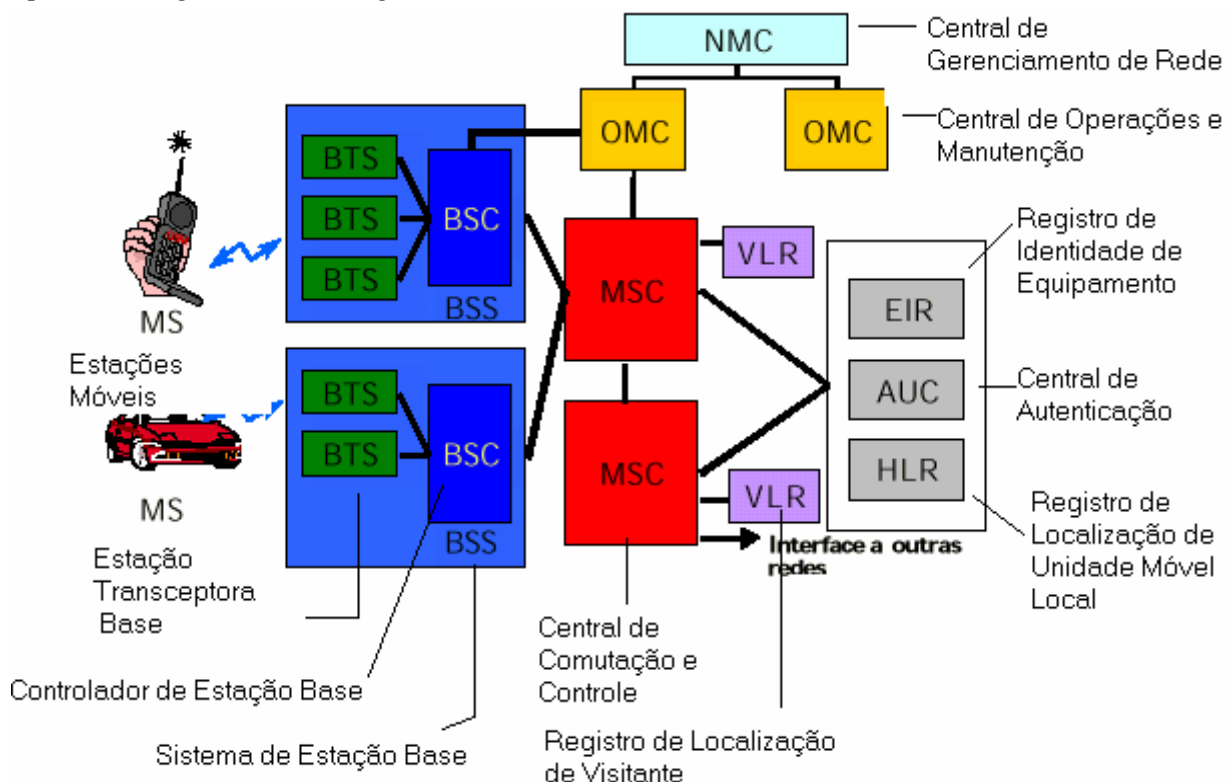
Especificamente, o MXE manipula short message service (SMS), broadcast de célula, voice mail, fax mail, e-mail e notificação;

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

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;

GMS 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.”

Podemos melhor visualizar a interface da rede no gráfico feito pela Agilent Technologies Brasil extraído da matéria publicada no site da WirelessBR, GSM conceitos básicos, cortesia especial da Agilent Technologies Brasil.



Alberto Campos Pallares define o que vem a ser o SMS.

“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.

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. O SMS é caracterizado pela entrega de mensagens por pacotes fora de banda (out-of-band-packet) e pelo consumo de pouca banda. 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). 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.”

Para esclarecimento vejamos o que significa Wireless:

Wireless (Origem: Wikipédia, a enciclopédia livre <http://pt.wikipedia.org/wiki/Wireless>)

- 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.

Christiano Freitas de Souza e Rafael Oliveira Ribeiro explicam o funcionamento do SMS:

“ 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.

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 **estiver** 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.”*

Este sistema é composto por uma plataforma residente na operadora e de terminais de usuários.

Virgílio Fiorese dá alguns exemplos de aplicação no uso do SMS. Mostraremos os que se relacionam com os serviços questionados, e-M@xi New, e-M@xi Message e Som&Ícone:

"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 campanha disponibilizando-o no menu de campanhas 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.”

Sobre os ringtones, informa Náíade Souza Di Rocha: "No formato "Melodia RTTTL" (Ringling Tone Text Transfer Language), podem-se 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”

Ressalta que a cobrança dos serviços de SMS é feita na fatura mensal, quando estes são originados ou solicitados pelos seus assinantes, sendo cobrado um valor por cada mensagem, ícones ou som solicitados.

Explicam que estas mensagens, existentes no banco de dados da impugnante, são enviadas por ela, quando solicitadas pelo usuário, logo, entendem que a impugnante é a emissora da mensagem e usuário é o receptor.

Por outro lado, dizem que quando os serviços de mensagens são terminados dentro da rede da operadora em um dos telefones celulares de seus assinantes, é cobrada deste 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”.

Concluem dizendo ter comprovado 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, cuja cobrança das facilidades é feita pela operadora na fatura mensal.

Quanto ao Recurso Especial nº 456.650/PR do STJ, citado na defesa, argumentam 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 defensiva sobre a natureza confiscatória da multa aplicada, sustentam que a mesma não procede, pois a referida multa está estabelecida na Lei nº 7.014/96 no artigo 42, inciso II, “a”, portanto, dentro da legalidade.

Frisam que mesmo que não haja dolo, fraude ou simulação, ainda persiste o prejuízo ao erário e no caso da não tributação do fato gerador a legislação prevê no artigo acima a multa de 60%.

Ao final, mantém integralmente o Auto de Infração.

Constam às fls. 213 a 215, documentos extraídos do SIDAT – Sistema Integrado de Gestão da Administração Tributária, intitulados de “Detalhes de Pagamento PAF”, referente ao pagamento das parcelas reconhecidas, nos totais de R\$ 47.021,55 e R\$562.194,81.

VOTO

Inicialmente, quanto ao pedido para que as futuras intimações sejam efetuadas exclusivamente em nome do seu advogado que subscreve a peça defensiva, há de se ressaltar que o art. 108 do

RPAF, determina que a intimação será feita pessoalmente ao sujeito passivo ou interessado, seu representante ou preposto, como também através de via postal ou por meio eletrônico, independentemente da ordem, ou através de edital publicado no Diário Oficial do Estado, quando não for possível as formas anteriores.

Das três infrações contempladas no Auto de Infração, o sujeito passivo efetuou o recolhimento do débito das infrações 02 e 03, nos valores de R\$558.906,39 e R\$44.712,51, totalizando R\$603.618,90 (infração 02) e R\$3.288,52 (infração 03), conforme comprovam os documentos extraídos do SIDAT – Sistema Integrado de Gestão da Administração Tributária, intitulados de “Detalhes de Pagamento PAF”, às fls. 213 a 215.

Desta forma, o autuado ao efetuar o pagamento dos valores acima, reconheceu o lançamento tributário indicado nas infrações 02 e 03 do presente Auto de Infração. Por sua vez, o reconhecimento do crédito tributário do Estado pelo contribuinte através do pagamento efetuado conduz o processo à extinção, conforme previsto no artigo 122, inciso IV, do RPAF/99 e torna a defesa apresentada, em relação a tais itens, sem eficácia. Assim, ficam extintos os citados débitos, nos termos do artigo 156, inciso I, do CTN, e PREJUDICADA a defesa apresentada em relação a tais itens.

Quanto a infração 01, a exigência fiscal diz respeito a exigência de ICMS, relativo às prestações de serviços de comunicações tributadas, escrituradas nos livros fiscais como não tributadas, nos meses de abril a agosto de 2006.

Analisando os demonstrativos que instruem este item da autuação constantes às fls. 07 a 17 dos autos, apesar das explicações sobre os serviços de telecomunicações, verifico que os valores considerados como não tributados pelo contribuinte, neste item, se referem a prestação de serviço de comunicação intitulado de “Auxílio a Lista”, os quais foram entregues cópias ao autuado, não sendo apontado qualquer erro nos números consignados nos mesmos.

O patrono do autuado suscitou a nulidade deste item, argüindo a existência de vício insanável por total de ausência de motivação, visto que não foram descritos os motivos ensejadores da autuação e fornecidos detalhes mínimos sobre as circunstâncias fáticas e de direito que o conduziram a lançar os débitos de ICMS exigidos, configurando imprecisão na descrição dos fatos, e violando o princípio do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa.

Analisando tal argüição do sujeito passivo, ou seja, que falta motivação ao lançamento em questão, observo, com todo o respeito ao Contribuinte e a seu Procurador, no encargo da defesa, que tais argumentos não podem ser acolhidos, pois a acusação fiscal está efetivamente motivada no auto de infração, ou seja, está claramente especificada na descrição dos fatos, inclusive contendo no enquadramento legal a capitulação legal da infringência e da multa aplicada. Mais ainda, trouxeram os autuantes, com o Auto de Infração, os anexos 2 a 6, onde se tem a prova documental inerente a acusação fiscal, mais precisamente as planilhas intituladas de RELAÇÃO DOS SERVIÇOS TRIBUTADOS CONSIDERADOS COM ISENTOS/NÃO TRIBUTADOS, nas quais, dentre outros dados consta na Coluna DESCRIÇÃO SERVIÇO, que os valores não oferecidos à tributação do ICMS dizem respeito aos serviços de Auxílio a Lista 102.

Por esta razão, fica rejeitada a argüição de nulidade, tendo em vista que o lançamento fiscal está revestido das formalidades legais, não havendo cerceamento do direito de defesa ou qualquer irregularidade em sua constituição que contrarie o RPAF/BA aprovado pelo Decreto nº 7.629 de 09/07/1999.

Apesar de o defendente não ter adentrado no mérito deste item da autuação, ao analisar o processo, verifiquei que a questão fundamental gira em torno da cobrança do serviço de Auxílio a Lista 102, onde o autuado sustenta não ser tributado pelo ICMS e os autuantes afirmam que o mesmo deixou de ser oferecido a tributação do ICMS.

Ressalto que o art. 2º, III, da Lei Complementar nº. 87/96 definiu como sujeitas ao ICMS as prestações onerosas de serviço de comunicação. Tal previsão está também contida no art. 1º, III, c/c o art. 2º, VII, da Lei nº. 7.014/96, além do art. 1º, § 2º, VII, do RICMS/97, os quais prevêm que o ICMS incide sobre 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. Por outro lado, o § 4º do art. 4º do RICMS/97, dispõe que 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 complementares e facilidades adicionais que otimizem ou agilizem o processo de comunicação, independentemente da denominação que lhes seja dada.

Está claro que, para que haja a incidência de ICMS é necessário que o serviço de comunicação seja prestado a terceiros e que o mesmo seja oneroso.

O auxílio à lista (serviço 102) é um serviço no qual o seu tomador (usuário) utiliza-se dos meios de comunicação disponíveis (prestador de serviço) para conseguir a informação desejada. Nesse caso, o usuário paga ao detentor dos meios de comunicação o preço para que esta informação seja disponibilizada através de dutos e/ou canais de mensagens que chegam a este. Pode-se concluir que haverá prestação de serviço pela disponibilização onerosa de um canal para emissão/recebimento de mensagens (meios de comunicação).

De acordo com a legislação tributária acima citada, o serviço de comunicação tributável por meio de ICMS se perfaz com a colocação à disposição do usuário dos meios e modos aptos à transmissão e recepção de mensagens. Quando uma relação entre o prestador de serviço e o usuário possibilita, a este último, o acesso a uma informação de forma onerosa, torna-se evidente a incidência do ICMS o que, a meu ver, se aplica ao caso em tela, pois preenche os requisitos de ser uma prestação onerosa de serviços de comunicação, por qualquer meio.

Concluo que restou caracterizada a autuação, observando que o autuado recolheu o valor de R\$30.682,54.

Apreciando a alegação defensiva de confiscatoriedade da multa de 60%, observo que a sua aplicação pelo descumprimento da obrigação principal neste processo é prevista no artigo 42, inciso II, "f", da Lei nº 7.014/96, sendo que as alegações concernentes ao seu caráter confiscatório não devem ser apreciadas por estar prevista na citada lei e em face do disposto no artigo 167, inciso I, do RPAF/99.

Desta forma, com relação ao argumento defensivo de que a multa é confiscatória, a mesma está prevista no dispositivo acima citado, portanto é legal. Também não pode ser acatado o pedido de sua exclusão ou redução, visto que a penalidade imposta está vinculada à infração cometida, e este órgão julgador não tem competência para apreciar pedido de redução ou cancelamento de multa decorrente de obrigação principal, competência exclusiva da Câmara Superior deste CONSEF, consoante o art. 159 do RPAF/99.

Diante do exposto, voto PROCEDENTE o Auto de Infração, devendo homologar-se os valores já recolhidos (fls. 213/215), de acordo com o quadro abaixo.

| N/RECº | 1º RECº | 2º RECº | SOMA |
|----------|------------|-----------|------------|
| 3.214,48 | - | 257,16 | 3.471,64 |
| 5.145,14 | - | 411,61 | 5.556,75 |
| 5.802,37 | - | 464,19 | 6.266,56 |
| 4.988,51 | - | 399,08 | 5.387,59 |
| 9.712,44 | - | 777,00 | 10.489,44 |
| - | 292.162,87 | 23.373,03 | 315.535,90 |
| - | 266.743,52 | 21.339,48 | 288.083,00 |

| | | | |
|-----------|------------|-----------|------------|
| - | 279,10 | - | 279,10 |
| - | 130,88 | - | 130,88 |
| - | 249,39 | - | 249,39 |
| - | 100,13 | - | 100,13 |
| | 2.523,04 | - | 2.523,04 |
| - | 0,22 | - | 0,22 |
| - | 5,66 | - | 5,66 |
| 28.862,94 | 562.194,81 | 45.021,55 | 638.079,30 |

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **274068.0011/11-5**, lavrado contra **STEMAR TELECOMUNICAÇÕES LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$638.079,30**, acrescido da multa de 60% prevista no artigo 42, incisos II, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo homologar-se os valores recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 01 de dezembro de 2011.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE/RELATOR

ÂNGELO MARIO DE ARAUJO PITOMBO - JULGADOR

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA - JULGADOR