

PROCESSO - A. I. Nº 298636.0047/11-0
RECORRENTE - VIVO S.A.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JJF nº 0141-01/12
ORIGEM - IFEP SERVIÇOS
INTERNET - 31/10/2012

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0300-12/12

EMENTA: ICMS. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO. SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO. OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS ESCRITURADAS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. Item procedente. Serviços de valor adicionado (SVA) e “roaming internacional”. Exigência fiscal em conformidade com a LC nº 87/96, o Convênio ICMS 69/98 e a reiterada jurisprudência do CONSEF. O ICMS incidente nas prestações de serviços de comunicações deve ser incluído na própria base de cálculo. A isenção concedida aos serviços prestados à Órgãos Públicos se refere a operações internas. Indeferido o pedido de perícia. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão por maioria.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário apresentado contra a Decisão da 1ª Junta de Julgamento Fiscal (Acórdão JJF nº 0141-01/12) que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração lavrado em 10/11/2011, para exigir ICMS no valor de R\$1.950.437,40, acrescido da multa de 60%, em decorrência de falta de recolhimento do ICMS na prestação de serviço de comunicação por escrituração de valores tributados como não tributados, nos meses de janeiro a dezembro de 2007.

Consta que o autuado efetuou lançamentos nos arquivos do Convênio ICMS 115/03, relativos a serviços de telecomunicações tributados, classificando-os como não tributados, sendo tais serviços descritos como: Roaming internacional, serviços adicionais, chamadas locais originadas e utilização de serviços de voz. A isenção de tais serviços não encontra respaldo no RICMS/97 e na legislação tributária em geral. Que planilhas com a relação destes serviços, extraídas dos arquivos do Convênio 115/03, estão anexadas ao Auto Infração gravadas em CD-R.

A 1ª JJF decide pela total procedência prolatando o seguinte voto, após rejeitar o pedido de perícia apresentado pelo impugnante:

[...]

Verifico que o autuado conduz sua defesa sustentando quatro tópicos de argumentação para rechaçar a autuação.

O primeiro argumento defensivo é de que grande parte dos serviços autuados não configura fato gerador do ICMS - comunicação, pois não compreendem serviços efetivamente de comunicação, mas atividades preparatórias, serviços suplementares ou de valor adicionado que agregam facilidades ao usuário dos serviços de telecomunicação, mas que com estes não se confundem.

Quanto a este tópico certamente não pode prosperar a argumentação defensiva, haja vista que o ICMS incide sobre prestações de serviços de comunicação postos à disposição dos usuários e independentemente do nome ou código que lhe sejam dados, sua transmissão e sua recepção, constituem-se em uma efetiva prestação onerosa do serviço de telecomunicação, e, portanto, sujeita ao ICMS, uma vez que se encontra no seu âmbito de incidência.

Nesse sentido é que caminha o artigo 1º, § 2º, inciso VII do RICMS/BA, ao estabelecer que: o ICMS incide sobre – VII. “a prestação onerosa de serviços de comunicação, por qualquer meio, inclusive a geração, a emissão, a recepção, a transmissão, a retransmissão, a repetição e a ampliação de comunicação de qualquer natureza”.

No presente caso, os serviços objeto da autuação dizem respeito à roaming internacional, serviços adicionais, chamadas locais originadas e utilização de serviços de voz, sendo certo que, o art. 4º, § 4º do RICMS/BA, dispõe que estão compreendidos no campo de incidência do ICMS os serviços suplementares e facilidades adicionais que otimizem ou agilizem o processo de comunicação, independentemente da denominação que lhes seja dada, regra esta emanada do Convênio ICMS nº 69/98.

Vale registrar que no âmbito deste CONSEF, tem prevalecido o entendimento acima aduzido, conforme reiteradas decisões de suas Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF, no sentido de que o ICMS incide sobre prestações de serviços de comunicação postos à disposição dos usuários, uma vez que a Lei Complementar nº 87/96, assim como o art. 1º, III, c/c o art. 2º, VII, da Lei nº 7.014/96, além do art. 1º, § 2º, VII, do RICMS/97, 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, a exemplo, dos Acórdãos nº 0189-11/08, 0193-11/08, 0145-12/09 e 0099-12/11. A título ilustrativo reproduzo abaixo parte do Voto Vencedor proferido pelo ilustre Conselheiro Valtércio Serpa Junior, no Acórdão CJF 0099-12/11, ao tratar de matéria semelhante, no julgamento do Auto de Infração nº 274068.0011/09-3:

“VOTO VENCEDOR

(...)

Ao argumentar em seu Recurso quanto aos serviços adicionais cujo imposto foi cobrado no lançamento, o recorrente afirma categoricamente que tais serviços não se configurariam como de comunicação, não podendo vigorar o entendimento de que a competência dos Estados para tal tributação estaria inserida no corpo da Carta Magna, ensejando que tais entes teriam alterado o conceito de “prestação de serviço de comunicação”, distorcendo-o.

Com a devida vênia, não vislumbro cabimento em se falar em alteração ou distorção do conceito de prestação de serviços de comunicação, por parte da legislação baiana, ao contrário, vejo que o Estado da Bahia pauta o entendimento estribado na própria Lei Complementar nº 87/96.

No que se refere aos serviços, a exemplo do envio dos chamados (SMS), mesmo raciocínio utilizado em relação ao “roaming” dev ser aplicado: de um lado, o emissor, que pretende encaminhar mensagem a alguém (receptor), utilizando-se para tal do aparelho móvel (celular), através da operadora (transmissor). A pergunta é: não se deve considerar tal operação, como de comunicação?

Acredito ser um grande equívoco não se ter tal operação, tomada como exemplo, como prestação de serviço de comunicação e, conseqüentemente, sujeita à incidência do ICMS, tal como sustentado no voto do ilustre relator, e no voto divergente em que o mesmo se baseou.

Outro equívoco, que entendo cometido pelo recorrente é o de que emissor e transmissor não poderem ser confundidos. Em algumas das “facilidades”, emissor ou receptor e transmissor se confundem. São a mesma pessoa, ainda que em “papéis” diversos, vez que a transmissora é detentora dos arquivos ou dos bancos de dados onde se localizam as “facilidades”, o que, sob o aspecto tributário seria irrelevante, o que não significa dizer que não se configure o “tripé” colocado pela mesma como condição “sine qua” para a configuração de serviço de comunicação.

A ocorrência do fato gerador do imposto, reafirme-se, encontra-se no artigo 12º, Inciso VII, da Lei Complementar nº 87/96. E tal fato se apresenta muito claro quando tal diploma determina ser devido o imposto quando se operam as prestações onerosas de serviços de comunicação, feitas por qualquer meio, inclusive a geração, a emissão, a recepção, a transmissão, a retransmissão, a repetição e ampliação de comunicação de qualquer natureza, assim como no momento do recebimento, pelo destinatário, de serviço prestado no exterior.”

Em face do exposto, não há como prosperar o primeiro argumento defensivo.

No que tange ao segundo argumento, isto é, de que constam no levantamento levado a efeito pelo autuante serviços de telecomunicações prestados a órgãos da administração pública estadual, autarquias e fundações mantidas pelo poder público estadual e tais serviços são isentos, constato que assiste razão ao autuante quando rechaça tal alegação defensiva, afirmando que não consta na relação de serviços de telecomunicações anexa ao Auto de Infração (em CD-R) serviços prestados a órgão da administração estadual nem a fundações e autarquias mantidas pelo poder público estadual.

É certo que o Regulamento do ICMS do Estado da Bahia – RICMS/BA traz no seu art. 31, inciso IV, a previsão de isenção nas prestações de serviços de telecomunicações utilizados por órgãos da administração pública estadual direta e suas fundações e autarquias mantidas pelo poder público estadual e regidas por normas de Direito Público, devendo o benefício ser transferido aos beneficiários, mediante a redução do valor da prestação, na quantia correspondente ao imposto dispensado, portanto, sendo óbvio que o benefício isencional alcança apenas os serviços prestados aos órgãos públicos pertencentes ao Estado da Bahia. Ou seja, diz respeito exclusivamente às prestações de serviços de telecomunicações internas.

Em verdade, verifico que o exemplo dado pelo impugnante se refere a serviço prestado a um órgão pertencente ao Estado de Sergipe, no caso, o DEGRASE - Departamento Estadual de Serviços Gráficos de Sergipe, portanto, tratando-se de uma prestação de serviço interestadual tomada por um órgão de outro Estado, descabendo a isenção aduzida.

Dessa forma, o segundo argumento defensivo não procede.

Quanto ao terceiro argumento defensivo de que o valor do ICMS porventura devido não deverá ser calculado na forma pretendida pelo Fisco, tendo em vista que faz incidir o imposto sobre base de cálculo fictícia, não correspondendo ao valor real da prestação de serviços efetivamente cobrado, o que majora o imposto supostamente devido; verifico que também não há como prosperar, haja vista que a metodologia utilizada pelo autuante está em conformidade com a legislação do ICMS.

Conforme consta na acusação fiscal os valores apurados na autuação foram escriturados pelo contribuinte como não tributados, portanto, sem o cômputo do imposto no valor da prestação do serviço.

Verifico que o próprio autuado concorda com a incidência do ICMS em sua própria base de cálculo, porque assim já referendou o próprio STF, divergindo quanto à metodologia utilizada pelo autuante que considerou como líquido o valor do serviço prestado, razão pela qual adicionou a este o imposto, obtendo assim um acréscimo que supõe fictício, a que denominou de “gross up”.

Não vejo como prosperar o argumento defensivo, pois noto que o autuante agiu corretamente quanto à apuração da base de cálculo.

É evidente que o contribuinte ao não oferecer à tributação as parcelas dos serviços prestados não computou como deveria o ICMS, significando dizer que, o valor cobrado do seu cliente foi inferior ao efetivamente devido, em razão de não ter repassado o valor do imposto.

Indubitavelmente, no presente caso, a base de cálculo foi apurada conforme manda o artigo 13, III, § 1º, I, da Lei Complementar nº 87/96, abaixo transcrito, não havendo inovação por parte do autuante, mesmo porque não poderia inovar, haja vista que exerce uma atividade plenamente vinculada:.

“Art. 13. A base de cálculo do imposto é:

(...)

III - na prestação de serviço de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, o preço do serviço;

§ 1º Integra a base de cálculo do imposto, inclusive na hipótese do inciso V do caput deste

I - o montante do próprio imposto, constituindo o respectivo destaque mera indicação para fins de controle”.

Cabe observar que a metodologia de cálculo utilizada pelo autuante se apresenta em conformidade com o previsto no dispositivo legal acima transcrito, ou seja, apurou o valor líquido do serviço prestado escriturado pelo contribuinte e integrou o ICMS à base de cálculo, o que resultou no valor da prestação, valor este que deveria ter sido apurado e cobrado pelo contribuinte quando da prestação do serviço aos seus clientes, haja vista que integra a base de cálculo do imposto, o montante do próprio imposto.

Cumprindo ainda registrar que na exemplificação dada pelo autuante na informação fiscal, fica claro que este não majorou a base de cálculo com a inclusão dos valores referentes ao PIS/COFINS – conforme suscitado pelo autuado - pois, na realidade, excluiu tais valores do valor da receita auferida pelo contribuinte encontrando o valor líquido e, posteriormente, incluiu na apuração do imposto. Ou seja, não houve qualquer afetação ou majoração, pois, apenas excluiu e incluiu os valores que já se encontravam na receita escriturada pelo contribuinte no intuito de identificar o valor líquido da receita.

Portanto, não há como prosperar o argumento defensivo de que o Fisco está a exigir ICMS sobre um valor que, efetivamente, a empresa não recebeu quando de sua prestação de serviço, haja vista que o valor que deveria ter recebido – cobrado do seu cliente - obrigatoriamente teria que estar integrado com a parcela atinente ao ICMS, cujo recolhimento, se fosse o caso, seria feito ao erário estadual quando da apuração do imposto no período próprio.

Relativamente à quarta argumentação defensiva sobre a natureza confiscatória da multa de 60% do crédito apurado, aduzindo que esta deve ser reduzida a patamares razoáveis, observo que foi corretamente indicada ao caso em discussão, estando prevista na Lei 7.014/96, portanto, não cabendo a este órgão julgador à apreciação da natureza confiscatória suscitada pelo impugnante.

No que tange à redução da multa, esclareço que por se tratar de multa por descumprimento de obrigação principal, a sua dispensa ou redução ao apelo da equidade, é de competência da Câmara Superior deste CONSEF.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

Inconformado com a Decisão, a empresa, por representante legal, interpõe Recurso Voluntário (fls. 175/190).

Preliminarmente apresenta os fatos do presente processo. Diz que na sua impugnação inicial havia demonstrado:

- que grande e expressiva parte dos serviços autuados não configura fato gerador do ICMS-comunicação, pois não compreendem serviços efetivamente de comunicação, mas atividades preparatórias, serviços suplementares ou de valor adicionado que agregam facilidades ao usuário dos serviços de telecomunicação, mas que com estes não se confundem;
- faz incidir imposto sobre serviços que são isentos, posto que prestados a pessoas que gozam de isenção por força do Convênio ICMS 107/95, incorporado ao Estado da Bahia pelo art. 31, VI, do RICMS/97;
- ainda que se entenda devido algum valor a título de ICMS, tal valor não deverá ser calculado na forma pretendida pelo Fisco, tendo em vista que faz incidir imposto estadual sobre base de cálculo fictícia, não correspondendo ao valor real da prestação de serviços efetivamente cobrado, o que majora o imposto supostamente devido;
- a título de argumentação, caso se entenda pela procedência da autuação, forçoso concluir a natureza confiscatória da multa de 60% do crédito apurado, devendo ser reduzida a patamares razoáveis, conforme diz será demonstrado.

Apresenta, em seguida, resumo da Decisão da JJF, contrária a suas pretensões e inicia a apresentar suas razões recursais.

Primeiramente informa que a fiscalização exige ICMS de receitas da empresa, indiscriminadamente, considerando rubricas notoriamente fora do âmbito do referido imposto. Em assim sendo, desde logo requer diligência para excluir da autuação os serviços que não se encontram albergados pelo ICMS.

Afirma, em seguida, ter a JJF se equivocado a respeito da tributação sobre a prestação de serviço de comunicações à órgãos da administração pública direta e indireta. Ressalta que o Convênio ICMS 107/95 (com redação dada pelo Convênio ICMS nº 44/96), concede tal isenção, conforme Cláusulas primeira e segunda, que transcreve. E nesta esteira o Estado da Bahia concedeu tal isenção, conforme art. 31, do RICMS/97. Observa que a referida isenção encontra-se claramente expressa tanto no convenio como no decreto estadual e que o Estado deve se submeter à lei. Assim, seus agentes devem atuar obedecendo as diretrizes postas nas referidas normas que impedem, claramente, a tributação sobre tais serviços. E, como são inúmeras as operações autuadas, diz ser imprescindível a realização de diligência para expurgar da autuação essas operações.

Argui a ilegitimidade da autuação sobre serviços suplementares e do valor adicionado, sustentando que tais serviços não compreendem prestação de serviço de comunicação, razão pela qual não são tributáveis pelo ICMS. Transcrevendo as determinações da Cláusula primeira do Convênio ICMS nº 69/98, expressa seu entendimento de que os serviços de valor adicionado e suplementares não compreendem a prestação de serviço de comunicação, não sendo, por consequência, tributáveis pelo ICMS.

Assinala que a questão ficou pacificada no STJ com a Decisão prolatada nos autos do Recurso Especial nº 402.047MG, que declarou ilegítima, por unanimidade, toda a cláusula primeira do Convênio ICMS nº 69/89. Que tal Decisão pacificou o entendimento do STJ que recentemente gerou Decisão sumular (Súmula 350 - “*O ICMS não incide sobre o serviço de habilitação de telefone celular*”), publicada em 19/06/2008. Invoca, também, diversas decisões do STJ a respeito da ilegitimidade da Cláusula primeira do Convênio ICMS 69/88, a exemplo das Resp 816.512/PI e 909.996/RJ.

Ressalta que mesmo sendo serviço prestado de forma onerosa, este fato não autoriza, *de per si*, a incidência do ICMS já que falta o requisito primeiro da configuração do fato gerador, ou seja, a relação comunicativa. Neste sentido apresenta voto em Mandado de Segurança nº 729-0/2009 do STJ, que segundo diz não discrepa do entendimento exposto.

Expõe que sobre a atividade-fim (os serviços de comunicação), certamente, incidirá ICMS. Entretanto, os serviços adicionais e suplementares (serviços postos à disposição do usuário e no específico caso, os autuados - “serviços adicionais” e “utilização de outros serviços de voz”) não se confundem com a atividade-fim. E afirma: *“O serviço de comunicação é tributado pelo ICMS, mas o mesmo não ocorre com aquelas vantagens e facilidades postas à disposição pela operadora (serviços de valor adicionado)”*.

Diz que a própria Lei Geral de Telecomunicações (Lei nº 9.472/97) distingue os serviços de valor adicionado/suplementares de serviços “de comunicação propriamente ditos”, que no seu art. 61, §§ 1º e 2º (transcritos) foi enfática em apartá-los.

E prossegue: *“Com efeito, embora os serviços de valor adicionado e suplementares acrescentem a um serviço de telecomunicação novas utilidades relacionadas ao acesso, armazenamento, apresentação, movimentação ou recuperação de informações, tecnicamente eles não configuram um meio pelo qual essas informações são transmitidas e/ou recebidas, tampouco uma atividade necessária à oferta de telecomunicações”*. E nesta esteira dar exemplos com o “serviço despertador - chamada teleprogramada” e “serviço de hora certa - 130” para reafirma de que em tais serviços não existe relação comunicativa, portanto não podendo se confundir com o serviço de comunicação propriamente dito. Informa que o STF já enfrentou tal questão na ADI/MC nº 1.491/DF e diz ter verificado que a autuação, *“ao arripio da jurisprudência há muito consolidada”*, fazer valer a incidência do imposto sobre os mencionados serviços constantes do Convênio ICMS 69/98, conforme exemplos que apresenta.

Conclui a tese apresentada requerendo diligência para excluir da autuação os serviços de comunicação que fogem do âmbito de incidência do ICMS, notadamente aqueles previstos no Convênio ICMS 69/98 e expressamente descritos no art. 66, § 4º, do RICMS/97.

Prosseguindo com sua argumentação, diz que mesmo que se admita que o valor principal exigido no Auto de Infração é devido, é ele indevido tendo em vista a flagrante majoração da base de cálculo. Entende que o fisco não se limitou a aplicar a alíquota devida sobre a receita obtida pela empresa, pois aplicou a alíquota de 27% não sobre o serviço prestado, mas sim sobre o valor acrescido dos valores eventualmente devidos a título de PIS/CONFIS. Dando exemplo, diz que houve alteração da equação de formação de preço tomada pela empresa, sendo apurada base de cálculo fictícia em descompasso a Decisão do STF que fixou a regra de que o ICMS incide sobre sua própria base de cálculo. E, nesta caminhar, cita decisões do STJ.

Passa a impugnar a multa aplicada a entendendo de caráter confiscatório.

Argui a natureza confiscatória da multa imposta, aduzindo que acórdão do STF reafirma a aplicação do princípio do não-confisco às multas e limita as multas fiscais ao máximo de 30% do débito de tributo. Diz que, caso, se entenda devido ICMS a penalidade deve ser reduzida para patamares não confiscatórios.

Requer a realização de perícia indicando para tanto a senhora Patrícia Rufino Nascimento, apresentando os questionamentos. Requer, ainda, realização de revisão fiscal, para que sejam verificados todos os documentos apresentados e as prestações de serviços aduzidas.

Conclui requerendo novamente diligência para analisar os documentos juntados aos autos e para que se já excluía da autuação as operações que se constituíram dos seus dois primeiros argumentos.

Requer ainda prazo de 30 dias para juntada de eventuais documentos e a extinção do crédito tributário de que cuida o presente Auto de Infração e o arquivamento do processo.

VOTO

Preliminarmente no que diz respeito ao pedido do recorrente de realização de perícia para comprovação das suas razões recursais, não vejo qualquer necessidade ou indispensabilidade de sua realização, para firmar o meu convencimento sobre a Decisão da lide, que se encontra calcada na norma tributária vigente.

Diante disto, indefiro o pedido de realização de perícia, ou mesmo de diligência, com base no art. 147, incisos I e II, alíneas “a” e “b” do RPAF/BA.

O recorrente volta em seu Recurso com os mesmos argumentos expostos na sua inicial, que sucintamente são os seguintes:

- grande e expressiva parte dos serviços auatados não configura fato gerador do ICMS-comunicação, pois não compreendem serviços efetivamente de comunicação, mas atividades preparatórias, serviços suplementares ou de valor adicionado que agregam facilidades ao usuário dos serviços de telecomunicação, mas que com estes não se confundem;
- que a autuação fez incidir imposto sobre serviços isentos, já que prestados a pessoas que gozam de isenção por força do Convênio ICMS nº 107/95, incorporado ao Estado da Bahia pelo art. 31, VI, do RICMS/97;
- houve erro no cálculo do imposto, pois o fisco fez incidir sobre sua base de cálculo valores como o PIS/COFINS, alterando a equação de formação de preço utilizado pela empresa, a majorando e a tornando fictícia;
- diz que a multa aplicada tem natureza confiscatória, devendo ser reduzida a patamares razoáveis.

Estes argumentos já foram exaustivamente analisados pela JJF, que, de forma absolutamente correta, os rechaçou em sua inteireza. Entretanto, como foram trazidos, novamente, a esta 2ª Instância tenho, por dever, de me pronunciar, embora as matérias não apresentem qualquer fato novo que provocassem outros questionamentos.

Quanto ao primeiro argumento do recorrente, o voto vencedor do Acórdão 0099-12/11 desta 2º CJF e proferido pelo i. Conselheiro Váltércio Serpa Junior analisa de forma minuciosa todos os argumentos trazidos pelo recorrente. E para não ser repetitiva, transcrevo, a seguir, o excelente voto proferido, que com ele me alinhei e alinho.

[...]

A inclusão dos serviços de comunicação no campo de incidência do ICMS deu-se por ocasião da reforma constitucional de 1988, com a absorção pelo antigo ICM (imposto sobre a circulação de mercadorias), de outras atividades, como os serviços de transporte interestadual e intermunicipal, os serviços de comunicação.

Tal conceito, preceituado no artigo 155, inciso II da Carta Maior, resultou na formação do ICMS (imposto sobre operações de circulação de mercadorias e prestações de serviços). De relação ao campo de incidência de tal tributo, o legislador infraconstitucional, ao editar a Lei Complementar nº 87/96, em consonância com o artigo 146, inciso III, da Constituição, estipulou no seu artigo 2º, inciso III, que o imposto incidiria sobre as prestações de serviços de comunicação, por qualquer meio, inclusive a geração, emissão, recepção, transmissão, retransmissão, repetição e ampliação de comunicação de qualquer natureza.

Dessa forma, pacificado o entendimento de que o sujeito passivo, operador de telefonia celular, se enquadra na condição de contribuinte do imposto.

Em sucinta síntese, o argumento do recorrente resume-se à alegação de que os débitos de ICMS lançados não são devidos, uma vez que se referem a atividades que não estariam sujeitas à incidência do ICMS, e por via de consequência, ao seu recolhimento.

E aqui, aflora o primeiro grande equívoco cometido pelo recorrente e acolhido pelo relator deste processo, muito embora concorde que se trata de matéria que enseja ainda, discussões e que, ainda, não obteve consenso quanto ao tratamento tributário, inclusive, ainda não sofreu o crivo do judiciário, na sua Corte Maior, que é o Supremo Tribunal Federal, senão vejamos:

Como bem colocado no seu voto, para que exista a efetivação da prestação do serviço de comunicação, é necessária a identificação de basicamente três figuras – emissor, receptor e transmissor. O primeiro (emissor),

seria na definição do dicionário Aurélio “aquele que codifica a mensagem original produzida pela fonte e emite os sinais codificados ao receptor”, Já o receptor, seria, segundo a mesma base de pesquisa, “aquele que recebe os sinais transmitidos, decodificando-os de forma a recuperar a mensagem original produzida para atingir um destinatário”, ao passo que o transmissor seria o “equipamento ou parte de equipamento que se destina a transmitir sinais telefônicos, radiofônicos ou televisuais” ou melhor explicando, seria a disponibilização do sinal para que a mensagem do emissor, chegue ao receptor, como desejado.

Quanto aos serviços do chamado “roaming internacional”, definidos como a utilização de aparelho de telefonia celular devidamente habilitado fora do território nacional, esta conceitualização (emissor, receptor e transmissor), é perfeitamente aplicável e identificável.

Telefone celular habilitado no país é utilizado em outro território nacional, de forma a lhe possibilitar o pleno uso, tanto recebendo, como efetuando chamadas, além do envio de mensagens de texto, acesso à internet, e outras funcionalidades disponibilizadas pela operadora com a qual mantém contrato.

O recorrente alega que não realizou qualquer atividade que caracterizasse o fato gerador do ICMS-comunicação, vez que não possui rede de telecomunicações no exterior, de modo que quando um cliente do recorrente utiliza seu aparelho celular no exterior, o serviço é prestado por operadoras de telefonia estrangeiras, através de suas redes, e que em todos os casos em que os serviços são prestados no exterior por outras operadoras, que não ela (recorrente), embora faturados contra os clientes, não se configuram receitas próprias, mas, que são integralmente repassadas às operadoras de telefonia estrangeiras que, efetivamente, prestaram serviços.

Neste aspecto, a arguição é de que não haveria atividade sujeita à incidência de ICMS e que os valores arrecadados foram repassados integralmente às operadoras de telefonia estrangeiras, estas, sim, responsáveis pela prestação de serviço, sendo o recorrente mera arrecadadora dos valores que lhe foram cobrados em contrapartida pelos serviços prestados, uma vez que não possui rede fora do país.

Observe-se que o imposto é cobrado pela prestação do serviço de comunicação, independentemente da utilização de rede própria ou de terceiros, repita-se, nem de repasse parcial ou integral dos valores cobrados a título de “roaming”, ou até mesmo se a cessão das redes de transmissão foi a título oneroso ou não, e sim, pela presença dos requisitos estipulados pela lei para a ocorrência da exigência do imposto pelo ente tributante, o que se afigura no caso em exame, de forma cristalina.

Na mesma linha de raciocínio, se chagássemos numa operadora de viagens, e comprássemos um passeio ao exterior, onde certamente ela não terá rede própria de atendimento, repassando esta incumbência à empresa contratada para tal, capaz de oferecer e prestar os serviços adquiridos pelo consumidor, certamente não teria esta operadora a obrigação de declarar o valor correspondente a tal parcela, correspondente ao valor recebido ao imposto de renda, nem assumiria a responsabilidade civil ou comercial em caso de descumprimento do serviço pela sua contratada externa, ou prestadora de serviços no outro país.

De igual forma, teríamos quando adquirimos uma viagem aérea internacional, nos deparamos com destinos que não são operados pela empresa pela qual estamos comprando a mesma, vez que vigora a prática dos chamados “acordos de code sharing”, ou compartilhamento de assentos.

Assim, podemos, desde a origem da viagem, adquirir nosso bilhete por uma companhia, e viajarmos por outra, ou outras durante todo o trajeto, sem que tal fato desonere aquela à qual adquirimos o bilhete, de suas responsabilidades, inclusive tributárias, se houver.

Neste pensamento, parece-me, pois, totalmente frágil a argumentação do recorrente de que apenas repassa os valores que lhe são cobrados pelas empresas que disponibilizam as suas redes para que os clientes da operadora brasileira possam utilizar seus aparelhos no exterior, uma vez que a legislação, para a definição do fato gerador, não determina que a disponibilização do sinal que possibilite ao usuário efetuar ou receber chamadas, seja feita pela própria empresa, e não por terceiros, como ocorre frequentemente, inclusive em casos de “roaming” dentro do país, onde eventualmente a operadora não disponha de sinal de telefonia própria, e o disponibilize a outras, o que não afasta a operação da incidência do ICMS, não nos cabendo, analisar, neste momento, os eventuais contratos ou pactos celebrados entre o recorrente e operadoras estrangeiras, sendo o exemplo mais típico o da operadora Oi, que até pouco tempo não possuía rede própria de comunicação na cidade de São Paulo, valendo-se, para seus clientes, quando em visita àquela cidade, dos serviços de outras empresas que nela operavam.

Portanto, o prestador que dispõe dos meios necessários à prestação de serviço de comunicação e se propõe a realizá-la ofertando esse serviço ao usuário final está prestando serviço de telecomunicação sujeito à incidência do imposto, independentemente de utilização de rede própria de comunicação, o que no meu entender fragiliza a tese recursal, bem como a base para o voto proferido, ora contestado.

Note-se, que a mencionada Lei Complementar nº 87/96, ao conter no seu artigo 2º, inciso III, a expressão “por qualquer meio”, reforça a tese ora defendida de que não se pode falar em incidência do imposto, apenas quando prestado diretamente pela operadora, e sim em qualquer condição. O sentido da expressão é a de que,

independentemente do meio, enquadrando-se a prestação do serviço na hipótese legal, ocorre o fato gerador, sendo, por consequência, devido o imposto, assim que “no momento em que se operam as prestações onerosas de serviços de comunicação, feitas por qualquer meio, inclusive a geração, a emissão, a recepção, a transmissão, a retransmissão, a repetição e ampliação de comunicação de qualquer natureza, assim como no momento do recebimento, pelo destinatário, de serviço prestado no exterior”.

No campo da legislação estadual, como não poderia deixar de ser, a Lei nº. 7.014/96, em obediência ao comando da Lei Complementar, reproduziu o teor do artigo 2º desta, no seu artigo 1º, ao definir que O Imposto sobre Operações Relativas a Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação (ICMS), de que tratam o art. 155, inciso II, §§ 2º e 3º, da Constituição da República Federativa do Brasil e a Lei Complementar nº. 87, de 13 de setembro de 1996, tem como um dos fatos geradores, a prestação de serviços de comunicação.

E avança, ao determinar que são irrelevantes para caracterização do fato gerador a natureza jurídica da operação ou prestação de serviço de que resultem quaisquer das hipóteses previstas para a incidência do imposto.

Descendo ainda mais um pouco, no tocante à hierarquia das leis, o Regulamento do ICMS do Estado da Bahia, aprovado pelo Decreto nº. 6.284/97, que determina em seu artigo 4º, incisos I e II, e § 1º, 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, do recebimento, pelo destinatário, neste Estado, de serviço de comunicação prestado no exterior ou cuja prestação se tenha iniciado no exterior, entendendo por comunicação, 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 ou pagar pelo uso ou disponibilização de uso pela empresa.

Dessa forma, a legislação do Estado da Bahia se mostra plenamente alinhada não somente à Lei Complementar, como a própria Constituição Federal, ou seja, com todo o arcabouço legal vigente.

Quanto a outros serviços oferecidos pelo recorrente e cobrados de seus usuários, a exemplo de “sms”, “auxílio à lista”, “hits polifônicos”, “manutenção de contratos”, etc., inicialmente, convém esclarecer que não podem ser confundidos com aqueles de “habilitação”, “instalação”, “disponibilidade” e outros, que foram objeto de apreciação pelo poder Judiciário, onde o entendimento quanto à cobrança do imposto já se encontra consolidada, à vista de inúmeros julgados do Superior Tribunal de Justiça, o qual, inclusive, editou a Súmula nº 350, mas, como matéria nova, reitero, ainda não apreciada pelas altas Cortes do país, relativos às denominadas “facilidades”, embora ressalvando que as “facilidades” avançam num ritmo frenético, diante do avanço da tecnologia, que a legislação e a justiça não conseguem alcançar, vez que muito mais lentas no caminhar e na evolução, de modo que as “facilidades” agora objeto do Auto de Infração são diversas daquelas outras submetidas à apreciação do Poder Judiciário, até pelo fato de inexistirem à época da edição do Convênio ICMS 69/98.

São serviços que não se constituem no conceito de “atividades preparatórias” à comunicação, de que falam os julgados dos tribunais, mas, que, diuturnamente, são agregados, colocados à disposição dos clientes das operadoras de telefonia, em velocidade muito superior àquela com que tramitam os feitos contenciosos e a própria legislação, e certamente, ensejarão, ainda por um bom tempo, discussões sobre o tema.

O recorrente alega, em sua peça recursal, que embora estejam “sempre ligados a prestação de serviços de comunicação”, tais serviços “não são serviços de comunicação sujeitos à incidência do ICMS tendo em vista que, nestas hipóteses não figura como terceiro que fornece os meios para que emissor e receptor possam trocar mensagens...e que presta os serviços suplementares e as facilidades adicionais a seus clientes sem que tais atividades sejam utilizadas para que os usuários estabeleçam relações comunicativas com terceiros”, amparando se na doutrina para tal defesa.

Ao argumentar em seu Recurso quanto aos serviços adicionais cujo imposto foi cobrado no lançamento, o recorrente afirma categoricamente que tais serviços não se configurariam como de comunicação, não podendo vigorar o entendimento de que a competência dos Estados para tal tributação estaria inserida no corpo da Carta Magna, ensejando que tais entes teriam alterado o conceito de “prestação de serviço de comunicação”, distorcendo-o.

Com a devida vênia, não vislumbro cabimento em se falar em alteração ou distorção do conceito de prestação de serviços de comunicação, por parte da legislação baiana, ao contrário, vejo que o Estado da Bahia pautou o entendimento estribado na própria Lei Complementar nº 87/96.

No que se refere aos serviços, a exemplo do envio dos chamados (SMS), mesmo raciocínio utilizado em relação ao “roaming” deve ser aplicado: de um lado, o emissor, que pretende encaminhar mensagem a alguém (receptor), utilizando-se para tal do aparelho móvel (celular), através da operadora (transmissor). A pergunta é: não se deve considerar tal operação, como de comunicação? Acredito ser um grande equívoco não se ter tal operação, tomada como exemplo, como prestação de serviço de comunicação e, conseqüentemente, sujeita à incidência do ICMS, tal como sustentado no voto do ilustre relator, e no voto divergente em que o mesmo se baseou.

Outro equívoco, que entendo cometido pelo recorrente é o de que emissor e transmissor não poderem ser confundidos. Em algumas das “facilidades”, emissor ou receptor e transmissor se confundem. São a mesma pessoa, ainda que em “papéis” diversos, vez que a transmissora é detentora dos arquivos ou dos bancos de dados onde se localizam as “facilidades”, o que, sob o aspecto tributário seria irrelevante, o que não significa dizer que não se configure o “tripé” colocado pela mesma como condição “sine qua” para a configuração de serviço de comunicação.

A ocorrência do fato gerador do imposto, reafirme-se, encontra-se no artigo 12º, Inciso VII, da Lei Complementar nº 87/96. E tal fato se apresenta muito claro quando tal diploma determina ser devido o imposto quando se operam as prestações onerosas de serviços de comunicação, feitas por qualquer meio, inclusive a geração, a emissão, a recepção, a transmissão, a retransmissão, a repetição e ampliação de comunicação de qualquer natureza, assim como no momento do recebimento, pelo destinatário, de serviço prestado no exterior.

Em momento algum, o recorrente nega que tais serviços não se enquadrem na definição legal para a ocorrência da hipótese de incidência do imposto, e sua exigibilidade pelo sujeito ativo, apenas se prende a conceitos acerca da expressão “serviços de comunicação”, alguns deles estranhos ao campo do direito tributário, como forma de esquivar-se da sujeição à tributação pelo ICMS.

No que concerne à menção do sujeito passivo no tocante a dispositivos da Lei Federal nº. 9.472/97 (Lei Geral das Telecomunicações), no que tange ao seu caráter normativo, no que se refere a direitos, obrigações e conceitos aplicáveis à regulamentação do setor, em vista das questões técnico-jurídicas, entendo que não podem os mesmos ser estendidos ao campo do direito tributário, vez que à luz do Código Tributário Nacional cabe ao ente tributante a normatização dos aspectos concernentes aos direitos e obrigações tributárias, em que pese ser possível à lei das telecomunicações definir o que sejam serviços adicionais ou suplementares, não foi conferido ao legislador ordinário o poder de definir os efeitos tributários de tais elementos normativos.

Dessa forma, mais uma vez, reafirmo que no conceito de serviço de comunicações encontra-se englobado o conjunto de atividade relacionado ao serviço prestado, estando incluídas na base de cálculo do imposto as facilidades e serviços complementares que agilizem ou otimizem o serviço de telecomunicação, ainda que prestações de natureza eventual e os serviços suplementares, bem como as facilidades adicionais disponibilizadas pelas concessionárias de serviços de telecomunicação, as quais se caracterizam como prestações de serviço onerosas de comunicação, estão, na mesma medida, inseridas no campo de incidência do ICMS, em face do arcabouço legal existente.

Sabidamente, a venda de conteúdo virtual por meio da internet, bem como por meio de aparelhos de telefonia celular, especialmente, é prática comum nos dias de hoje. Ainda que o recorrente entenda que tal conteúdo (músicas, tons, etc.), no seu entendimento não venha a se constituir em prestação de serviço de comunicação, no mínimo deveria considerá-los como mercadoria, e oferecido à tributação, jamais simplesmente ter os mesmos como não tributáveis a qualquer título pelo ICMS.

Em relação ao segundo argumento trazido pelo recorrente, não vejo como pode ele prosperar, como bem pontuado pela JJF.

O Convênio ICMS 107/96 (com alteração dada na cláusula primeira pelo Convênio ICMS 44/96, efeitos a partir de 26/06/96) assim dispõe:

Cláusula primeira Ficam os Estados do Acre, Alagoas, Amapá, Bahia, Ceará, Espírito Santo, Goiás, Maranhão, Mato Grosso, Minas Gerais, Pará, Paraíba, Paraná, Pernambuco, Piauí, Rio de Janeiro, Rio Grande do Norte, Rio Grande do Sul, Rondônia, Roraima, Santa Catarina, São Paulo, Sergipe, Tocantins e o Distrito Federal autorizados a conceder isenção do ICMS nas operações internas de fornecimento de energia elétrica, destinadas a consumo por órgãos da Administração Pública Estadual Direta e suas Fundações e Autarquias, mantidas pelo Poder Público Estadual e regidas por normas de Direito Público, bem como nas prestações de serviços de telecomunicação por eles utilizadas.

Ou seja, o Convênio autorizou a cada Estado que a ele aderiu **conceder isenção interna** (grifo) à energia elétrica e aos serviços de comunicações prestados aos órgãos da Administração Pública Estadual Direta e suas Fundações e Autarquias, mantidas pelo Poder Público Estadual e regidas por normas de Direito Público, conforme as regras que estabelecem.

O RICMS/97, diante da adesão do estado da Bahia ao Convênio ICMS nº 107/95 acrescentou às suas determinações o art. 31, inciso IV, concedendo a isenção “*nas prestações de serviços de telecomunicações utilizados por órgãos da administração pública estadual direta e suas fundações e autarquias mantidas pelo poder público estadual e regidas por normas de Direito Público, devendo o benefício ser transferido aos beneficiários, mediante a redução do valor da prestação, na quantia correspondente ao imposto dispensado*”.

Ou seja, a isenção refere-se às prestações de serviços de telecomunicações do poder público estadual baiano.

As prestações de comunicações autuadas dizem respeito a aquelas prestadas ao poder público de outro estado, portanto operação interestadual e não interna. Inclusive, o exemplo dado pela empresa se refere ao DEGRASE - Departamento Estadual de Serviços Gráficos de Sergipe.

Em assim sendo, não se pode dar guarida ao segundo argumento levantado pelo recorrente.

A respeito do terceiro argumento, mais uma vez razão não assiste ao recorrente.

A Constituição Federal não desce a detalhes quanto a forma de cálculo do ICMS. Deixou tal matéria à legislação infraconstitucional, no caso a Lei Complementar nº 87/96, que no seu art. 12, determina:

Art. 12. *Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento:*

VII - *das prestações onerosas de serviços de comunicação, feita por qualquer meio, inclusive a geração, a emissão, a recepção, a transmissão, a retransmissão, a repetição e a ampliação de comunicação de qualquer natureza.*

Art. 13. *A base de cálculo do imposto é:*

[...]

III - *na prestação de serviço de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, o preço do serviço.*

§ 1ª *Integra a base de cálculo do imposto, inclusive na hipótese do inciso V do caput deste artigo: (Redação dada pela Lcp 114, de 16.12.2002)*

I - *o montante do próprio imposto, constituindo o respectivo destaque mera indicação para fins de controle;*

II - *o valor correspondente a: a) seguros, juros e demais importâncias pagas, recebidas ou debitadas, bem como descontos concedidos sob condição; b) frete, caso o transporte seja efetuado pelo próprio remetente ou por sua conta e ordem e seja cobrado em separado.*

Como se vê, foi a Lei Complementar nº 87/96 que estabeleceu o regime jurídico do ICMS, formulando a concepção do cálculo incluindo o valor do tributo em sua própria base de cálculo. Inclusive tal técnica já se encontrava disposta no Decreto-Lei nº 406/68 o Convênio ICM 66/88. E, embora não tenha sido contestado pelo recorrente esta situação, observo que o STF com farta jurisprudência, inclusive ainda sob a égide do Decreto-Lei nº 406/68, há muito pacificou a discussão a respeito de ICMS integrar sua própria base de cálculo.

E, neste momento, deve ser ressaltado o que seja “***o preço do serviço***”.

Preço do serviço somente pode ser entendido como o preço onde estão incluídos todos os elementos determinados pela norma legal e que compõem a base de cálculo do imposto. É tão cristalino tal entendimento que não existe a necessidade de maiores explicações para este entendimento, ou seja, a base de cálculo nas prestações de serviços de comunicação é o valor de tal prestação, estando incluído neste valor “*o universo monetário tributado, ainda que incluso a carga fiscal que onere o preço da mercadoria posta à disposição comercial*” conforme bem definiu o Ministro José Delgado no Resp nº 86.653/SP citado pela Ministra Eliana Calmon (2ª Turma do STJ) em sentença há muito tempo prolatada no Recurso Especial nº 222.140 – SP (1999/00596637-4). Assim no referido preço estão incluídos todos os elementos determinados na norma legal que compõem a base de cálculo do imposto.

Em assim sendo, a metodologia de cálculo utilizada pelo autuante encontra-se em conformidade com as determinações legais, conforme claramente explicado quando da informação fiscal, e que

teve conhecimento à empresa. Neste cálculo, foram excluídos os valores do PIS/COFINS dos valores das receitas auferidas pelo contribuinte encontrando-se o valor líquido. Posteriormente, tais valores foram incluídos na apuração do imposto. Ou seja, não houve qualquer majoração, nem base de cálculo fictícia ou irreal, pois e apenas, foram excluídos e incluídos os valores que já se encontravam nas receitas escrituradas pelo contribuinte no intuito de identificar o valor líquido da receita.

Se, acaso, a empresa assim não procedeu, quando apresentou sua fatura aos clientes, este é fato que não diz respeito à administração fazendária deste Estado.

Quanto ao caráter confiscatório da multa aplicada (quarto argumento), ressalto que é vedado a este CONSEF a competência de sua discussão, ao teor do art. 167, do RPAF/BA. No mais, ela consta prevista na Lei nº 7.014/96 (art. 42, inciso II, alínea “a”).

E informo que entendendo o recorrente que na específica situação existe motivação para reduzi-la ou mesmo cancelá-la, deve o pedido ser dirigido à Câmara Superior deste Colegiado em obediência ao art. 169, § 1º, do RPAF/BA.

Voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso interposto para manter inalterada a Decisão recorrida.

VOTO DIVERGENTE

Peço venia à ilustre Relatora para discordar do seu voto quanto à matéria que envolve operações onde são prestados serviços de “roaming”. Quanto a esta matéria, entendo que não se pode exigir o tributo lançado, pois, não resta configurada a prestação de serviços por parte da recorrente, mas sim por empresa estrangeira.

Analisando a questão, vê-se que a matéria é complexa e envolve aspectos técnico-jurídicos. Convém registrar, de início, que o ICMS não incide sobre “*comunicação*”, mas sim sobre “*serviços relativos a comunicação*”, de acordo com o artigo 2º da Lei Complementar nº 87/96. Bem por isso, há que se determinar se os fatos que ensejaram a lavratura do Auto de Infração correspondem um serviço de comunicação ou apenas comunicação. Tal distinção é necessária porque as consequências jurídicas, também são distintas, podendo ensejar ou não a incidência do ICMS.

Para a matéria em discussão, o art. 2º, III, da Lei Complementar, bem como o art. 2º, VII da Lei nº 7014/96, que regulamenta o ICMS no estado da Bahia, deixa evidente que o ICMS incide apenas nas “*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*”. Daí, depreende-se que a incidência de ICMS exige a onerosidade da prestação, a utilização de um canal entre emissor e receptor e a transmissão da comunicação entre dois ou mais entes.

O artigo 4º, parágrafo 1º do RICMS diz que: “*Entende-se por comunicação, para efeitos deste regulamento, 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 do 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, uma obrigação de dar.*”

A inteligência dos dispositivos acima citados nos leva à conclusão de que há que se verificar se o fato implica em um serviço de comunicação, envolvendo o emissor 01, a existência de uma mensagem e um receptor 02, para, por fim, checar se existe a figura de terceiro ente, ou seja, o prestador de serviço. Caso a comunicação não implique na necessidade do terceiro ente, não

cabe falar em fato gerador de ICMS e, por conseguinte, não subsiste a incidência de ICMS na operação de comunicação efetuada.

Avançando, faz-se importante citar o parágrafo 4º do artigo 66 do RICMS que encerra: *“Incluem-se na base de cálculo do ICMS os valores cobrados a título de acesso, adesão, ativação, habilitação, disponibilidade, assinatura e utilização dos serviços, bem como aqueles relativos a serviços suplementares e facilidades adicionais que otimizem ou agilizem o processo de comunicação, independentemente da denominação que lhes seja dada.”*

Ora, entendo que a expressão *“independentemente da denominação que lhes seja dada”* não quer dizer que devam constar na base de cálculo os valores relativos a quaisquer serviços suplementares e facilidades adicionais, mas tão-somente os relativos a serviços suplementares e facilidades adicionais que otimizem ou agilizem o processo de comunicação.

Feitas as considerações acima, a conclusão a que chego é que os serviços de *“roaming”* prestados pela recorrente não correspondem a atividades realizadas pela recorrente, mas sim por empresas estrangeiras, detentoras das redes de telecomunicações. Todavia, o sujeito passivo é obrigado a faturar os seus clientes que utilizam desses serviços, entretanto, esse valor é repassado às empresas estrangeiras que, efetivamente, foram os prestadores do serviço de telecomunicação. Ora, como alguém pode ser autuado por um serviço prestado por outrem? Essa hipótese é inadmissível no direito tributário nacional, tendo o Fisco extrapolado a sua competência territorial e legal.

Pelo exposto, entendo que os valores referentes aos serviços de *“roaming”* devem ser afastados da exigência originária, motivo pelo qual voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário interposto.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão por maioria, com voto de qualidade do presidente, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **298636.0047/11-0**, lavrado contra **VIVO S.A.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$1.950.437,40**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

VOTO VENCEDOR – Conselheiros(as): Mônica Maria Roters, Valtercio Serpa Júnior e Carlos Fábio Cabral Ferreira.

VOTO DIVERGENTE – Conselheiros: José Antonio Marques Ribeiro, Carlos Henrique Jorge Gantois e Rodrigo Lauande Pimentel.

Sala das Sessões do CONSEF, 03 de outubro de 2012.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

MÔNICA MARIA ROTERS – RELATORA

JOSÉ ANTONIO MARQUES RIBEIRO – VOTO DIVERGENTE

ALINE SOLANO SOUZA CASALI BAHIA - REPR. DA PGE/PROFIS