

A. I. N° - 279692.0005/12-8
AUTUADO - CLARO S.A.
AUTUANTES - PAULO ROBERTO SILVEIRA MEDEIROS e RICARDO RODEIRO MACEDO DE AGUIAR
ORIGEM - IFEP SERVIÇOS
INTERNET - 06.02.2013

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0013-04/13

EMENTA: ICMS. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO. OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS CONSIDERADAS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. “AUXÍLIO À LISTA”, “MOBILE FUN”, “VAS PARCEIRO” E “INFO PULL”. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Serviços onerosos. 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. Infração subsistente. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 24/07/2012, reclama ICMS no valor de R\$158.593,94, imputando ao autuado a seguinte infração: “*Falta de recolhimento do ICMS na prestação de serviço de comunicação por escrituração de valores tributados como não tributados, conforme Anexo A (apensado em meio magnético e papel) e Convênio ICMS 115*” – Multa de 60%;

O contribuinte se defende às fls. 29/53. Relata os fatos e diz que por causa da grande velocidade das inovações tecnológicas no setor de telecomunicações vem aumentando a variedade dos serviços que ficam à disposição dos usuários, assim, parte dos serviços prestados pelas operadoras de telefonia móvel se refere a Serviços de Valor Adicionado (SVA) que, nos termos da legislação competente, notadamente nos artigos 60 e 61 da Lei nº 9.472/97, não é de comunicação, não se configurando fato gerador do ICMS. Assim, não prospera essa acusação fiscal.

Transcreve os arts. 60 e 61 da Lei nº 9.472/97 - Lei Geral de Telecomunicações (LGT), para argumentar a distinção entre os serviços de comunicação e os serviços de valor adicionado (SVA).

Aduz que a Constituição Federal (CF) outorgou competência tributária aos Estados para fazer incidir o ICMS apenas e tão-somente sobre os serviços de telecomunicação, o que permite entrever que há uma distinção a ser feita quando da análise dos serviços prestados pelas operadoras, separando os serviços de telecomunicação propriamente ditos – e que se sujeitam à exigência do imposto – daqueles que são meros serviços de valor adicionado, excluindo, portanto, da hipótese de incidência do ICMS.

Declara que para demonstrar que os débitos de ICMS lançados não são devidos pela empresa autuada, à medida que se referem a atividades que não se sujeitam ao recolhimento do ICMS, no Anexo A do Auto de Infração (relação dos serviços tributados considerados como não tributados), estão relacionadas às prestações SVA (*AUXÍLIO À LISTA, INFO PULL, MOBILE FUN e VAS PARCEIRO SELIG*), os quais não se enquadram na hipótese de incidência do ICMS.

Defende que o fato gerador do ICMS relativo a prestações de serviços de comunicação é outorgado pelo art. 155, II da CF, dando competência aos Estados e ao Distrito Federal para instituir o ICMS. Esta norma deixa claro que a incidência do ICMS é tão-somente em relação à prestação de serviços de comunicação (ICMS comunicação), cujo conteúdo veio a ser explicitado pela Lei Complementar (LC) nº 87/96 que, atendendo ao disposto no artigo 146, III da CF, estabeleceu normas gerais relativas ao ICMS, com a finalidade precípua de precisar os limites que

foram delineados pela norma constitucional atributiva de competência. A partir desse dispositivo legal, se verifica que a hipótese de incidência do ICMS comunicação consiste em obrigação de fazer, que pressupõe a existência dos seguintes elementos: “(i) *onerosidade da prestação*; (ii) *utilização de um canal entre emissor e receptor*; e (iii) *transmissão da mensagem por sons, imagens, sinais, signos ou símbolos*”, no qual na ausência de quaisquer desses elementos acarreta a inexistência de prestação de serviço de comunicação, o que afasta a possibilidade de incidência do ICMS.

Portanto, para a incidência do ICMS – prestação de serviços de comunicação diz ser absolutamente necessário que um terceiro preste, em caráter oneroso, serviços que tenham por objeto propiciar a efetiva comunicação entre duas ou mais pessoas. Nesse sentido, transcreve lições do Professor Alcides Jorge Costa, Eduardo de Carvalho Borges e Ricardo Lobo Torres.

Reproduzindo doutrinas de Roque Antônio Carraza e José Eduardo Soares de Melo e trecho de voto divergente do Julgador José Bizerra Lima Irmão no julgamento do PAF nº 274068.0005/09-3 neste CONSEF, reafirma restar claro que somente há incidência do ICMS diante de uma prestação de serviço de comunicação que ocorre quando um terceiro fornece, em caráter oneroso, os meios para que emissor e receptor possam trocar mensagem, e que não há que se falar em tributação por meio do ICMS pelos Estados e Distrito Federal.

Registra que de acordo com o art. 22, IV da CF, compete privativamente à União legislar sobre telecomunicações. No exercício dessa competência, foi promulgada a Lei nº 9.472/97 - Lei Geral de Telecomunicações (LGT), que dispõe “*sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais, nos termos da Emenda Constitucional nº 8, de 1995*”.

Reproduz a definição de telecomunicação expressa no artigo 60, § 1º, da Lei nº 9.472/97 para concluir que o fato gerador do ICMS, na hipótese, somente abrange a prestação de serviços cujo objeto seja a telecomunicação como ali definida, excluindo-se os serviços de valor adicionado, tal qual definidos no artigo 61. A esse respeito, o C. Superior Tribunal de Justiça, por ocasião do julgamento da suposta incidência do ICMS sobre as atividades prestadas pelos provedores de acesso à *Internet* (Resp 456.650/PR), já se posicionou pela não incidência do tributo estadual sobre os serviços de valor adicionado.

Nesse sentido, por exemplo, diz que os serviços de *downloads* de músicas, vídeos, imagens etc. utilizados pelos usuários não configuram hipótese de incidência do ICMS, de sorte que somente o preço da chamada telefônica pode servir de base de cálculo do ICMS, já que configura a dimensão econômica do fato gerador do tributo, ou seja, a prestação do serviço de telecomunicação.

Pontua que o valor desses serviços de *download*, por sua vez, não pode estar sujeito à tributação pelo ICMS na medida em que não se confunde com o preço do serviço de telecomunicação, porque o serviço de valor adicionado é negócio jurídico autônomo não sujeito à tributação pelo ICMS, que somente poderá incidir sobre a prestação do serviço de telecomunicação, isto é, a realização da chamada telefônica, tendo em vista que a competência tributária tem efeito negativo, no sentido de impedir que recaia ela sobre qualquer objeto fora do campo por ela delimitado, não havendo incidência sobre algo que não caracterizasse telecomunicação.

Salienta em relação ao SVA (Serviço de Valor Adicionado), o autuado disponibiliza aos usuários a aquisição de serviços de valor adicionado, assim definidos pelo artigo 61, *caput* e § 1º da Lei nº 9.742/97. Aborda também que os SVA's somente valem da rede de telecomunicações como suporte para sua prestação e, desse modo, não se confundem com os serviços de telecomunicações propriamente ditos. Por essa razão, a LGT, mais especificamente artigo 61, § 1º, expressamente descaracteriza os serviços de valor adicionado como serviços de telecomunicações, o que acaba por excluir aqueles serviços do campo de incidência do ICMS.

Afirma ainda que o SVA não configura prestação de serviço de comunicação sujeita à incidência do ICMS, porquanto o autuado não atua como fornecedor dos meios para que emissor e receptor

possam trocar mensagens e, sim, presta serviços diretamente a seus clientes, sem que qualquer terceiro figure na relação. Cita posicionamento de André Mendes Moreira (MOREIRA, André Mendes, A Tributação dos Serviços de Comunicação, Dialética, São Paulo, 2006, p. 132).

Exemplifica os SVA's passíveis de serem utilizados pelos usuários dos serviços de telefonia móvel oferecidos pelo contribuinte, os quais são objetos da presente autuação fiscal:

AQUISIÇÕES DE BENS E SERVIÇOS - a compra de ingressos de cinema ou o *download* de *ringtones* ou músicas. Argumenta que o aparelho celular serve como verdadeiro cartão de crédito para a realização de transações comerciais, tais como a compra de livros, jornais ou refrigerantes em máquinas. Assim, o usuário da rede de telecomunicações pode acessar a Internet por meio do seu computador e realizar uma compra de uma determinada música, pagando um valor fixo, o qual constará de sua fatura mensal, e recebendo o arquivo em seu aparelho celular.

Esclarece que nas aquisições de bens e serviços existem duas relações jurídicas distintas. A primeira, de natureza mercantil, possibilita a aquisição de um bem ou um serviço e não se confunde com a prestação do serviço de comunicação (fato gerador do ICMS). E outra, ancorada no serviço prestado, possibilita a comunicação entre o vendedor/prestador e o adquirente do bem ou serviço. Somente no que se refere a esta última relação, estabelecido o tripé comunicacional entre o adquirente e o vendedor/prestador, por intermédio do serviço oneroso prestado, seja por voz ou dados, deverá ser ela tributada pelo ICMS. Portanto, os valores pagos pelos clientes do autuado em decorrência de aquisições de bens e serviços, os quais constam da respectiva fatura telefônica mensal, não estão sujeitos à incidência do ICMS, por não configurarem serviços de comunicação.

Fala que o DOWNLOAD é a transmissão de imagens, músicas, vídeos, jogos e *softwares* dos servidores do autuado para um aparelho celular, serviço que não possibilita que haja a comunicação entre um emissor e um receptor. Ele (download) se utiliza do serviço de telecomunicações prestado, mas com este não se confunde. Portanto, não há que se falar em incidência de ICMS – comunicação. Afirma que neste serviço o autuado é detentor dos direitos de uso sobre eles e apenas disponibiliza seu conteúdo próprio para seus clientes. Assim, não há que se falar em prestação de serviços de comunicação, na medida em que o autuado, por disponibilizar conteúdo próprio aos seus clientes, não figura como terceiro fornecedor dos meios necessários ao estabelecimento da comunicação entre duas pessoas, mas sim como parte integrante da relação comunicacional, o que afasta a incidência do ICMS. Seguindo, detalha as características do serviço.

Argumenta que os serviços de “MOBILE FUN” consistem em mero acesso direto ao endereço eletrônico de serviços do autuado, para a aquisição de músicas e vídeos diretamente do *site* e os serviços denominados “VAS PARCEIRO”, consistem em *downloads* de jogos eletrônicos, músicas, imagens, sons, vídeos, papéis de parede (*screensavers*), toques polifônicos, sendo o direito de uso de tais arquivos do próprio autuado, como também existe a possibilidade de os usuários colocarem seus próprios vídeos no *site* da empresa autuada, recebendo créditos para posterior utilização em serviços. Aduz que nos casos de *download* inexistente comunicação quando o cliente Claro realiza o *upload* de seus vídeos no *sítio*, não ocorrendo o fato gerador do ICMS, sendo patentemente ilegítima a exação ora vergastada. Reproduz o raciocínio abordado pelo Sr. José Bizerra Lima Irmão, quando do julgamento do Auto de Infração nº 274068.0005/09-3.

Sobre os SERVIÇOS DE NOTÍCIAS, argumenta referir-se a envio de notícias via SMS ou por meio de acesso à *Internet*, oriundas de diversos veículos de mídia, sobre as quais o autuado é titular do direito de transmissão própria. Neste serviço de notícias chamado “INFO PULL”, o autuado envia mensagens ao usuário transmitindo mensagens próprias, não configurando fato gerador do ICMS.

Quanto aos “OUTROS DE SERVIÇOS DE VALOR ADICIONADO”, são os de utilidade pública ou de informação para o usuário, acessados mediante a utilização de números especiais, cuja denominação é “SNSERV”. É exemplo dessa espécie de serviços o **auxílio à lista**, desenvolvida diretamente entre o autuado e seu cliente, que, ao discar o número específico, obtém informações

na própria base de dados, sendo que o usuário poderá ligar para um determinado número utilizando este serviço, no qual obtêm informações de telefones comerciais e residenciais, solicitados por nome ou endereço, constantes do servidor da empresa, quando a informação solicitada é enviada ao celular do usuário via mensagem de texto (SMS), sendo cobrado um valor determinado por cada evento.

Transcreve parte do voto do Sr. José Bizerra Lima Irmão por ocasião do julgamento do PAF já citado e salienta que STJ analisou a tributação dos serviços prestados por provedores de acesso à *Internet*, consolidando entendimento no sentido de que os SVA's não se sujeitam à tributação por meio do ICMS, como se infere do julgamento do Recurso Especial nº 456.650/PR (STJ – Recurso Especial nº 456.650/PR - 2ª Turma – Rel. Min. Eliana Calmon - DJ 08.09.2003). Destaca, também, trecho do voto da I. Min. Eliana Calmon.

Questiona sobre a necessidade de proporcionalidade entre a multa aplicada e a suposta infração cometida, sobre a qual diz não poder ser exigido o valor decorrente da aplicação de multa no percentual de 60% (sessenta por cento), conforme pretende a entidade fazendária, com suposto fundamento no artigo 42, II, alínea “a” da Lei nº 7.014/96.

Argui que a imposição de multa de 60% (sessenta por cento) do valor do suposto débito de ICMS demonstra que o critério utilizado desconsidera as circunstâncias do fato, a situação do contribuinte e sua atividade, bem como qualquer outro parâmetro razoável para balizar o cálculo da penalidade. Pede que se considere que o artigo 3º do CTN estabelece que o tributo é uma prestação pecuniária que não constitui sanção por ato ilícito. Por esse motivo, o tributo não pode ser utilizado para punir, da mesma forma que as sanções não podem ser utilizadas como instrumento de arrecadação disfarçado.

Registra que a severidade das sanções visa a proteger a arrecadação do Estado e estimular, por vias oblíquas, o pagamento de tributos devidos. Entretanto, deve haver proporcionalidade entre as penalidades aplicadas e as infrações cometidas; deve existir uma graduação razoável entre o que se paga e o que se recebe, bem como entre o que se recebe em decorrência do que não se paga pontualmente. A punição deve guardar relação direta entre a infração cometida e o mal causado, assim como com o bem jurídico que se deseja proteger. Esta penalidade nesta proporção não condiz com a suposta infração praticada, de sorte que inexistente proporcionalidade entre o ilícito cometido e a penalidade imposta.

Salienta que as multas são utilizadas não apenas com finalidade punitiva, servem também como reparação do Estado pelo descumprimento de obrigação tributária por parte do contribuinte, quando for este o caso. Entretanto, a penalidade, no presente caso, além de indevida, é tão elevada a ponto de implicar verdadeiro confisco. Transcreve trecho do voto do Ministro Fernandes Filho no julgamento do RE nº 91.707 – MG; entendimentos dos tributaristas Misabel Abreu Machado Derzi e Sacha Calmon Navarro Coelho (*In Direito Tributário Aplicado*, pg. 137) e ementa de Decisão do STF ao apreciar a Ação Direta de Inconstitucionalidade 551-1 RJ, ajuizada pelo Governador do Estado do Rio de Janeiro, arguindo a inconstitucionalidade dos §§ 2º e 3º do art. 57 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias do Estado do Rio de Janeiro e, por fim, cita palavras proferidas pelo Ministro relator Ilmar Galvão, por ocasião de julgamento da ADIn 551-1, em seu voto.

Finaliza dizendo que o STF entende ser confiscatória uma multa no patamar de 30% (trinta por cento), e que a penalidade imposta no Auto de Infração guerreado é abusiva. Frisa que a multa aplicada de 60% (sessenta por cento) do valor do principal configura um manifesto confisco e afronta o direito de propriedade. Pede a diminuição ao patamar máximo de 2% (dois por cento), uma vez que a multa de 60% (sessenta por cento) aplicada configura exigência abusiva, inconcebível e confiscatória, que não respeita os limites impostos pela CF.

Conclui dizendo que os valores exigidos não são devidos por decorrerem de serviços sem incidência de ICMS e que a multa imposta é confiscatória.

Requer Provimento à Defesa para que o Auto de Infração seja cancelado e que, na hipótese de a autuação ser mentida, a multa seja reduzida ao patamar de 2%.

Protesta pela produção de provas por todos os meios em direito admitidos, bem como pela realização de sustentação oral no julgamento da presente Defesa e pede que as intimações relativas ao presente feito passem a ser realizadas, exclusivamente, em nome do advogado MAURÍCIO PEDREIRA XAVIER, inscrito na OAB/BA sob o nº 9.941, vinculado ao escritório Av. Juracy Magalhães Jr., 768, Ed. RV Center, 5º andar, Bairro Rio Vermelho, Salvador - Bahia, CEP 41.940-060.

Os autuantes prestam Informação Fiscal às de fls. 75/81. Resumem as razões da Defesa e, preliminarmente, informam decisões deste CONSEF sobre o serviço de comunicação Auxílio à Lista, transcrevendo trecho do Acórdão JJF nº 0167-03/06.

Em relação aos fatos ocorridos, reproduzem o art. 2º, VII, § 1º, I e V da Lei nº 7.014/96 que instituiu o ICMS no Estado da Bahia e define o que é serviço de comunicação, sobre esse discorrendo a partir da definição léxica.

Também reproduzem o art. 4º, I, § 1º do Regulamento de ICMS do Estado da Bahia, afirmando que o contribuinte na fl. 34 do PAF atesta o entendimento do Fisco e joga por terra sua alegação defensiva da não incidência do ICMS sobre os serviços 102, quando afirma que “para que ocorra o fato gerador do ICMS é condição mister: a) que esta prestação seja onerosa; b) que haja a prestação de serviço de telecomunicação”.

Ressalta que na prestação dos serviços de comunicação denominados “**Auxílio à Lista**” e “**Info Pull**”, é **patente que existe uma mensagem, sua transmissão e sua recepção** (grifos no original). Aduz que, além de os serviços serem onerosos, o fato de que em alguns deles a mensagem ser comandada por uma máquina através de uma mensagem gravada, de maneira alguma descaracteriza o circuito da comunicação, conforme definição do impugnante.

Assim, o fato impositivo da prestação onerosa de serviços de telecomunicação se encontra configurado, surtindo efeito de solução da lide relativa a tais serviços que, são na realidade, uma efetiva prestação onerosa do serviço de telecomunicação, como as demais, posta à disposição do usuário e não atividade-meio, como caracterizou o Impugnante.

Informam que isto prova ocorrência de prestação do serviço de comunicação e sendo oneroso, está totalmente caracterizada sua tributação pelo ICMS.

Argumentam que, após a tentativa de descaracterizar a ocorrência do fato gerador do ICMS sobre tais serviços, o Impugnante alega, ainda, que de fato esses serviços são facilidades colocadas à disposição dos usuários do serviço de telefonia e estas não são tributáveis de acordo com o artigo 61 da Lei nº 9472/97.

Em relação à Lei nº 9472/97, esclarecem que esta não tem competência para legislar sobre matéria tributária estadual (ICMS), sendo isto somente possível por lei ordinária tributária estadual ou Convênio entre os Estados.

Informam, ainda, que não lhes cabem discutir sobre entendimento judicial posto que devem obediência ao RICMS por responsabilidade funcional e que de acordo com as linhas de entendimento esposadas, a tributação, dos serviços de comunicação: “**Auxílio à Lista**” e “**Info Pull**”, são tributáveis.

Quanto aos serviços de comunicação “**Mobile Fun**” e “**Vas Parceiro Selig**”, afirmam que o autuado trouxe informações contraditórias e imprecisas, como pode ser verificada na resposta a intimação (a qual levou mais de oitenta dias para ser respondida, folhas 16, 17, 20 e 21 deste PAF), nos argumentos da Defesa (folhas 41 a 43 deste PAF) e por fim pela falta de apresentação de documentação comprobatória (contratos, NFST's, etc...), presumindo-se que tais serviços de comunicação são tributáveis.

Sobre a reclamação da multa proposta informam ser a legalmente prevista na Lei nº 7.014/96, Art. 42, Inciso II, alínea “a” e no RICMS-BA, Art. 915 Inciso II.

Concluem mantendo a ação fiscal.

VOTO

Compulsando os autos, vejo que o procedimento fiscal cumpriu o disposto nos artigos 15, 19, 26, 28, 38, 39, 41, 42, 44, 45 e 46, do RPAF, bem como o processo se conforma nos artigos 12, 16 e 22 do mesmo regulamento. A infração está claramente descrita, determinada com segurança, foi corretamente tipificada com identificação do infrator e têm suporte no demonstrativo e documentos fiscais contidos nos autos, cujas cópias foram entregues ao contribuinte, tendo ele exercido o direito de ampla Defesa e contraditório demonstrando pleno conhecimento dos fatos arrolados no Auto de Infração.

A exigência fiscal diz respeito à ICMS relativo às prestações de serviços de comunicações tributáveis, escrituradas como não tributáveis, no período de janeiro a dezembro de 2008.

Analizando o demonstrativo que instrui a autuação (fl.06-11), apesar das explicações sobre os serviços de telecomunicações, verifico que os valores considerados como não tributáveis pelo contribuinte se referem a de serviços de comunicação onerosos prestados contra pagamento dos consumidores finais, intitulados de “Auxílio a Lista - 102”, “MOBILE FUN” (download para aquisição de músicas e vídeos), “VAS PARCEIRO” (downloads de jogos eletrônicos, músicas, imagens, sons, vídeos, papéis de parede – *screensavers* -, toques polifônicos), “INFO PULL” (serviços de notícias via SMS), conforme listados no demonstrativo de fls. 06/11, não sendo apontado erro nos números consignados no mesmo.

A questão fundamental é se a prestação onerosa desses serviços pelo autuado a consumidores finais são de comunicação e se são tributáveis.

O art. 2º, III, da Lei Complementar nº. 87/96 define 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 preveem 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, o que entendo abrigar e não dispensar da incidência do ICMS os serviços aqui relacionados, inclusive os relativos a *downloads* que pressupõem **acesso, adesão, disponibilidade e ativação** do serviço oferecido pelo contribuinte autuado aos seus clientes consumidores. (grifos meus)

Para que haja a incidência de ICMS é necessário que o serviço de comunicação seja prestado a terceiros e que o mesmo seja oneroso, e o caso presente, ao contrário do que alega o Impugnante, inclusive assenta-se perfeitamente nas visões dos diversos doutrinadores cujas lições reproduz na Defesa, das quais destaco as de Ricardo Lobo Torres e Roque Antônio Carrazza (fl. 35) que, oportunamente, transcrevo:

“O imposto incide sobre a prestação do serviço de comunicação, e não sobre a comunicação em si. É necessário que haja a prestação de serviços de comunicação entre o emitente e o destinatário da mensagem. Roque Carrazza diz com precisão que é necessária a presença “relação comunicativa”. (TORRES, Ricardo Lobo, Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário, Vol. IV, Renovar, Rio de Janeiro, 2007, p. 254)

“Note-se que o ICMS só não incide sobre a comunicação propriamente dita, mas sobre a ‘relação comunicativa’, isto é, a atividade de alguém, em caráter negocial, fornecer a terceiro condições materiais

para que a comunicação ocorra. Mas não apenas isso: é mister, ainda, que a mensagem seja captada pelo destinatário (fruidor) do serviço.” (In O ICMS na Constituição, p. 130)

Os serviços objeto da exigência fiscal, assim como os demais oferecidos pelo contribuinte autuado e que são tributáveis, são os que o seu tomador (usuário), pagando por eles, se utiliza dos meios de comunicação disponibilizados pelo prestador de serviço para conseguir a informação desejada (auxílio à lista e serviços de notícias – “INFO PULL”), ou para adquirir bens via *download* (aquisição de músicas e vídeos – “MOBILE FUN” ou jogos eletrônicos, músicas, imagens, sons, vídeos, papéis de parede, toques polifônicos, etc., - “VAS PARCEIRO”).

Nesses casos, o usuário paga ao detentor dos meios de comunicação o preço para que estes serviços sejam efetuados através de dutos e/ou canais de mensagens que chegam a este. Indubitavelmente, há prestação de serviço de comunicação pela disponibilização onerosa de um canal para emissão/recebimento de mensagens.

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 de comunicação e o usuário possibilita, a este último, o acesso a uma informação ou aquisição de bem 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 e é nesse sentido que este CONSEF tem decidido, a exemplo dos Acórdãos JJF Nº 0080-02/12 e CJF Nº 0091-13/12.

Concluo caracterizada a infração, sendo integralmente subsistente o valor exigido.

A multa de 60% proposta é a prevista no artigo 42, inciso II, “a”, da Lei nº 7.014/96. A argumentação de caráter confiscatório da penalidade não pode ser apreciada por esta Instância Administrativa de Julgamento de lide tributária (RPAF: artigo 167, inciso I) e por tratar de descumprimento de obrigação principal, a apreciação do pedido de redução ou cancelamento da multa cabe à Câmara Superior deste CONSEF, consoante o art. 159 do RPAF/99.

As intimações a cerca deste PAF devem ser processadas na forma prevista no art. 108 do RPAF, mas nada impede que cópia seja encaminhada na forma solicitada pelo Impugnante.

Diante do exposto, voto PROCEDENTE o Auto de Infração, devendo homologar-se os valores já recolhidos (fls. 67/68).

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **279692.0005/12-8**, lavrado contra **CLARO S.A.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$158.593,94**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais devendo ser homologados os valores já recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 22 de janeiro de 2013.

PAULO DANILO REIS LOPES – PRESIDENTE

JORGE INÁCIO DE AQUINO – RELATOR

JOÃO VICENTE COSTA NETO - JULGADOR