

A. I. N° - 269135.0017/12-6
AUTUADO - TIM CELULAR S.A.
AUTUANTES - JOSE MARIA BONFIM COSTA e GILSON DE ALMEIDA ROSA JÚNIOR
ORIGEM - IFEP SERVIÇOS
INTERNET - 18/10/2013

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0169-05/13

EMENTA: ICMS. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO. SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS ESCRITURADAS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. O ICMS incide sobre todas 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, bem como sobre atividades preparatórias e conexas ao serviço de comunicação. Os serviços objeto do lançamento de ofício são considerados como serviços de comunicação postos à disposição dos usuários, constituindo-se em uma efetiva prestação onerosa do serviço de comunicação, e, portanto, onerados pelo ICMS, uma vez que se encontra no seu âmbito de incidência, na forma da legislação estadual que rege o imposto. As provas apresentadas pelo sujeito passivo não elidem a exigência fiscal nem demonstram que houve exigência de imposto em duplicidade. Indeferido pedido de diligência fiscal. Pedido de declaração de ilegalidade ou inconstitucionalidade da exigência fiscal (principal e multa) se encontram fora do âmbito de competência da instância administrativa de julgamento. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Auto de Infração lavrado em 19/12/2012, para exigir ICMS, no valor histórico de R\$39.590,91, com a seguinte imputação:

INFRAÇÃO 1 – Falta de recolhimento do ICMS na prestação de serviço de comunicação por escrituração de valores tributados como não tributados. Débito apurado, à alíquota de 27%, nos meses de setembro e dezembro do exercício de 2010. Multa aplicada: 60%, prevista no art. 42, inc. II, letra “a”, da Lei nº 7.014/96.

Complementaram os autuantes a peça acusatória com a seguinte descrição: “Contribuinte não ofereceu à tributação diversas receitas de telecomunicações oriundas de prestações de serviços a contribuintes não isentos, conforme lançado nos registros magnéticos entregue à fiscalização conforme determina o Conv. ICMS 115/03. Sendo a base de cálculo do imposto determinada conforme art. 52 do RICMS, Dec. nº 6.284/97. Tudo apurado conforme Anexos e os respectivos registros magnéticos na forma do Conv. ICMS 115/03, todos apensos ao PAF. Ressalta-se que não foram anexados ao PAF os demonstrativos com a totalidade dos dados devido ao seu grande volume, entretanto anexamos ao PAF um CD com os dados gravados em planilha Excel/Acess onde encontram-se a totalidade dos dados que deram origem às planilhas resumo mensal que estão anexas a este PAF”.

De acordo com os demonstrativos juntados pelos autuantes, às fls. 5 a 9, os serviços sobre os quais fizeram incidir o ICMS foram os seguintes: a) cobrança serviço CredCorp; b) recarga programada; c) bloqueio portal BLAH; d) cobrança CredCorp 200; e) TIM empresa Controle 50; f) serviços de dados – terceiros; g) chamadas longa distância: TIM LD 41; h) bloqueio site TimNet; i) ajustes mensalidades/franquias fixo; j) serviços de dados terceiros.

Notificado do lançamento o contribuinte ingressou com defesa administrativa juntada às fls. 20 a 37 do PAF. A peça defensiva foi subscrita por advogado com procuração nos autos (fl. 18)

A Impugnante é pessoa jurídica regularmente constituída, cuja atividade principal é a prestação de serviços de telecomunicações, conforme se constata de seu Estatuto Social (**doc. 01**).

Sustenta, em síntese que a fiscalização se equivocou na cobrança dos serviços objeto da autuação, uma vez que alguns deles são tributados em momento diverso, como a Recarga Premiada e o TIM Empresa Controle 50. Além disso, os serviços de Bloqueio Portal BLAH e do Site timnet são atividades meio, não constituindo fato gerador de ICMS.

O Ajuste de Mensalidade/Franquias Fixo também não constitui fato gerador do ICMS, uma vez que se trata de desconto concedido por reclamações de serviço cobrado em fatura anterior.

A detalhar o mérito da impugnação afirma que houve cobrança em duplicidade do ICMS sobre o serviço de Recarga Programada e Tim Empresa Controle 50.

Argumenta que o recolhimento do ICMS relativo aos serviços de Recarga Programada e TIM Empresa Controle 50 é feito no momento em que os créditos são disponibilizados para o cliente pré-pago. Pondera que se destacasse o imposto no momento de apresentação dos arquivos magnéticos do Convênio ICMS 115/03 referente à sua base de clientes pós-pago, estaria recolhendo imposto em duplicidade.

Explicou como funcionamento dos referidos serviços:

O serviço Recarga Programada é oferecido para pessoas físicas e o TIM Empresa Controle 50 para pessoas jurídicas:

O cliente pós-pago contrata o serviço para recarga mensal de valor pré-determinado em um número de telefone pré-pago apontado por ele.

Mensalmente, o número pré-pago apontado pelo cliente pós-pago recebe a recarga no valor contratado e, no momento em que tal recarga é realizada, o imposto é recolhido.

O cliente pós pago é cobrado mensalmente pelo serviço, porém o imposto não é destacado, uma vez que já foi recolhido em momento anterior.

Um exemplo do serviço de recarga programada e do recolhimento do imposto incidente: um cliente pós-pago determina que seja creditado mensalmente o valor de R\$ 50,00 (cinquenta reais) em um número pré-pago. A Impugnante realiza o serviço e, nesse momento, cobra o ICMS incidente. Após, o cliente pós-pago recebe a fatura com o valor do serviço, sem a incidência do imposto, já recolhido no momento correto.

Transcreveu a redação da norma que trata da emissão da Nota fiscal de prestação de Serviço de Telecomunicação, conforme abaixo:

Prevê o art. 305 do Decreto nº 6.284/97 – RICMS-BA, será emitida nota fiscal:

Art. 305. *A Nota Fiscal de Serviço de Telecomunicações, quando o serviço for prestado ou cobrado mediante ficha, cartão ou assemelhados, será emitida no momento em que a concessionária ou a permissionária prestadora do serviço:*

I - fornecer, a usuário ou a terceiro intermediário, os instrumentos necessários à sua prestação por meio exclusivamente de terminal de uso público;

II - reconhecer ou ativar créditos passíveis de utilização exclusivamente em terminal de uso particular

Frisou que em razão da quantidade de Notas Fiscais de Serviço de Telecomunicação demonstradas pelo fisco no Auto de Infração, é impossível analisá-las dentro do prazo para apresentação da Impugnação. Apresentou amostra de notas fiscais (Doc. 03 – no CD em anexo) que, analisadas em conjunto com a tabela juntada na defesa, demonstraria que já houve o

recolhimento do ICMS na forma do artigo 305 do Decreto nº 6.284/97 - RICMS/BA. Na tabela mencionada constam o CPF ou CNPJ dos tomadores de serviço, os números das notas fiscais determinadas pelo fisco, a descrição do serviço prestado, a quantidade, o valor total, os códigos de autenticação digital dos documentos fiscais em que foi destacado e recolhido o ICMS incidente sobre os serviços, na forma do artigo 305 do Decreto nº 6.284/97 - RICMS/BA e o valor recolhido.

Disse que caso o CONSEF entenda que a amostragem apresentada não é suficiente para comprovar o recolhimento do imposto, requer a Impugnante que seja prorrogado o prazo para apresentação de uma amostragem mais ampla, à luz do princípio da verdade material e da garantia à ampla defesa.

Sustentou a ilegalidade da cobrança de ICMS sobre atividades meio, por afronta à legislação infraconstitucional, em relação aos serviços *Bloqueio Portal BLAH e Bloqueio Site timnet, por serem operações classificadas e escrituradas como isentas*.

Fez uma análise da incidência do ICMS sobre os serviços de telecomunicação e serviços a ele conexos. O artigo 2º, III, combinado com o artigo 12, VII, ambos da Lei Complementar nº 87/96 (Lei Kandir), determina que o ICMS incide sobre as prestações onerosas de serviço de comunicação, considerando-se ocorrido o fato gerador no exato momento dessas prestações:

Disse que o serviço de comunicação relevante juridicamente para fins de tributação pelo ICMS é aquele decorrente de um contrato oneroso de prestação de serviço, do qual resulte efetivamente uma relação comunicativa entre emissor e receptor da mensagem. Para a defesa não se inserem no âmbito de incidência do ICMS serviços acessórios ou suplementares, cuja função é a de proporcionar as condições materiais necessárias à implementação do serviço comunicacional, bem assim a sua manutenção, exatamente os serviços que a fiscalização entendeu como tributáveis na apuração da base de cálculo do imposto. Transcreveu lições doutrinárias de Roque Antonio Carrazza.

Em seguida, pontuou que o Congresso Nacional aprovou a lei complementar (Lei Kandir), autorizando a incidência do tributo somente sobre as atividades transcritas nos artigos já citados (art. 2º, III, e art. 12, VII). Em outras palavras, o legislador, ao editar a LC nº 87/96 delineou o que são serviços de telecomunicações sujeitos à exação em questão.

Todavia, ao firmarem o Convênio ICMS 69/98, os Secretários de Fazenda dos Estados ampliaram a hipótese de incidência e a base de cálculo do ICMS sem a observância das diretrizes traçadas na lei complementar, tornando tal gravame manifestamente ilegítimo. Da mesma forma, registrou, qualquer norma editada neste Estado para ratificar as disposições do referido convênio, estará em total dissonância com os ditames prescritos na norma complementar federal, o que, por si só, já demonstra a ilegitimidade da cobrança do tributo em questão.

Reafirmou que a doutrina tem entendimento pacífico no sentido de que lei ordinária ou decreto e, muito menos convênios, não podem alterar lei complementar sob pena de violação ao princípio constitucional da hierarquia das leis. Por esse motivo, sustenta a defesa, a cláusula primeira do Convênio ICMS 69/98 é claramente ilegal, pois alarga a base de cálculo do ICMS – comunicação sem qualquer respaldo da mencionada lei complementar, fazendo incidir o imposto sobre valores relativos às atividades-meio, preparatórias à prestação do serviço de comunicação propriamente dito.

Argumenta que os Estados fizeram uso da analogia com finalidade instituidora de tributos, o que é vedado pelo artigo 108, §1º do Código Tributário Nacional, por ofensa do Princípio da Legalidade, e do Princípio da Tipicidade Fechada, vez que fato gerador de tributo só pode ser ampliado por força de lei complementar, conforme entendimento do STJ.

O Convênio ICMS 69/98 não poderia, em hipótese alguma, criar nova tributação, dada sua natureza regulatória, uma vez que o CONFAZ não é órgão legislativo com competência tributária impositiva.

Consignou ainda que a inclusão na base de cálculo do ICMS dos valores relativos aos serviços da cláusula primeira do Convênio ICMS 69/98 afronta também o art. 1º da Lei Complementar nº 24/75, o qual limita, quais as matérias que podem ser tratadas por convênio firmado entre os Estados. Que a norma acima citada prevê a utilização dos convênios apenas para as hipóteses transcritas no art. 1º, não fazendo qualquer alusão ao aumento de base de cálculo, como pretende o Convênio ICMS 69/98.

Conclui que o Convênio ICMS 69/98 é norma flagrantemente ilegítima por confrontar-se com o art. 1º da Lei Complementar nº 24/75, já que pretende incluir valores na base de cálculo do ICMS devido pela Impetrante, quando a norma que autoriza a celebração de convênios veda expressamente tal hipótese.

Contesta também a incidência de ICMS sobre ajustes financeiros. Pondera que o “serviço” denominado Ajuste Mensalidade/Franquias Fixo não sofre incidência de ICMS, eis que se trata de ajuste financeiro de contas de clientes. Registrou mais à frente que o ICMS referente a essas operações de Ajuste Mensalidade/Franquias Fixo foi escriturado, destacado e recolhido na cobrança apresentada ao cliente no mês anterior.

Em seguida discorreu sobre a impossibilidade de cobrança de multa por ausência de infração, com base no que determina o artigo 40 da Lei nº 7.014/96:

Alegou também o efeito confiscatório da multa aplicada, no percentual de 60% do valor principal da cobrança de ICMS atualizado. Transcreveu ensinamentos doutrinários dos juristas e membros de STF, Luís Roberto Barroso e Gilmar Ferreira Mendes.

Destacou que o tributo não pode ser utilizado para fins de confisco e que o princípio do não-confisco se encontra previsto no inciso IV do artigo 150 da Constituição Federal, sendo de fundamental importância na defesa da integridade do patrimônio dos contribuintes e no respeito ao direito de propriedade constitucionalmente assegurado (arts. 5, inciso XXII e 170, inciso II, da Constituição Federal).

Sobre este princípio mencionou peça defensiva enxertos de lições doutrinárias e decisões judiciais. Entre elas destacou a decisão do Supremo Tribunal Federal (ADIN – MC n. 1.075/DF, Relator Ministro Celso de Mello, decisão em 17.06.1998): “...o princípio do não-confisco previsto no art. 150, inciso IV, da Constituição Federal, igualmente se aplica às multas. Neste sentido, foi deferida medida cautelar em ação direta de constitucionalidade para suspender, até decisão final, a execução e aplicação do art. 3º, parágrafo único da Lei nº 8.846/94, que prevê a aplicação de multa pecuniária de até 300% sobre o valor do bem objeto da operação ou do serviço prestado, na hipótese de o contribuinte não haver emitido a nota fiscal relativa à venda de mercadorias ou prestação de serviços, por ter sido considerada juridicamente relevante a tese da ofensa ao artigo 150, IV, da Constituição Federal”.

Formulou os seguintes pedidos:

1. A total improcedência do Auto de Infração pela cobrança em duplicidade de ICMS sobre os serviços de Recarga Programada e TIM Empresa Controle 50, e pela ilegalidade da cobrança de ICMS sobre os serviços de Bloqueio Portal BLAH e Bloqueio Site Timnet, além da não incidência do ICMS sobre ajustes financeiros, coma exclusão também cobrança das obrigações acessórias relacionadas;
2. Se este não for o entendimento do órgão julgador, que seja posto o presente processo administrativo em diligência, em respeito ao princípio da verdade material e a garantia da ampla defesa, para que seja apresentada uma maior amostra de notas fiscais e Hash Codes que comprovem o alegado.
3. E ainda, se não for este o entendimento, que seja reduzida a multa de 60% para um valor razoável e proporcional à suposta infração cometida.

Requeru ainda que todas as intimações sejam postadas, publicadas ou diligenciadas em nome dos advogados ERNESTO JOHANNES TROUW, OAB/RJ nº 121.095 e FÁBIO FRAGA GONÇALVES, OAB/RJ nº 117.404, com escritório na Avenida Rio Branco nº 99, 7º andar, Centro, Rio de Janeiro, RJ.

Foi apresentada informação fiscal apensada às fls. 52 a 55. Consignou o autuante que em relação às cobranças relativas aos serviços de Recarga Programada e Tim Empresa Controle 50 não foi possível comprovar se trata de triangulação de serviços já faturados, pois não foram encontradas ou apresentadas documentação que amparassem as alegações defensivas. Registraram os autuantes: não foram juntados ao PAF nenhum documento comprobatórios dos fatos alegados. Do mesmo modo em relação ao serviço denominado “Ajuste de Mensalidades/Franquias.

No que tange aos serviços de “Bloqueio Portal BLAH e Bloqueio Site Timnet” os autuantes declararam que as alegações defensivas não podem prosperar, uma vez que os Estados signatários do Convênio ICMS 69/98 firmaram o entendimento de que devem ser incluídos 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 aperfeiçoem o processo de comunicação, independentemente da denominação que lhe seja dada. Os dados foram extraídos dos registros das notas fiscais efetivados nos arquivos do Convênio ICMS 115/03, e a tributação incidiu conforme interpretação das normas da LC 87/96 art. 13, III, § 1º. II, “a”, Lei nº 7.014/96 (art. 17, VIII, § 11); e RICMS/97 (art. 66, I, “b”, § 4º). Configurada segundo os autuantes a prestação onerosa de serviços de comunicação (art. 2º, VII, da Lei nº 7.014/96).

Ao concluir, os autuantes pediram pela Procedência Total do Auto de Infração.

VOTO

Versa o Auto de Infração em lide sobre a falta de recolhimento do imposto na prestação de serviço de comunicação por escrituração de valores tributáveis como não tributáveis.

Esta exigência está desdobrada nos demonstrativos que servem de lastro ao Auto de Infração, contendo as seguintes prestações: a) cobrança serviço CredCorp; b) recarga programada; c) bloqueio portal BLAH; d) cobrança Credcorp 200; e) TIM Empresa Controle 50; f) serviços de dados – terceiros; g) chamadas longa distância: TIM LD 41; h) bloqueio site Timnet; i) ajustes mensalidades/franquias fixo; j) serviços de dados terceiros.

Inicialmente, indefiro o pedido de diligência, por se encontrar nos autos todos os elementos probatórios e argumentos de direito suficientes para que este órgão julgador possa proferir decisão quanto ao mérito da exigência fiscal. A ampliação da amostra de documentos listados no CD anexado pelo contribuinte constitui ônus probatório deste, e pode ser apresentada em qualquer fase do processo enquanto não esgotada a instância administrativa.

No mérito, o contribuinte conduziu sua defesa sustentando que houve duplicidade de cobrança de ICMS nas prestações de recarga programada e TIM Empresa Controle 50. Após explicar o funcionamento dos referidos serviços afirmou que os mesmos são submetidos à tributação do ICMS, em notas fiscais emitidas pela autuada. Juntou à peça impugnatória uma amostragem (em CD anexo) de notas fiscais de prestações de serviços de telecomunicações. Verifico, todavia, que as cópias em meio magnético das NFs trazidas ao PAF por amostragem não apresentam destaque, a débito, do ICMS, revelando, portanto que a empresa não ofereceu esses serviços à tributação. Cito como exemplo NFPST (nota fiscal de prestação de serviço de telecomunicação) nº 000.025.023-AA, emitida em 02/09/2010, no valor de R\$ 1.500,00, inserida no CD entregue pelo contribuinte. No citado documento não há menção de destaque ou recolhi-me o do ICMS.

A defesa alegou também a ilegalidade da cobrança de ICMS sobre as denominadas atividades-meio, relativamente às demais prestações objeto da autuação.

Não acolhemos esta linha de argumentação considerando a norma de incidência do ICMS sobre prestações de serviços de comunicação é abrangente, pois tributa todos os serviços postos à disposição ou efetivamente prestados aos usuários, independentemente do nome ou código que lhe sejam dados, desde que haja em uma efetiva prestação onerosa.

Nesse sentido as regras contidas na LC 87/97 (art. 2º, III) e na Lei Estadual nº 7.014/96 (art. 2º, VII). O RICMS/BA ao reproduzir as citadas regras legais citadas, estabelece em seu artigo 1º, § 2º, inciso VII 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”*.

Por sua vez, 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 que tem como fonte as disposições do Convênio ICMS 69/98, que se reveste de norma interpretativa da LC 87/96.

Ademais, os argumentos acima relacionados às normas de incidência do ICMS vigentes no atual sistema tributário, devem ser as complementadas pelas disposições legais atinentes à base de cálculo. A LC 87/96 estabelece em seu art. 13, inc. III que a base de cálculo do imposto, na prestação de serviço comunicação, é o preço do serviço. Logo em seguida, a norma legal prescreve que estão compreendidos nesta base de cálculo os valores correspondentes a seguros, juros e ***demais importâncias pagas, recebidas ou debitadas***, bem como descontos concedidos sob condição – art. 13, § 1º, II (grifos nossos).

Os serviços preparatórios e os serviços suplementares são prestados para viabilizar a prestação principal (serviço de comunicação), portanto, são elementos desse serviço, atos preparatórios ou suplementares, cobrados dos usuários, e devem compor a base de cálculo do ICMS- comunicação, visto que estão intrinsecamente ligados à prestação principal.

A Lei estadual do ICMS (Lei nº 7.014/96) traz regramento idêntico quanto à base de cálculo conforme transcrição abaixo (art. 17, inc. VIII c/c § 1º, inc. II, “a”):

Art. 17. A base de cálculo do imposto é:

(...)

*VIII - na prestação de serviço de transporte interestadual e intermunicipal e de **comunicação**, nas hipóteses dos incisos XI e XIII do art. 4º, o preço do serviço;*

(...)

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

(...)

II - o valor correspondente a:

a) seguros, juros e demais importâncias pagas, recebidas ou debitadas, bem como descontos concedidos sob condição;

Com o mesmo regramento o RICMS/97 – art. 66.

Portanto, os chamados serviços preparatórios ou de valor adicionado e os serviços suplementares, cobrados dos usuários/destinatários de serviços de comunicação, devem ser incluídos na base de cálculo do ICMS, por serem também despesas acessórias ou complementares da referida prestação.

No que se refere à jurisprudência administrativa deste CONSEF, tem prevalecido o entendimento acima aduzido, conforme reiteradas decisões de suas Câmaras de Julgamento Fiscal no sentido de que o ICMS incide sobre prestações de serviços de comunicação postos à disposição ou efetivamente prestados aos 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. Cito como exemplos os Acórdãos nºs 0189-11/08, 0193-11/08, 0145-12/09 e 0099-12/11.

A título ilustrativo reproduzimos abaixo, parte do voto vencedor proferido na 2ª Câmara de Julgamento Fiscal, no Acórdão CJF 0099-12/11, que enfrentou matéria idêntica no julgamento do Auto de Infração nº 274068.0011/09-3:

(...)

“Ao argumentar em seu recurso quanto aos serviços adicionais cujo imposto foi cobrado no lançamento, a 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 pela 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.”

No que tange às decisões emanadas do STJ favoráveis ao entendimento esposado contribuinte neste processo, temos a dizer que os acórdãos judiciais citados não têm efeito vinculante para a Administração Pública Estadual, visto que foram proferidos em ações ou recursos de controle difuso da legalidade ou da constitucionalidade das normas que regem o ICMS. As decisões citadas têm efeitos somente “*inter partes*” e mesmo assim após o trânsito em julgado, ou seja, depois de esgotados os prazos para a interposição dos recursos previstos na legislação processual.

Em face do exposto, não há como prosperar o argumento defensivo, no tocante à exclusão dos serviços de valor adicionado ou preparatórios e dos serviços de valor suplementares do campo de incidência do ICMS - Comunicação.

Dessa forma, o segundo argumento defensivo também não procede.

Relativamente à incidência de ICMS sobre os “serviços” de Ajuste mensalidades/franquias fixos o contribuinte declarou na peça defensiva não sofre a incidência do ICMS. Também não acatamos esse argumento defensivo, visto que na base de cálculo do ICMS devem ser incluídas todas as despesas, cobradas a título de juros, encargos, etc.

Quanto à alegação de confiscatoriedade da multa lançada no Auto de Infração, além da base normativa em que se assenta a exigência fiscal em exame, a exemplo do Convênio ICMS 69/98, deixo de me manifestar sobre as teses de defesa, vez que o RPAF/BA, em seu art. 167, dispõe que este órgão julgador não tem competência para se manifestar sobre constitucionalidade de Lei e/ou afastar a aplicabilidade da Legislação Estadual.

Voto, portanto, pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **269135.0017-12/6**, lavrado contra **TIM CELULAR S.A.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$39.590,91**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 03 de outubro de 2013.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO/RELATOR

ILDEMAR JOSÉ LANDIN – JULGADOR

JOWAN DE OLIVEIRA ARAÚJO - JULGADOR