

A I N° - 279692.0007/14-7
AUTUADO - CLARO S/A
AUTUANTES - PAULO ROBERTO SILVEIRA e RICARDO RODEIRO MACEDO DE AGUIAR
ORIGEM - IFEP SERVIÇOS
INTERNET - 29 .12. 2014

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0267-01/14

EMENTA: ICMS. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO. OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS CONSIDERADAS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. (infrações 01, 02 e 03). 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. Encontra-se dentro do campo de incidência do ICMS – Comunicação os serviços de valor adicionado (VAS), entre eles, os serviços preparatórios e os suplementares prestados para viabilizar ou incrementar a prestação principal. Inteligência das disposições da LC 87/97 (art. 2º, III), e, da Lei Estadual nº 7.014/96 (art. 2º, VII). Insustentáveis os argumentos defensivos quanto à composição da base imponível. Infrações mantidas com base em reiterada jurisprudência do CONSEF. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Auto de Infração lavrado em 03/09/2014, para exigir ICMS no valor de R\$1.924.470,64, com as imputações a seguir descritas, no período de janeiro a dezembro de 2013:

Infração 01 – Deixou de recolher o ICMS nos prazos regulamentares referentes a prestações de serviço de comunicação não escrituradas nos livros fiscais próprios. Consta ainda que *o contribuinte prestou serviços de telecomunicação e não os ofereceu à tributação do ICMS, serviços estes que constam no relatório de faturamento denominado VAS entregue à parte pelo contribuinte, tendo em vista que o mesmo não escriturou estas prestações de serviços de telecomunicação no convênio 115 como solicita o RICMS BA. Tudo apurado conforme o Anexo A e relatório de faturamento denominado VAS. O anexo A está apenso a este PAF em meio magnético e papel, cuja cópia foi entregue ao contribuinte. Multa aplicada: 100%, prevista no artigo 42, inciso III da Lei 7.014/96. Total da Infração: R\$343.238,39.*

Infração 02 – Deixou de recolher o ICMS nos prazos regulamentares referentes a prestações de serviço de comunicação não escrituradas nos livros fiscais próprios. Consta ainda que *o contribuinte prestou serviços de telecomunicação e não os ofereceu à tributação do ICMS, serviços estes que constam no relatório de faturamento denominado VAS entregue à parte pelo contribuinte, tendo em vista que o mesmo não escriturou estas prestações de serviços de telecomunicação no convênio 115 como solicita o RICMS BA. Tudo apurado conforme o Anexo B e relatório de faturamento denominado VAS. O anexo B está apenso a este PAF em meio magnético e papel, cuja cópia foi entregue ao contribuinte. Multa aplicada: 100%, prevista no artigo 42, inciso III da Lei 7.014/96. Total da Infração: R\$1.319.149,13.*

Infração 03 – Deixou de recolher o ICMS nos prazos regulamentares referentes a prestações de serviço de comunicação não escrituradas nos livros fiscais próprios. Consta ainda que *o contribuinte prestou serviços de telecomunicação e não os ofereceu à tributação do ICMS, serviços estes que constam no relatório de faturamento denominado VAS entregue à parte pelo contribuinte, tendo em*

vista que o mesmo não escriturou estas prestações de serviços de telecomunicação no convênio 115 como solicita o RICMS BA. Tudo apurado conforme o Anexo C e relatório de faturamento denominado VAS. O anexo C está apenso a este PAF em meio magnético e papel, cuja cópia foi entregue ao contribuinte. Multa aplicada: 100%, prevista no artigo 42, inciso III da Lei 7.014/96. Total da Infração: R\$262.083,12.

O contribuinte foi notificado do Auto de Infração em 05/09/2014 e ingressou com a impugnação administrativa em 07/10/2014, em petição subscrita por advogados, conforme instrumentos de procuração, todos juntados às fls. 67 a 100 dos autos.

Após sua identificação como pessoa jurídica de direito privado, explica que explora os serviços de telecomunicações, nas modalidades de Serviço Móvel Pessoal (SMP), Serviço Móvel Celular (SMC) e atividades correlatas, por concessões outorgadas pela Agência Nacional de Telecomunicações - ANATEL e que realiza um fluxo extremamente dinâmico de operações, contratando com entes públicos e privados, participando de licitações e relacionamento com instituições financeiras, o que demanda a apresentação constante de certidões que atestem sua regularidade fiscal. Por isso mesmo diz que sempre se manteve regular junto ao Fisco, sendo, porém, surpreendido pela lavratura do presente Auto de Infração.

Descreve as infrações. Alega que as mesmas são indevidas pelo que passa a expor:

Discorre sobre o fato gerador do ICMS relativo a prestações de serviços de comunicação, a partir do artigo 155, II da Constituição Federal, que outorgou competência aos Estados e ao Distrito Federal para instituir o ICMS. Entre tais hipóteses de incidência do ICMS, consta a prestação de serviços de comunicação, conteúdo explicitado pela Lei Complementar nº 87/96 que, atendendo ao disposto no artigo 146, III da Constituição, estabeleceu normas gerais relativas ao ICMS com a finalidade precípua de precisar os limites que foram delineados pela norma constitucional atributiva de competência. Descreve tais dispositivos.

Ressalta na hipótese de incidência do ICMS comunicação (obrigação de fazer), os 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. Sublinha que a ausência de quaisquer desses elementos acarreta a inexistência de prestação de serviço de comunicação. Reitera que a comunicação, efetivamente, dá-se entre o emissor e o receptor. O prestador do serviço, entretanto, não é aquele que apenas possui liame com o meio, mas aquele que participa efetivamente da prestação do serviço de comunicação, mediante laço obrigacional com o emissor, o receptor e o próprio meio.

Transcreve, nesse sentido, parte do voto do Ministro José Delgado, constante dos autos do Recurso Especial nº 402.047-MG:

“Temos para nós que não tipificam prestações de serviços de comunicação as meras atividades-meio, necessárias à sua concretização (...) Em linguagem mais técnica, disponibilizar os meios e modos necessários à prestação dos serviços de comunicação não é fato impositivo do ICMS em estudo (...).”

Destaca, para que determinada atividade seja classificada como serviço de comunicação, sujeita ao ICMS, não basta que a empresa forneça meios para a consecução da comunicação, é necessário que ela efetivamente possibilite a oferta onerosa de transmissão e recepção das informações. Ressalva, de outra parte, as atividades de mera disponibilização de meios de qualquer natureza necessários à oferta de comunicação entre o emissor e o receptor não podem configurar fato gerador do referido tributo (Exemplo: locação de aparelho telefônico).

Resume, para a incidência do ICMS – prestação de serviços de comunicação –, é absolutamente necessário que um terceiro preste, em caráter oneroso, serviços que tenham por objeto propiciar a efetiva comunicação entre duas ou mais pessoas. Explica que, de acordo com a hipótese de incidência constitucionalmente prevista, a materialidade do ICMS não é a simples “comunicação”,

mas a “prestação de serviços de comunicação”, isto é, o esforço de um terceiro para disponibilizar, mediante contraprestação, os meios (“canal”) necessários para que a comunicação ocorra. Ressalva que, no processo comunicativo, o prestador de serviço deve, necessariamente, ser pessoa diversa do emitente e do destinatário.

Corroborando com tal pensamento descreve entendimentos dos Professores Alcides Jorge Costa, Ricardo Lobo Torres, Roque Antônio Carrazza, José Eduardo Soares de Melo, que sintetiza: *"a materialidade (fato gerador) do imposto não ocorre pelo simples fato que torna possível a comunicação (disponibilização de informações), sendo necessária a prestação de serviços de comunicação, em que os sujeitos desta relação negocial (prestador e tomador - devidamente determinados) executam uma efetiva participação"*. Conclui que a obrigação jurídico-tributária do ICMS apenas nascerá com a realização de uma ação que implique o fornecimento de todas as condições materiais necessárias à transmissão da mensagem ao destinatário do serviço.

Sublinha que não é facultado aos Estados e Municípios legislarem a respeito dos serviços de telecomunicação, considerando que o art. 22, inciso IV, CF 88 estabelece a competência privativa da União legislar sobre telecomunicações. No exercício dessa competência, a união promulgou a Lei nº 9.472/97 - Lei Geral de Comunicações, a qual definiu o conceito de telecomunicação (artigo 60, § 1º e seguintes), de onde se conclui que o fato gerador do ICMS, na hipótese, somente abrange a prestação de serviços cujo objeto seja a telecomunicação como definida no artigo 60 da Lei nº 9.472/97, excluindo-se assim os demais serviços que não se enquadram no conceito de serviço de telecomunicação propriamente dito, como é o caso dos serviços de valor adicionado, ora autuados.

Aduz que somente os serviços de telecomunicação propriamente ditos estão no campo de incidência do ICMS-comunicação, de modo que não é possível tributar pelo imposto estadual em questão os demais serviços que não se enquadram neste conceito apenas pelo fato de “facilitarem ou agregarem utilidade” aos serviços de comunicação ou pela onerosidade de tais serviços.

Destaca decisões do Superior Tribunal de Justiça que se posicionou pela não incidência do tributo estadual sobre os serviços de valor adicionado, inicialmente, através do REsp 760.230/MG, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 27/05/2009, DJe 01/07/2009 RJM vol. 189, p. 366; decisão reiterada no REsp nº 1176753, que sob a sistemática dos Recursos Repetitivos (art. 543-C do CPC), reiterou a jurisprudência no sentido de que o ICMS somente incide sobre os serviços de comunicação propriamente ditos (atividade-fim), e não sobre os serviços preparatórios, acessórios ou intermediários da comunicação.

Destaca também julgamento mais recente, nesse mesmo sentido (AgRg no REsp 1197495/GO, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 15/08/2013, DJe 30/08/2013).

Diz que, no caso que se examina, o Estado da Bahia pretende exigir o ICMS sobre situações que não configuram verdadeira prestação de serviços de comunicação realizada pela Impugnante (serviços de valor adicionado), razão pela qual os débitos, ora vergastados, devem ser prontamente cancelados.

Discorre sobre os Serviços de Valor Adicionado, Argumentando que a autuação recai sobre a cobrança de ICMS sobre os serviços considerados como de valor adicionado aos serviços de telecomunicação (Auxílio à Lista, Claro Contatos, Mobile Fun, Ideias TV, Claro Localizador e outros), arguindo que tais prestações não configuram fato gerador do imposto estadual.

Explica que, nas operações de telefonia móvel, o estabelecimento autuado possibilita aos seus usuários a aquisição de serviços de valor adicionado, definidos pelo artigo 61, caput e § 1º, da Lei 9.742/97. Diz que, a rigor, tais serviços somente se valem da rede de telecomunicações como suporte para sua prestação e não se confundem com os serviços de telecomunicações propriamente ditos. Diz que a Lei Geral expressamente descaracteriza os serviços de valor adicionado como Serviços de Telecomunicações (art. 61, § 1º).

Ressalva o posicionamento de especialista no assunto (André Mendes Moreira): *“Dessarte, pode-se concluir que o legislador andou bem ao estrear os serviços de telecomunicações dos SVAs, posto que estes são efetivamente autônomos (em sua essência e também na forma de remuneração). Sendo assim, não atraem a incidência do ICMS, pois não são serviços que visam a completar uma relação comunicativa, apenas se utilizando da rede de telecomunicações para ser efetivamente prestados.”*

Salienta que o Superior Tribunal de Justiça, por ocasião da análise da tributação dos serviços prestados por provedores de acesso à Internet, consolidou entendimento no sentido de que os serviços de valor adicionado não se sujeitam à tributação por meio do ICMS, como se infere do julgamento do Recurso Especial nº 456.650/PR: entendimento reforçado no REsp 1206428/RJ, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/11/2010, DJe 04/02/2011).

Diz que esse mesmo entendimento é pacífico no Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, conforme se observa do Agravo Regimental nº 0016057-30.2013.8.05.0000. Relatora Des. Rosita Falcão de Almeida Maia. 3ª Câmara Cível. Data do julgamento: 17/12/2013, aduzindo que serviço de telecomunicação e serviço de valor adicionado não se confundem, sendo inadmissível a pretensão do Estado da Bahia de que haja a incidência do ICMS sobre os serviços de valor adicionado como se serviços de telecomunicação fossem.

Pede que sua impugnação seja julgada procedente para cancelar o atual débito.

Reclama sobre o caráter confiscatório da multa e a necessária proporcionalidade entre a multa aplicada e a suposta infração cometida. Aduz, ainda que prevalecesse a exigência ora hostilizada, o que se admite apenas para argumentar, não poderia ser exigido da Impugnante o valor decorrente da aplicação da multa no percentual de 100% (cem por cento) sobre o valor principal em cobrança, com fundamento no artigo 42, inciso III, da Lei nº 7.014/96.

Insiste que a imposição de multa no mesmo patamar do valor do imposto supostamente devido demonstra que o critério utilizado desconsidera as circunstâncias do fato, da situação do contribuinte e de sua atividade, bem como qualquer outro parâmetro razoável para balizar o cálculo da penalidade. Em conformidade com o artigo 3º do Código Tributário Nacional, o tributo não pode ser utilizado para punir, da mesma forma que as sanções não podem ser utilizadas como instrumento de arrecadação disfarçado.

Conclui que a penalidade, no presente caso, além de indevida, é tão elevada a ponto de implicar verdadeiro confisco, vedado pelo artigo 150, inciso IV, CF 88 e sacramentado pela jurisprudência (RE nº 91.707/MG).

Diz que não havendo dano ao Erário e intenção de fraudar, a multa deve ter simplesmente o condão de advertir e orientar o contribuinte e não, como se verifica no caso em apreço, a efetivar punição mediante carga pecuniária elevadíssima.

Destaca que deve existir proporcionalidade entre a infração e a sanção, de modo a não configurar o confisco indireto, vedado em âmbito constitucional (Ação Direta de Inconstitucionalidade 551-1 RJ). Contrapõe com o recente posicionamento do Ministro Celso de Mello, nos autos do Recurso Extraordinário nº 754.554, de 21/08/2013, reformou o entendimento do E. Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, que havia entendido ser razoável a penalidade de 25% (vinte e cinco por cento) sobre o valor das operações no período. No mencionado julgamento, o Ministro Celso de Mello, reafirmando a jurisprudência da Suprema Corte, entendeu ser inconstitucional a penalidade de 25% sobre o valor das operações no período.

Na mesma linha, a Suprema Corte definiu (RE 748257 AgR, de relatoria do Min. Ricardo Lewandowski, que “são confiscatórias as multas fixadas em 100% ou mais do valor do tributo devido”, tal como no presente caso (100% do valor do imposto).

Pede seja acolhida a presente impugnação para cancelar o respectivo débito, em razão da ilegitimidade da incidência de ICMS sobre os serviços de valor adicionado, uma vez que não se

configuram como serviços de comunicação e não se enquadrando na hipótese de incidência do imposto. Protesta pela produção de outros meios de provas, sustentação oral e pede que as publicações relativas ao presente feito sejam realizadas exclusivamente, sob pena de nulidade, em nome do advogado MAURÍCIO PEDREIRA XAVIER, inscrito na OAB/BA sob o nº 9.941 e com endereço profissional que descreve.

Os autuantes prestaram informação fiscal, apensada às fls. 140 a 151 dos autos.

Informaram, inicialmente, que o CONSEF possui diversos Acórdãos sobre o tema, com decisões favoráveis à exigência tributária em lide. Destacaram as seguintes: Acórdão CJF nº 0100-12/11, Acórdão JJF nº 86-05/10, ratificado pelo Acórdão CJF nº 99/12-11; Acórdão JJF nº 34-04/10, ratificado pelo Acórdão CJF nº 105-12/11; Acórdão JJF nº 358-02/10, ratificado pelo Acórdão CJF nº 126-12/11; Acórdão JJF nº 80-02/12, ratificado pelo Acórdão CJF nº 91-13/12, Acórdão CJF nº 0380-13/13, Acórdão JJF nº 0013-04/13, Acórdão JJF nº 0034-05/14 e os Acórdãos JJF nº 0078-05/14 e JJF nº 0138-05/14 (decorrente de PAF contendo infrações, sobre o não recolhimento de ICMS em prestações de serviços de telecomunicações, idênticas as contidas no PAF atual). Transcreveram tal decisão.

Fizeram menção a outro Acórdão, de nº 0167-03/06, que tratou da incidência do imposto sobre o serviço de comunicação de Auxílio à Lista 102. Observam que, diferente do que ocorreu nos autos anteriores, dessa vez, o autuado optou por não pagar a exigência contida na infração 03 (Anexo C). Utilizou os mesmos argumentos para todas as infrações.

No mérito afirmaram que o ICMS recai sobre todas as prestações onerosas de serviço de comunicação, nos termos do art. 2º, inc. VII c/c o § 1º, incisos I e V, além do art. 4º, inc. I e § 1º do RICMS/BA.

Analisando a definição dos termos no dicionário da Língua Portuguesa, concluem que telecomunicação é um processo de comunicação que pode ser prestado sob as diversas formas, por meio de linhas telegráficas, telefônicas, satélite ou microondas. Comunicação é gênero e telecomunicação é espécie. Arguem que interessa, no caso, os serviços onerosos de comunicação, pois sobre tais incide o ICMS, em especial, os de telecomunicação, já que o cerne da questão são os serviços prestados por operadora de telefonia fixa.

Frisam que nas prestações relacionadas nas infrações 01, 03 e 03 (Anexos A, B e C) é patente a existência da mensagem, a transmissão e a recepção. Sublinham que em alguns deles, a mensagem é comandada por uma máquina, através de uma mensagem gravada e de maneira alguma descaracteriza a comunicação, observando que nenhum serviço é gratuito.

Repetem a alegação da defesa que tais serviços são facilidades colocadas à disposição dos usuários do serviço de telefonia, que não devem ser tributadas, de acordo com o art. 61 da Lei 9.472/97.

Em relação ao dispositivo legal, afirmaram que o mesmo não tem competência, de acordo com a Constituição Federal, para legislar sobre matéria tributária estadual (ICMS). Somente uma lei ordinária estadual ou Convênio firmado entre os Estados poderia tratar da matéria, destacando que não poderiam deixar de aplicar as disposições do RICMS, sob pena de responsabilidade funcional. Concluem que tem amparo legal a exigência das infrações e não foram apresentados documentos comprobatórios dos argumentos da defesa.

Quanto aos serviços de comunicações MOVPN e MONVPNV constantes na Infração nº 02 (Anexo B, folhas 17 a 24 do presente PAF), declararam que a própria defesa confirma o entendimento sustentado pelo fisco, pela incidência do imposto, visto que os serviços prestados fazem o uso da rede da operadora para traduzir as informações das antenas coletadas em campo, receber latitudes e longitudes consultadas, de forma a localizar outro usuário habilitado. Em outras palavras, diz que o uso da rede da operadora é condição “*sine qua non*” para que se localize outro usuário e se realize o rastreamento.

Firmam que entenderam melhor como funcionam os serviços de comunicação denominados MOVPN e MONVPNV/assinatura rastreamento GSM, através dos mapas elaborados pelo consultor

Paulo Gerhardt (fl. 150). Pela ilustração, os sítios / antenas, redes telefônicas, controlador central e consoles de despacho fazem parte da rede da operadora, sem os quais os dados não trafegam e sem este tráfego o serviço de comunicação de rastreamento não existe. Concluem que, apesar da alteração da denominação dos serviços MONVPN e MONVPNV, tais serviços são prestações de comunicações e sujeitas à incidência do ICMS.

Finalizaram a peça informativa solicitando a manutenção do crédito tributário reclamado.

É o relatório.

VOTO

O presente lançamento de ofício contempla as 03 infrações descritas e relatas na inicial dos autos que serão objeto da apreciação nas linhas que seguem.

A exigência fiscal em lide diz respeito à falta de recolhimento de ICMS relativo às prestações de serviços de comunicação tributáveis, que não foram escriturados nos livros fiscais próprios do contribuinte.

Cabe, preliminarmente, examinar o pedido de produção de outros meios de provas e que as publicações relativas ao Auto de Infração em debate sejam realizadas, exclusivamente, sob a pena de nulidade, em nome do seu advogado, Dr. Mauricio Pedreira Xavier, no endereço profissional que descreve.

O sujeito passivo deve exercer livremente o seu direito de impugnar o lançamento de ofício, acompanhado das provas, documentos, levantamento e demonstrativos que dispuser em apoio às suas teses, em obediência do devido processo legal, nos termos do art. 123, RPAF BA, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99. Indefiro o pedido de diligência proposto pelo autuado, tendo em vista que os elementos apensados aos autos são suficientes para apreciação da matéria.

Quanto ao pedido para que as publicações e intimações relativas ao caso sejam realizadas em nome e no endereço do seu patrono, regularmente constituído, declino que não existe óbice em observar tal pedido. No entanto, o não atendimento à solicitação, não caracteriza nulidade do Auto de Infração, uma vez que a forma de intimação ou ciência da tramitação dos processos ao sujeito passivo encontra-se prevista no artigo 108, do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal do Estado da Bahia – Decreto nº 7.629/99 e em perfeita sintonia com o estabelecido no Código Tributário Nacional – CTN, art. 127, a orientar, como regra, a eleição do domicílio tributário pelo sujeito passivo, desde que não elaborada de modo a prejudicar o trabalho do Fisco.

No mérito, analisando as peças processuais que amparam as infrações, verifico que os Auditores Fiscais elaboraram demonstrativos considerando a falta de recolhimento sobre os serviços onerosos prestados, extraídos do relatório de faturamento denominado "VAS internacional", cujas prestações não foram escrituradas pelo contribuinte autuado. Os itens de tais serviços encontram-se discriminados nos demonstrativos aludidos, consignados datas das prestações, códigos dos serviços, valor da fatura, do item e demais valores relativos às prestações, inclusive ICMS a pagar. Destaque para os seguintes itens de serviços: MÓDULO RASTREAMENTO GSM, CLARO LOCALIZADOR, MERCADO TA (anexo A), fls. 10/16; MONVPN - PJ GESTOR ONLINE, MONVPN - PJ GESTOR ONLINE II, MONVPNV - PAC GESTOR ONLINE (anexo B), fls. 18/24; MERCADO TA, LIGADO NA CLARO, PJ LICITAÇÃO, SECRETARIA CLARO EMPRESA (anexo C), fls. 26/31.

Sabe-se que, atualmente, diversos serviços e facilidades são colocados à disposição dos consumidores pelas empresas de telecomunicações: jogos, vídeos, voz, música, mensagens de texto – quase tudo pode estar acoplado a um telefone celular. Os avanços tecnológicos surgem a cada dia. A legislação, contudo, não segue o mesmo ritmo, e os tribunais têm de se manifestar a respeito das muitas demandas. Entre tais, estão os chamados serviços de valor adicionado.

Os serviços de valor adicionado prestados pelas empresas de telefonia e informática são novas utilidades relacionadas ao acesso, armazenamento, apresentação, movimentação ou recuperação da informação e sua previsão está no artigo 61 da Lei Geral de Telecomunicações (Lei 9.472/97) e a

discussão principal dos tribunais está em saber quando executam ou não serviços de telecomunicação, passíveis da incidência de ICMS.

Importante debate ocorreu em maio de 2005, quando, após sucessivos pedidos de vista, a Primeira Turma decidiu que não caberia ICMS sobre as receitas decorrentes exclusivamente da prestação de serviço de acesso à internet (EResp - PR 456.650). Em dezembro de 2006, foi editada a Súmula 334, fixando jurisprudência com o enunciado de que “o ICMS não incide no serviço dos provedores de Internet”.

Todavia, os serviços, objeto da presente demanda fiscal, foram colhidos de um relatório denominado "VAS internacional" e cujas prestações não sequer foram escrituradas nos livros fiscais do contribuinte autuado. A sigla VAS, conforme extraído do site do CEDET (Centro de Desenvolvimento Profissional e Tecnológico), se refere ao termo "Value Added Service" utilizado para designar serviços com características e funcionalidades melhores que a oferecida por serviços básicos. É um termo genérico utilizado na área de telecomunicações, mas comum na área de telefonia celular.

A comunicação de Voz proporcionada pelos serviços públicos de telefonia fixa (STFC) e móvel (SMP) é a principal fonte de receita das concessionárias de serviços de telecomunicações. Entretanto, este tipo de serviço tem sido cada vez mais transformado em "commodity" tanto no mercado corporativo como no mercado residencial. Com a crescente demanda por mobilidade e acesso à informações de forma rápida, novas oportunidades de negócios surgem principalmente para as operadoras de serviços de telefonia celular. Esses novos tipos de serviços, que proporcionam o acesso a diferentes informações, recebendo e enviando dados, têm sido chamados de Value Added Services (VAS), que já conhecemos como Serviços de Valor Adicionado. A mobilidade e capacidade computacional proporcionada pelos celulares permitem atender às necessidades dos usuários de forma mais ampla e criativa. Os VAS introduzem funcionalidades no mercado de telefonia celular, produzindo vantagens competitivas.

Nas razões, o contribuinte sustenta a impossibilidade de que o ICMS incida sobre serviços de valor adicionado, eis que os mesmos não configuram prestação de serviços onerosos de telecomunicações; reconhecida a legalidade da exigência fiscal, pede a retificação da multa aplicada, arguindo que são *"confiscatórias as multas fixadas em 100% ou mais do valor do tributo devido."*

Não acolho as teses defensivas, visto que a norma de incidência do ICMS sobre a prestação de serviços de comunicação é abrangente e tributa todos os serviços postos à disposição ou efetivamente utilizados pelos usuários / consumidores, independentemente do nome ou código que lhe sejam dados, desde que a contratação seja efetuada de forma onerosa.

Nesse sentido as regras contidas na LC 87/97 (art. 2º, III) e na Lei Estadual nº 7.014/96 (art. 2º, VII), determinam 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”.*

O Convênio ICMS nº 69/98 (alterado pelo Convênio ICMS 90/13), que se reveste de norma interpretativa da LC 87/96, firma entendimento em relação à incidência de ICMS nas prestações de serviços de comunicação, estabelecendo em sua cláusula primeira que *"se incluem na base de cálculo do ICMS incidente sobre prestações de serviços de comunicação os valores cobrados a título de acesso, adesão, ativação, habilitação, disponibilidade, assinatura e utilização dos serviços, bem assim aqueles relativos a serviços suplementares e facilidades adicionais que otimizem ou agilizem o processo de comunicação, independentemente da denominação que lhes seja dada."*

Os argumentos acima, relacionados às normas de incidência do ICMS vigentes no atual sistema tributário, podem ser complementados 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).

Os serviços preparatórios e os serviços suplementares são prestados para viabilizar ou incrementar 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, em seu art. 17, inciso VIII, c/c § 1º, inc. II, “a”, a seguir transcrito:

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;

Portanto, os chamados serviços preparatórios ou de valor adicionado e os serviços suplementares, incluindo os denominados Value Added Services (VAS), 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.

Ainda, nas razões de mérito, cabe relacionar algumas decisões desse CONSEF sobre a mesma matéria, dando conta da procedência de lançamentos fiscais concernentes a serviços da mesma natureza alvo da presente autuação, conforme abaixo:

Acórdão CJF nº 0100-12/11, Acórdão JF nº 86-05/10, ratificado pelo Acórdão CJF nº 99/12-11; Acórdão JF nº 34-04/10, ratificado pelo Acórdão CJF nº 105-12/11; Acórdão JF nº 358-02/10, ratificado pelo Acórdão CJF nº 126-12/11; Acórdão JF nº 80-02/12, ratificado pelo Acórdão CJF nº 91-13/12, Acórdão CJF nº 0380-13/13 e JF nº 0013-04/13 além do Acórdão nº: JF nº 0167-03/06, todos versando sobre diversos Serviços de Valor Adicionado.

O Value Added Services (VAS), especificamente, foi enfrentado no Acórdão nº 0034-05/14; no Acórdão JF nº 0013-04/13, ratificado pelo Acórdão nº 0380-13/13.

Em que pese os sólidos argumentos trazidos pela impugnante, seja a farta jurisprudência do STJ, contestando a posição adotada pelos fiscos estaduais, incluindo a ilegalidade da cláusula primeira do Convênio ICMS 69/98 (RESP 601.056/BA), a desclassificação textual pela Lei Geral de Telecomunicações (art. 61, § 1º) dos serviços adicionados da definição de serviços de telecomunicações (Resp 456.650-PR), ou a decisão do STJ, no final de 2012, (RESP 1.176.753 - RJ, sob a sistemática de Recurso Repetitivo), reiterando a posição que o ICMS incide somente sobre os serviços de comunicação e não sobre aqueles preparatórios, acessórios ou intermediários, a jurisprudência deste Conselho de Fazenda - CONSEF tem adotado insistentemente uma posição em contrário, conforme alguns dos acórdãos retro citados.

Não é divergente o Parecer da DOUTA PGE/PROFIS deste Estado, opinando que serviços de valor adicionado devam integrar o campo de incidência do ICMS, conforme exposição que negou Provimento ao Recurso Voluntário, nos autos do processo nº 2986360062/12-7 (Acórdão CJF nº 0263-

12/13)

Comungo do mesmo entendimento esposado nas decisões acima transcritas, confirmando a incidência do ICMS nas operações realizadas pelo autuado. Ainda porque as decisões emanadas do STJ (Superior Tribunal de Justiça) favoráveis ao entendimento do contribuinte 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. 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.

Diante disso, resta evidente que o aludido serviço ou “facilidades”, o Value Added Services (VAS), configura prestação de serviço de telecomunicação, prestado de forma onerosa. São os próprios signatários do Convênio 69/98 a autorizar a inclusão da incidência do ICMS na ocorrência dos chamados serviços suplementares e facilidades adicionais que otimizem ou agilizem o processo de comunicação, independentemente da denominação que lhes seja dada.

Com relação ao pedido de retificação da multa aplicada, sob a arguição que são “confiscatórias as multas fixadas em 100% ou mais do valor do tributo devido”, saliento que não se inclui na competência deste órgão julgador a apreciação de questões que envolvam a constitucionalidade das leis, considerando que a mesma encontra-se devidamente tipificada na Lei nº 7.014/96, que instituiu o ICMS no Estado da Bahia.

Cabível assinalar que a multa de 100% foi aplicada tendo em vista a falta de escrituração por parte do contribuinte autuado das prestações de serviços de telecomunicações, alvo de levantamento fiscal e que constavam tão somente de um relatório de controle interno do contribuinte.

Antes o exposto, a exigência é integralmente subsistente, haja vista que o ICMS incide sobre a comunicação propriamente dita, e também sobre os serviços complementares ou suplementares e facilidades adicionais que, além de otimizarem o processo de comunicação que o autuado fornece aos seus clientes, os denominados VAS introduzem funcionalidades criativas no mercado de telefonia celular, atraindo vantagens competitivas para a empresa.

As três infrações descritas na inicial dos autos restam caracterizadas e o Auto de Infração é PROCEDENTE, no valor de R\$1.924.470,64.

É o Voto

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **279692.0007/14-7**, lavrado contra **CLARO S.A.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$1.924.470,64**, acrescido da multa de 100%, prevista no art. 42, III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 11 de dezembro de 2014.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO - RELATOR

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO - JULGADOR