

PROCESSO - A. I. Nº 279692.0007/14-7
RECORRENTE - CLARO S/A.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JJF nº 0267-01/14
ORIGEM - IFEP SERVIÇOS
PUBLICAÇÃO - INTERNET 23/11/2015

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0314-11/15

EMENTA: ICMS. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO. OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS CONSIDERADAS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. (INFRAÇÕES 1, 2 E 3). 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 alguns dos serviços de valor adicionado (VAS), dentre eles os serviços preparatórios e os suplementares prestados para viabilizar ou incrementar a prestação principal. Parecer da PGE/PROFIS exarado nos autos explicita que a jurisprudência na esfera judicial indica estarem definitivamente fora de tal alcance, para efeito de telefonia móvel, os serviços de troca de titularidade de aparelho celular, conta detalhada, troca de aparelho, troca de número, mudança de endereço de cobrança de conta telefônica, troca de área de registro, troca de plano de serviço, bloqueio de DDD e de DDI, habilitação e religação, serviços estes que não são objeto da autuação. Insubsistentes os argumentos defensivos quanto à composição da base imponível. Mantida a multa aplicada. Rejeitado o pedido de nova diligência à PGE/PROFIS. Recurso **NÃO PROVIDO**. Vencido o voto do relator. Decisão por maioria.

RELATÓRIO

Cuidam os presentes de Recurso Voluntário, em razão da Decisão proferida pela 1ª JJF, constante no Acórdão nº 0267-01/14, que concluiu pela Procedência do Auto de Infração epigrafado, lavrado em 03/09/2014, em razão das seguintes irregularidades:

INFRAÇÃO 1 – 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 anexo 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 2 – 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 3 – 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.

Após análise dos argumentos delineados pelo Autuado e pelo fiscal Autuante, a 1^a JJF proferiu a Decisão unânime, transcrita abaixo (fls. 154/162):

O presente lançamento de ofício contempla as 03 infrações descritas e relatadas 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, MONVPN - 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 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 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 e JJF Nº 0013-04/13 além do Acórdão Nº: JJF 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 JJF 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 consistentemente 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, confirmado 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.

Inconformado com a Decisão proferida em primeira instância, interpõe o Autuado Recurso Voluntário, às fls. 174/202, com o propósito de modificar o acórdão guerreado.

Inicialmente, requer que todas as publicações e intimação referentes ao presente feito sejam realizadas exclusivamente em nome do advogado Maurício Pedreira Xavier, sob pena de nulidade.

Aduz que os serviços de valor adicionado não estão no campo de incidência do ICMS, pois este apenas incide sobre os serviços de comunicação propriamente ditos.

Transcreve o artigo 155, II da Constituição Federal que outorgou competência aos Estados e ao Distrito Federal para instituir o ICMS.

Observa que entre as hipóteses de incidência do ICMS, consta a prestação de serviços de comunicação (ICMS-comunicação), cujo conteúdo veio de ser explicitado pela Lei Complementar nº 87/96 que copia.

Pontua 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.

Destaca que 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.

Argui que 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.

Sustenta que de acordo com a Constituição Federal, em seu artigo 22, inciso IV, compete privativamente à União legislar sobre telecomunicações, donde se extrai que não é facultado aos Estados e Municípios legislarem a respeito dos serviços de telecomunicação.

Assim, informa que a União, no exercício de sua competência, promulgou a Lei nº 9.472/97 - Lei Geral de Comunicações, a qual definiu o conceito de telecomunicação no artigo 60, § 1º e seguintes), que transcreve.

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.

Transcreve doutrina e jurisprudência sobre o tema.

Assevera ter restado demonstrado que a hipótese de incidência do ICMS alcança apenas a prestação dos serviços de comunicação propriamente ditos, excluindo-se do campo de incidência do imposto os demais serviços que não se enquadram neste conceito, tais quais os serviços de valor adicionado conceituado no artigo 61 da Lei nº 9.472/97 (Lei Geral de Telecomunicações).

Esclarece que o Superior Tribunal de Justiça decidiu, em sede de Recursos Repetitivos (REsp 1176753/RJ) que o ICMS incide apenas sobre os serviços de (tele)comunicação propriamente ditos, e que os serviços de valor adicionado não se confundem com os serviços de telecomunicações, nos termos do artigo 61, § 1º, da Lei nº 9.472/97.

Passa a discorrer sobre cada serviço adicional, como aquisições de bens e serviço de terceiros, download de conteúdo próprio – “Claro Ideias”, Auxílio à Lista – SN102, Serviço de armazenagem – “Claro Contatos” e outros Serviços de Valor Adicionado.

Por fim, aponta o caráter confiscatório da multa aplicada, transcrevendo doutrinas e

jurisprudências sobre o tema e requerendo seu cancelamento ou a redução a patamares não confiscatórios.

A PGE/PROFIS, em Parecer da lavra do Dr. Elder dos Santos Verçosa, fls. 206/2012, opina pelo conhecimento e não provimento do Recurso Voluntário pelas razões aduzidas abaixo:

Destaca que o ponto crucial da questão é conceituar e definir a prestação onerosa de serviço de comunicação, fazendo-se necessário analisar a definição dada pelas normas de direito privado, conforme determina o art. 110 do CTN.

Pontua que prestação onerosa é o objeto de uma obrigação cuja origem pode derivar de um contrato, declaração unilateral de vontade, atos ilícitos e de Lei.

Utiliza o conceito estabelecido no Regulamento do Código Brasileiro de Telecomunicações, Decreto nº. 97.057/1997, que define comunicação como transferência unilateral ou bilateral de informação por meio de sinais convencionados.

Sustenta que a regra matriz do ICMS é prestar serviço de comunicação e não simplesmente realizar a comunicação.

Esclarece que as prestações eventuais, os serviços suplementares e as facilidades adicionais disponibilizados pelas concessionárias de serviço de telecomunicações são caracterizadas como prestações de serviço onerosas de comunicação, estado na mesma medida inseridas no campo de incidência do ICMS.

Entende que o Convênio ICMS 69/98 não criou novos fatos geradores do ICMS, nem alargou a base tributária do imposto.

Aduz que o princípio da vedação ao confisco não alcança as multas, ademais tal discussão esbarra no art. 167 do RPAF.

Na sessão do dia 07/05/2015 esta Câmara de Julgamento Fiscal deliberou pela conversão do processo em diligência ao Procurador Assistente do Núcleo de Consultoria e Assessoramento solicitando a emissão de Parecer quanto à incidência do ICMS sobre os serviços de valor adicionado, glosados na presente autuação.

Em Parecer da lavra da Dra. Rosana Marciel Bittencourt Passos, fls. 219/228, ratificado pelo Procurador Chefe da PROFIS, a PGE/PROFIS opina pela exclusão da incidência do ICMS nos seguintes serviços conexos ao de comunicação, por meio da telefonia móvel:

- a. Troca de titularidade de aparelho celular;
- b. Conta detalhada;
- c. Troca de aparelho;
- d. Troca de número;
- e. Mudança de endereço de cobrança de conta telefônica;
- f. Troca de área de registro;
- g. Troca de plano de serviço;
- h. Bloqueio de DDD e DDI;
- i. Habilitação
- j. Religação.

Novamente os autos foram convertidos em diligência ao autuante, para proceder as exclusões dos serviços elencados acima, elaborando novo demonstrativo com o saldo remanescente, se houver.

Em cumprimento à diligência, o autuante informou que nos serviços de telecomunicações autuados não constam nenhum dos serviços de telecomunicações elencados pela PGE/PROFIS, mantendo a autuação em sua integralidade.

Instada a se manifestar quanto ao resultado da diligência, o recorrente discorda das conclusões exaradas pela PGE/PROFIS, pois não foram analisados os serviços que são objetos da presente

autuação.

Entende que a PGE/PROFIS analisou de forma genérica a Decisão do C. Superior Tribunal de Justiça exarada no bojo do REsp 1.176.753 e não especificamente o caso dos autos, o que foi a solicitação da 1^a CJF.

Requer que o presente feito seja novamente convertido em diligência a fim de que os serviços autuados sejam efetivamente analisados, para que se possa, enfim, cumprir com a determinação da 1^a CJF.

Ato contínuo, ressalta que o Superior Tribunal de Justiça, em momento algum restringiu a análise da incidência ou não dos ICMS sobre os serviços indicados pela PGE/PROFIS em seu Parecer, mas sim analisou a questão de forma ampla, concluindo que “apenas a prestação das chamadas atividades fim – processo de transmissão (emissão ou recepção de informações de qualquer natureza) -, são passíveis de incidência do ICMS, reputando incabíveis a exigência do ICMS sobre serviços conexos ao de comunicação por meio de telefonia móvel, na qualidade de atos preparatórios, acessórios ou intermediários da comunicação”.

Descreve as principais características dos serviços autuados, a fim de demonstrar que estes não devem sofrer a incidência do ICMS, haja vista que detêm nítido caráter de serviços de valor adicionado.

VOTO VENCIDO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra o Acórdão nº 0267-01/14, prolatado pela 1^a JJF, que julgou Procedente o Auto de Infração epigrafado, em razão do suposto cometimento de três irregularidades, todas decorrentes da falta de recolhimento do ICMS nos prazos regulamentares referentes a prestações de serviço de comunicação não escrituradas nos livros fiscais próprios.

A Carta Magna, no seu art. 146, III, “a” e “b” determinou que somente Lei Complementar poderá dispor sobre matéria tributária, inclusive quanto à definição de tributos, fato gerador, obrigação tributária e base de cálculo.

Nessa seara, a Lei Complementar nº 87/96 que é o diploma legal competente para dispor sobre as normas do ICMS, estabelece no seu art. 12, VII a hipótese de incidência do ICMS nos serviços de telecomunicação, *in verbis*:

Art. 12.

(...)

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;

Parece-me claro que o critério material da hipótese de incidência do ICMS não incide sobre a comunicação em si, mas sim sobre a prestação do serviço de comunicação.

Por essa razão, entendo que os serviços correlacionados para que haja ou se mantenha a prestação de serviço de comunicação, como no caso das cobranças do presente Auto de Infração, não estão na hipótese de incidência do ICMS sobre serviços de comunicação.

Importante pontuar que o art. 13, III da LC 87/96 ao eleger como base de cálculo do ICMS nos serviços de comunicação o preço do serviço, confirma o critério material da hipótese de incidência do imposto.

Não me parece razoável que os Estados possam alterar a base de cálculo do ICMS incluindo no seu campo de incidência serviços que não são de comunicação, apenas por serem adicionais que a empresa oferece.

A Lei nº 9.472/97 conceitua o serviço de telecomunicação como “*o conjunto de atividades que possibilita a oferta de telecomunicação*”, entendendo-se como “transmissão, emissão ou

recepção, por fio, radioeletricidade, meios ópticos ou qualquer outro processo eletromagnético, de símbolos, caracteres, sinais, escritos, imagens, sons ou informações de qualquer natureza” (art. 60, §1º).

Assim, pode-se dizer que o serviço de telecomunicação consiste no conjunto de atividades realizadas pelas operadoras para os seus respectivos usuários com o objetivo de proporcionar a transmissão, recebimento de mensagens e dados entre seus usuários, efetivando uma comunicação.

Ato contínuo, devemos observar o artigo 61 da LGT que assim dispõe:

“Art. 61. Serviço de valor adicionado é a atividade que acrescenta, a um serviço de telecomunicações que lhe dá suporte e com o qual não se confunde, novas utilidades relacionadas ao acesso, armazenamento, apresentação, movimentação ou recuperação de informações.

§ 1º Serviço de valor adicionado não constitui serviço de telecomunicações, classificando-se seu provedor como usuário do serviço de telecomunicações que lhe dá suporte, com os direitos e deveres inerentes a essa condição.

§ 2º É assegurado aos interessados o uso das redes de serviços de telecomunicações para prestação de serviços de valor adicionado, cabendo à Agência, para assegurar esse direito, regular os condicionamentos, assim como o relacionamento entre aqueles e as prestadoras de serviço de telecomunicações.”

Pela análise dos dispositivos acima transcritos, observa-se que existem serviços que são ligados à telecomunicação, mas que com ele não se confundem, ou seja, existem serviços vinculados ao serviço de comunicação, que não são fatos geradores do ICMS-Comunicação.

No julgamento do REsp nº 1176753/RJ, submetido ao rito dos Recursos repetitivos, o STJ consolidou o entendimento de que o ICMS não incide nos serviços conexos ao de comunicação, senão vejamos:

“PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. ICMS. SERVIÇOS CONEXOS (SUPLEMENTARES) AO DE COMUNICAÇÃO (TELEFONIA MÓVEL): TROCA DE TITULARIDADE DE APARELHO CELULAR; CONTA DETALHADA; TROCA DE APARELHO; TROCA DE NÚMERO; MUDANÇA DE ENDEREÇO DE COBRANÇA DE CONTA TELEFÔNICA; TROCA DE ÁREA DE REGISTRO; TROCA DE PLANO DE SERVIÇO; BLOQUEIO DDD E DDI; HABILITAÇÃO; RELIGAÇÃO. NÃO INCIDÊNCIA DO ICMS.

1. A incidência do ICMS, no que se refere à prestação dos serviços de comunicação, deve ser extraída da Constituição Federal e da LC 87/96, incidindo o tributo sobre os serviços de comunicação prestados de forma onerosa, através de qualquer meio, inclusive a geração, a emissão, a recepção, a transmissão, a retransmissão, a repetição e a ampliação de comunicação de qualquer natureza (art. 2º, III, da LC 87/96).

2. A prestação de serviços conexos ao de comunicação por meio da telefonia móvel (que são preparatórios, acessórios ou intermediários da comunicação) não se confunde com a prestação da atividade fim do processo de transmissão (emissão ou recepção) de informações de qualquer natureza, esta sim, passível de incidência pelo ICMS. Desse modo, a despeito de alguns deles serem essenciais à efetiva prestação do serviço de comunicação e admitirem a cobrança de tarifa pela prestadora do serviço (concessionária de serviço público), por assumirem o caráter de atividade meio, não constituem, efetivamente, serviços de comunicação, razão pela qual não é possível a incidência do ICMS.

3. Não merece reparo a Decisão que admitiu o ingresso de terceiro no feito, pois o art. 543-C, § 4º, do CPC autoriza que o Ministro Relator, considerando a relevância da matéria tratada em Recurso especial representativo da controvérsia, admita a manifestação de pessoas, órgãos ou entidades com interesse na questão jurídica central.

4. Agravo regimental de fls. 871/874 não provido. Recurso especial não provido. Acórdão sujeito ao regime previsto no art. 543-C do CPC, c/c a Resolução 8/2008 - Presidência/STJ.” (destacamos)

(REsp 1176753/RJ, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Rel. p/ Acórdão Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 28/11/2012, DJe 19/12/2012)

Conforme exposto, os serviços de valor adicionado glosados na autuação, não se confundem com o canal de comunicação que serve de base à sua prestação e, portanto, não se configura como prestação de serviço de comunicação sujeita a incidência de ICMS.

Como dito acima, esse é o entendimento que prevalece no STJ, conforme se depreende das ementas a seguir transcritas:

"AGRADO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. ICMS. INOBSTANTE SEJAM ESSENCIAIS E SUJEITOS À COBRANÇA DE TARIFA, OS SERVIÇOS CONEXOS AO DE COMUNICAÇÃO (PREPARATÓRIOS, ACESSÓRIOS OU INTERMEDIÁRIOS) NÃO SE CONFUNDEM COM A ATIVIDADE FIM DE TRANSMISSÃO (EMISSÃO OU RECEPÇÃO) DE INFORMAÇÕES DE QUALQUER NATUREZA, ESTA SIM, SUJEITA AO ICMS. RECURSO REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA: RESP. 1.176.753/RJ, REL. MIN. MAURO CAMPBELL MARQUES, DJE 19.12.2012. RESSALVA DO PONTO DE VISTA DO RELATOR. AGRADO REGIMENTAL DESPROVIDO."

1. A prestação de serviços conexos ao de comunicação (que são preparatórios, acessórios ou intermediários da comunicação) não se confunde com a prestação da atividade fim do processo de transmissão (emissão ou recepção) de informações de qualquer natureza, esta sim, passível de incidência pelo ICMS.

2. Desse modo, a despeito de alguns deles serem essenciais à efetiva prestação do serviço de comunicação e admitirem a cobrança de tarifa pela prestadora do serviço (concessionária de serviço público), por assumirem o caráter de atividade meio, não constituem, efetivamente, serviços de comunicação, razão pela qual não é possível a incidência do ICMS. Precedente: REsp. 1.176.753/RJ, Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, DJe 19.12.2012, representativo da controvérsia. Ressalva do ponto de vista do Relator.

3. Agrado Regimental desprovido." (destacamos)

(AgRg no REsp 1197495/GO, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 15/08/2013, DJe 30/08/2013)

"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. ACÓRDÃO ADEQUADAMENTE FUNDAMENTADO. ICMS. SERVIÇOS DE ANÚNCIO E TELEGRAMA FONADO E TELELISTA. VALOR ADICIONADO. NÃO-INCIDÊNCIA.

1. A solução integral da controvérsia, com fundamento suficiente, não caracteriza ofensa ao art. 535 do CPC.

2. Os serviços de anúncio e telegrama fonado e telelista valem-se da telecomunicação, que lhes dá suporte, para acrescentar utilidades relacionadas ao acesso e à apresentação de informações. Esta é a definição de serviço de valor adicionado, que não se confunde com o de telecomunicação, nos termos do art. 61 da Lei 9.472/1997.

3. In casu, esses serviços nem sequer são prestados pelas concessionárias de telefonia, que são apenas "intermediadoras da cobrança das tarifas", conforme aferiram as instâncias de origem.

4. A jurisprudência pacífica do STJ, pela não-incidência do ICMS sobre os serviços de valor adicionado, deve ser aplicada ao caso.

5. Recurso Especial não provido." (destacamos)

(REsp 1206428/RJ, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/11/2010, DJe 04/02/2011)

Deste modo, não há supedâneo para manter a autuação, devendo ser excluídos os valores concernentes a serviços que não são serviços de comunicação *stricto sensu*.

Pelo exposto, voto no sentido de dar PROVIMENTO ao Recurso Voluntário, para reformar a Decisão recorrida e julgar IMPROCEDENTE o Auto de Infração epigrafado.

VOTO VENCEDOR

Data maxima venia, uso divergir do voto da Conselheira Relatora quanto ao mérito da lide, pois compulsando os autos constato que não merece reparo a Decisão recorrida.

Preliminarmente observo, por importante, quanto ao pedido de nova diligência à PGE/PROFIS para a emissão de Parecer técnico-jurídico na presente lide - pedido este formulado pelo contribuinte às fls. 241 a 252, ainda mais objetivamente às fls. 246 e 251 dos autos - que conforme disposto no item "1" da alínea "b" do inciso III do artigo 136 do RPAF/BA, uma vez que já houve pronunciamento da PGE/PROFIS quanto ao mérito neste processo, é desnecessária a emissão de novo Parecer técnico-jurídico daquele órgão.

Pontuo também que todos os elementos necessários à formação de meu convencimento encontram-se no processo, pelo que voto pela negativa do envio do processo em nova diligência.

Ainda preliminarmente destaco que o contribuinte, às fls. 241 a 252 dos autos, acerca do resultado da diligência solicitada por esta 1^a CJF (fl. 216), no qual pediu-se à PGE/PROFIS a emissão de novo

Parecer técnico-jurídico acerca dos “*serviços de valor adicionado, glosados na presente autuação*”, expressou-se na forma a seguir às fls. 244 a 251, conforme excertos que reproduzo:

(...)

“Sem prejuízo, a despeito da presente intimação não abrange o parecer de fls. 219 a 229, a ora recorrente informa que discorda das conclusões exaradas pela d. Procuradoria, (...).”

(...)

Inicialmente, cumpre esclarecer que a ora Recorrida descumpriu a ordem deste órgão julgador no sentido de que fossem analisados os serviços que são objeto da presente autuação.”

(...)

*Ora, não há dúvida que, ao assim proceder, o Recorrido descumpriu por completo a ordem exarada por esta C. Câmara, a qual foi expressa ao converter o processo em diligência ao Procurador Assistente do Núcleo de Consultoria e Assessoramento solicitando a emissão de Parecer quanto à incidência do ICMS sobre os serviços de valor adicionado, **glosados na presente autuação**”. (destacamos)*

(...)

Como se vê, a ordem exarada por este órgão julgador foi clara: (...)

(destaques no original)

Cumpre esclarecer que a Procuradoria Fiscal – PGE/PROFIS, integrante da Procuradoria Geral do Estado - PGE, é órgão de assessoramento técnico-jurídico deste Conselho de Fazenda Estadual – CONSEF, nos termos do artigo 118 do RPAF/BA. Por conseguinte, este Conselho de Fazenda solicita-lhe a emissão de pareceres técnico-jurídicos, mas não há poder de mando entre PGE/PROFIS e CONSEF.

Outrossim, tratando-se de órgão de assessoramento jurídico do Estado da Bahia, o parecer exarado pela PGE/PROFIS não configura-se como objeto de contradita, ou de recurso, no presente Processo Administrativo Fiscal - PAF.

Este Conselho de Fazenda solicitou orientação técnico-jurídica acerca do tema da lide, inclusive destacando a necessidade de observância à jurisprudência dominante na esfera judicial, e a PGE/PROFIS assim o fez, emitindo Parecer no sentido de estar assente, segundo conclusões do seu núcleo de estudos, que sobre valores de operações relativos a determinados serviços conexos ao de comunicação prestados por meio da telefonia móvel - por conseguinte não estando abrangido todo e qualquer serviço conexo - não incide o ICMS.

Assim o Parecer da PGE/PROFIS exarado nos autos explicita que a jurisprudência na esfera judicial indica estarem definitivamente fora de tal alcance, para efeito de telefonia móvel, os serviços de troca de titularidade de aparelho celular, conta detalhada, troca de aparelho, troca de número, mudança de endereço de cobrança de conta telefônica, troca de área de registro, troca de plano de serviço, bloqueio de DDD e de DDI, habilitação e religação, serviços estes que não são objeto da autuação. Em relação aos demais incide o ICMS.

Quanto ao fato de que os serviços elencados pela PGE/PROFIS como não atingidos pelo ICMS não fazem parte da autuação, estão de acordo Fisco (fl. 236) e contribuinte (fls. 245 e 246).

Por conseguinte, inexiste modificação a fazer em relação ao resultado encontrado na Decisão de piso.

Assinalo, por oportuno, que está afastada da competência deste contencioso administrativo a apreciação de constitucionalidade, e de ilegalidade de dispositivo normativo em vigor, nos termos do artigo 125 do Código Tributário do Estado da Bahia – COTEB. No quanto pertinente às alegações de desproporcionalidade e constitucionalidade da multa aplicada, sob o argumento de que teriam efeito confiscatório, não cabe na seara administrativa a discussão ou Decisão sobre o tema, nos termos do já mencionado artigo 125 do Código Tributário do Estado da Bahia – COTEB, além do que a multa aplicada, como também os acréscimos moratórios incidentes sobre o débito, obedecem ao disposto na legislação tributária estadual, mais especificamente no artigo 42 da Lei nº 7.014/96 e no artigo 102, § 2º, II, também do COTEB.

Por outro ângulo, inexiste previsão normativa para a exclusão, ou mesmo redução, de multa aplicada em razão de descumprimento de obrigação principal, nos termos do pedido do sujeito passivo nesta lide.

Por tudo quanto exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, para declarar mantida a Decisão recorrida que julgou PROCEDENTE o Auto de Infração.

Quanto ao pedido do recorrente no sentido de que suas intimações acerca desta lide sejam realizadas no endereço que indica em sua peça recursal e às fls. 251 e 252 dos autos, inexiste óbice a seu atendimento pela repartição fazendária competente, desde que respeitado o previsto no artigo 108 do RPAF/BA.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª 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 279692.0007/14-7, lavrado contra CLARO S.A., devendo ser intimado o recorrente 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.

VOTO VENCEDOR – Conselheiros(as): Osmira Freire de Carvalho Ribeiro da Silva, Eduardo Ramos de Santana e Rubens Bezerra Soares.

VOTO VENCIDO – Conselheiros(as): Rodrigo Lauande Pimentel, Rosany Nunes de Mello Nascimento e Raísa Catarina Oliveira Alves Fernandes.

Sala das Sessões do CONSEF, 04 de novembro de 2015.

RUBENS BEZERRA SOARES - PRESIDENTE

RAISA CATARINA OLIVEIRA ALVES FERNABDES – RELATORA/VOTO VENCIDO

OSMIRA FREIRE CARVALHO RIBEIRO DA SILVA - VOTO VENCEDOR

MARIA JOSÉ RAMOS COELHO LINS DE ALBUQUERQUE SENTO-SÉ - REPR. DA PGE/PROFIS