

PROCESSO - A. I. Nº 279692.0003/13-3
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e CLARO S.A.
RECORRIDOS - CLARO S.A. e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 5ª JJF nº 0034-05/14
ORIGEM - IFEP SERVIÇOS
PUBLICAÇÃO - INTERNET 30/03/2016

2ª CAMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO CJF Nº 0048-12/16

EMENTA: ICMS. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO. SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO. OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS ESCRITURADAS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. SERVIÇOS SUPLEMENTARES E FACILIDADES ADICIONAIS. **a)** RUBRICA “ROAMING INTERNACIONAL”. Infrações reconhecidas. **b)** RUBRICAS MESSENGER, NTIME CONSOLIDADO, VAS PARCEIRO YAVOX, VAS PARCEIRO UNIVERSAL, VAS PARCEIRO TIAXA. A cláusula primeira do Convênio ICMS 69/98, diz 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 autuantes às fls.113, reconhecem o equívoco apontado no cálculo pela impugnante e apresentam novo demonstrativo de débito mensal para as infrações 3 e 4, valores estes que são idênticos aos encontrados na peça impugnatória. Infrações parcialmente procedentes. **c)** RUBRICAS VAS PARCEIRO UNIVERSAL E VAS PARCEIRO TIAXA. Quanto à infração 2, trata-se de infração de mesma natureza das anteriormente julgadas. Ausência de comprovação de erro material. Infração procedente. Mantida a Decisão recorrida. Recurso de Ofício **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime. Recurso Voluntário **NÃO PROVIDO**. Vencido o voto do relator. Decisão por maioria.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra Decisão da 5ª JJF que julgou Parcialmente Procedente o Auto de Infração em epígrafe, bem como de Recurso de Ofício interposto em razão de o referido julgamento ter desonerado o contribuinte de parte do débito tributário que inicialmente lhe foi imputado, tudo a rigor do art. 169, I, “a”, “1”, do RPAF/99.

O Auto de Infração lavrado em 27/06/2013 decorre de cinco infrações, abaixo transcritas, sendo motivadoras do Recurso Voluntário as infrações 2, 3 e 4, enquanto que motivadoras do Recursos de Ofício apenas as infrações 3 e 4, como segue:

***Infração 2** – Falta de recolhimento do imposto na prestação do serviço de comunicação por escrituração de valores tributados como não tributados, conforme Anexo B, apenso ao PAF em meio magnético e papel cuja cópia foi entregue ao contribuinte, e Convênio ICMS 115, sendo lançado o valor de R\$53.625,10 acrescido da multa de 60%.*

Infração 3 – Falta de recolhimento do ICMS na prestação de serviço de comunicação por escrituração de valores tributados como não tributados, apurado conforme Anexo C e relatório de faturamento denominado VAS, apenso a este PAF em meio magnético e papel, cuja cópia foi entregue ao contribuinte, sendo lançado o valor de R\$81.165,29, acrescido de multa de 60%.

Infração 4 – Falta de recolhimento do ICMS na prestação de serviço de comunicação por escrituração de valores tributados como não tributados, pautado conforme Anexo D e relatório de faturamento denominado VAS, apenso a este PAF em meio magnético e papel, cuja cópia foi entregue ao contribuinte, sendo lançado o valor de R\$396.661,30, acrescido de multa de 60%.

Da análise dos elementos trazidos aos autos, a 5ª JF, decidiu, por unanimidade e com base no voto do Relator de primeiro grau, abaixo transcrito, que é procedente a infração 2 e parcialmente procedentes as infrações 3 e 4, como segue:

VOTO

Inicialmente constato, pelos demonstrativos do Sistema Integrado de Gestão da Administração Tributária – SIGAT, fls. 121/124, que os lançamentos das infrações 1 e 5 foram integralmente recolhidos, permanecendo na lide, apenas os itens 2, 3 e 4.

A infração 2 possui demonstrativo parcialmente impresso às fls. 11/12, no valor de R\$53.625,10 referente ao serviço descrito como VAS PARCEIRO UNIVERSAL e VAS PARCEIRO TIAXA. A Infração 3, possui demonstrativo impresso da primeira e da última folha estão fls. 14/15, totalizando o valor de R\$81.165,29 referente a serviços denominados SMS bancos, Messenger, ntime consolidado. A infração 4, com demonstrativo resumido às fls. 16 e 17, no valor total de R\$396.661,30, inclui os serviços denominados auxílio à lista, VAS PARCEIRO YAVOX, notícias agora, VAS PARCEIRO UNIVERSAL, VAS PARCEIRO TIAXA.

Inicialmente a impugnação aponta erro material nas infrações 3 e 4, onde ao invés de se aplicar a alíquota sobre o valor do serviço, a fiscalização tomou o próprio valor do serviço como sendo o valor do imposto a lançar. De fato, tomando-se como exemplo, a fl. 17, logo à primeira linha, se observa que o item de serviço auxílio a lista no valor de R\$1,89 tem valor de ICMS a pagar em idêntica quantia, de R\$1,89.

No entanto, os autuantes chamam atenção pro fato de que a infração 1 que foi reconhecida pelo impugnante é de natureza idêntica à da infração 3, já que ambas tratam de serviços de envio de mensagens, ora denominados “torpedo”, ora “SMS”, ora “messenger”, mas como foi alegado erro material na infração 3, talvez por isso, a impugnante não tenha efetuado o reconhecimento e pagamento deste item. Assim sendo, passo ao exame de mérito destas infrações.

Por se tratar de infrações que dizem respeito ao mesmo gênero, e que não foram tributados, o julgamento das infrações 2, 3 e 4, se dará em uma análise conjunta, não sendo necessário a individualização por se tornarem repetitivas quanto à natureza dos fatos geradores e por conseguinte quanto aos argumentos que serão enfrentados.

O art. 60 da LGT define Serviço de Telecomunicações como o conjunto de atividades que possibilita a oferta de capacidade de 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. Temos, na LGT, a seguinte definição para Serviços de Valor Adicionado:

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.

É certo que os serviços descritos nas infrações 2, 3 e 4 os serviços ali relacionados se caracterizam como serviços de valor adicionado, nos termos do art. 61 da Lei Geral de Telecomunicações, por serem utilidades relacionadas ao acesso, armazenamento, movimentação ou recuperação de informações e que em seu parágrafo 1º, diz que não se constituem em serviços de telecomunicações.

No entanto, em sentido oposto, a cláusula primeira do Convênio ICMS 69/98, diz que os signatários firmam entendimento no sentido de 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.

Assim, fica evidenciado nos termos do citado Convênio que as facilidades ou utilidades adicionais que otimizem o processo de comunicação, independente da denominação, como auxílio a lista, mensagens de texto, etc., os chamados serviços adicionados configuram-se como operações tributáveis nos termos do Convênio 69/98, consistindo em flagrante antinomia.

Trouxe o impugnante às fls. 16/22, farta jurisprudência do STJ que contesta a posição adota pelos fiscos estaduais, incluindo a ilegalidade do Convênio ICMS 69/98, pois nos dizeres do RESP 601.056/BA, a cláusula primeira não tem amparo na Lei Complementar nº 87/96 e que o Direito Tributário consagra o princípio da tipicidade fechada nos termos do art. 108, §1º do CTN.

Dispõe a mencionada jurisprudência, que a Constituição Federal atribuiu competência privativa para a União para legislar sobre os serviços de telecomunicações, já que o art. 21, inc. IX, da Constituição da República estabelece que compete à União explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, enquanto o art. 22, inc. IV, da Constituição da República dispõe ser da competência privativa da União legislar sobre telecomunicações.

Como a LGT é uma lei federal, desclassifica textualmente os serviços adicionados da definição de serviços de telecomunicações, e nos termos do voto da Ministra Eliana Calmon (Resp 456.650-PR), se a lei específica retira tais serviços da rubrica “serviço de telecomunicação”, não poderá o intérprete alterar a sua natureza jurídica para enquadrá-la na Lei Complementar nº 87/96, sendo firmada inclusive a Sumula nº 334 do STJ, a respeito do tema. Esta é, em suma, a linha de defesa do impugnante.

No que pese os respeitáveis e sólidos argumentos trazidos pela impugnante, a jurisprudência deste Conselho de Fazenda tem adotado insistentemente uma posição em contrário. A título de exemplo, vejamos o ACÓRDÃO CJP Nº 0263-12/13, de lavra da Conselheira Denise Mara Andrade Barbosa, conforme se comprova pela leitura da ementa abaixo.

EMENTA: ICMS. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO. SERVIÇO DE TELECOMUNICAÇÃO. FALTA DE RECOLHIMENTO. OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS ESCRITURADAS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. O ICMS não incide sobre comunicação, mas sobre a prestação de serviços de comunicação, isto é, a atividade de fornecimento, em caráter oneroso, de condições materiais para que a comunicação ocorra. Os chamados serviços suplementares e facilidades adicionais que otimizam, ou agilizam, o processo de comunicação, são serviços acessórios do serviço de comunicação relacionados a uma comunicação à qual dão viabilidade, ou suporte. Tais aludidos serviços suplementares e facilidades adicionais estão incluídas no campo de incidência do ICMS. Restou comprovado, ainda, o registro de operações tributáveis como se tivessem sido prestadas a órgãos públicos, não tributáveis. Infração subsistente. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime.

O voto ainda ressalta que este CONSEF vem decidindo reiteradamente que os serviços de valor adicionado integram o campo de incidência do ICMS com a seguinte argumentação de que entre outras razões, está lastreado em Parecer da Doutra PGE/PROFIS, que por meio da Dra. Maria Helena Cruz Bulcão, opinou pelo Não Provimento do Recurso Voluntário, com os seguintes argumentos:

- o inciso III do artigo 2º da Lei Complementar 87/96 definiu que o imposto estadual incide sobre as prestações onerosas de serviços de comunicação, por qualquer meio, inclusive a geração, emissão, recepção, transmissão, retransmissão, repetição e ampliação de comunicação de qualquer natureza;
- prestação onerosa, segundo o jurista Caio Mario da Silva Pereira, é a que proporciona ao agente uma vantagem econômica, à qual corresponde uma prestação correspondente;
- o Plenário do Supremo Tribunal Federal decidiu por unanimidade, na ADIN nº 1.467-6/DF, que “o ICMS pode incidir sobre todo e qualquer serviço de comunicação” e “o serviço de radiodifusão sonora e de sons e imagens é serviço de comunicação”;
- consoante o artigo 60 da Lei Geral de Telecomunicações (Lei nº 9.472/97), “Serviço de telecomunicações é o conjunto de atividades que possibilita a oferta de telecomunicação”;
- conclui, assim, que a Constituição Federal não se refere à comunicação propriamente dita, mas sim a todo o seu processo e à relação comunicativa, sendo a regra matriz do ICMS a prestação de serviços de comunicação e não simplesmente a comunicação, ou, como preconiza Roque Antonio Carrazza, o ICMS incide sobre a “relação comunicativa, isto é, a atividade de, em caráter negocial, alguém fornecer, a terceiro, condições materiais para que a comunicação ocorra”;
- entretanto, uma leitura do artigo 60 da Lei nº 9.472/97 deixa claro que a prestação de serviço de telecomunicação não ocorre apenas quando se realiza a telecomunicação propriamente dita, mas abrange até mesmo sua disponibilização, estendendo-se, assim, a todo o conjunto de atividades a ela relacionado, o que implica, sem sombra de dúvida, computar na base de cálculo do imposto todas as facilidades e serviços complementares que agilizem ou otimizem o serviço de telecomunicação.
- em sendo assim, as chamadas prestações eventuais ou complementares disponibilizadas pelas concessionárias de serviços de telecomunicação a título oneroso estão inseridas no campo de incidência do ICMS;
- não há como aceder à tese do recorrente, de que o Convênio ICMS 69/98 teria alargado o âmbito do

ICMS ou criado novos fatos geradores, de acordo com a Decisão do juiz titular da Nona Vara da Fazenda Pública da Bahia, nos autos do Mandado de Segurança nº 6.404.330/98 que transcreveu;

- a “legislação Complementar, dentro do alicerce permissivo constitucional, fundiu em uma só estrutura conceitual, todo tipo de serviço ligado à perfectibilização da atividade de comunicação, independente de ser um serviço de comunicação próprio ou adicional (suplementar), dando-lhes efeitos jurídicos idênticos, precisamente originar o fato gerador do ICMS”;

- por conta do amplo sentido conferido pela Lei Complementar 87/96, os serviços ora discutidos, mesmo que prestados de forma eventual, estão emoldurados no campo de incidência do imposto estadual, o que foi devidamente explicitado na Cláusula primeira do Convênio ICMS69/98;

- nem se diga que a Lei de Telecomunicações conferiu ao conceito de serviços adicionais ou suplementares uma exclusão da incidência do ICMS, pois, “em que pese ser possível definir estes conceitos em seu corpo normativo, não foi conferido ao legislador ordinário, pelo legislador complementar e, por via reflexa o legislador constituinte, o poder de definir os efeitos tributários de tais elementos normativos, devidamente delineados nos arquétipos legais previstos na Constituição e na Lei Complementar do ICMS”.

De fato, o assunto aqui abordado é polêmico, dado que a própria LGT conflita com outros ordenamentos, não apenas estaduais, mas também federais, como o Regulamento Geral do Código Brasileiro de Telecomunicações aprovado pelo Decreto nº 97.057, de 10 de novembro de 1988, que traz no TÍTULO III, Das Definições, art. 6º, item 84, a seguinte definição de serviços de telecomunicações:

Art. 6º Para os efeitos deste Regulamento Geral, dos Regulamentos Específicos e das Normas complementares, os termos adiante enumerados têm os significados que se seguem:

84º) Serviço de Telecomunicações - execução de atividades necessárias e suficientes para efetivamente resultarem na emissão, na transmissão, ou na recepção de sinais de telecomunicação, ou qualquer combinação destas definida em regulamento ou norma específica”.

A doutrina também tem posições antagônicas às que foram adotadas em recentes decisões do STJ, que foram abordadas anteriormente, conforme se depreende da interpretação que o eminente Professor Marco Aurélio Greco, acerca do significado da expressão “prestação de serviços de comunicação”:

“Presta serviço de comunicação, não aquele que participa da própria relação comunicativa, mas aquele que realiza uma atividade consistente em dar condições materiais para que uma relação comunicativa se instaure. Assim, presta o serviço aquele que cuida de fornecer a infra-estrutura mecânica, eletrônica e técnica para a comunicação, instalando equipamentos e sistemas que permitem tal relação. A prestação de serviço de comunicação prescinde do conteúdo da mensagem transmitida, tipificando-se com a simples colocação à disposição dos meios e modos para a transmissão e recepção das mensagens. Os partícipes da relação comunicativa não se ‘prestam serviços’ um para o outro nem para terceiros. Eles apenas se comunicam. Presta serviço isto sim, a empresa que mantém em funcionamento o sistema de comunicações consistente em terminais, centrais, linhas de transmissão, satélites, etc.” (ANAIS do I Congresso Nacional de Estudos Tributários. Ed. Academia Brasileira de Direito Tributário, 1988.)

A LEI COMPLEMENTAR Nº 87, DE 13 DE SETEMBRO DE 1996, no seu artigo 2º, inciso III, traz também uma hipótese de incidência ampla do imposto, abaixo transcrita, in verbis:

Art. 2º O imposto incide sobre:

III - 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;

Assim, os julgamentos do STJ embora representem um forte óbice à pretensão do fisco, não tem efeito vinculante sobre às decisões deste Conselho, e que estão orientadas por eloquente Parecer da PGE/PROFIS.

Os autuante às fls.113, reconhecem o equívoco apontado no cálculo pela impugnante e apresentam novo demonstrativo de débito mensal no valor de R\$29.824,30 para a infração 3 e R\$145.766,15 para a infração 4, valores estes que são idênticos aos encontrados na peça impugnatória. Face ao exposto, acato as correções das infrações 3 e 4, conforme demonstrativo abaixo, considerando-as parcialmente procedentes, conforme demonstrativo abaixo:

Infração 03	
Mês	Valor do ICMS a Pagar
Abril	3.531,92
Maio	3.642,76
Junho	3.228,25
Julho	3.097,68

Infração 04	
Mês	Valor do ICMS a Pagar
Abril	11.911,12
Maio	16.892,88
Junho	17.392,56
Julho	16.866,99

Agosto	3.543,32	Agosto	15.663,46
Setembro	3.822,20	Setembro	18.451,08
Outubro	2.798,69	Outubro	12.572,84
Novembro	2.781,95	Novembro	16.412,92
Dezembro	3.377,52	Dezembro	19.602,31
Total da Infração	29.824,30	Total da Infração	145.766,15

Quanto à infração 2, por se tratar de fato gerador de mesma natureza das infrações anteriormente julgadas, e diante da ausência de comprovação de erro material, acolho-a como inteiramente procedente. Infração 2 procedente.

Quanto à redução da multa de 60%, esta Junta não tem competência para modificá-la, e poderá ser requerida segunda instância deste conselho nos termos do RPAF, segundo o artigo abaixo transcrito:

Art. 159. Poderá ser requerida à Câmara Superior do CONSEF a dispensa ou redução de multa por infração de obrigação principal ao apelo de equidade.

Quanto ao pedido de que as intimações relativas a este feito sejam feitas exclusivamente no endereço do advogado indicado, embora possa vir a ser eventualmente acatado pela administração fazendária, fica esclarecido que tal pedido não se constitui em direito do sujeito passivo, pois em caso de intimação direta ao impugnante, não poderá ser alegado qualquer efeito sobre o curso do processo, tendo em vista a disposição do RPAF, abaixo transcrita:

Art. 109. Considera-se efetivada a intimação:

I - quando pessoal, na data da aposição da ciência do sujeito passivo ou do interessado, seu representante ou preposto, no instrumento ou expediente;

Em sendo assim, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL deste Auto de Infração.

A Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da Decisão que prolatou, enquanto que a empresa autuada, regularmente cientificada da Decisão proferida em primeiro grau de julgamento administrativo, interpõe Recurso Voluntário, tempestivo, colacionado às fls. 164 a 188.

Irresignado com a Decisão da 5ª Junta de Julgamento Fiscal, o Sujeito Passivo, de plano, diz que a sua tese de defesa, acolhida parcialmente (incorrecção dos cálculos para as infrações 3 e 4), abarcou quatro pontos essenciais, assim descritos:

- 1. a incorrecção nos cálculos apresentados nos itens 3 e 4 da autuação;*
- 2. a inexistência dos supostos débitos de ICMS, dado que os serviços em enfoque caracterizam-se como serviços de valor adicionado, ao quais não se enquadram na hipótese de incidência do ICMS;*
- 3. a não caracterização do fato gerador do ICMS, uma vez que, apesar de onerosos, os serviços prestados não propiciam a comunicação entre duas ou mais pessoas - hipótese estrita de incidência do ICMS Telecomunicação; e*
- 4. a desproporcionalidade da multa aplicada.*

Reivindicando a necessidade de reforma da Decisão recorrida, aduz que não pode prevalecer o entendimento esboçado pela Junta de Julgamento Fiscal de que os serviços de valor adicionado se equiparariam aos serviços de comunicação para fins de incidência do ICMS.

Com arrimo no art. 155, II, da Constituição Federal, diz que dentre as hipóteses de incidência do ICMS, está a prestação de serviços de comunicação, cujo conteúdo foi amiadado pela LC nº 87/96 (art. 2º) que estabeleceu normas gerais relativas ao ICMS, precisando os limites delineados pela norma constitucional atributiva de competência, aí entendido que a hipótese de incidência do ICMS-comunicação pressupõe a onerosidade da prestação, a utilização de um canal entre emissor e receptor e, por fim, a transmissão da mensagem por sons, imagens, sinais, signos ou símbolos – elementos que devem existir de maneira concomitante.

Nessa esteira, escorada à doutrina, conclui que “... a incidência do ICMS sobre 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”, reiterando que a obrigação jurídico-tributária do ICMS - comunicação apenas nascerá a partir da ação que implique, necessariamente, na presença de todas as condições materiais

necessárias à transmissão da mensagem ao destinatário do serviço.

Fazendo remissão à Lei nº 9.472/97 (LGT - Lei Geral de Telecomunicações), lembra que o art. 60, diz textualmente que os serviços de valor adicionado não se confundem com os serviços de telecomunicação, e que a conclusão a que se chega da leitura da norma é de que há que se distinguir os serviços de telecomunicação propriamente ditos - e que se sujeitam à exigência do ICMS - daqueles que são meros serviços de valor adicionado, excluídos, portanto, da hipótese de incidência do imposto.

Para o caso dos autos, diz que foram autuadas prestações de serviços que, sob a ótica da Autoridade Fiscal, seriam tributáveis, em que pese serem serviços de valor adicionado, que não se enquadram na hipótese de incidência do ICMS, quais sejam: *AUXILIO A LISTA, INFOPULL, MOBILEFUN, VAS PARCEIRO SELIG, VAS PARCEIRO TIAXA, VAS PARCEIRO YAVOX, VAS PARCEIRO UNIVERSAL, CLARO ME LIGA e NOTÍCIAS AGORA*.

Afirma que, conforme autoriza a legislação (art. 61, da Lei nº 9.472/97), oferece aos seus usuários a possibilidade de aquisição de serviços de valor adicionado, esclarecendo que tais serviços somente se valem da rede de telecomunicações como suporte para sua prestação, não podendo, portanto, serem confundidos com serviços de telecomunicações propriamente ditos. Nessa senda, com esteio no §1º do mesmo dispositivo legal, lembra que a legislação, de maneira definitiva, estabelece que “*Serviço de valor adicionado não constitui serviço de telecomunicações*”, o que afasta a possibilidade de incidência do ICMS.

Elenca serviços de valor adicionado passíveis de serem utilizados pelos usuários de telefonia móvel e que são objeto da autuação combatida, também externado suas considerações, como segue:

- a. **Aquisições de bens e serviços** - as operadoras de telefonia ofereçam a possibilidade de aquisição de bens e serviços, mediante a utilização da rede de telecomunicações, a exemplo da compra de ingressos de cinema ou o download de ringtones ou músicas, etc.

Entende que para o exemplo dado existem duas relações jurídicas distintas, uma mercantil, para a qual incide o ICMS e outra ancorada no serviço prestado pelo recorrente, que possibilita a comunicação entre o vendedor/prestador e o adquirente do bem ou serviço. Para a última, estabelecido o “tripé comunicacional” entre o adquirente e o vendedor/prestador, por intermédio do serviço oneroso prestado pelo recorrente, seja por voz ou dados, é que se poderia pensar em tributar pelo ICMS.

Conclui que os valores pagos pelos seus clientes em decorrência de aquisições de bens e serviços, os quais constam da respectiva fatura telefônica mensal, não estão sujeitos à incidência do ICMS, por não configurarem serviços de comunicação.

- b. **Aquisições de conteúdo** - conteúdo transmitido por meio de Imagens, músicas, vídeos, jogos e softwares dos servidores do recorrente para um aparelho celular.

Nesses casos, aduz que tais serviços não possibilitam a comunicação entre um emissor e um receptor. Aduz que se utiliza do serviço de telecomunicações que presta, mas que tal serviço não se confunde, não havendo que se falar em incidência de ICMS – comunicação, destacando que a não incidência do imposto fica ainda mais evidente quando o recorrente é detentora dos direitos de uso sobre eles (serviços de disponibilização de conteúdo) e apenas disponibiliza seu conteúdo próprio para seus clientes – exatamente os serviços MOBILEFUN (mero acesso direto ao endereço eletrônico de serviços do recorrente, para a aquisição de músicas e vídeos diretamente do site), VAS PARCEIRO SELIG, VAS PARCEIRO TIAXA, VAS PARCEIRO YAVOX, VAS PARCEIRO UNIVERSAL (consistem na aquisição de jogos eletrônicos, músicas, imagens, sons, vídeos, papéis de parede (screensavers), toques polifônicos, sendo o direito de uso de tais arquivos da próprio recorrente), para os quais faz a descrição, classificação e diz do modo de funcionamento.

Avançando, evoca os escritos de Conselheiro José Bezerra Lima Irmão no PAF, que discutiu o Auto de Infração nº 274068.0005/09-3, destacando que “inexiste prestação de serviço de comunicação nos casos de downloads, de modo que se denota claramente a ilegitimidade da cobrança do ICMS sobre a prestação dos mencionados serviços de valor adicionado”.

- c. **Serviços de notícias** – serviços para o qual é contratado o envio de notícias de diversos veículos de mídia por meio de SMS ou internet e sobre as quais o recorrente é titular do direito de transmissão.

Nesse caso, aduz que o recorrente se comunica com seus usuários para a transmissão de mensagem própria, ou seja, por meio dos serviços INFO PULL e NOTÍCIAS AGORA, o recorrente elabora conteúdo e envia

mensagens contendo notícias, o que não configura fato gerador do ICMS. Informa as características dos serviços.

*d. **Outros exemplos de serviços de valor adicionado** – serviços denominados SNSERV, a exemplo do auxílio à lista cuja descrição também foi feita.*

Aduz que também não resta configurada a prestação de serviço de comunicação sujeita à incidência do ICMS, vez que a relação comunicacional se estabelece diretamente entre o recorrente e seu cliente, que obtém informações na sua própria base de dados, destacando que as informações de telefones comerciais e residenciais, solicitados por nome ou endereço, constantes do servidor do recorrente, são enviadas ao celular do usuário solicitante via mensagem de texto, sem qualquer intervenção de terceiro, sendo cobrado um valor determinado por cada evento.

Salienta que o Superior Tribunal de Justiça, analisando matéria afeita à 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 do ICMS. Transcreve a jurisprudência, reiterando que no caso do art. 61, *caput* e §1º da Lei nº 9.742/97, “os serviços de valor adicionado agregam valor ao canal de comunicação que serve de base à sua prestação, mas com ele não se confundem, razão pela qual não configuram a prestação de serviço de comunicação sujeita à incidência do ICMS”, motivo pelo qual entende que o Auto de Infração deve ser julgado improcedente.

Quanto à multa cominada às infrações, de plano diz que são desproporcionais e confiscatórias.

Aduz que na hipótese de manutenção das exigências fiscais, a multa em percentual de 60% não pode prevalecer conquanto demonstre falta de razoabilidade, na medida em que desconsidera circunstâncias de fato, bem como a situação do contribuinte e sua atividade. Fazendo remissão ao art. 3º do CTN, afirma que “... o tributo não pode ser utilizado para punir, da mesma forma que as sanções não podem ser utilizadas como instrumento de arrecadação disfarçado”.

Discorre sobre os conceitos de sanção, proporcionalidade e razoabilidade das penalidades, aduzindo que a punição deve guardar relação direta entre a infração cometida e o mal causado, assim como com o bem jurídico que se deseja proteger. Transcreve a jurisprudência e a doutrina, aduzindo que diante da impertinência e do caráter abusivo e confiscatório da multa aplicada, entende que deve ser diminuída ao patamar máximo de 2%.

Por derradeiro, concluindo que os débitos exigidos são indevidos e que a multa no percentual de 60% é manifestamente confiscatória, requer o provimento do seu Recurso Voluntário, para que seja cancelado o Auto de Infração com fundamento no fato de que as prestações de serviços de valor adicionado autuadas não configuram fato gerador do ICMS, conforme art. 155, II, da CF/88 e art. 2º, III, da LC nº 87/96.

Na esteira, também requer, na hipótese de manutenção da Decisão recorrida, que seja cancelada a multa aplicada ou que seja reduzida ao patamar de 2%.

A Dra. Maria Helena Mendonça Cruz, Procuradora da PGE/PROFIS, às fls. 192 a 195, exara Parecer no qual opina pelo Improvimento do Recurso Voluntário.

De plano, à luz do art. 155, II, da Constituição Federal, do art. 2º da LC 87/96 e do art. 110 do CTN, diz que é fundamental a conceituação da expressão “prestação onerosa de serviço de comunicação”.

Recorrendo à doutrina e à legislação, define “prestação onerosa” e “comunicação”.

Da jurisprudência, traz determinações no sentido de que o “ICMS pode incidir sobre todo e qualquer serviço de comunicação” e que “o serviço de radiodifusão sonora e de sons e imagens é serviço de comunicação”, registrando que a inteligência derivada das definições acima referidas e da legislação, abstraindo-se a questão da onerosidade, remete à assertiva de que “... a Constituição da República ao arrolar os serviços de comunicação em seu art. 155, II, não se refere à comunicação propriamente dita, em seu sentido literal, mas sim a todo o seu processo e à relação comunicativa”.

Na mesma linha, lembra que a regra matriz do ICMS diz da prestação dos serviços de comunicação, e não simplesmente realizar a comunicação. Cita a doutrina e conclui que resta inquestionável que o ICMS incide sobre os serviços de comunicação no sentido mais amplo possível, abarcando, inclusive, os dispositivos utilizados na sua ampliação ou facilitação.

Dizendo do conceito de telecomunicação expresso no art. 60, da Lei 9.472/67 (conjunto de atividades que possibilita a oferta de telecomunicações), afirma que “... a prestação de serviço de telecomunicação não ocorre apenas quando se realiza a telecomunicação propriamente dita, mas abrange até mesmo sua disponibilização, estendendo-se a todo o conjunto de atividades a ela relacionado, o que implica, sem sombra de dúvida, computar na base de cálculo do imposto todas as facilidades e serviços complementares que agilizem ou otimizem o serviço de telecomunicação”.

Nesse contexto, entendendo que as ditas prestações eventuais e os serviços suplementares, bem como as facilidades adicionais disponibilizados pelas concessionárias de serviços de telecomunicação estariam perfeitamente caracterizadas como prestações de serviço onerosas de comunicação, as chamadas prestações eventuais ou complementares estariam, na mesma medida, inseridas no campo de incidência do ICMS. Cita jurisprudência.

Entendendo não assistir razão à Recorrente, afirma que “... o ICMS incide sobre os serviços de comunicação, do qual a telecomunicação é uma subespécie, por qualquer meio, abrangendo os serviços eventuais, os serviços complementares e todo o conjunto de atividades a eles relacionados, e que a exigência do imposto incidente também sobre os serviços eventuais, os serviços complementares e às atividades que agilizem ou otimizem os serviços de comunicação”.

Quanto à multa aplicada às infrações, diz que é reflexo da legislação, não merecendo acolhimento o pleito recursal.

Opina pelo Improvimento do Recurso Voluntário.

Na assentada de julgamentos do dia 25/08/2014, com fundamento em precedente desta 2ª Câmara de Julgamento Fiscal, e com fundamento no fato de que o Procurador Geral do Estado da Bahia editou a **Portaria nº PGE – 177/2013**, bem assim considerando as recentes decisões do Superior Tribunal de Justiça (RE 781841/DF), em sede de Recurso Representativo da Controvérsia (artigo 543-C do Código de Processo Civil), além da recentíssima orientação do Procurador Geral do Estado, decidiram os Membros desta 2ª Câmara de Julgamento Fiscal, com o apoio do representante da PGE/PROFIS presente, converter o presente PAF em diligência à PGE/PROFIS para que o Procurador Chefe emitisse **Parecer jurídico sistêmico** esclarecendo qual o entendimento do referido órgão especializado a respeito do presente lançamento de ofício.

Às fls. 209/220 está colacionado Parecer da PGE/PROFIS/NCA, no qual, após as considerações julgadas necessárias, concluiu da forma abaixo transcrita:

Assim, na minuta de ato declaratório encaminhada à análise das autoridades competentes para sua emissão, foram listados como excluídos da incidência de ICMS os 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.*

As conclusões do Grupo de Trabalho - às quais, nesta oportunidade, manifestamos nossa expressa e irrestrita concordância - foram aprovadas pelo Procurador Chefe desta Procuradoria Fiscal, e, por assim ser, refletem o novel entendimento desta Especializada acerca da questão trazida à nossa apreciação.

Do Parecer acima referido, o Procurador-Chefe da PROFIS manifestou-se pelo acolhimento.

Irresignado com o Parecer retro referido, o recorrente, às fls. 226/236, aduz que não teria sido cumprida a diligência requerida, porquanto não teria sido instaurado o denominado Procedimento de Uniformização Administrativa, bem como não teriam sido analisados os serviços que são objetos da autuação (AUXILIO A LISTA, INFO PULL, MOBILEFUN, VAS PARCEIRO SELIG, VAS PARCEIRO TIAXA, VAS PARCEIRO YAVOX, VAS PARCEIRO UNIVERSAL, CLARO ME LIGA, NOTICIAS AGORA).

Registra que a Procuradoria analisou de forma genérica a Decisão do STJ exarada no bojo do REsp 1.176.753, deixando de analisar o caso dos autos, aduzindo que os serviços analisados (TROCA DE TITULARIDADE DE APARELHO CELULAR, CONTA DETALHADA, TROCA DE APARELHO E DE NÚMERO, MUDANÇA DE ENDEREÇO DE COBRANÇA DE CONTA TELEFÔNICA, TROCA DE AREA DE REGISTRO, TROCA DE PLANO DE SERVIÇO, BLOQUEIO DE DDD E DDI, HABILITAÇÃO E RELIGAÇÃO) não são os mesmos envolvidos na querela.

Registra que o Parecer da PROFIS destoa da posição firmada pelo STJ e consigna que diferentemente do que pontuou, todos os serviços conexos ao de telecomunicação e que não propiciam a efetiva comunicação, por não se configurarem fato gerador do ICMS, não podem ser incluídos na base de cálculo do referido imposto. Transcreve a Decisão acima referida (REsp 1.176.753) e, mais uma vez, relaciona e descreve os serviços que presta.

Por fim, requer a baixa do feito em diligência a fim de que a Procuradoria analisasse os serviços efetivamente autuados e, subsidiariamente, com base no posicionamento do STJ sobre a matéria, reitere o pedido de provimento do seu Recurso Voluntário, para que seja integralmente cancelada a autuação.

Em nova manifestação a PGE/PROFIS/NCA exara Parecer de fls. 240/242, tecendo esclarecimentos sobre o Parecer anterior, inclusive sobre a inexistência de pressupostos autorizadores da inauguração de Procedimento de Uniformização Administrativa, além de registrar que a mais recente orientação PGE acerca da tributação dos serviços conexos ao de comunicação, afasta a incidência do ICMS sobre os serviços especificamente elencados, ancorada na Decisão lançada pelo STJ no REsp 1.176.753-RJ.

Na espécie, aduz que resta observar que a tarefa de avaliar os efeitos do dito entendimento sobre o caso concreto restou facilitada pelos termos da petição do recorrente, entendido que o próprio Sujeito Passivo fez consignar em suas razões que o Parecer elaborado pela Profis não se aplica ao caso em tela em razão de os serviços citados serem diferentes dos serviços autuados.

Considerando que os serviços objeto da presente autuação não guardam qualquer similitude com aqueles que se encontram excluídos da tributação pelo ICMS, conclui opinando no sentido de que seja negado provimento ao Recurso voluntário.

Na assentada de Julgamentos, o Conselheiro Daniel Ribeiro propôs, com fulcro no art. 168, do RPAF/BA, que o PAF fosse remetido à Câmara Superior para deliberação de eventual representação ao Secretário da Fazenda.

Proposta não acolhida por maioria de votos, com

VOTO (Vencido quanto à proposta de remessa à Câmara Superior e ao Recurso Voluntário)

Trata o presente de Recurso de Ofício e Voluntário, o primeiro interposto pelos julgadores da 5ª JJF deste CONSEF tem por objeto reapreciar o Acórdão de nº 0034-05/14 que impõe sucumbência da fazenda pública estadual em ralação a duas das cinco infrações do Auto, na forma estabelecida pelo art. 169, I do RPAF/BA. O segundo, interposto pelo contribuinte, a rigor do art. 169, inciso I, alínea “b”, do Decreto nº 7.629/99 – RPAF, no sentido de modificar o mesmo acórdão de primeiro grau, com o propósito de desobrigá-lo do pagamento do imposto exigido.

O Auto de Infração é composto de cinco infrações. As infrações 1 e 5 foram reconhecidas e pagas

pelo Sujeito Passivo, enquanto que as infrações 2, 3 e 4 são motivadoras dos Recursos Voluntário, e as infrações 3 e 4 motivam o Recurso de Ofício.

Quanto ao Recurso Voluntário, vejo que a tese sustentada pelo Sujeito Passivo, em apertada síntese, atine à não incidência do ICMS sobre os serviços de valor adicionado, aí entendido que apesar de onerosos, os referidos serviços não propiciam a comunicação entre duas ou mais pessoas. Também se questiona a desproporcionalidade da multa aplicada no percentual de 60%.

A matéria trazida ao presente feito tem sido discutida no seio deste Conselho de Fazenda à exaustão. Em que pese as querelas estarem sendo decididas em desfavor dos Contribuintes, tais decisões tem sido, invariavelmente, por maioria de votos, o que denota a divergência de entendimento em derredor do enquadramento ou não dos serviços em referência como serviços de comunicação.

Ainda que não reste pacificada a matéria neste CONSEF, a mesma discussão, no meu entender já está pacificada no judiciário, fato que aliado à análise que se fará a seguir ampara a minha divergência do entendimento esposado na Decisão recorrida.

Antes de avançar, merece registro o resultado da diligência levada a efeito pela PGE/PROFIS/NCA, na qual resta consignado posicionamento que, de certa maneira, apesar de ainda divergir da posição assente no STJ, avança, entendido que afasta a possibilidade de incidência do ICMS sobre os serviços conexos ao de comunicação, por meio da telefonia móvel, a saber: *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.*

Avançando, agora sim, na análise do caso dos autos, por primeiro, há que se registrar que o art. 146, III, “a” e “b”, da Constituição Federal/88, determinou que somente Lei Complementar poderá dispor sobre matéria tributária, inclusive quanto à definição de tributos, fato gerador, obrigação tributária e base de cálculo. Também a LC 87/96, 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;

É de inteligência rasa e cristalina que o critério material da hipótese de incidência do ICMS impõe-se sobre a prestação do serviço de comunicação, não podendo, pois, se impor sobre a comunicação em si, sob pena de se alcançar o absurdo, no sentido de que a partir desse raciocínio poder-se-ia, por exemplo, cobrar imposto sobre a comunicação entre duas pessoas que conversam sem interlocução ou uso de qualquer aparelho eletrônico.

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 e serem ofertados pelas empresas de comunicação e, eventualmente, cobrados.

Sobre o tema, a jurisprudência do STJ é farta e pacífica, conforme se observa na ementa no RESP 945.037/AM, de relatoria do ministro Luiz Fux, abaixo transcrita e escorada no RESP 1.176.753-RJ, como segue:

Ementa do RESP 1.176.753-RJ

EMENTA

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 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. (##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)

Ementa do 945.037/AM:

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL INTERPOSTO CONTRA ACÓRDÃO QUE APRECIOU A APELAÇÃO. TRIBUTÁRIO. ICMS SOBRE HABILITAÇÃO, LOCAÇÃO DE APARELHOS CELULARES E ASSINATURA (ENQUANTO CONTRATAÇÃO DO SERVIÇO). SERVIÇOS SUPLEMENTARES AO SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO. ATIVIDADE-MEIO. NÃO INCIDÊNCIA. PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS. "FACILIDADES ADICIONAIS" DE TELEFONIA MÓVEL CELULAR. SÚMULA 07 DO STJ. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. INOCORRÊNCIA.

1. Os serviços de habilitação e locação de telefones móveis celulares e de assinatura (enquanto sinônimo de contratação do serviço de comunicação) não sofrem a incidência do ICMS. (Precedentes: REsp 666.679/MT, Rel. Ministro Teori Zavascki, DJe 17/12/2008; REsp 909.995/RJ, Rel. Ministra Eliana Calmon, DJe 25/11/2008; REsp 1022257/RS, Rel. Ministro Castro Meira, DJe 17/03/2008) REsp 703695 / PR, Rel. Min. Luiz Fux, DJ 20/09/2005; REsp 622208 / RJ, Rel. Min. Castro Meira, DJ 17/05/2006; REsp 418594 / PR, Rel. Min. Teori Zavascki, DJ 21/03/2005; RMS 11368 - MT, Relator Ministro Francisco Falcão, DJ 09/02/2005).

2. Deveras, apreciando a questão relativa à legitimidade da cobrança do ICMS sobre o procedimento de habilitação de telefonia móvel celular, ambas as Turmas integrantes da 1ª Seção firmaram entendimento no sentido da inexigibilidade do tributo, à consideração de que a atividade de habilitação não se incluía na descrição de serviço de telecomunicação constante do art. 2º, III, da Lei Complementar 87/96, por corresponder a "procedimento tipicamente protocolar, (...) cuja finalidade prende-se ao aspecto preparatório e estrutural da prestação do serviço", serviços "meramente acessórios ou preparatórios à comunicação propriamente dita", "meios de viabilidade ou de acesso aos serviços de comunicação" (RESP 402.047/MG, 1ª Turma, Min. Humberto Gomes de Barros, DJ de 09.12.2003 e do EDcl no AgRg no RESP 330.130/DF, 2ª Turma, Min. Castro Meira, DJ de 16.11.2004).

3. Outrossim, a própria 1ª Seção no RMS n.º 11.368/MT consagrou o entendimento no sentido de que:

[...]

I - No ato de habilitação de aparelho móvel celular incorre qualquer serviço efetivo de telecomunicação, senão de disponibilização do serviço, de modo a assegurar ao usuário a possibilidade de fruição do serviço de telecomunicações.

II - O ICMS incide, tão somente, na atividade final, que é o serviço de telecomunicação propriamente dito, e não sobre o ato de habilitação do telefone celular, que se afigura como atividade meramente intermediária.

III - O Convênio ICMS no 69/98, ao determinar a incidência do ICMS sobre a habilitação de aparelho móvel celular, empreendeu verdadeira analogia extensiva do âmbito material de incidência do tributo, em flagrante violação ao art. 108, § 1º do CTN.

[...]

(RMS 11368/MT, Rel. Ministro Francisco Falcão, Primeira Seção, julgado em 13/12/2004, DJ 09/02/2005 p. 182)

4. A doutrina do tema assenta que:

a) "o tributo em tela incide sobre a prestação dos serviços de comunicação (atividade-fim); não sobre os atos que a ela conduzem (atividades-meio). A simples disponibilização, para os usuários, dos meios materiais necessários à comunicação entre eles ainda não tipifica a prestação do serviço em exame, mas simples etapa necessária à sua implementação";

b) "a Constituição autoriza sejam tributadas as prestações de serviços de comunicação, não é dado, nem ao legislador, nem muito menos ao intérprete e ao aplicador, estender a incidência do ICMS às atividades que as antecedem e viabilizam";

c) "a série de atos que colocam à disposição dos usuários os meios e modos aptos à prestação dos serviços de comunicação é etapa propedêutica, que não deve ser confundida com a própria prestação destes serviços. Não tipificando o fato imponible do ICMS-Comunicação, está, pois, fora de seu campo de incidência. De outro lado, é importante termos presente que estas atividades-meio são levadas a efeito em benefício da própria pessoa que realiza o serviço. Têm por escopo, apenas, possibilitar as atividades-fim, que, estas sim - aproveitam a terceiros."

5. O Convênio ICMS no 69/98 dilargou o campo de incidência do ICMS ao incluir em seu âmbito as atividades-meio ao serviço de comunicação, sendo certo que referida inclusão não tem respaldo em Lei Complementar, forma exclusiva de normação do thema iudicandum.

6. Omissis

REsp 945.037/AM RECURSO ESPECIAL (2007/0086541-9) Ministro LUIZ FUX - PRIMEIRA seção - 24 de junho de 2009.

Novamente, a inteligência é absolutamente clara e viaja no sentido de que a Constituição Federal e a Lei Complementar limitam a incidência do ICMS nos serviços de comunicação, determinando a incidência somente nas prestações onerosas de serviços de comunicação, compreendidas como a geração, a emissão, a recepção, a transmissão, a retransmissão, a repetição e a ampliação da comunicação.

Não parece que se possa questionar a posição do Superior Tribunal de Justiça, seja por entender que os serviços de valor adicionado 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, seja pelo fato de que a lide já foi decidida através da sistemática do art. 543-C do CPC, vinculando as decisões judiciais.

Há que se notar que as decisões acima transcritas colidem frontalmente com o opinativo da PGE/PROFIS, e nessa seara, contrariando posicionamento daquele órgão, entendo que quanto à incidência abrangente do ICMS - Comunicação, não pode ser ampliado a ponto de abarcar todos os serviços ligados à comunicação, mesmo aqueles apontados com preparatórios ou adicionados para a comunicação propriamente dita, como é o caso do presente PAF. Nesse sentido, a aplicação isolada do caput do art. 60 da LGT, se mostra insuficiente à perfeita análise da matéria, aí entendido que estariam abarcados pela incidência do ICMS todos os serviços que possibilitassem a comunicação.

O aprofundamento da análise nos leva ao art. 61, §§ 1º e 2º, da LGT. Nesse ponto, resta claro que a legislação determina que todos os serviços sob a incidência do ICMS - Comunicação devem se relacionar à atividade-fim da empresa de telecomunicações, ou seja, os já referidos serviços exclusivos, que só podem ser prestados por empresas de telefonia, como é o caso dos serviços prestados pelas estações de telecomunicações.

Também nos referidos dispositivos, clara é a interpretação de que existem serviços que são ligados à telecomunicação, mas que com ele não se confundem, o que implica dizer que existem serviços vinculados ao serviço de comunicação que não são fatos geradores do ICMS - Comunicação, contrário ao entendimento esposado pela PGE/PROFIS.

Enfim, no caso dos autos, para os serviços motivadores da lavratura do Auto de Infração, AUXILIO A LISTA, INFOPULL, MOBILEFUN, VAS PARCEIRO SELIG, VAS PARCEIRO TIAXA, VAS PARCEIRO YAVOX, VAS PARCEIRO UNIVERSAL, CLARO ME LIGA e NOTICIAS AGORA, devidamente descritos em informações amiudadas pelo Sujeito Passivo e que se referem aquisições de bens e serviços, de conteúdo, de serviços de notícias e outros exemplos de serviços

de valor adicionado, entendo que não se enquadram na hipótese de incidência do ICMS - Comunicação.

Assim, em que pese este Conselho de Fazenda ter decidido, em varias oportunidades, no sentido de que as operações em voga são alcançadas pelo ICMS, entendo que não há que ser mantida a autuação, devendo ser excluídos os valores concernentes a serviços que não são serviços de comunicação *stricto sensu*.

Pelo exposto, voto pelo PROVIMENTO do Recurso Voluntário, para reformar a Decisão recorrida, julgando improcedentes as infrações 2, 3 e 4.

Quanto à análise do Recurso de Ofício, considerando as razões que fundamentam a improcedência das infrações 2, 3 e 4, NEGOU PROVIMENTO ao Recurso de Ofício.

VOTO VENCEDOR (Proposta de remessa à Câmara Superior e ao Recurso Voluntário)

Inicialmente, rejeito a proposta do ilustre Conselheiro para que o PAF fosse remetido à Câmara Superior do CONSEF, nos termos previstos no art. 168 do RPAF, para que se deliberasse quanto ao encaminhamento de Representação ao Secretário de Fazenda do Estado, pois a vislumbro descabida, visto que foge à competência do órgão julgador administrativo negar aplicação a legislação posta, como também torna-se inócua a aludida propositura, ora em análise, pois, instada a se manifestar, consoante previsto no inciso III do art. 168 do RPAF, a PGE já consolidou seu entendimento acerca da questão, conforme Parecer da PGE/PROFIS/NCA, às fls. 209 a 220 dos autos, cujas conclusões foram aprovadas pelo Procurador Chefe da Procuradoria Fiscal, no sentido de listar como excluídos da incidência de ICMS os 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 e j) Religação.

Do exposto, não acolho a proposta do ilustre Conselheiro.

Quanto ao Recurso Voluntário, a divergência ao voto do relator é uma consequência direta das razões acima expostas, pois, conforme consignado na Decisão recorrida, o art. 2º, III, da Lei Complementar nº 87/96 definiu como sujeitas ao ICMS as prestações onerosas de serviço de comunicação. Tal previsão está também contida no art. 1º, III, c/c o art. 2º, VII, da Lei 7.014/96, os quais preveem que o ICMS incide sobre as prestações onerosas de serviços de comunicação, por qualquer meio, inclusive a geração, a emissão, a recepção, a transmissão, a retransmissão, a repetição e a ampliação de comunicação de qualquer natureza.

Por sua vez, o § 11 do art. 17 da citada Lei nº 7.0014/96 dispõe que incluem-se na base de cálculo do ICMS das prestações de serviço de comunicação os valores cobrados a título de acesso, adesão, ativação, habilitação, disponibilidade, assinatura e utilização dos serviços, bem como aqueles relativos a serviços suplementares e facilidades adicionais que otimizem ou agilizem o processo de comunicação, independentemente da denominação que lhes seja dada.

Como as rubricas que motivaram as exações, objeto do Recurso Voluntário, não estão dentre as relacionadas no Parecer PGE/PROFIS como excluídas da incidência de ICMS, e diante da legislação posta para incidência do imposto, as razões recursais são insuficientes para a reforma da Decisão.

Ainda, há de se ressaltar que, nos termos do art. 167, III, do RPAF, não se incluem na competência dos órgãos julgadores a negativa de aplicação de ato normativo emanado de autoridade superior, devendo a decisão administrativa ser pela aplicação das normas estaduais relativas ao ICMS.

Quanto à alegação de que a multa aplicada às infrações são desproporcionais e confiscatórias, há de salientar que a inconstitucionalidade da multa não poderá ser apreciada pelo CONSEF, em face do art. 167, II, do RPAF/BA, estando a penalidade imposta prevista no art. 42, II, "a", da Lei 7.014/96. Em relação à pretensão de cancelamento ou redução da penalidade, falece competência a este colegiado sua apreciação.

Do exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício interposto e, em decisão por maioria, com voto de qualidade do presidente, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **279692.0003/13-3**, lavrado contra **CLARO S.A.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento de **R\$1.032.703,32**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, "a", da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologado o valor já recolhido.

VOTO VENCEDOR (Proposta de remessa à Câmara Superior e ao Recurso Voluntário) - Conselheiros(as): Paulo Danilo Reis Lopes, Denise Mara Andrade Barbosa e Fernando Antonio Brito de Araújo.

VOTO VENCIDO (Proposta de remessa à Câmara Superior e ao Recurso Voluntário) - Conselheiros(as): José Antonio Marques Ribeiro, Alessandra Brandão Barbosa e Daniel Ribeiro Silva.

Sala das Sessões do CONSEF, 09 de março de 2016.

FERNANDO ANTÔNIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE/VOTO VENCEDOR
(Proposta de remessa à Câmara Superior e ao Recurso Voluntário)

JOSÉ ANTONIO MARQUES RIBEIRO – RELATOR/VOTO VENCIDO
(Proposta de remessa à Câmara Superior e ao Recurso Voluntário)

RAIMUNDO LUIZ DE ANDRADE – REPR. DA PGE/PROFIS