

PROCESSO - A. I. Nº 279692.0001/14-9
RECORRENTE - CLARO S/A.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 5ª JJF nº 0138-05/14
ORIGEM - IFEP SERVIÇOS
PUBLICAÇÃO - INTERNET 06/10/2016

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJP Nº 0114-12/16

EMENTA: ICMS. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO. OPERAÇÃO TRIBUTADA CONSIDERADA COMO NÃO TRIBUTADA. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. 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. Item subsistente. Recolhida parcela do valor lançado (infração 3). Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão por maioria.

RELATÓRIO

Cuidam os autos de Recurso Voluntário interposto contra a Decisão da 5ª Junta de Julgamento Fiscal, que decidiu pela Procedência do presente Auto de Infração, lavrado em 10/03/14 para imputar ao contribuinte o cometimento de três infrações, sendo objeto do Recurso as infrações 1 e 2, como a seguir descrito:

INFRAÇÃO 1 – falta de recolhimento do ICMS na prestação de serviço de comunicação por escrituração de valores tributados como não tributados.

Consta, ainda, o seguinte: *“Tudo apurado conforme Anexo A e relatório de faturamento denominado VAS. O Anexo A está apenso a este PAF em meio magnético e papel, cuja cópia foi entregue ao contribuinte. Multa aplicada: 60%, prevista no artigo 42, inciso II, alínea ‘a’ da Lei 7.014/96. Total da Infração: R\$293.943,79. Fatos geradores verificados nos meses de janeiro a dezembro de 2012”;*

INFRAÇÃO 2 – falta de recolhimento do ICMS na prestação de serviço de comunicação por escrituração de valores tributados como não tributados.

Consta, ainda, o seguinte: *“Tudo apurado conforme 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: Artigo 42, inciso II, alínea ‘a’ da Lei 7.014/96. Multa aplicada: 60%, prevista no artigo 42, inciso II, alínea ‘a’ da Lei 7.014/96. Total da Infração: R\$1.326.972,15. Fatos geradores verificados nos meses de janeiro a dezembro de 2012”;*

A Junta de Julgamento Fiscal decidiu a lide da seguinte forma:

“O presente lançamento de ofício contempla 03 infrações em relação às quais o autuado se insurge contra as infrações 01 e 02, contudo, reconhece a procedência da infração 03.

A exigência fiscal em lide diz respeito ao ICMS relativo às prestações de serviços de comunicação tributáveis, escriturados, pelo contribuinte, como não tributáveis.

Examinando os demonstrativos que amparam as infrações, verifico que os valores considerados como não tributáveis se referem aos serviços onerosos prestados contra pagamento dos consumidores finais, intitulados: AUXÍLIO À LISTA; MOVPN E MONVPNV, renomeado como: “ASSINATURA RASTREAMENTO GSM COM MAPA; MOBILE FUN; CLARO CONTATOS – 1 SINC; RINGBACK TONE; VAS PARCEIRO SELIG; IDEIAS TV – MENSAL; CLARO LOCALIZADOR; ASSINATURA PARCEIRO; GESTOR ON LINE.

O contribuinte sustenta, em sua defesa a impossibilidade de que o ICMS incida sobre serviços de valor

adicionado, eis que os mesmos não se configuram como prestação serviços onerosos de telecomunicações; e que, caso seja reconhecida a legalidade da exigência fiscal, pede a retificação da base de cálculo da autuação, eis que o ICMS deveria incidir sobre o preço do serviço, e não “por dentro”.

Não acolhemos as teses defensivas, visto que a norma de incidência do ICMS sobre a prestação de serviços de comunicação é abrangente, pois 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). O RICMS/BA ao reproduzir as citadas regras legais, estabelece em seu artigo 1º, § 2º, inciso VII que: o ICMS incide sobre ... – VII. “a prestação onerosa de serviços de comunicação, por qualquer meio, inclusive a geração, a emissão, a recepção, a transmissão, a retransmissão, a repetição e a ampliação de comunicação de qualquer natureza”.

Por sua vez, o art. 4º, § 4º do RICMS/BA, dispõe que estão compreendidos no campo de incidência do ICMS os serviços suplementares e facilidades adicionais que otimizem ou agilizem o processo de comunicação, independentemente da denominação que lhes seja dada, regra esta que tem como fonte as disposições do Convênio ICMS nº 69/98, que se reveste de norma interpretativa da LC 87/96.

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

Os serviços preparatórios e os serviços suplementares são prestados para viabilizar 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 intrinsicamente ligados à prestação principal.

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

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

(...)

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

(...)

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

(...)

II - o valor correspondente a:

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

Com o mesmo regramento o RICMS/97 – no art. 66.

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

No tocante à composição da base impositiva a norma legal determina que imposto deva integrar o seu valor. É o que prescreve o art. 17, § 1º, inc. I, da Lei nº 7.014/96, com a seguinte redação:

Art. 17, § 1º Integra a base de cálculo do imposto, inclusive na hipótese do inciso VI do caput deste artigo:

I - o montante do próprio imposto, constituindo o respectivo destaque mera indicação para fins de controle;

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 sobre o serviço de comunicação Auxílio à

Lista 102 constante da infração 01.

No tocante às decisões administrativas acima citadas, reproduzimos abaixo, para fins de ilustração do quanto aqui sustentado, parte do voto vencedor proferido na 2ª Câmara de Julgamento Fiscal, no Acórdão CJF nº 0099-12/11, que enfrentou matéria semelhante no julgamento do Auto de Infração nº 274068.0011/09-3:

(...)

“Ao argumentar em seu Recurso quanto aos serviços adicionais cujo imposto foi cobrado no lançamento, o recorrente afirma categoricamente que tais serviços não se configurariam como de comunicação, não podendo vigorar o entendimento de que a competência dos Estados para tal tributação estaria inserida no corpo da Carta Magna, ensejando que tais entes teriam alterado o conceito de “prestação de serviço de comunicação”, distorcendo-o.

Com a devida vênia, não vislumbro cabimento em se falar em alteração ou distorção do conceito de prestação de serviços de comunicação, por parte da legislação baiana, ao contrário, vejo que o Estado da Bahia pautava o entendimento estribado na própria Lei Complementar nº 87/96.

No que se refere aos serviços, a exemplo do envio dos chamados (SMS), mesmo raciocínio utilizado em relação ao “roaming” deve ser aplicado: de um lado, o emissor, que pretende encaminhar mensagem a alguém (receptor), utilizando-se para tal do aparelho móvel (celular), através da operadora (transmissor). A pergunta é: não se deve considerar tal operação, como de comunicação? Acredito ser um grande equívoco não se ter tal operação, tomada como exemplo, como prestação de serviço de comunicação e, conseqüentemente, sujeita à incidência do ICMS, tal como sustentado no voto do ilustre relator, e no voto divergente em que o mesmo se baseou.

Outro equívoco, que entendo cometido pelo recorrente é o de que emissor e transmissor não poderem ser confundidos. Em algumas das “facilidades”, emissor ou receptor e transmissor se confundem. São a mesma pessoa, ainda que em “papéis” diversos, vez que a transmissora é detentora dos arquivos ou dos bancos de dados onde se localizam as “facilidades”, o que, sob o aspecto tributário seria irrelevante, o que não significa dizer que não se configure o “tripé” colocado pela mesma como condição “sine qua” para a configuração de serviço de comunicação.

A ocorrência do fato gerador do imposto, reafirme-se, encontra-se no artigo 12º, Inciso VII, da Lei Complementar nº 87/96. E tal fato se apresenta muito claro quando tal diploma determina ser devido o imposto quando se operam as prestações onerosas de serviços de comunicação, feitas por qualquer meio, inclusive a geração, a emissão, a recepção, a transmissão, a retransmissão, a repetição e ampliação de comunicação de qualquer natureza, assim como no momento do recebimento, pelo destinatário, de serviço prestado no exterior.”

No que tange às decisões emanadas do STJ (Superior Tribunal de Justiça) favoráveis ao entendimento esposado pelo contribuinte, temos a dizer que os acórdãos judiciais citados na peça de defesa 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.

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

Concluo, portanto, que as infrações 01 e 02 devem ser mantidas sem qualquer alteração.

Em relação à infração 03, o autuado reconhece que os valores são devidos, cabendo tão somente a este órgão julgador declarar a procedência da mesma.

Frente ao acima exposto, voto pela PROCEDÊNCIA “in totum” do Auto de Infração”.

Inconformado com o julgado de primeira instância, o sujeito passivo interpôs Recurso Voluntário, relativamente às infrações 1 e 2, argumentando que não incide o imposto estadual sobre “serviços de valor adicionado”, que não se confundem com os serviços de telecomunicações, em seu entendimento, pois seu objeto não é a transmissão, emissão ou recepção de mensagens, nos termos do § 1º do artigo 60 da Lei nº 9.472/97 (Lei Geral das Telecomunicações), ou seja, tais serviços não configuram fato gerador do ICMS, conforme a disciplina do artigo 2º, inciso III, da Lei Complementar nº 87/96.

Discorre sobre a Constituição Federal, a Lei Complementar nº 87/96 e a Lei nº 9.472/97 – conhecida por Lei Geral das Telecomunicações (“LGT”) -, e argumenta que “a base de cálculo do ICMS deve representar a quantificação compreendida na operação mercantil e na prestação

de serviços, ou seja, o valor das mercadorias e o preço dos serviços, respectivamente” e que, “nos termos do artigo 13, inciso III, da Lei Complementar nº 87/96, especificamente na prestação de serviços de telecomunicações, a base de cálculo compreende o preço do serviço”.

Resume seu pensamento, afirmando que, em consequência, *“apenas devem integrar a base de cálculo os valores referentes aos preços dos serviços de telecomunicações, de maneira que neste cálculo não podem ser considerados elementos estranhos ao valor da efetiva prestação dos serviços de telecomunicações”,* porque, *“do contrário, estar-se-ia admitindo a inserção na base de cálculo de valores/receitas que tem natureza diversa das prestações de serviços, não havendo qualquer fundamento jurídico para tanto”.*

Acrescenta que, *“comparando-se os dois dispositivos da “LGT”, arts. 60 e 61, sobressai que a diferença entre serviços de telecomunicações e serviço de valor adicionado reside na sua aplicação em termos práticos: enquanto os serviços de telecomunicações se prestam a permitir o estabelecimento de uma relação comunicativa, seja de voz, seja de dados/informações, os serviços de valor adicionado servem apenas para agregar novas utilidades aos aparelhos de telefonia celular no caso do recorrente”.*

Aduz que *“os serviços de valor adicionado não constituem serviços de telecomunicações, nem mesmo os integram ou são capazes de substituí-los, não podendo as D. Autoridades Fiscais ou Julgadoras confundirlos”.*

Alega, ainda, que *“tanto o texto constitucional se limita a reservar competência para tributar unicamente os efetivos serviços de telecomunicações, que os Estados acharam por bem, em flagrante violação à norma constitucional, em editar o Convênio ICMS nº 69/98, o qual veio justamente a alargar a hipótese de incidência do “ICMS”, quando dispôs que se incluem na base de cálculo do “ICMS” serviços suplementares e facilidades adicionais que otimizem ou agilizem o processo de comunicação (...)”.*

Elenca e define os serviços de valor adicionado que estão sendo objeto de cobrança do ICMS neste lançamento de ofício, aduzindo que *“o descabimento dessa pretensão fica ainda mais patente à luz da descrição dos referidos serviços, sendo evidente a ausência de qualquer natureza de serviço de telecomunicações que poderia ensejar/justificar a incidência do “ICMS”:*

- a) MOBILE FUN - serviço contratado que permite a escolha de imagens, sons e vídeos para celular do cliente Claro;
- b) CLARO CONTATOS – 1 SINC - serviço em que todos os contatos contidos no Claro Chip são armazenados no *site* Claro Ideias e, no caso de perda, roubo ou troca do claro *chip*, é possível recuperar todos os contatos já inseridos;
- c) RINGBACK TONE – “Ring Tone” é um som produzido pelo telefone quando toca (sinal de toque) e o serviço prestado é a disponibilização de conteúdo de músicas e hits;
- d) VAS PARCEIRO SELIG - serviço contratado que permite a escolha de arquivos (ringtones e papéis de parede) para o celular do cliente;
- e) IDEIAS TV – MENSAL - serviço multimídia que disponibiliza imagens e sons por meio de um aplicativo web a ser instalado no computador do cliente;
- f) CLARO LOCALIZADOR - serviço de localização de celulares Claro pela Internet;
- g) ASSINATURA RASTREAMENTO GSM COM MAPA - serviço que permite o uso da rede da operadora para traduzir as informações das antenas coletadas em campo e receber latitude e longitude consultada, de forma a localizar outro usuário habilitado;
- h) GESTOR ONLINE - serviço de gerenciamento do consumo de celulares por empresas, que permite facilidades e economia para o usuário do serviço;
- i) AUXÍLIO À LISTA - serviço em que o cliente tem a possibilidade de consultar telefones comerciais ou residenciais, solicitados por meio do nome ou endereço;

- j) IDEIAS TV - serviço que permite ao cliente assistir ao conteúdo televisivo em alta definição, através da conexão pela Internet, pagando apenas o valor da mensalidade. Informa que o cliente não precisa ter créditos para navegar ou assistir a vídeos no Ideias TV.

Por fim, diz que *“tanto na Impugnação, quanto no presente Recurso Voluntário, o recorrente apresenta a relação dos serviços de valor adicionado que foram indevidamente considerados como tributáveis pelo “ICMS” por parte da D. Autoridade Fiscal” e “a leitura da tabela acima demonstra que os referidos serviços não possuem natureza de serviços de telecomunicações, mas, sim, de serviço de valor adicionado”*.

Prossegue dizendo que os autuantes extrapolaram o limite de competência tributária previsto nos artigos 155, inciso II, e 156, inciso III, ambos da Constituição Federal, que conferiu aos Estados a instituição do “ICMS” e aos Municípios a do “ISS”, porque, na verdade, *“prestou serviços que ora ensinaram o recolhimento do “ICMS” (serviços de telecomunicações) ora o do “ISS” (serviços de valor adicionado)”*.

Argumenta que o artigo 110 do Código Tributário Nacional não permite que se modifiquem os institutos e conceitos *“de modo a se lhes aplicar outra obrigação tributária, já que isto faria o tributo incidir sobre hipóteses alheias às autorizadas pela Constituição Federal”*.

Alega que *“tanto o texto constitucional se limita a reservar competência para tributar unicamente os efetivos serviços de telecomunicações, que os Estados acharam por bem, em flagrante violação à norma constitucional, em editar o Convênio ICMS nº 69/98, o qual veio justamente a alargar a hipótese de incidência do “ICMS”, quando dispôs que se incluem na base de cálculo do “ICMS” serviços suplementares e facilidades adicionais que otimizem ou agilizem o processo de comunicação (...)”*.

Destaca que a Terceira Câmara do Conselho de Contribuintes do Estado do Rio de Janeiro reconheceu a não incidência do “ICMS” sobre os serviços de valor adicionado, prestados pelo recorrente, consoante Decisão que transcreveu.

Entende que “convênio” não é o instrumento normativo apropriado para se ampliar a base de cálculo de qualquer tributo e, conseqüentemente, criar novas hipóteses de incidência, diferentes daquelas previstas constitucionalmente. Cita a doutrina e a jurisprudência a respeito.

Argumenta, também, que *“se pretender constituir crédito tributário com base em norma de caráter infra legal - Convênio ICMS nº 69/98 - é manifestamente ilegal e inconstitucional, uma vez que viola frontalmente o princípio constitucional da legalidade tributária, além de extrapolar os limites da competência tributária outorgada aos Estados pelo artigo 155, inciso II, da Constituição Federal”*.

Observa que o descabimento da pretensão de fazer incidir o “ICMS” sobre serviços de valor adicionado, inclusive, já ensejou a edição de Súmula por parte do Superior Tribunal de Justiça, qual seja, o verbete nº 350, que dispõe que *“O ICMS não incide sobre o serviço de habilitação de telefone celular.”*

Finalmente, requer que seja provido o Recurso Voluntário, para reformar a Decisão proferida pela 5ª Junta de Julgamento Fiscal.

A PGE/PROFIS, por meio da Dra. Maria Helena Cruz Mendonça, opinou pelo Provimento Parcial do Recurso Voluntário, informando, inicialmente, que, em face das diversas decisões desfavoráveis ao Estado da Bahia nos Tribunais Superiores, foi constituído Grupo de Trabalho, por conduto da Ordem de Serviço PROFIS nº 05/2015, para efetuar um levantamento e reanalisar a questão relativa à incidência do ICMS sobre os serviços adicionados à comunicação, em especial à vista da Decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça no RE nº 1.176.753-RJ, sob a sistemática do artigo 543-C do Código de Processo Civil.

Ao final, em face ainda da Decisão exarada pelo Supremo Tribunal Federal no RE nº 572.020, no bojo do qual a Corte Suprema mantém a mesma linha adotada pelo STJ, o referido Grupo de

Trabalho propôs ao Procurador Geral do Estado e ao Secretário da Fazenda a edição de ato declaratório *“com o propósito de obstar, nos termos da minuta então apresentada, a continuidade da cobrança de ICMS sobre os serviços conexos ao de comunicação ali elencados, tudo com fundamento no art. 119 do Código Tributário do Estado da Bahia, aprovado pela Lei nº 3.956/81”*.

Informa que o Grupo de Trabalho ressaltou, entretanto, que o objeto do ato declaratório deve se restringir à específica hipótese tratada na Decisão paradigma, isto é, serviços conexos ao de comunicação prestados por meio de telefonia móvel, não abrangendo todo e qualquer serviço conexo, *“mas apenas aqueles que, expressamente, ou por identidade, foram excluídos da incidência do ICMS, por força do entendimento firmado pelo STJ”*.

Salienta que, *“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) Mudança de endereço de cobrança de conta telefônica;*
- e) Troca de área de registro;*
- f) Troca de plano de serviço;*
- g) Bloqueio de DDD e DDI;*
- h) Habilitação;*
- i) Religação.”*

Por fim, afirma que *“as conclusões do Grupo de Trabalho foram aprovadas pela Procuradora Assistente do Núcleo de Consultoria e Assessoramento da PROFIS, pelo Procurador Chefe desta Procuradoria Fiscal e, por assim ser, refletem o novel entendimento desta Especializada acerca desta questão”*.

Por último, a Parecerista devolveu os autos ao CONSEF *“sugerindo a conversão do feito em diligência para excluir da autuação os serviços acima elencados, acaso objeto da presente autuação”*.

Considerando que os serviços que foram objeto da presente autuação, consoante a relação apresentada pelo próprio recorrente, não guardavam nenhuma correlação com aqueles serviços listados no Parecer da PGE/PROFIS como passíveis de exclusão, esta 2ª Câmara de Julgamento Fiscal indeferiu a sugestão de diligência e retornou o presente PAF àquele órgão para emissão do Parecer opinativo.

A PGE/PROFIS, em novo Parecer, informou que *“com base nas conclusões apresentadas pelo grupo de trabalho, constituído pela Ordem de Serviço nº 05/2015 e reproduzidas no opinativo de fls. 210/219, que ora reiteramos, nos termos do art. 119, § 1º, do COTEB, opinamos pelo conhecimento e IMPROVIMENTO do RECURSO VOLUNTÁRIO do autuado ...”*.

VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte com o objetivo de modificar a Decisão da 1ª Instância que julgou subsistente o Auto de Infração, lavrado para exigir o ICMS nas prestações de serviço de comunicação tributadas, escrituradas como não tributadas, nos exercício de 2012, conforme demonstrado na mídia (CD) anexada aos autos, referentes aos seguintes serviços:

1. MOBILE FUN - serviço contratado que permite a escolha de imagens, sons e vídeos para celular do cliente Claro;
2. CLARO CONTATOS – 1 SINC - serviço em que todos os contatos contidos no Claro Chip são armazenados no site Claro Ideias e, no caso de perda, roubo ou troca do claro chip, é possível

recuperar todos os contatos já inseridos;

3. RINGBACK TONE – “Ring Tone” é um som produzido pelo telefone quando toca (sinal de toque) e o serviço prestado é a disponibilização de conteúdo de músicas e hits;
4. VAS PARCEIRO SELIG - serviço contratado que permite a escolha de arquivos (ringtones e papéis de parede) para o celular do cliente;
5. IDEIAS TV – MENSAL - serviço multimídia que disponibiliza imagens e sons por meio de um aplicativo web a ser instalado no computador do cliente;
6. CLARO LOCALIZADOR - serviço de localização de celulares Claro pela Internet;
7. ASSINATURA RASTREAMENTO GSM COM MAPA - serviço que permite o uso da rede da operadora para traduzir as informações das antenas coletadas em campo e receber latitude e longitude consultada, de forma a localizar outro usuário habilitado;
8. GESTOR ONLINE - serviço de gerenciamento do consumo de celulares por empresas, que permite facilidades e economia para o usuário do serviço;
9. AUXÍLIO À LISTA - serviço em que o cliente tem a possibilidade de consultar telefones comerciais ou residenciais, solicitados por meio do nome ou endereço;
10. IDEIAS TV - serviço que permite ao cliente assistir ao conteúdo televisivo em alta definição, através da conexão pela Internet, pagando apenas o valor da mensalidade. Informa que o cliente não precisa ter créditos para navegar ou assistir vídeos no Ideias TV.

O contribuinte não negou os fatos, mas se contrapôs ao lançamento de ofício alegando que os citados serviços não se configuram como serviços de telecomunicação, não se enquadrando, portanto, no âmbito de incidência do ICMS.

Muito embora a argumentação do recorrente seja bastante consistente, as decisões deste Conselho de Fazenda Estadual estão adstritas ao que determinam os convênios e a legislação baiana sobre o assunto, não havendo dúvidas de que a lide somente será resolvida, ao final, no âmbito do Poder Judiciário.

O inciso II do artigo 155 da Constituição Federal concedeu aos Estados a competência para a instituição do ICMS sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, aí incluído o serviço de telecomunicação, e o inciso III do artigo 2º da Lei Complementar nº 87/96 definiu que o imposto estadual 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, regras repetidas no inciso III do artigo 1º e no inciso VII do artigo 2º da Lei nº 7.014/96. Vejamos a legislação mencionada:

Lei Complementar nº 87/96:

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;

Lei nº 7.014/96:

Art. 1º O Imposto sobre Operações Relativas a Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação (ICMS), de que tratam o art. 155, inciso II, §§ 2º e 3º, da Constituição da República Federativa do Brasil e a Lei Complementar nº 87, de 13 de setembro de 1996, tem como fatos geradores:

(...)

III - a prestação de serviços de comunicação.

Art. 2º 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;

Considerando a necessidade de uniformizar os procedimentos tributários nas prestações de serviços de comunicação e de esclarecer os contribuintes, para que pudessem cumprir corretamente suas obrigações tributárias, os Estados e o Distrito Federal resolveram celebrar o Convênio ICMS 69/98 firmando o “*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*”.

Por sua vez, o § 11 do artigo 17 da citada Lei nº 7.014/96 estabelece que se incluem na base de cálculo 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, dispositivo repetido no § 4º do artigo 4º do RICMS/97.

No § 1º do citado artigo 4º, o RICMS/97 ainda prevê que “*Entende-se por comunicação, para os efeitos deste Regulamento, o ato ou efeito de gerar, emitir, transmitir, retransmitir, repetir, ampliar e receber mensagens acerca de determinado ato ou fato mediante métodos ou processos convencionados, quer através da linguagem falada ou escrita, quer através de outros sinais, sons, figuras, imagens, signos ou símbolos, quer através de aparelhamento técnico sonoro ou visual, a exemplo dos serviços de telefonia, telex, telegrafia, fax, radiodifusão sonora ou de imagens e televisão por assinatura, quando de caráter oneroso, isto é, sempre que a prestação consistir, por parte do prestador, numa obrigação de fazer, e, por parte do usuário do serviço, numa obrigação de dar*”.

O certo é que este CONSEF já firmou o entendimento, ainda que não unânime, de que todos os serviços e equipamentos postos à disposição dos usuários pela empresa fornecedora dos serviços de comunicação devem ser incluídos na base de cálculo do ICMS. Podem ser mencionados os seguintes acórdãos, proferidos em autos de infração lavrados contra empresas prestadoras de serviços de comunicação: 0300-12/12, 0091-13/12, 0040-13/12, 0099-12/11, 0380-13/13, 0314-11/15 e 0100-12/11.

Como dito acima, não há dúvida de que a atividade principal do autuado é a prestação de serviço oneroso de comunicação, em caráter continuado, com o fornecimento das condições materiais e necessárias para que ocorra a referida comunicação. Dessa forma, o valor cobrado dos clientes pelo recorrente com base nas rubricas acima elencadas, deve ser adicionado ao valor do serviço cobrado e tributado pelo imposto estadual.

É importante trazer à colação o Ofício nº 113/2006 da ANATEL - Agência Nacional de Telecomunicações, em resposta ao questionamento do Conselho Nacional de Política Fazendária - CONFAZ, documento que não deixa nenhuma dúvida quanto ao estrito liame existente entre os diversos itens que compõem a prestação dos serviços de telecomunicações, ao afirmar o seguinte:

“4.2 – DA ANÁLISE

Relativamente aos serviços suplementares (exemplos: identificação do número conectado, redirecionamento de chamada, chamada em espera, etc.), vimos observar as definições contidas no Glossário da Anatel, pelas quais os serviços suplementares se caracterizam pela oferta de funcionalidades complementares às providas pela infra-estrutura que dá suporte aos serviços básicos de telecomunicações, e não podem ser oferecidos isoladamente. Portanto, quando utilizados, esses serviços passam a compor o serviço de telecomunicações.

De acordo com o artigo 60 da Lei nº 9.472 – Lei Geral de Telecomunicações (LGT), os equipamentos e a infraestrutura necessários à prestação do serviço de telecomunicação (exemplo: roteadores, multiplexadores, circuitos, portas, etc.) são parte integrante da prestação dos serviços de telecomunicações. Cabe adicionalmente ressaltar que alguns dos citados equipamentos são também utilizados nos ambientes dos usuários e de

provedores de Serviço de Valor Adicionado (SVA), como o Serviço de Conexão à Internet, regularmente enquadrados como usuários dos serviços de telecomunicações, conforme disposto na Norma nº 04/95, aprovada pela Portaria nº 148, de 31 de maio de 1995.”

Tem-se ainda, segundo o Glossário Brasileiro de Direito das Telecomunicações /Márcio Iorio Aranha (Organizador) - Brasília : Grupo de Estudos em Direito das Telecomunicações da Universidade de Brasília, 2006, páginas 292 e 285, respectivamente:

*“SERVIÇO SUPLEMENTAR 1. (nisdn) serviço que **modifica** ou **suplementa** um serviço básico (ou serviço principal) de telecomunicação. Em consequência, não pode ser oferecido a um cliente como serviço isolado. Deve ser oferecido com ou em associação com um serviço básico de telecomunicação. (grifos não originais)*

SERVIÇO DE ALUGUEL DE CIRCUITOS (OU SISTEMAS) 1. (rtpc) serviço que consiste em colocar à disposição do usuário (ou um grupo de usuários), para sua utilização exclusiva, os circuitos da rede pública de telecomunicações.”

Nessa mesma linha de raciocínio, o entendimento do voto-vista do Ministro Teori Albino Zavascki do Superior Tribunal de Justiça, proferido nos autos do RECURSO ESPECIAL Nº 760.230 – MG (2005/0101355-1), pode ser aplicado a este PAF, *mutadis mutandis*:

“(. . .)

4. TODAVIA, INCIDE ICMS SOBRE OS VALORES PAGOS MENSALMENTE A TÍTULO DE "TAXA DE MANUTENÇÃO E ADMINISTRAÇÃO - TMA", DENOMINAÇÃO DADA AO PREÇO PAGO PELO USUÁRIO PELOS SERVIÇOS DE MANUTENÇÃO DAS ESTAÇÕES DE RÁDIO-BASE, DAS TORRES DE TRANSMISSÃO E DOS SOFTWARES DE GERENCIAMENTO DO SISTEMA, TÍPICAMENTE COMPONENTES DO SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO E, POR ISSO MESMO, INTEGRANTES DA BASE DE CÁLCULO DO TRIBUTO. NÃO SE TRATA DE RETRIBUIÇÃO EVENTUAL POR SERVIÇO PREPARATÓRIO OU ACESSÓRIO (GERALMENTE CARACTERIZADO COMO UM PAGAMENTO INICIAL, FIXO E ESPORÁDICO), MAS SIM UM PAGAMENTO MENSAL E CONTINUADO CORRESPONDENTE À PRÓPRIA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO PRINCIPAL DE COMUNICAÇÃO.

(. . .)

5.3. RELATIVAMENTE À DENOMINADA "TAXA DE MANUTENÇÃO E ADMINISTRAÇÃO - TMA", CONSOANTE ASSEVERA O RECORRENTE NOS EMBARGOS, A RECEITA DERIVADA DESSA COBRANÇA, QUE É PAGA MENSALMENTE PELO USUÁRIO (FL. 4), REFERE-SE AO "VALOR CORRESPONDENTE AOS SERVIÇOS DE MANUTENÇÃO DAS ESTAÇÕES DE RÁDIO-BASE, DAS TORRES DE TRANSMISSÃO, DOS SOFTWARES DE GERENCIAMENTO DO SISTEMA E DOS RÁDIOS" (FL. 5), POR ISSO TEM A FUNÇÃO DE "COBRIR OS CUSTOS DE MANUTENÇÃO DOS EQUIPAMENTOS UTILIZADOS NA COMUNICAÇÃO ENTRE OS RÁDIOS E DOS PRÓPRIOS RÁDIOS (...)" (FL. 4). TAL "TAXA", COMO SE PERCEBE, NÃO CONSTITUI UM SERVIÇO EM SI, MAS SIM O PREÇO PAGO MENSALMENTE PELO USUÁRIO EM CONTRAPRESTAÇÃO AOS SERVIÇOS INDICADOS PELA EMBARGANTE. ORA, NÃO HÁ DÚVIDA DE QUE A ATIVIDADE PRINCIPAL DAS EMPRESAS DE COMUNICAÇÕES, INCLUÍDAS AS AUTORIZADAS PARA O SERVIÇO MÓVEL ESPECIALIZADO - SME, É A PRESTAÇÃO DO SERVIÇO ONEROSO DE FORNECIMENTO, EM CARÁTER CONTINUADO, DAS CONDIÇÕES MATERIAIS PARA QUE OCORRA A COMUNICAÇÃO ENTRE O USUÁRIO E TERCEIRO (NAS PALAVRAS DE GRECO, "FORNECENDO O 'AMBIENTE DE COMUNICAÇÃO' "). PORTANTO, ESSE É O SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO TRIBUTÁVEL PELO ICMS. POIS BEM: A REFERIDA "TAXA", PAGA MENSALMENTE PELO USUÁRIO, RETRIBUI JUSTAMENTE ESSE SERVIÇO. ELA REMUNERA, CONFORME AFIRMAÇÃO DA PRÓPRIO RECORRENTE/EMBARGANTE, A MANUTENÇÃO DA INFRA-ESTRUTURA NECESSÁRIA À DISPONIBILIZAÇÃO DO SME (= MANUTENÇÃO DAS ESTAÇÕES DE RÁDIO-BASE, DAS TORRES DE TRANSMISSÃO, DOS SOFTWARES DE GERENCIAMENTO DO SISTEMA). NÃO SE TRATA, NESSE SENTIDO, DE RETRIBUIÇÃO EVENTUAL POR SERVIÇO PREPARATÓRIO OU ACESSÓRIO (GERALMENTE CARACTERIZADO COMO UM PAGAMENTO INICIAL, FIXO E ESPORÁDICO), MAS SIM UM PAGAMENTO CONTINUADO CORRESPONDENTE À PRÓPRIA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO PRINCIPAL DE COMUNICAÇÃO. EM RAZÃO DESSA SUA NATUREZA - DE PREÇO PELA CONTRAPRESTAÇÃO DO SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO -, O VALOR DA REFERIDA "TAXA DE MANUTENÇÃO E ADMINISTRAÇÃO - TMA" INTEGRA, SEM DÚVIDA, A BASE DE CÁLCULO DO ICMS.”

(grifos não originais).

Por fim, não pode ser apreciada a alegação recursal, de que os Estados, ao celebrarem o Convênio ICMS 20/11, incorreram em violação à Lei Complementar nº 87/96 e à Constituição Federal, uma vez que não se inclui na competência do CONSEF “a negativa de aplicação de ato normativo emanado de autoridade superior”, nos termos do artigo 167, inciso III, do RPAF/99.

Por tudo quanto foi exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, devendo ser

homologados os valores já recolhidos pelo sujeito passivo, de acordo com os documentos juntados às fls. 124 a 129 e 144 a 150 dos autos.

VOTO DIVERGENTE

Inicialmente, cumpre asseverar que a tese defensiva se funda na não incidência do ICMS nos serviços suplementares de telefonia.

Neste aspecto, cumpre ressaltar o dever previsto no art. 168 do RPAF:

Art. 168. Sempre que se encontrar em votação matéria contida em lei ou em ato normativo considerado ilegal, ou se já decidida em última instância pelo Poder Judiciário, observar-se-á o seguinte:

I - a autoridade julgadora deverá submeter à Junta ou à Câmara proposta à Câmara Superior do CONSEF no sentido de que represente ao Secretário da Fazenda, visando à Decisão;

Neste sentido, o Superior Tribunal de Justiça se manifestou em março de 2013, em sede de Recurso repetitivo sobre o tema:

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. ICMS. TELECOMUNICAÇÕES. INCIDÊNCIA SOMENTE SOBRE O SERVIÇO DE TELECOMUNICAÇÃO PROPRIAMENTE DITO, E NÃO SOBRE ATIVIDADE-MEIO OU SERVIÇOS SUPLEMENTARES. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. MAJORAÇÃO. MATÉRIA DE PROVA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ.

Assim, tendo em vista a Decisão manifestada sobre o tema em sede de Recurso repetitivo, e o risco da sucumbência do Estado caso prossiga na cobrança de tal exação, proponho que seja submetido o assunto à Câmara Superior.

Vencido na proposição, passo à análise do Recurso Voluntário.

Trata-se de um Recurso Voluntário contra Decisão proferida pela 5ª JF – Junta de Julgamento Fiscal que julgou, por unanimidade, PROCEDENTE o Auto de Infração em epígrafe, com o objetivo de exigir da oro recorrente crédito tributário, no valor histórico de R\$ 2.134.041,61 (dois milhões cento e trinta e quatro mil quarenta e um reais e sessenta e um centavos) em decorrência do cometimento de 03 (três) infrações.

O Recurso Voluntário versa tão somente quanto às Infrações 1 e 2, as quais cobram o recolhimento a menor do ICMS sobre os chamados serviços suplementares.

Apenas a título exemplificativo, dentre os serviços entendidos pelo Fisco como de comunicação, se enquadram o “Ringback Tone”(serviço que consiste na disponibilização de sons para chamada de celular), “Mobile Fun”(serviço de disponibilização de imagens e sons para o celular e “Claro Localizados” (serviço que permite rastrear os celulares claro pela internet).

A impossibilidade de cobrança do ICMS sobre as receitas decorrentes dos serviços suplementares e facilidades adicionais que apenas otimizem ou agilizem o processo de comunicação é entendimento majoritário na doutrina e sedimentado em Recurso repetitivo no STJ.

A CF/88, no seu art. 146, III, “a” e “b” determinou que somente Lei Complementar poderá dispor sobre matéria tributária. 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;

No que tange ao critério material da hipótese de incidência do ICMS, entendo que o mesmo 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 da cobrança no 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.

Acrescentou Mauro Campbell: *“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”*.

Sobre o tema, a jurisprudência do STJ é assente, conforme se observa na ementa no REsp 945.037/AM, de relatoria do ministro Luiz Fux:

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 inexistência 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.

Outrossim, o Superior Tribunal de Justiça se manifestou em março de 2013, em sede de Recurso repetitivo sobre o tema:

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. ICMS. TELECOMUNICAÇÕES. INCIDÊNCIA SOMENTE SOBRE O SERVIÇO DE TELECOMUNICAÇÃO PROPRIAMENTE DITO, E NÃO SOBRE ATIVIDADE-MEIO OU SERVIÇOS SUPLEMENTARES. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. MAJORAÇÃO. MATÉRIA DE PROVA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ.

1. A Primeira Seção do STJ, no julgamento do REsp 1.176.753/RJ, julgado na sistemática do art. 543-C do CPC, decidiu que o ICMS somente incide sobre o serviço de telecomunicação propriamente dito, e não sobre as atividades-meio e serviços suplementares.

2. O arbitramento dos honorários exige ponderação harmoniosa de inúmeros fatores, como a complexidade da questão, o tempo gasto pelo advogado e a necessidade de deslocamento para prestação de serviço.

3. Hipótese em que o Tribunal a quo, após análise dos elementos fáticos dos autos, fixou a verba em R\$ 20.000,00, considerando o tempo de tramitação da causa, bem como a natureza simples da demanda," com farta jurisprudência nos Tribunais Superiores a respeito "(fl. 507, e-STJ).

4. A Segunda Turma do STJ também entende que o juízo relativo ao montante abusivo ou irrisório não pode ser extraído simplesmente mediante cotejo entre o valor da causa e o percentual arbitrado nas instâncias de origem.

5. Vencida ou vencedora a Fazenda Pública, é possível fixar honorários em percentual aquém do mínimo de 10%, indicado no art. 20, 3º, do Código de Processo Civil, em face do que dispõe o 4º do mesmo diploma legal.

6. Assim, a pretendida majoração da verba honorária importa nova avaliação dos parâmetros dos 3º e 4º do art. 20 do CPC, ou seja, o grau de zelo profissional, o lugar da prestação do serviço, a natureza da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço. Tarefas, contudo, incabíveis na via eleita, nos termos da Súmula 7/STJ.

7. Agravos Regimentais do Estado de Sergipe e da Telemar Norte Leste S/A não providos."

(AgRg no REsp 1311975/SE, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 7/2/2013, DJe 8/3/2013).

Conforme exposto, não vejo como questionar a posição apresentada pelo 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 que a lide já foi decidida através da sistemática do art. 543-C do CPC, vinculando as decisões judiciais.

Em contra ponto, se este d. Conselho não evoluir seu pensamento para fins de respeitar decisões judiciais vinculatórias, acabaremos por acarretar na condenação sucumbencial do Estado nas respectivas demandas judiciais, que certamente terão que enfrentar.

Da análise do presente PAF verifico que a materialidade do crédito constituído é efetivamente de ICMS sobre serviços adicionados.

A posição de se acatar, conforme Parecer da PGE/PROFIS alguns serviços como adicionados e outros não é, ao meu ver, absurda. Isto porque confere tratamento desigual a serviços de mesma

natureza.

Em que pese as Decisões judiciais tenham partido da análise de determinados serviços específicos, o que afasta a tributação do ICMS é a natureza do serviço, não o seu nome.

Não há aqui que se falar em valor devido a título de ICMS, haja vista que a origem/natureza da obrigação exigida está relacionada à receita auferida pelo autuado sobre cobrança de serviço meramente preparatório ou de facilidade, sobre o qual não incide o tributo.

Em assim sendo, entendo restarem insubsistentes as Infrações 1 e 2, razão pela qual voto pelo PROVIMENTO do Recurso Voluntário, para reformar a Decisão recorrida, devendo o Auto de Infração ser julgado PARCIALMENTE PROCEDENTE.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª 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 **279692.0001/14-9**, lavrado contra **CLARO S.A.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$1.752.428,00**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologados os valores já recolhidos pelo sujeito passivo.

VOTO VENCEDOR - Conselheiros: Denise Mara Andrade Barbosa, Alexandrina Natália Bispo Santos e Fernando Antonio Brito de Araújo.

VOTO DIVERGENTE - Conselheiros: Daniel Ribeiro Silva, Juliana Santos da Silva e Tiago de Moura Simões.

Sala das Sessões do CONSEF, 14 de setembro de 2016.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO - PRESIDENTE

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA – RELATORA

DANIEL RIBEIRO SILVA – VOTO DIVERGENTE

ANA CAROLINA ISABELLA MOREIRA - REPR. DA PGE/PROFIS