

PROCESSO - A. I. N° 269135.0006/15-9
RECORRENTE - TELEFÔNICA BRASIL S.A.
RECORRIDOS - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JJF nº 0126-02/16
ORIGEM - IFEP SERVIÇOS
PUBLICAÇÃO - INTERNET 13/12/2016

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0210-12/16

EMENTA: ICMS. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO. SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO. OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS ESCRITURADAS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. O ICMS incide sobre todas as prestações onerosas de serviços de comunicação, por qualquer meio, inclusive a geração, a emissão, a recepção, a transmissão, a retransmissão, a repetição e a ampliação de comunicação de qualquer natureza. O fato gerador se configura no momento da ativação dos créditos em terminal de uso particular. Afastado pedido de anulação do auto por ilegitimidade passiva e por suposta exigência baseada em presunção. Rejeitado, de ofício, a proposta do relator de encaminhar os autos ao Secretário da Fazenda. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVIDO. Vencido o voto do relator. Decisão por maioria.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário contra Decisão proferida pela 2ª JJF – Junta de Julgamento Fiscal em 11/08/2016 que julgou, por unanimidade, Procedente o Auto de Infração em epígrafe, lavrado, com o objetivo de exigir da ora recorrente crédito tributário, no valor histórico de R\$21.751.159,76 (vinte e um milhões setecentos e cinquenta e um mil cento e cinquenta e nove reais e setenta e seis centavos), em decorrência do cometimento de 01 (uma) infração.

Infração 01. RV – Falta de recolhimento do ICMS na prestação de serviço de comunicação por escrituração de valores tributários como não tributários (02.08.38), no ano de 2014, acrescido de multa de 60%, prevista na alínea “a” do inciso II do art. 42 da Lei nº 7.014/96.

O autuado apresentou defesa administrativa face o Auto de Infração em epígrafe (fls. 23/39), impugnando totalmente o Auto de Infração em epígrafe.

O autuante apresentou informação fiscal face à defesa apresentada pelo contribuinte (fls. 517/521), defendendo a manutenção do Auto de Infração em todo o seu teor.

A instrução foi concluída e os autos remetidos à apreciação pela 2ªJJF que entendeu por bem, julgar, por unanimidade, Procedente o Auto de Infração nos seguintes termos:

VOTO

Verifiquei que foram observados todos os requisitos que compõe o Auto de Infração, previstos no art. 39 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF), Decreto nº 7.629/99.

O autuado afirma que não é contribuinte ou responsável pelo recolhimento do ICMS ora reclamado pois apenas disponibiliza os meios para a prestação do serviço, ainda que seja responsável pelo faturamento. Inicialmente, convém destacar que a cláusula décima primeira do Convênio ICMS 126/98 permite a impressão conjunta de nota fiscal de serviço de telecomunicação com a nota fiscal de outra empresa em um único documento de cobrança.

Esta cobrança implica que constarão em um único documento notas fiscais referentes a mais de uma empresa. Na presente lide, entretanto, vimos que, apesar do autuado afirmar que parte da cobrança refere-se a serviços prestados por terceiro, ela está sendo feita em uma única nota fiscal, emitida pelo autuado.

O inciso X do art. 6º da Lei nº 7.014/96 considera solidariamente responsável pelo pagamento do imposto e demais acréscimos legais devidos pelo contribuinte de direito a empresa de comunicação cobradora do serviço, mediante convênio entre este Estado e as demais unidades da Federação, em relação à prestação efetivada por

mais de uma empresa. Assim, admitindo-se que na cobrança da nota fiscal emitida pelo autuado consta incluída a prestação de serviço feita por outra empresa, rejeito a requerida anulação deste Auto de Infração em razão da condição alegada pelo autuado de ilegitimidade passiva sob a argumentação de que os serviços foram prestados pela empresa T-DATA.

Mesmo que o documento não tenha sido emitido nos termos do Convênio ICMS 128/98, o autuado não pode alegar ilegitimidade passiva pois ele teria figurado como cobrador do serviço, sendo solidariamente responsável nos termos do inciso X do art. 6º da Lei nº 7.014/96.

Rejeito também o pedido de anulação deste Auto de Infração sob a argumentação de que foi baseado em presunção de ocorrência de fato gerador. O auto está baseado na indevida adoção de tratamento de isenção à prestação de serviço supostamente realizada por outra empresa. Os valores estão declarados pelo autuado em sua escrituração fiscal, feita com base no Convênio ICMS 115/03, como se fossem por ele prestados.

Indefiro o pedido de diligência pois entendo que os documentos acostados ao processo são suficientes para se concluir a respeito da procedência ou não da presente reclamação de crédito.

Afasto toda discussão acerca da constitucionalidade da multa aplicada no presente Auto de Infração. De acordo com o inciso I do artigo 167 do RPAF, não é competência deste órgão julgador a declaração de constitucionalidade da legislação tributária estadual. A multa aplicada está prevista no art. 42 da Lei nº 7.014/96.

No mérito, entendo que a prestação onerosa de comunicação constante no documento fiscal emitido pelo autuado está sujeita à incidência do ICMS. O inciso VII do art. 2º da lei nº 7.014/96 estabelece 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;

A alínea "b" do inciso XIII do art. 4º da Lei 7.014/96 considera como ocorrido o fato gerador do imposto da prestação onerosa de serviços de comunicação de qualquer natureza no momento do reconhecimento ou ativação dos créditos caso o serviço seja prestado mediante ficha, cartão ou assemelhados, quando para utilização exclusivamente em terminal de uso particular.

Ocorrida a ativação dos créditos em terminal de uso particular configura-se a ocorrência do fato gerador do ICMS. O § 11 do art. 17 da Lei nº 7.014/96 estabelece que se incluem 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.

É predominante o entendimento no CONSEF no sentido de que todas as facilidades e atividades vinculadas às prestações de serviço de comunicação compõem a base de tributação do ICMS. Portanto, os chamados serviços de valor adicionado, cobrados dos usuários de serviços de comunicação, devem ser incluídos na base de cálculo do ICMS.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

Como se pode inferir da leitura do voto acima reproduzido, a 2ºJJF assim se posicionou em relação aos argumentos aduzidos pela então impugnante, ora recorrente:

- a) Verificou, inicialmente, que no presente PAF teriam sido observados todos os requisitos que compõe o Auto de Infração, previstos no art. 39 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF), Decreto nº 7.629/99;
- b) Observou que, a despeito de a cláusula décima primeira do Convênio ICMS 126/98 permitir a impressão conjunta de nota fiscal de serviço de telecomunicação com a nota fiscal de outra empresa em um único documento de cobrança, no presente caso, apesar do autuado afirmar que parte da cobrança referir-se-ia a serviços prestados por terceiro, ela estaria sendo feita em uma única nota fiscal, emitida pelo Autuado. Ademais, indicou que, o inciso X do art. 6º da Lei nº 7.014/96 considera solidariamente responsável pelo pagamento do imposto e demais acréscimos devidos pelo contribuinte de direito a empresa de comunicação cobradora do serviço, mediante convênio entre este Estado e as demais unidades da Federação, em relação à prestação efetivada por mais de uma empresa. Por tais razões, considerou que, mesmo que o Autuado não tenha emitido a nota nos moldes do Convênio ICMS 126/98, o Autuado não poderia alegar ilegitimidade passiva, pois ele teria figurado como cobrador do serviço, sendo solidariamente responsável;

- c) Rejeitou o pedido de anulação do Auto de Infração, posto que o mesmo estaria baseado na indevida adoção de tratamento de isenção à prestação de serviço supostamente realizada por outra empresa, bem como porque os valores estariam declarados pelo Autuado em sua escrituração fiscal, feita com base no Convênio ICMS 115/03, como se fossem por ele prestados;
- d) No mérito da questão, entendeu que a prestação onerosa de comunicação constante no documento fiscal emitido pelo autuado está sujeita à incidência do ICMS, tendo em vista que, já seria predominante no CONSEF o entendimento de que todas as facilidades e atividades vinculadas às prestações de serviço de comunicação compõem a base de tributação do ICMS – fundamentou seu posicionamento mencionando o inciso VII do art. 2º da lei nº 7.014/96; a alínea “b” do inciso XIII do art. 4º da Lei 7.014/96 e o § 11 do art. 17 da Lei nº 7.014/96.

Intimado acerca do resultado do julgamento, o sujeito passivo interpôs **Recurso Voluntário (fls. 542/560)**.

- i. Alegando, preliminarmente, a nulidade do Auto de Infração por ilegitimidade passiva do recorrente, sob o fundamento de que a receita objeto da presente autuação não lhe pertenceria; mas sim à empresa T-DATA, que, no caso em tela, seria a efetiva responsável pela prestação dos referidos serviços de valor adicionado, tais como jogos, aplicativos, toques, dentre outros. Aduziu que apenas disponibilizaria os meios para que tais serviços fossem prestados, e que, apesar de realizar a cobrança dos valores, os mesmos seriam integralmente repassados para a referida empresa, sem que houvesse transitado por contas de resultado do recorrente. Arrematou ao salientar que tais serviços não poderiam ser enquadrados como de comunicação, e que, portanto, não seriam objeto da incidência do ICMS;
- ii. Arguiu outra preliminar de nulidade, dessa vez por entender pela impossibilidade de cobrança do ICMS com base em mera presunção do fato gerador. Afirmou que não poderia a fiscalização presumir que o consumidor utilizaria a integralidade dos créditos adquiridos, mediante cartões pré-pagos, para aquisição de serviços de telefonia, posto que, parte dos valores seria utilizada pelos clientes na aquisição de serviços de valor adicionado e, portanto, repassada pelo recorrente à T-DATA. Destacou ainda que, o teor do artigo 150, § 7º, da CF/88 a cobrança antecipada do imposto somente poderia ocorrer quando houvesse certeza sobre a ocorrência futura do seu fato gerador. Dessa forma, pontuou que o valor a ser pago a título de ICMS deveria ser aquele apurado no final do mês, exclusivamente no que se refere aos serviços de telecomunicação prestados; e não sobre a presunção de ocorrência do fato gerador;
- iii. No mérito da infração, sustentou que os serviços de valor adicionado não seriam serviços de telecomunicação – art. 61, § 1º, da Lei nº 9.472/97 –, e, consequentemente não estariam sujeitos à incidência do ICMS. Citou precedente do STJ que suportaria sua alegação;
- iv. Em relação à multa aplicada, o recorrente esclarece que jamais teria pretendido discutir a constitucionalidade da multa imposta pela fiscalização, e que, em sua defesa, o ora recorrente, teria questionado a abusividade da multa e, para tanto, demonstrou que a multa aplicada nestes autos já foi objeto de análise pelo STF e considerada confiscatória. Seguiu aduzindo que, o NCPC teria estabelecido a valorização da formação e aplicação dos precedentes judiciais como forma de atender a legitima necessidade de uniformização e estabilização das decisões de nossos tribunais, e que, a aplicação dos precedentes no âmbito administrativo estaria expressamente previsto no referido código de processo. Dessa forma, requereu que a multa aplicada fosse afastada, ou, ao menos, reduzida.

VOTO VENCIDO

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 2ªJJF – Junta de Julgamento Fiscal em 11/08/2016 que julgou, por unanimidade, Procedente o Auto de Infração em epígrafe, lavrado, com o objetivo de exigir do ora recorrente crédito tributário, no valor histórico de R\$21.751.159,76 (vinte e um milhões setecentos e cinquenta e um mil cento e cinquenta e nove reais e setenta e seis centavos), em decorrência do cometimento de 01 (uma) infração.

Inicialmente alega ser nulo o lançamento por ilegitimidade passiva do Recorrente. Entendo que o argumento não merece ser acolhido.

Isto porque o consumidor contrata o Recorrente e não a empresa T-DATA, diferentemente das operações de ligações interurbanas em que o consumidor escolhe a operadora que irá utilizar.

Ademais, de fato o inciso X do art. 6º da Lei nº 7.014/96 considera solidariamente responsável pelo pagamento do imposto e demais acréscimos legais devidos pelo contribuinte de direito a empresa de comunicação cobradora do serviço, mediante convênio entre este Estado e as demais unidades da Federação, em relação à prestação efetivada por mais de uma empresa. Assim, rejeito a preliminar de nulidade em razão de entender que o recorrente é parte legítima para figurar no presente PAF.

Por sua vez, quanto à preliminar de Nulidade em razão da impossibilidade de se exigir o imposto por fato gerador presumido, por mais que entenda serem razoáveis os argumentos, o fato é que a cobrança é prevista em lei, e este Conselho não possui competência para declarar ilegalidade ou constitucionalidade da legislação estadual. Assim, fica rechaçada a referida preliminar, bem como todos os demais argumentos relativos à constitucionalidade e confiscatoriedade da penalidade aplicada pelas mesmas razões.

O fato é que, no presente caso, o resultado da cobrança exigida é o ICMS sobre serviços suplementares vez que, ao recolher apenas quando da efetiva utilização dos créditos, apurou ICMS apenas sobre o que entende ser serviço de telecomunicação, excluindo do âmbito de incidência os chamados Serviços de Valor Adicionado.

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.

"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", acrescentou Mauro Campbell.

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 inocorre 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 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 imponível 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 tema 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 Pareceres já exarados pela PGE/PROFIS alguns serviços como adicionados e outros não, é, a 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 ou denominação utilizada.

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.

Outrossim, a menção quanto ao Recurso Extraordinário (RE) 912888, com Repercussão Geral, que no último mês de outubro/2016 entendeu ser devida a incidência de ICMS sobre a assinatura básica a meu ver, não pode ser usado como paradigma ou sinal de modificação da jurisprudência pacífica dos tribunais superiores. Isto porque, ao contrário dos demais precedentes que analisaram os “serviços de valor adicionado”, este RE analisou, tão somente a assinatura básica, que possui peculiaridades como a existência de pacote de minutos e de dados embutidos no valor cobrado, os quais não podem ter o seu valor dissociado do que é cobrado a título de assinatura.

Ademais, me parece ser incongruente que a PGE/PROFIS quanto aos precedentes favoráveis aos contribuintes defenda que são específicos para alguns serviços e, por outro lado, quando o precedente é “favorável” à Fazenda Estadual defenda generalizá-lo para todos os serviços adicionados.

Em assim sendo, entendo restar insubstancial a Infração 1, razão pela qual voto pelo PROVIMENTO do Recurso Voluntário, para reformar a Decisão recorrida, devendo o Auto de Infração ser julgado IMPROCEDENTE.

VOTO VENCEDOR

Discordo do voto brilhante do eminente Relator no que tange à proposição de que a matéria destes autos seja submetida à apreciação da Câmara Superior, considerando que a própria Procuradoria Geral do Estado já emitiu Pareceres no sentido de esclarecer quais os serviços prestados pelas operadoras que podem, ou não ser, excluídos da incidência do ICMS e, sendo assim, torna-se inócuas qualquer representação ao Secretário da Fazenda.

Também manifesto discordância em relação ao mérito da autuação, tendo em vista a posição assente deste CONSEF, de incidência do imposto estadual sobre os serviços denominados adicionais ou suplementares.

E, sendo assim, sirvo-me de voto da autoria do Conselheiro Paulo Danilo Reis apresentado no acórdão CJF nº 0197-11/16, em Auto de Infração lavrado contra a empresa Telefônica Data S/A, que, *mutatis mutandis*, se aplica ao caso em comento:

VOTO

(...)

No mérito, o lançamento é referente à gerência, aluguéis mensais de equipamentos indispensáveis à prestação de serviço de comunicação, instalação de equipamentos indispensáveis à prestação de serviço de comunicação e configuração lógica dos equipamentos inerentes ao serviço de comunicação, consoante a planilha de fls. 17 a 28.

Veja-se, nos documentos de fls. 44 a 592, que os clientes do sujeito passivo eram cobrados por meio de notas fiscais de prestação de serviços.

Ao interpretar os vagos conceitos da Lei Complementar nº 87/1996 acerca do tema, a cláusula primeira do Convênio ICMS 69/2008, com dispositivo correspondente no art. 4º, § 4º do RICMS/1997 c/c art. 17, § 11 da Lei do ICMS/BA, normas às quais este Conselho não pode negar eficácia (art. 167, I e III do RPAF/1999), dispõe que estão compreendidos no campo de incidência do imposto os serviços cobrados a título de acesso, adesão,

ativação, habilitação, disponibilidade, assinatura e utilização, bem como os assim chamados complementares ou facilidades adicionais, que agilizem ou otimizem o processo de comunicação, independentemente da denominação que lhes seja dada.

Com relação ao inconformismo atinente à cobrança do ICMS sobre aluguel, instalação e configuração de equipamentos e gerenciamento do serviço, não assiste razão à sociedade empresário recorrente, pois o art. 2º, III da Lei Complementar nº 87/1996 definiu como sujeitas ao tributo as prestações onerosas de serviço de comunicação, e não apenas de telecomunicação, subespécie daquele.

De mais a mais, a regra matriz do ICMS é prestar serviços de comunicação, e não simplesmente realizá-los. Consoante o que restou muito bem observado pela PGE/PROFIS, o gravame não incide sobre a comunicação propriamente dita, mas, no sentido mais amplo possível, abarcando, inclusive, facilidades adicionais e suplementares, sobre a relação comunicativa. Isto é, a atividade de, em caráter negocial, fornecer condições materiais para que a comunicação ocorra.

A Lei nº 9.472/1997 (Lei Geral de Telecomunicações) conceituou na cabeça do art. 60 o serviço de telecomunicação: “conjunto de atividades que possibilita a oferta de telecomunicação”, o que demonstra que a prestação em exame não ocorre apenas quando se realiza a telecomunicação, mas abrange até mesmo a sua disponibilização, estendendo-se a todo o conjunto de atividades a ela relacionadas, o que implica em computar na base de cálculo do imposto as facilidades e serviços complementares, que a agilize ou otimize.

Tal previsão está também contida no art. 1º, III c/c art. 2º, VII da Lei nº 7.014/1996, bem como no art. 1º, § 2º, VII do RICMS-BA/1997, os quais estatuem que o ICMS incide sobre as prestações onerosas de serviços de comunicação, por qualquer meio, inclusive a geração, emissão, recepção, transmissão, retransmissão, repetição e ampliação de qualquer natureza.

Logo, devem ser incluídos na base de cálculo do tributo os valores contra os quais o recorrente se insurge, entre os quais não estão contidos aqueles decorrentes de troca de titularidade de aparelho celular, conta detalhada, troca de aparelho, troca de número, mudança de endereço, cobrança de conta telefônica, troca de área de registro, troca de plano de serviço, bloqueio de DDD/DDI, habilitação e religação.

Com relação à multa, esta Câmara não tem atribuição legal para negar eficácia à norma emanada de autoridade superior, tampouco para exercer controle de constitucionalidade (art. 167, I e III do RPAF-BA/1999).

Em face do exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

Em consequência, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

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 2691350006/15-9, lavrado contra TELEFÔNICA BRASIL S.A., devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$21.751.159,76, acrescido de multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

VOTO VENCEDOR – Conselheiros(as): Denise Mara Andrade Barbosa, Maurício Souza Passos e Fernando Antonio Brito de Araújo.

VOTO VENCIDO - Conselheiros: Daniel Ribeiro Silva, José Carlos Barros Rodeiro e Tiago de Moura Simões.

Sala das Sessões do CONSEF, 23 de novembro de 2016.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO - PRESIDENTE

DANIEL RIBEIRO SILVA – RELATOR/VOTO VENCIDO

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA – VOTO VENCEDOR

RAIMUNDO LUIZ DE ANDRADE - REPR. DA PGE/PROFIS