

A. I. N° - 279692.0004/15-6
AUTUADO - CLARO S.A.
AUTUANTES - PAULO ROBERTO SILVEIRA MEDEIROS e RICARDO RODEIRO MACEDO DE AGUIAR
ORIGEM - IFEP SERVIÇOS
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 25.05.2016

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0084-05/16

EMENTA: ICMS. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO. OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS CONSIDERADAS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. (infrações 01, 02 e 03). Serviços onerosos. O ICMS incide sobre as prestações onerosas de serviços de comunicação, por qualquer meio, inclusive a geração, a emissão, a recepção, a transmissão, a retransmissão, a repetição e a ampliação de comunicação de qualquer natureza. Encontra-se dentro do campo de incidência do ICMS – Comunicação os serviços de valor adicionado (VAS), entre eles, os serviços preparatórios e os suplementares prestados para viabilizar ou incrementar a prestação principal. Inteligência das disposições da LC 87/97 (art. 2º, III), e, da Lei Estadual nº 7.014/96 (art. 2º, VII). Infrações mantidas com base em reiterada jurisprudência do CONSEF. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 01/12/2015, exige ICMS no valor histórico de R\$1.977.674,73 em razão das seguintes irregularidades:

INFRAÇÃO 1 - Deixou de recolher o ICMS no(s) prazo(s) regulamentar(es) referente a prestações de serviço de comunicação não escriturados nos livros fiscais próprios. O contribuinte prestou serviços de telecomunicações e não os ofereceu a tributação do ICMS, serviços estes que constam no relatório de faturamento denominado VAS entregue, a parte, pelo contribuinte tendo em vista que o mesmo não escriturou estas prestações de serviços de telecomunicações no Convênio ICMS 115 como solicita o RICMS/BA, 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. Fatos geradores de janeiro a dezembro de 2014. Multa de 100% - Art. 42, III, da Lei nº 7.014/96 - Valor Histórico: R\$347.515,02;

INFRAÇÃO 2 - Deixou de recolher o ICMS no(s) prazo(s) regulamentar(es) referente a prestações de serviço de comunicação não escriturados nos livros fiscais próprios. O contribuinte prestou serviços de telecomunicações e não os ofereceu a tributação do ICMS, serviços estes que constam no relatório de faturamento denominado VAS entregue, a parte, pelo contribuinte tendo em vista que o mesmo não escriturou estas prestações de serviços de telecomunicações no Convênio ICMS 115 como solicita o RICMS/BA, conforme Anexo B 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. Fatos geradores de janeiro a abril, setembro e novembro de 2014. Multa de 100% - Art. 42, III, da Lei nº 7.014/96 - Valor Histórico: R\$1.432.611,84;

INFRAÇÃO 3 - Deixou de recolher o ICMS no(s) prazo(s) regulamentar(es) referente a prestações de serviço de comunicação não escriturados nos livros fiscais próprios. O contribuinte prestou serviços de telecomunicações e não os ofereceu a tributação do ICMS, serviços estes que constam no relatório de faturamento denominado VAS entregue, a parte, pelo contribuinte tendo em vista

que o mesmo não escriturou estas prestações de serviços de telecomunicações no Convênio ICMS 115 como solicita o RICMS/BA, conforme Anexo C e relatório de faturamento denominado VAS. O anexo A esta apenso a este PAF em meio magnético e papel, cuja cópia foi entregue ao contribuinte. Fatos geradores de janeiro a maio, outubro a dezembro de 2014. Multa de 100% - Art. 42, III, da Lei nº 7.014/96 - Valor Histórico: R\$197.547,87.

O autuado apresenta defesa, às fls. 66/93 dos autos, argui a tempestividade defensiva e transcreve as imputações.

Alega a não incidência do ICMS sobre os serviços de valor adicional (SVA), cita e reproduz o art. 155, II, da CF que outorgou competência aos Estados e ao Distrito Federal para instituir o ICMS.

Disse que, entre as hipóteses de incidência do ICMS, consta a prestação de serviços de comunicação (ICMS-comunicação), cujo conteúdo veio a ser explicitado pela Lei Complementar nº 87/96 que, atendendo ao disposto no artigo 146, III da Constituição (reproduz), estabeleceu normas gerais relativas ao ICMS com a finalidade precípua de precisar os limites que foram delineados pela norma constitucional atributiva de competência. Confirmam-se os dispositivos da Lei Complementar nº 87/96.

Verifica-se que a hipótese de incidência do ICMS-comunicação consiste em obrigação de fazer, que pressupõe a existência dos seguintes elementos: *(i)* onerosidade da prestação; *(ii)* utilização de um canal entre emissor e receptor; e *(iii)* transmissão da mensagem por sons, imagens, sinais, signos ou símbolos.

Pontua que a ausência de quaisquer dos elementos elencados acarreta a inexistência de prestação de serviço de comunicação. Tanto que é essencial a concomitância de todos os elementos acima delineados, para a constituição do fato gerador do ICMS, que, na ausência do requisito “onerosidade” da prestação do serviço, por exemplo, a própria Carta da República veda a incidência do ICMS, nos termos do art. 155, II e §2º, inciso X, alínea ‘d’.

Destaca que a comunicação, efetivamente, dá-se entre o emissor e o receptor. O prestador do serviço, entretanto, não é aquele que apenas possui liame com o meio, mas aquele que participa efetivamente da prestação do serviço de comunicação, mediante laço obrigacional com o emissor, o receptor e o próprio meio. Nesse sentido, transcreve parte do voto do Ministro José Delgado, constante dos autos do Recurso Especial nº 402.047-MG.

Em síntese, explica que para determinada atividade seja classificada como serviço de comunicação, sujeita ao ICMS, não basta que a empresa forneça meios para a consecução da comunicação, é necessário que ela efetivamente possibilite a oferta onerosa de transmissão e recepção das informações.

Salienta que as atividades de mera disponibilização de meios de qualquer natureza necessários à oferta de comunicação entre o emissor e o receptor não podem configurar fato gerador do referido tributo (Exemplo: locação de aparelho telefônico). Portanto, aduz que para a incidência do ICMS – prestação de serviços de comunicação –, é absolutamente necessário que um terceiro preste, em caráter oneroso, serviços que tenham por objeto propiciar a efetiva comunicação entre duas ou mais pessoas.

Assim, assevera que de acordo com a hipótese de incidência constitucionalmente prevista, a materialidade do ICMS não é a simples “comunicação”, mas a “prestação de serviços de comunicação”, isto é, o esforço de um terceiro para disponibilizar, mediante contraprestação, os meios (“canal”) necessários para que a comunicação ocorra. Deste modo, registra que no processo comunicativo, o prestador de serviço deve, necessariamente, ser pessoa diversa do emitente e do destinatário. Cita lições do Prof. Alcides Jorge Costa (COSTA, Alcides Jorge, Algumas Considerações a Respeito do Imposto sobre Prestação de Serviços de Comunicação, *in* Tributação nas Telecomunicações, Eduardo de Carvalho Borges (coord.), Quartier Latin, São Paulo, 2005, pp. 18 e 19). Reproduz entendimento de Ricardo Lobo Torres (TORRES, Ricardo Lobo, Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário, vol. IV, Renovar, Rio de Janeiro, 2007, p. 254) e entendimento de André Mendes

Moreira (Idem, ibidem, p. 132).

Assim, afirma que resta claro que há incidência do ICMS somente diante de uma prestação de serviço de comunicação, o que ocorre quando um terceiro fornece, em caráter oneroso, os meios para que emissor e receptor possam trocar mensagem. Fora de tal hipótese, não há que se falar em tributação por meio do ICMS pelos Estados e Distrito Federal. Nesse sentido, reproduz lições de Roque Antônio Carrazza (*In O ICMS na Constituição*, p. 130) e transcreve esclarecimento de José Eduardo Soares de Melo sobre o fato gerador do ICMS que decorre da ação de prestar o serviço de comunicação. Portanto, sustenta, a obrigação jurídico-tributária do ICMS apenas nascerá com a realização de uma ação que implique o fornecimento de todas as condições materiais necessárias à transmissão da mensagem ao destinatário do serviço.

Assevera que de acordo com a Constituição Federal, em seu artigo 22, inciso IV, compete privativamente à União legislar sobre telecomunicações, donde se extrai que não é facultado aos Estados e Municípios legislarem a respeito dos serviços de telecomunicação, o que constata, que a União, no exercício de sua competência, promulgou a Lei nº 9.472/97 - Lei Geral de Comunicações, a qual definiu o conceito de telecomunicação (artigo 60, § 1º e seguintes - reproduz).

Conclui-se que o fato gerador do ICMS, na hipótese, somente abrange a prestação de serviços cujo objeto seja a telecomunicação como definida no artigo 60 da Lei nº 9.472/97, excluindo-se assim os demais serviços que não se enquadram no conceito de serviço de telecomunicação propriamente dito, como é o caso dos serviços de valor adicionado, ora autuados.

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

Conclui, ainda, que o fato gerador do ICMS, na hipótese, somente abrange a prestação de serviços cujo objeto seja a telecomunicação como definida no artigo 60 da Lei nº 9.472/97, excluindo-se os serviços de valor adicionado, tal qual definidos no artigo 61 da referida legislação.

Salienta, ainda, que o C. Superior Tribunal de Justiça, por ocasião da análise da tributação dos serviços prestados por provedores de acesso à *Internet*, consolidou entendimento no sentido de que os serviços de valor adicionado não se sujeitam à tributação por meio do ICMS, como se infere do julgamento do Recurso Especial nº 456.650/PR (STJ – Recurso Especial nº 456.650/PR - 2ª Turma – Rel. Min. Eliana Calmon - DJ 08.09.2003) - transcreve e, ainda, destaca trecho do voto da I. Min. Eliana Calmon. Cita outro julgado pelo Superior Tribunal de Justiça-STJ (REsp 1206428/RJ, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/11/2010, DJe 04/02/2011), no qual reforçou o entendimento manifestado por intermédio do julgado citado pela ministra.

Acrescenta que o tema também não se deve olvidar que a 1ª Seção do C. Superior Tribunal de Justiça (REsp 760.230/MG, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 27/05/2009, DJe 01/07/2009 RJM vol. 189, p. 366) que já se manifestou quanto à impossibilidade de incidência do ICMS sobre os serviços de valor adicionado (SVA).

Salientar que o C. Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp nº 1176753 (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), sob a sistemática dos Recursos Repetitivos (art. 543-C do CPC), reiterou a sua jurisprudência no sentido de que o ICMS somente incide sobre os serviços de comunicação propriamente ditos (atividade-fim), e não sobre os serviços preparatórios, acessórios ou intermediários da comunicação.

Ressalta que, apesar do C. Superior Tribunal de Justiça ter apenas analisado os serviços em discussão naquele feito, não se pode dizer, em momento algum, que tal análise é taxativa, de modo a se restringir a não incidência do ICMS apenas aos serviços elencados no citado julgado. Isso, pois, o que se deve extrair do citado julgado é o entendimento firmado pela Corte Superior no sentido de que sobre todos os serviços de valor adicionado não há a incidência do ICMS.

Esclarece que o referido julgado apenas citou os serviços objetos de cobrança naquele feito, vez que era sobre eles que o litígio recaía. No entanto, quando se fala de entendimento firmado em sede de repetitivo, imperioso que o aplicador do direito busque o efetivo alcance da norma jurídica produzida pelo judiciário, que no caso fora o seguinte: impossibilidade de inclusão dos serviços de valor adicionado na base de cálculo do ICMS, uma vez que tais serviços não possuem o condão de sequer fazer nascer a obrigação tributária atinente ao ICMS-Comunicação.

Explica, ainda, que o julgamento supracitado, em hipótese alguma, pode ser considerado taxativo. Pelo contrário, o entendimento firmado em sede de Recurso Repetitivo aplica-se para todos os serviços de valor adicionado e não apenas para aqueles analisados no citado REsp. Tanto é assim que em diversas oportunidades, disse que a C. Superior Tribunal de Justiça já se manifestou, bem como o próprio Tribunal de Justiça deste Estado, acerca da impossibilidade de se exigir ICMS em face dos serviços de valor adicionado. Cita os casos (AgRg no REsp 1197495/GO, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 15/08/2013, DJe 30/08/2013; Agravo Regimental nº 0016057-30.2013.8.05.0000. Relatora Des. Rosita Falcão de Almeida Maia. 3ª Câmara Cível. Data do julgamento: 17/12/2013; Mandado de Segurança nº 63070-1-2008. Relator Des. Antonio Roberto Gonçalves. Seção Cível de Direito Público. Data do Julgamento: 23/04/2009).

Pelo exposto, considerando que a presente matéria encontra-se pacífica no Judiciário, tendo o C. Superior Tribunal de Justiça posto fim a esta discussão quando da análise do citado recurso especial sob a sistemática de Recurso Repetitivo, afirma que não há dúvidas de que este entendimento deve ser prontamente acatado por este d. Órgão Julgador a fim de determinar o cancelamento integral da presente cobrança.

Menciona, ainda, que apesar de não haver disposição expressa neste Estado vinculando a administração pública aos precedentes do Judiciário firmados em sede de julgamento de Recurso Repetitivo e Repercussão Geral, não merece prevalecer qualquer entendimento no sentido de que os mencionados precedentes não precisam ser aplicados em sede administrativa, o que fica ainda mais evidente com a entrada em vigor este ano do Novo Código de Processo Civil.

Assinala que nos termos deste diploma normativo, os órgãos da administração pública encontram-se a ele vinculados e, portanto, aos precedentes firmados pelo Judiciário Brasileiro. Vejamos a dicção legal deste dispositivo: *“Art. 15. Na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente”*.

Chama atenção para o referido diploma que autoriza não só a aplicação das disposições contidas neste Código para os casos em que há lacuna na lei que regulamenta o processo administrativo (aplicação supletiva) como para os casos em que, apesar da existência de regulamentação, o CPC pode ser utilizado em conjunto a fim de complementar tais disposições (aplicação subsidiária).

Assim, sustenta que na aplicação subsidiária do CPC em face das normas que regulamentam o trâmite do processo administrativo o que se verifica é aplicação em conjunto das normas processuais, dentre elas, àquelas relativas à vinculação do entendimento firmado em sede de repetitivo e/ou repercussão geral.

Declara a importância desse dispositivo ao tema ora tratado que reside no fato do novo Código privilegiar ainda mais a força vinculante dos precedentes, tendo por principal objetivo desafogar o Poder Judiciário de demandas repetitivas e conferir celeridade e eficiência ao processo judicial. Nesse sentido, destaca os comentários de Paulo Cezar Pinheiro Carneiro (CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil. Teresa Arruda Alvim Wambier, Fredie Didier Júnior, Eduardo Talamini, Bruno Dantas (coord.). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 95-96) em relação ao retromencionado artigo.

Disse que na leitura do excerto, o legislador pretendeu conferir à novel legislação processual, seguindo a linha da atual sistemática, inegável função de coibir antagonismos entre as decisões proferidas em âmbito judicial - notadamente em sede de recurso repetitivo - e administrativo, em atendimento aos princípios da legalidade, moralidade, eficiência, segurança jurídica,

razoabilidade e proporcionalidade, norteadores da administração pública.

Em outras palavras, explica que qualquer alegação no sentido de que as decisões proferidas em sede de Recurso Especial Repetitivo no âmbito do C. Superior Tribunal de Justiça não teriam o condão de vincular a administração pública, estaria em absoluta contradição com os princípios da razoabilidade e da economia processual e com o próprio princípio da eficiência, o qual rege o funcionamento da administração pública e possui, inclusive, previsão constitucional (art. 37 da CF).

Esclarece que o contribuinte ao ver seu direito negado em âmbito administrativo, o qual, ressalte-se, está calcado em matéria decidida de forma definitiva pelos Tribunais Superiores (REsp 1.201.635/MG), buscará o Poder Judiciário para assegurá-lo, o que, no caso dos autos, ocasionará certamente prejuízo ao Estado da Bahia, haja vista que este, com o encerramento da demanda judicial favorável ao contribuinte, será condenado a arcar com custas e honorários advocatícios.

Pelo exposto, sustenta que não há dúvidas quanto à necessidade de cancelamento da presente autuação, quer pelo fato do ICMS não incidir sobre os Serviços de Valor Adicionado autuados quer pelo fato desta matéria já se encontrar pacífica no âmbito do Judiciário por meio de decisão firmada em sede de Recurso Repetitivo, o que, em respeito ao artigo 15 do Novo CPC, impõe o seu acatamento por este órgão julgador.

Reclama quanto aos serviços de valor adicionado autuados. Pontua que em razão de não estar presente o aspecto material do ICMS-Comunicação em face dos serviços de valor adicionado prestados pela Impugnante, não há como se admitir como legítima a presente cobrança, mas para que não parem dúvidas acerca da inexistência da efetiva prestação de serviço de telecomunicação, a qual é marcada pela figura do denominado “tripé comunicacional”, diz que detalhará, exemplificando, alguns dos serviços autuados.

Assinala que o Serviço de Auxílio a Lista 102 (“*SN102 – MERCADO TA*”), o qual pode vir a ser definido como sendo o fornecimento de informações ao usuário sobre telefones comerciais e residenciais, solicitados por nome ou endereço, constantes do servidor da Impugnante, sujeito à incidência de ISS (código 17.01 da lista de serviços da LC 116/03).

Explica que este é um serviço de consulta à lista de telefones fixos, sejam comerciais ou residenciais, em que o cliente disca o número 102 do aparelho celular e solicita o número do telefone que deseja saber, dando como informação o nome ou o endereço de instalação do telefone, sendo que o serviço é cobrado na fatura do mês em que a discagem é realizada (102), e é cobrado a cada discagem.

Chama atenção para uma simples análise deste serviço. Resta patente que não se está diante de um serviço de comunicação passível de incidência do ICMS, pois ausentes os elementos indispensáveis à sua caracterização. Além disso, declara que fica facilmente caracterizada a prestação de um legítimo serviço de valor adicionado descrito no artigo 61 da Lei nº 9.472/97 como “*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*” (destacamos). Isso, pois, o usuário poderá ligar para o número 102, acessando o serviço de “*AUXÍLIO À LISTA*” por meio do qual obtém informações de telefones comerciais e residenciais solicitados por nome ou endereço, e por este serviço lhe é cobrado separadamente, não se confundindo com a ligação telefônica (verdadeiro serviço de comunicação).

Ademais, argui que diante da inexistência de um terceiro com o qual o cliente da impugnante possa estabelecer uma troca de mensagens, tampouco haveria que se falar na prestação de serviços de comunicação sujeita à incidência do ICMS (ausência do tripé comunicacional).

Pontua que a presente cobrança em face do referido se torna ainda mais descabida quando se verifica que tal serviço encontra-se sujeito à incidência do ISS (código 17.01 da lista de serviços da LC 116/03). Neste sentido cita André Mendes Moreira (<http://sachacalmon.wpengine.netdna-cdn.com/wp-content/uploads/2010/11/ISSxICMS-ABDF.pdf>).

Destaca que, em caso idêntico ao presente, envolvendo, inclusive, as mesmas partes, o MM. Juízo da 2ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Salvador (Auto de infração nº 279692.0011/11-0) reconheceu a não incidência do ICMS sobre o serviço denominado “auxílio à lista”, uma vez que se constitui como SVA, inexistindo prestação de serviço de comunicação que autorize a incidência do imposto. Sendo assim, demonstrado que o serviço de auxílio à lista não se enquadra no conceito de serviço de comunicação (telecomunicação), pois ausentes os elementos indispensáveis à sua caracterização, mas se amolda perfeitamente à definição de serviço de valor adicionado, resta patente a não incidência do ICMS sobre tal serviço, o qual se encontra dentro do campo de incidência do ISS.

Explica outro exemplo passível de citação é o denominado “Claro Contatos” (“*VASSINCI – MERCADO TA*” e “*VASSINC2 – MERCADO TA*”), o qual também é objeto de cobrança neste Auto de Infração. Nestes serviços, disse que o usuário paga determinado valor ao autuado para que esta armazene os contatos existentes no CHIP telefônico no *site* “Claro Idéias”. Trata-se de serviço de armazenagem de informações e não de telecomunicação, não podendo ser considerado fato gerador do tributo estadual. Portanto, afirma que por não se confundir com serviço de telecomunicação, o serviço de armazenagem de contatos não sofre a incidência do ICMS, assim como os demais serviços de valor adicionado acima discriminados, razão pela qual deve ser dado provimento para a presente impugnação para cancelar os débitos ora vergastados. Cita o serviço denominado de “*Gestor Online – MONVPN e MONVPNV*”, por meio do qual são fornecidas aos clientes Pessoa Jurídica da Impugnante que possuem “pacotes empresariais” as seguintes facilidades: (i) controle das ligações realizadas pelos seus empregados; (ii) restrição de chamadas para, por exemplo, alguns números e, até mesmo, bloqueio de ligações nos finais de semana (doc. 04), dentre outras utilidades.

Assim, observa que, por meio deste serviço, é fornecida aos clientes do autuado a possibilidade de gerenciar efetivamente o seu plano, controlando as ligações efetuadas, de modo a economizar o valor a ser pago no final do mês.

Esclarece que pela simples descrição deste serviço não há dúvidas que não se está diante de um serviço de comunicação (fato gerador do ICMS), mas sim de um serviço de valor adicionado, o que torna, sem sombras de dúvidas, totalmente descabida a presente cobrança, sendo que o mesmo raciocínio se aplica para os demais serviços autuados, de modo que se faz imperioso o cancelamento da presente cobrança em sua integralidade.

Reclama quanto à multa aplicada que alega confisco pela necessária proporcionalidade entre a aplicação e a suposta infração cometida. Disse que ainda que prevalecesse a exigência ora hostilizada, afirma que não poderia ser exigido do autuado o valor decorrente da aplicação da multa no percentual de 100% (cem por cento) sobre o valor principal em cobrança, com fundamento no artigo 42, III, da Lei nº 7.014/96 - reproduz.

Declara que a imposição de multa no patamar de 100% (cem por cento) do valor do imposto supostamente devido demonstra que o critério utilizado desconsidera as circunstâncias do fato, da situação do contribuinte e de sua atividade, bem como qualquer outro parâmetro razoável para balizar o cálculo da penalidade.

Explica que, em primeiro lugar, há que se considerar que o artigo 3º do Código Tributário Nacional estabelece que o tributo é uma prestação pecuniária que não constitui sanção por ato ilícito. Por esse motivo, o tributo não pode ser utilizado para punir, da mesma forma que as sanções não podem ser utilizadas como instrumento de arrecadação disfarçado.

Acrescenta que a severidade das sanções visa a proteger a arrecadação tributária e estimular, por vias oblíquas, o pagamento de tributos devidos. Entretanto, deve haver proporcionalidade entre as penalidades aplicadas e as infrações cometidas; deve existir uma graduação razoável entre o que se paga e o que se recebe, e entre o que se recebe pelo que não se paga. A punição deve guardar relação direta entre a infração cometida e o mal causado, assim como com o bem jurídico que se deseja proteger.

Registra que as multas, em geral, que são utilizadas não apenas com finalidade punitiva, servem também como reparação da Administração Pública pelo descumprimento de obrigação tributária por parte do contribuinte, quando for este o caso. Entretanto, a penalidade, no presente caso, além de indevida, é tão elevada a ponto de implicar verdadeiro confisco, vedado pelo artigo 150, inciso IV, da Constituição Federal. Sobre o tema, transcreve trecho do voto do Ministro Fernandes Filho no julgamento do Recurso Extraordinário nº 91.707/MG.

Diz que por mais grave que seja o ilícito praticado, o que evidentemente não é o presente caso, em que o autuado demonstrou e comprovou não ter ocorrido sequer o fato gerador do tributo, não se justifica a fixação de penalidade que exproprie o sujeito passivo de parcela de seu patrimônio de forma desproporcional à infração, se cometida. Portanto, sustenta que deve ser cancelada a multa exigida sobre o lançamento fiscal efetuado, por se revestir de caráter evidentemente confiscatório.

Aborda que não havendo dano ao Erário e intenção de fraudar, a multa deve ter simplesmente o condão de advertir e orientar o contribuinte e não, como se verifica no caso em apreço, a efetiva punição mediante carga pecuniária elevadíssima. Afirma que deve imperar a proporcionalidade entre a suposta infração e a aplicação da multa correspondente.

Reitera que ao se fixar quantitativamente a sanção, tanto o legislador como o aplicador da legislação, considerarão a natureza do ilícito, devendo a respectiva cominação guardar estrita proporção com o dano causado pelo descumprimento da obrigação consignada pelo direito posto. Aduz que não restam dúvidas que deve haver uma proporcionalidade entre a infração e a sanção, de modo a não configurar o confisco indireto, vedado em âmbito constitucional.

Cita entendimento firmado pelo STF ao apreciar a Ação Direta de Inconstitucionalidade 551-1 RJ, a qual foi ajuizada pelo Governador do Estado do Rio de Janeiro, arguindo a inconstitucionalidade dos §§ 2º e 3º do art. 57 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias do Estado do Rio de Janeiro (ADIn 551-1 RJ – Rel. Min. Ilmar Galvão – DJU 14.2.2003, p. 58). Discorre que a Ação Direta de Inconstitucionalidade citada trata de caso muito semelhante ao discutido no presente feito em que se constata a tentativa de imposição de multa abusiva e revestida de caráter confiscatório.

Para corroborar o entendimento, menciona o posicionamento do Ministro Celso de Mello, em decisão proferida (21/08/2013) nos autos do Recurso Extraordinário nº 754.554, que reformou o entendimento do E. Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, que havia entendido ser razoável a penalidade de 25% (vinte e cinco por cento) sobre o valor das operações no período. No mencionado julgamento, o Ministro Celso de Mello, reafirma a jurisprudência da Suprema Corte, entendeu ser inconstitucional a penalidade de 25% (vinte e cinco por cento) sobre o valor das operações no período.

No mesmo sentido, cita decisão da Suprema Corte que definiu, no julgamento do RE 748257 AgR, de relatoria do Min. Ricardo Lewandowski (RE 748257 AgR, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 06/08/2013, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-162 DIVULG 19-08-2013 PUBLIC 20-08-2013), que “*são confiscatórias as multas fixadas em 100% ou mais do valor do tributo devido*”, tal como no presente caso (100% do valor do imposto).

Portanto, sustenta que a penalidade imposta não pode, de forma alguma, ser aplicada validamente à Impugnante, devendo, em observância ao princípio da proporcionalidade, ser afastada de plano diante da natureza confiscatória que apresenta. Desta forma, resta demonstrada a impertinência da multa aplicada no auto de infração ora vergastado, uma vez que se trata de exigência abusiva e confiscatória, a qual não respeita os limites impostos pela Constituição Federal, devendo ser afastada ou, quando menos, diminuída a patamares não confiscatórios.

Requer que seja acolhida a presente Impugnação para cancelar os débitos objeto do Auto de Infração ora vergastado, em razão da ilegitimidade da incidência de ICMS sobre os serviços de valor adicionado, uma vez que não se configuram como serviços de comunicação, não se enquadrando na hipótese de incidência do imposto; que seja parcialmente acolhida a presente

Impugnação para cancelar a penalidade aplicada dado o seu caráter confiscatório, ou, ao menos, para reduzi-la a patamares não confiscatórios.

Protesta pela produção de provas por todos os meios em Direito admitidos, assim como pela realização de sustentação oral por ocasião do julgamento da presente Defesa. Solicita, por fim, que as publicações relativas ao presente feito sejam realizadas exclusivamente, sob pena de nulidade, em nome do advogado MAURÍCIO PEDREIRA XAVIER, inscrito na OAB/BA sob o nº 9.941 e com endereço profissional na Av. Professor Magalhães Neto, nº 1.550, Ed. Premier Tower Empresarial, salas 301/2, Pituba, Salvador, Bahia, CEP 41.810-012.

Na informação fiscal, fls. 151/164, os autuantes arguem que o Conselho de Fazenda possui diversos Acórdãos sobre o tema: Acórdãos CJF nº 0100-12/11, JJF nº 0086-05/10, ratificado pelo CJF nº 0099-12/11; JJF nº 0034-04/10, ratificado pelo CJF nº 0105-12/11; JJF nº 0358-02/10, ratificado pelo CJF nº 0126-12/11; JJF nº 0080-02/12, ratificado pelo CJF nº 0091-13/12, CJF nº 0380-13/13, JJF nº 0013-04/13, JJF nº 0034-05/14 e os Acórdãos: JJF nº 0078-05/14 ratificado pelo CJF nº 0054-12/15, JJF nº 0138-05/14, JJF nº 0267-01/14 ratificado pelo CJF nº 0314-11/15 (estes cinco últimos são decorrentes de PAF's que contêm infrações sobre o não recolhimento de ICMS em prestações de serviços de telecomunicações, idênticas às contidas no PAF atual). Transcreve o voto desses cinco últimos Acórdãos citados.

Informam, também, que diferente do que ocorreu em autos de infração anteriores, conforme PAF's: Nº: 279692-0001/14-9 (Acórdão JJF nº 0138-05/14) e 279692-0004-13-0 (Acórdão JJF nº 0078-05/14), onde o autuado reconheceu e pagou serviços de telecomunicações idênticos aos contidos na infração 3 (anexo C), o impugnante optou, neste atual PAF, por utilizar os mesmos argumentos de defesa para todas as infrações, porém, disse que a fiscalização opta por acrescentar explicações adicionais referentes à Infração 2 (anexo B) tendo em vista que esta possui particularidades.

Ademais, pontuam que o autuado não deveria se sentir surpreso com a cobrança dos serviços de telecomunicações constantes neste PAF, pois estes são exatamente os mesmos que foram autuados em diversos PAF's anteriores, onde inclusive o autuado reconheceu e pagou algumas das infrações.

No mérito, citam e reproduzem a Lei nº 7.014, de 04.12.96 (art. 2º, VII) que instituiu o ICMS no Estado da Bahia.

Trazem ao corpo de sua contestação a definição do que seria comunicação. Pontuam que segundo o Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa, deriva *“do latim communicatione S.f. 1. Ato ou efeito de comunicar(-se). 2. Ato ou efeito de emitir, transmitir e receber mensagens por meio de métodos e/ou processos convencionados, quer através da linguagem falada ou escrita, quer de outros sinais, signos ou símbolos, quer de aparelhamento técnico especializado, sonoro e/ou visual. ...11. Eng. Eletrôn. Transmissão de informação de um ponto a outro por meio de sinais em fios, ou de ondas eletromagnéticas”*.

Ainda consultando a mesma fonte, chamam atenção para o conceito de telecomunicação: *“S. f. Processo de comunicação a longa distância que utiliza como meio de transmissão linhas telegráficas, telefônicas, satélites ou microondas”*.

Afirmam que se conclui que a telecomunicação é um processo de comunicação, no qual pode ser prestado de diversas formas, por meio de linhas telegráficas, linhas telefônicas, por meio de satélites ou microondas. Comunicação é gênero, telecomunicação é espécie.

Explicam que o que interessa nessa manifestação seriam os serviços onerosos de comunicação, pois sobre tais incide o ICMS, e em especial os de telecomunicação, já que o cerne da questão incide sobre os serviços prestados por operadora de telefonia fixa. Transcreve o Decreto nº 6.284/97 (art. 4º, I, §1º) do Regulamento de ICMS do Estado da Bahia.

Asseveram que nas prestações dos diversos serviços de comunicação relacionados nas infrações 1, 2 e 3 (anexos A, B e C) é patente que existe uma mensagem, sua transmissão e sua recepção. O fato de que em alguns deles a mensagem é comandada por uma máquina através de uma

mensagem gravada, de maneira alguma descaracteriza o circuito da comunicação, conforme definição do impugnante. Além do mais, afirma que o serviço não é gratuito.

Assim, registram que o fato impositivo da prestação onerosa de serviços de telecomunicação encontra-se configurado, surtindo efeito de solução da lide relativa a tais serviços que, são na realidade, uma efetiva prestação onerosa do serviço de telecomunicação, como as demais, posta à disposição do usuário e não atividade-meio, como caracterizou o impugnante.

Diante do exposto, afirmam que provaram haver ocorrido a prestação do serviço de comunicação e sendo estes serviços onerosos, está totalmente caracterizada sua tributação pelo ICMS.

Após a tentativa de descaracterizar a ocorrência do fator gerador do ICMS sobre tais serviços, o contribuinte alega, ainda, que de fato esses serviços são facilidades colocadas à disposição dos usuários do serviço de telefonia e estas não são tributadas de acordo com o artigo 61 da Lei nº 9.472/97.

Esclarecem que em relação à Lei nº 9.472/97, esta não tem competência, de acordo com a Constituição Federal, para legislar sobre matéria tributária estadual (ICMS). Somente uma lei ordinária tributária estadual ou Convênio entre os Estados pode fazê-lo.

Informam, ainda, que não cabe à fiscalização, no âmbito das atribuições, a discussão sobre entendimento judicial posto que, devem obediência ao RICMS por responsabilidade funcional.

De acordo com o exposto nas linhas, afirma que a tributação, dos serviços de comunicação relacionados nas infrações 1, 2 e 3 (anexos A, B e C), estão totalmente amparados na legislação tributária do ICMS e a alegação do contribuinte está completamente descaracterizada.

Acrescentam que o autuado não apresentou nenhuma documentação comprobatória (contratos, NFST's, etc...) para comprovar os argumentos apresentados, isto posto presume-se que tais serviços de comunicação possuem incidência do ICMS.

Acrescentam que quanto aos serviços de comunicações MOVPN e MONVPNV constantes na Infração nº 2 (Anexo B fls. 12 a 14 deste PAF), verificam que o autuado informa em PAF's anteriores: *"este serviço permite o uso da rede da operadora para traduzir as informações das antenas coletadas em campo e receber latitudes e longitudes consultada de forma a localizar outro usuário habilitado"*, portanto o uso da rede da operadora é condição "sine qua non" para que se localize outro usuário e realize o rastreamento.

Juntam ilustração elaborada pelo renomado consultor Paulo Gerhardt (fl. 163), na qual explica como funcionam os serviços de comunicação denominados MONVPN e MONVPNV/assinatura rastreamento GSM com mapa.

Chamam atenção para observar a ilustração. Explicam que os sítios/antenas, redes telefônicas, controlador central e consoles de despacho fazem parte da rede da operadora sem os quais os dados não trafegam e sem este tráfego o serviço de comunicação de rastreamento não existe, portanto apesar da alteração da denominação dos serviços MOVPN e MONVPNV, pela autuada, fica caracterizado que tais serviços tratam-se sem dúvida de prestações de serviços de comunicação, sujeitos a incidência do ICMS.

Salientam que, conforme consta em alguns PAF's, a PGE/PROFIS do Estado da Bahia opina pela exclusão da incidência do ICMS nos seguintes 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 serviços; h. Bloqueio de DDD e DDI; i. Habilitação; j. Religação."*

Informam, ainda que nos serviços de telecomunicações autuados e presentes neste PAF não consta nenhum dos serviços de telecomunicações acima elencados pela PGE/PROFIS do Estado da Bahia.

Concluem pela manutenção da ação fiscal que resultou na reclamação do crédito tributário.

VOTO

O presente lançamento de ofício contempla 03 infrações, já devidamente relatadas e todas por descumprimento de obrigação principal do ICMS, relativas a serviços de comunicação não escriturados nos livros fiscais próprios e não oferecidos a tributação.

Examinando os demonstrativos que amparam as infrações, apesar das explicações sobre os serviços de telecomunicações, verifico que os valores considerados como não tributáveis pelo contribuinte se referem à de serviços de comunicação onerosos prestados contra pagamento dos consumidores finais.

Cabe, inicialmente, conforme fez o autuante em sua informação fiscal, alinhar decisões desse CONSEF sobre a mesma matéria, dando conta da procedência da autuação relativa a serviços da mesma natureza alvo da presente autuação, conforme Acórdãos CJF nº 0100-12/11, JJF nº 0086-05/10, ratificado pelo CJF nº 0099-12/11; JJF nº 0034-04/10, ratificado pelo CJF nº 0105-12/11; JJF nº 0358-02/10, ratificado pelo CJF nº 0126-12/11; JJF nº 0080-02/12, ratificado pelo CJF nº 0091-13/12, CJF nº 0380-13/13, JJF nº 0013-04/13, JJF nº 0034-05/14 e os Acórdãos: JJF nº 0078-05/14 ratificado pelo CJF nº 0054-12/15, JJF nº 0138-05/14, JJF nº 0267-01/14 ratificado pelo CJF nº 0314-11/15.

O sujeito passivo, em sua peça defensiva, alinha argumentos com o mesmo fundamento, que alcançam as 03 infrações, tendo em vista que as mesmas são relativas a serviços adicionados que entende não serem tributáveis pelo ICMS como serviços de comunicação.

Destaco, quanto ao questionamento de que são ou não tributáveis os aludidos serviços, que o art. 2º, III, da Lei Complementar nº. 87/96 define 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 nº. 7.014/96, além do art. 1º, § 2º, VII, do RICMS/97, 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 outro lado, o § 4º do art. 4º do RICMS/97, dispõe que estão compreendidos no campo de incidência do ICMS os serviços cobrados a título de acesso, adesão, ativação, habilitação, disponibilidade, assinatura e utilização dos serviços, bem como os serviços complementares e facilidades adicionais que otimizem ou agilizem o processo de comunicação, independentemente da denominação que lhes seja dada, o que entendo abrigar e não dispensar da incidência do ICMS os serviços aqui relacionados.

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 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.

Na mesma linha segue o Parecer da Douta PGE/PROFIS deste Estado, opinando que serviços de valor adicionado devam integrar o campo de incidência do ICMS, conforme exposição que negou Provimento ao Recurso Voluntário, nos autos do processo nº 2986360062/12-7 (Acórdão CJF nº 0263-12/13).

Conforme já alinhado em decisões anteriores, para a incidência de ICMS é necessário que o serviço de comunicação seja prestado a terceiros e que o mesmo seja oneroso, e o caso presente, ao contrário do que alega o Impugnante, inclusive assenta-se perfeitamente nas visões dos diversos doutrinadores cujas lições reproduz na Defesa, das quais destaco as de Ricardo Lobo Torres e Roque Antônio Carrazza (fl. 35), a seguir transcrito:

“O imposto incide sobre a prestação do serviço de comunicação, e não sobre a comunicação em si. É necessário que haja a prestação de serviços de comunicação entre o emitente e o destinatário da mensagem. Roque Carrazza diz com precisão que é necessária a presença “relação comunicativa”. (TORRES, Ricardo Lobo, Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário, Vol. IV, Renovar, Rio de Janeiro, 2007, p. 254)

“Note-se que o ICMS só não incide sobre a comunicação propriamente dita, mas sobre a ‘relação comunicativa’, isto é, a atividade de alguém, em caráter negocial, fornecer a terceiro condições materiais para que a comunicação ocorra. Mas não apenas isso: é mister, ainda, que a mensagem seja captada pelo destinatário (fruidor) do serviço.” (In O ICMS na Constituição, p. 130).

Os serviços objeto da exigência fiscal, assim como os demais oferecidos pelo contribuinte autuado e que são tributáveis, são os que o seu tomador (usuário), pagando por eles, se utiliza dos meios de comunicação disponibilizados pelo prestador de serviço para conseguir a informação desejada.

Nos aludidos serviços, o usuário paga ao detentor dos meios de comunicação o preço para que estes serviços sejam efetuados através de dutos e/ou canais de mensagens que chegam a este. Indubitavelmente, há prestação de serviço de comunicação pela disponibilização onerosa de um canal para emissão/recebimento de mensagens.

De acordo com a legislação tributária acima citada, o serviço de comunicação tributável por meio de ICMS se perfaz com a colocação à disposição do usuário dos meios e modos aptos à transmissão e recepção de mensagens. Quando uma relação entre o prestador de serviço de comunicação e o usuário possibilita, a este último, o acesso a uma informação ou aquisição de bem de forma onerosa, torna-se evidente a incidência do ICMS o que, a meu ver, se aplica ao caso em tela, pois preenche os requisitos de ser uma prestação onerosa de serviços de comunicação, por qualquer meio e é nesse sentido que este CONSEF tem decidido, a exemplo dos Acórdãos JJF Nº 0080-02/12 e CJF Nº 0091-13/12.

Existe nos serviços alvo da exigência, claramente uma mensagem, sua transmissão e sua recepção. Conforme destaca o autuante, o fato de que em alguns deles a mensagem é comandada por uma máquina através de uma mensagem gravada, ainda que o usuário interaja incluindo e obtendo dados, de maneira alguma descaracteriza o circuito da comunicação, conforme definição do impugnante. Além do mais, os serviços não são gratuitos.

Tais serviços são uma efetiva prestação onerosa do serviço de telecomunicação, como as demais, posta à disposição do usuário e não atividade-meio.

Verifico, também, que os dispositivos legais apontados pelo impugnante não podem fixar o campo de incidência do ICMS que tem legislação própria regulando a matéria.

Conforme já alinhado quanto aos serviços de comunicações MOVPN e MONVPNV a autuada ao afirmar que tais serviços permitem o uso da rede da operadora para traduzir as informações das antenas coletadas em campo e receber latitudes e longitudes consultada de forma a localizar outro usuário, admite que o uso da rede da operadora é condição indispensável para que se localize outro usuário e realize o rastreamento.

Os sítios/antenas, redes telefônicas, controlador central e consoles de despacho fazem parte da rede da operadora sem os quais os dados não trafegam e sem este tráfego o serviço de comunicação de rastreamento não existe, portanto, apesar da alteração da denominação dos serviços MOVPN e MONVPNV pela autuada, fica caracterizado que tais serviços tratam-se sem dúvida de prestações de serviços de comunicação, sujeitos a incidência do ICMS.

Assim, concluo 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. Encontra-se dentro do campo de incidência do ICMS – Comunicação os serviços de valor adicionado (VAS), entre eles, os serviços preparatórios e os suplementares prestados para viabilizar ou incrementar a prestação principal. Inteligência das disposições da LC 87/97 (art. 2º, III), e, da Lei Estadual nº 7.014/96 (art. 2º, VII). Verifico, portanto, que os serviços de comunicação relacionados nas infrações 1, 2 e 3 são tributáveis, com base em ampla jurisprudência desse conselho, cabendo a presente exigência tributária para que o sujeito passivo recolha aos cofres públicos os valores devidos.

É importante registrar, ainda, que as decisões judiciais e administrativas de outros órgãos, não podem servir de amparo para alterar o entendimento aqui externado no presente voto, visto que as mesmas não vinculam o Estado da Bahia. Somente através de decisão judicial, no caso concreto em que o autuado seja parte, ou através de ação de efeitos “*erga omnes*”, a exemplo da ADIN, estará a Bahia obrigada a adotar posição distinta da legislação que fundamenta o lançamento e o presente voto, assim como não cabe competência a esse Contencioso Administrativo para decretar a inconstitucionalidade de seus dispositivos, em conformidade com o art. 167, I do RPAF/BA.

Não vislumbro a aplicação subsidiária do CPC em face das normas que regulamentam o trâmite do processo administrativo, relativas à vinculação do entendimento firmado em sede de repetitivo e/ou repercussão geral, na medida em que tais dispositivos se aplicam unicamente aos órgãos do poder Judiciário.

A arguição de que as multas aplicadas têm caráter confiscatório não subsiste. Convém ressaltar que o art. 150, IV, da CF, é dirigido ao legislador, o qual não pode criar tributo excessivamente oneroso, expropriatório do patrimônio ou da renda. Considero pertinente o exame, relativo a essa matéria, da Professora Mizabel Derzi, alinhado em suas notas de revisão da obra de Aliomar Baleeiro, “Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar”, 7ª edição, à fl. 519. Argumenta a professora, didaticamente, que o referido dispositivo constitucional não impede a aplicação de sanções e execuções de créditos. Não se pode abrigar no princípio que veda utilizar tributo com efeito de confisco o contribuinte omissor que prejudicou o fisco, ferindo os superiores interesses da coletividade.

Não há, por conseguinte, o que se falar da violação dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, pois, além de serem, no presente caso, corolários do princípio do não confisco, já analisado, não encontram amparo fático, na medida em que a multa aplicada é adequadamente modulada para o desestímulo ao descumprimento das obrigações tributárias ora apuradas. Não cabe competência a essa unidade fracionária do CONSEF e sim a Câmara Superior na forma do

art. 159 e 169 do RPAF/BA, redução ou cancelamento de multa por descumprimento de obrigação principal.

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

Diante do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **279692.0004/15-6**, lavrado contra **CLARO S.A.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$1.977.674,73**, acrescido da multa 100%, prevista no art. 42, III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 10 de maio de 2016.

ÂNGELO MARIO DE ARAÚJO PITOMBO – PRESIDENTE/RELATOR

ILDEMAR JOSÉ LANDIN – JULGADOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - JULGADORA