

PROCESSO - A. I. N° 279692.3002/16-2  
RECORRENTE - CLARO S/A.  
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3<sup>a</sup> JJF N° 0104-03/17  
ORIGEM - IFEP SERVIÇOS  
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 15/12/2017

**2<sup>a</sup> CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO CJF N° 0392-12/17**

**EMENTA:** ICMS. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO. OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS CONSIDERADAS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. (INFRAÇÕES 1 e 2). 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 dos serviços de valor adicionado, 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). Insubsistentes os argumentos defensivos quanto à composição da base imponível. Infrações mantidas com base em reiterada jurisprudência do CONSEF. Infrações caracterizadas. Acolhido o pedido de reclassificação da multa aplicada para o art. 42, inciso II, alínea “a” da Lei nº 7.014/96. Alterada a decisão recorrida. Recurso PARCIALMENTE PROVIDO. Vencido o voto do relator. Decisão por maioria.

**RELATÓRIO**

Trata o presente processo de Recurso Voluntário interposto pelo sujeito passivo, em face da Decisão proferida no Acórdão JJF nº. 0104-03/17 da 3<sup>a</sup> Junta de Julgamento Fiscal, que decidiu pela Procedência do Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 22/12/2016, para exigir o valor de R\$622.635,43, em razão das seguintes irregularidades:

*Infração 01 - 02.08.37 - Deixou de recolher o ICMS nos prazos regulamentares referente a prestações de serviço de comunicação não escriturados nos livros fiscais próprios. O contribuinte prestou serviços de telecomunicações e não ofereceu a tributação do ICMS, serviços estes, que constam no relatório de faturamento denominado VAS, entregue à parte pelo próprio autuado, tendo em vista que o mesmo não escriturou estas prestações de serviços no Convênio 115, como solicita o RICMS/BA, nos meses de janeiro a dezembro de 2015, conforme Anexo A, no valor de R\$526.380,19, acrescido da multa de 100%;*

*Infração 02 - 02.08.37 - Deixou de recolher o ICMS nos prazos regulamentares referente a prestações de serviço de comunicação não escriturados nos livros fiscais próprios. O contribuinte prestou serviços de telecomunicações e não 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 no Convênio 115, como solicita o RICMS/BA, nos meses de janeiro a dezembro de 2015, conforme Anexo B, no valor de R\$96.255,24, acrescido da multa de 100%.*

A Decisão recorrida julgou o Auto de Infração procedente, após as seguintes considerações:

**VOTO**

*O presente lançamento de ofício contempla 02 infrações, devidamente relatadas e acusa o autuado de descumprimento de obrigação principal do ICMS, relativas a serviços de comunicação não escriturados nos livros fiscais próprios e não oferecidos a tributação.*

Mesmo não sendo arguidas questões específicas de nulidade quanto ao Auto de Infração, entendo que todos os requisitos previstos nos artigos 18 e 39 do RPAF/99 foram preenchidos. Percebo que a imputação foi clara, a base de cálculo foi determinada conforme o valor previsto em lei foram fornecidos os demonstrativos de débito referentes à autuação em discussão e foram respeitados todos os direitos e garantias do contribuinte, como a ampla defesa, o contraditório e o devido processo legal administrativo, dentro deste específico PAF.

O sujeito passivo, em sua peça defensiva, alinha argumentos com o mesmo fundamento, que alcançam as 02 infrações, tendo em vista que as mesmas são relativas a serviços adicionados que entendem não serem tributáveis pelo ICMS como serviços de comunicação. Registro que da mesma forma como contestado pelo autuado, as duas infrações serão apreciadas conjuntamente.

No mérito, as infrações 01 e 02 acusam o sujeito passivo de falta de recolhimento do ICMS na prestação de serviço de comunicação por não ter escrutinado nos livros fiscais próprios e não ter oferecido tais valores a tributação, no exercício de 2015, conforme Anexos A e B contidos nos arquivos em CD fl. 38, que foram recebidos pelo autuado, documento fl.36. Consta na descrição dos fatos que o contribuinte na qualidade de prestador de serviço de comunicação, deixou de incluir na base de cálculo do ICMS parcelas cobradas dos seus usuários pelo serviço de comunicação, tais como: Download, Serviço de armazenagem – “Claro Contatos” denominados de “VASSINC1 – MERCADO TA, Serviço de Gestão – “Gestor online” – serviço denominado de “Gestor Online – MONVPN e MONVPN”, por entender que tais valores não são tributados pelo ICMS.

Em sede defesa, o autuado refutou a autuação sustentando a não incidência de ICMS. Também argumentou que os débitos exigidos seriam indevidos, uma vez que os serviços de valor adicionado autuados não constituem fato gerador do ICMS, pois não se caracterizam como serviços de comunicação propriamente ditos, ocorrendo a 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.

Na informação fiscal os autuantes rebateram os argumentos defensivos, inicialmente lembrando diversas decisões deste CONSEF que apreciando idêntica matéria, inclusive sobre autos de infrações lavrados contra a própria impugnante, corroborou com o entendimento da Fiscalização nos mesmos termos da lide ora em análise. Citaram especificamente os PAF's nº: 279692-0004-13-0 (Acórdão JJF nº 0078-05/14) e 279692-0001-14-9 (Acórdão JJF nº 0138-05/14), onde a autuada reconheceu e pagou alguns serviços de telecomunicações idênticos aos contidos neste auto de infração.

Explicaram que nas prestações dos diversos serviços de comunicação relacionados nas infrações 01e 02 (anexos A e B) é patente que existe uma mensagem, sua transmissão e sua recepção. A peculiaridade que deve ser registrada é que em alguns deles, a mensagem é comandada por uma máquina através de uma mensagem gravada, o que de maneira alguma descaracteriza o circuito da comunicação, conforme definição do impugnante. Acrescentaram que o serviço não é gratuito. Assim, o fato imponível da prestação onerosa de serviços de telecomunicação encontra-se configurado, surtindo efeito para solução da lide relativa a tais serviços, que são na realidade, uma efetiva prestação onerosa do serviço de telecomunicação, como as demais, postas à disposição do usuário e não pode ser caracterizada como atividade-meio, como quer o impugnante.

Analisando os elementos que compõem o presente PAF, observo que o mesmo possui como fundamento o art. 2º, inciso III, da Lei Complementar nº 87/96 que definiu como sujeitas ao ICMS as prestações onerosas de serviço de comunicação. Tal previsão está também, contida no art. 1º, inciso III, c/c o art. 2º, inciso VII, da Lei nº. 7.014/96, os quais prevêem 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.

Ressalto que 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 fatores 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 aos 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 sejam dadas".

Assim, desde a edição do Convênio ICMS 69/98 e a inserção de suas regras na legislação tributária baiana, existe previsão legislativa para a incidência do imposto estadual sobre os serviços de fornecimento oneroso de imagens, televisão por assinatura, comunicação, transmissão de dados, telefonia, como se pode observar da leitura do inciso VII artigo 2º da Lei 7014/96, acima reproduzido.

Friso ainda, que a celebração do Convênio 81/2011, é uma demonstração de que vários Estados reconhecem a incidência do ICMS sobre diversos serviços de comunicação, conforme Cláusula Primeira que dispõe:

*Cláusula Primeira: Ficam os Estados do Acre, Bahia, Ceará, Espírito Santo, Goiás, Mato Grosso, Mato Grosso do Sul, Minas Gerais, Paraíba, Paraná, Pernambuco, Rio Grande do Sul, Rondônia, Santa Catarina, São Paulo e Tocantins e o Distrito Federal autorizados a reduzir ou não exigir juros e multas relativos ao não pagamento do ICMS decorrentes das prestações dos serviços de comunicação, tais como: serviços de valor adicionado, serviços de meios de telecomunicação, serviços de conectividade, serviços avançados de internet, locação ou contratação de porta, utilização de segmento espacial satelital, disponibilização de endereço IP, disponibilização ou locação de equipamentos, de infra-estrutura ou de componentes que sirvam de meio necessário para a prestação de serviços de transmissão de dados, voz sobre IP (voip), imagem e internet, independentemente da denominação que lhes seja dada, realizadas até a data do termo inicial de vigência deste convênio.*

Assim, em matéria tributária, para efeito de incidência de ICMS, os Estados do Brasil acordaram quanto a que valores relativos a serviços suplementares e facilidades adicionais que otimizem, ou agilizem, o processo de comunicação, independentemente da denominação que lhes seja dada, estão incluídos na base de cálculo deste imposto.

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. Existem claramente, nos serviços alvo da exigência, uma mensagem, sua transmissão e sua recepção. Conforme destacaram os autores, 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 descharacteriza 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.

Quanto aos serviços de comunicações MOVVPN e MONVPN 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 MOVVPN e MONVPN realizada pela autuada, fica caracterizado que tais serviços tratam-se sem dúvida, de prestações de serviços de comunicação, sujeitos a incidência do ICMS.

O defendente alegou que os artigos 60 e 61 da Lei nº 9.472/97 - Lei Geral de Comunicações, definiu o conceito de telecomunicação (artigo 60, § 1º e seguintes). Afirmou que se verifica expresso em tais dispositivos que o fato gerador do ICMS, somente abrange a prestação de serviços cujo objeto seja a telecomunicação, 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.

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, na cláusula primeira do Convênio ICMS 69/98, 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, independentemente da denominação, os chamados serviços adicionados configuram-se como operações tributáveis nos termos do Convênio 69/98.

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).

O defendente argumentou que o 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 que reproduz. Disse ainda ser nesse sentido entendimento pacífico do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia.

Ressalto que a matéria decidida pelo STJ não guarda correspondência estrita com a matéria objeto do presente julgamento, pois a Corte Superior apenas deliberou que sobre determinados serviços de valor adicionado não incide o ICMS, mas não generalizou a sua conclusão, para os demais serviços já que não foram sequer objeto de questionamento no processo citado. Por conseguinte, não é de se aplicar o inciso II do art. 168 por lhe faltar o requisito para tal, qual seja, matéria já decidida em última instância.

Assim, no que tange às decisões emanadas do STJ (Superior Tribunal de Justiça) favoráveis ao entendimento esposado pelo contribuinte, observo 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.

Por tudo acima exposto, não resta dúvida de 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. Nessa linha de raciocínio, incluem-se na base de cálculo do ICMS os valores cobrados pelo defendente a título instalação, configuração lógica, gerência de equipamentos, cessão de uso de software e assistência técnica, ou seja, tudo o que foi cobrado do usuário final, tais como, manutenção e gerenciamento de rede ou demais elementos necessários à prestação do serviço de comunicação, bem como, serviços suplementares e valor adicionado.

Importante registrar, que dando cumprimento a orientação da PGE/PROFIS sobre a matéria, conforme devidamente esclarecido pelos autuantes, não se encontram no levantamento fiscal a 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. Dos serviços de telecomunicações autuados e presentes neste PAF, não constam nenhum dos serviços de telecomunicações elencados pela PGE/PROFIS do Estado da Bahia.

O impugnante arguiu que deveria ser reclassificada a multa que lhe foi imposta para aquela prevista no artigo 42, inciso II, alínea "a", da Lei nº 7.014/96 (60% do valor do imposto), ou, subsidiariamente, ser afastada ou, ao menos reduzida a patamares não confiscatórios.

*Saliento que 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. Não há, por conseguinte, o que se falar da violação dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, na medida em que a multa aplicada é adequada posto que prevista em Lei.*

*O presente caso trata de uma omissão de receita tributável, conduta essa que entendo não deva ser recapitulada, visto que perfaz o tipo previsto no art. 42, inciso III, alínea “g”, abaixo transcrita.*

*“Art. 42. Para as infrações tipificadas neste artigo, serão aplicadas as seguintes multas:*

*III - 100% (cem por cento) do valor do imposto não recolhido tempestivamente, apurando-se a ocorrência de:*

*g) outras omissões de receitas tributáveis, constatadas por meio de levantamento fiscal, inclusive mediante levantamento quantitativo de estoque.”*

*Assim, entendo que a multa capitulada pelo agente fiscal se encontra em consonância com o que prevê a legislação aplicável.*

*Saliento que esta Junta de Julgamento Fiscal não pode apreciar pedido de dispensa ou redução da multa por infração de obrigação principal, haja vista que somente tem competência para decidir sobre pedido de redução ou cancelamento de multa decorrente de obrigação acessória, consoante o art. 158 do RPAF/99.*

*Quanto ao pedido do patrono do impugnante para 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, saliento que embora não seja obrigatória a comunicação de intimações e decisões ao advogado da empresa, mas sim à parte envolvida na lide, no endereço constante do seu cadastro junto ao Estado, nada obsta de que seu pleito seja atendido pelo setor competente deste CONSEF, enviando as intimações sobre o presente processo no endereço indicado.*

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

Inconformado, o contribuinte interpôs o Recurso Voluntário de fls. 161/185, tecendo um breve relato sobre os fatos, tempestividade do Recurso e competência recursal.

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

Afirma que o artigo 155, II da Constituição Federal, que descreve as hipóteses de incidência do ICMS, e onde 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, estabeleceu normas gerais relativas ao ICMS com a finalidade precípua de precisar os limites que foram delineados pela norma constitucional atributiva de competência.

Assevera 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.

Diz que a ausência de quaisquer dos elementos elencados, acarreta a inexistência de prestação de serviço de comunicação. Tanto é essencial a concomitância de todos os elementos 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’.

Ressalta que a comunicação, efetivamente, dá-se entre o emissor e o receptor. O prestador do serviço, entretanto, não é aquele que apenas possui laime 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. Para reforçar seu entendimento, transcreve jurisprudência do STJ.

Frisa que em síntese, para que determinada atividade seja classificada como serviço de comunicação, sujeita ao ICMS, não basta que a empresa forneça meios para a consecução da

comunicação, é necessário que ela efetivamente possibilite a oferta onerosa de transmissão e recepção das informações. De outra parte, as atividades de mera disponibilização de meios de qualquer natureza necessários à oferta de comunicação entre o emissor e o receptor não podem configurar como fato gerador do referido tributo (Exemplo: locação de aparelho telefônico). Registra que, para a incidência do ICMS – prestação de serviços de comunicação –, é necessário que um terceiro preste, em caráter oneroso, serviços que tenham por objeto propiciar a efetiva comunicação entre duas ou mais pessoas.

Explica 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, no processo comunicativo, o prestador de serviço deve, necessariamente, ser pessoa diversa do emitente e do destinatário. Sobre o tema cita lições do Prof. Alcides Jorge Costa e no mesmo sentido, Ricardo Lobo Torres.

Assim, 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.

Nesta toada, o entendimento da doutrina pátria acerca da prestação de serviços de comunicação, como se depreende das lições de Roque Antônio Carrazza e José Eduardo Soares de Melo, que esclarecem que o fato gerador do ICMS decorre da ação de prestar o serviço de comunicação.

Ressalta a obrigação jurídico-tributária do ICMS apenas nascerá com a realização de uma ação que implique fornecimento de todas as condições materiais necessárias à transmissão da mensagem ao destinatário do serviço. Igualmente, de acordo com a Constituição Federal, 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. Nesse sentido reproduz o art. 60 e 61 da Lei nº 9.472/97 - Lei Geral de Comunicações, a qual definiu o conceito de telecomunicação (artigo 60, § 1º e seguintes).

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

Dessa forma, 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.

Diz que a esse respeito, o Superior Tribunal de Justiça já se posicionou pela não incidência do tributo estadual sobre os serviços de valor adicionado, conforme (REsp 760.230/MG, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 27/05/2009, DJ e 01/07/2009 RJM vol. 189, p. 366).

Informa que o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp nº 1176753, 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. Salienta que tal entendimento pacífico é aplicado reiteradamente pelo Superior Tribunal de Justiça, conforme julgados que transcreve.

Ainda da análise da supracitada Lei nº 9.742/97 é possível verificar que ela expressamente, em seu artigo 61, § 1º, descharacteriza os serviços de valor adicionado como serviços de telecomunicações, o que acaba por excluir aqueles serviços do campo de abrangência do ICMS. Aduz que os serviços de valor adicionado somente se valem da rede de telecomunicações como suporte para sua prestação e, desse modo, não se confundem com os serviços de telecomunicações propriamente

ditos.

Afirma que o 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 que reproduz. Nesse sentido, diz ser entendimento pacífico do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia.

Esclarece que serviço de telecomunicação e serviço de valor adicionado não se confunde, sendo inadmissível a pretensão do Estado da Bahia de que haja a incidência do ICMS sobre os serviços de valor adicionado como se serviços de telecomunicação fossem.

Assim para não pairar dúvidas sobre a natureza dos serviços discutidos nos presentes autos, passa a discorrer sobre alguns dos serviços de valor adicionado sobre os quais o Estado da Bahia pretende fazer incidir o ICMS.

a) *Download* é a transmissão de imagens, músicas, vídeos, jogos e softwares dos servidores da Impugnante para um aparelho celular. O serviço de *download* não possibilita que haja a comunicação entre um emissor e um receptor. Ele, na realidade, se utiliza do serviço de telecomunicações prestado pela Impugnante, mas com este não se confunde. Diz que inexiste prestação de serviço de comunicação nos casos de *downloads*, de modo que se denota claramente a ilegitimidade da cobrança do ICMS sobre a prestação dos mencionados serviços de valor adicionado. Ante a não ocorrência do fato gerador do tributo, não há que se falar em recolhimento devido, restando indubitável a necessidade de cancelamento do auto de infração em debate.

b) Serviço de armazenagem – “Claro Contatos” – afirma que o Estado da Bahia também exige o ICMS sobre os serviços de armazenagem de contatos (números de telefone) dos usuários denominados de “VASSINC1 – MERCADO TA”. Ocorre que tais serviços não configuram hipótese de incidência do ICMS, haja vista que os serviços oferecidos não são de comunicação, ante a inexistência de troca de mensagens entre emissor e receptor viabilizado pela Impugnante.

Nestes serviços, o usuário paga determinado valor 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, 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 discriminados, razão pela qual se faz imperioso o cancelamento da presente cobrança.

c) Serviço de Gestão – “Gestor online” – trata-se do serviço denominado de “*Gestor Online – MONVPN e MONPNV*”, por meio do qual são fornecidas aos clientes Pessoa Jurídica, 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, dentre outras utilidades. Como se vê, por meio deste serviço, é fornecido aos clientes, 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. Diz que estes serviços não permitem a localização de outros usuários, mas apenas controlar/gerenciar as ligações dos usuários vinculados a sua linha. Afirma 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 dúvida, totalmente descabida a presente cobrança.

Conclui que considerando que a matéria ora em discussão, já se encontra pacificada no judiciário em razão de ter sido analisada pelo Superior Tribunal de Justiça sob a sistemática de recursos repetitivos, não remanescem dúvidas quanto a necessidade de cancelamento da presente cobrança.

Diz que há disposição expressa no Código de Processo Civil, art. 15, determinando a aplicação pela administração pública, tanto supletiva, como subsidiária, dos entendimentos firmados em

sede de recurso repetitivo e repercussão geral. Diz que o referido diploma 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).

Conclui que diante da aplicação subsidiária do novo Código de Processo Civil aos processos administrativos, deve ser aplicado ao caso o entendimento firmado pelo STJ em sede de Recursos Repetitivos (REsp 1176753/RJ) no sentido de que o ICMS somente incide sobre os serviços de telecomunicação propriamente ditos, e não sobre os “*serviços suplementares e facilidades adicionais*” previstos no Convênio ICMS 69/98, tal como os serviços de valor adicionado autuados, em atenção ao disposto nos artigos 15 e 927, II, do novo Código de Processo Civil.

Prossegue afirmando existir erro na aplicação da multa no percentual de 100%, com fundamento no artigo 42, inciso III, da Lei nº 7.014/96.

Ainda que se admita como legítima a presente cobrança, a suposta infração cometida pela Impugnante se enquadraria situação tratada pelo artigo 42, inciso II, alínea “a”, da Lei nº 7.014/96.

Frisa que tanto não há dúvidas que esta seria a correta capitulação legal que em casos semelhantes ao presente (Autos de Infração nºs 279692.0005/12-8 e 279692.0003/13-3 - doc. 04), lavrados em face da ora Impugnante, pelo mesmo fundamento, qual seja, registro de operação ou prestação tributada como não tributada e a Autoridade Fiscal, acertadamente, aplicou a multa de 60%, prevista no dispositivo retro mencionado.

Pede que diante de multa específica e mais benéfica ao contribuinte deve ser reclassificada a multa imposta para aquela prevista no artigo 42, inciso II, alínea “a”, da Lei nº 7.014/96 (60% do valor do imposto). Alias, nesse sentido é a previsão contida no artigo 112, I do CTN.

No entanto, caso não se entenda pela reclassificação da multa cominada, o que se admite apenas para argumentar, de toda a forma, a multa no percentual de 100% deverá ser afastada em razão de seu manifesto caráter confiscatório.

Assim, 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.

Colaciona ao PAF diversos julgados sobre a matéria.

Por fim, requer seja dado integral provimento ao presente Recurso Voluntário, a fim que sejam cancelados os supostos débitos constituídos pelo Auto de Infração nº 279692.3002/16-2, uma vez que as prestações de serviços de valor adicionados não se sujeitam a incidência do ICMS.

Subsidiariamente, requer-se seja dado provimento ao presente Recurso Voluntário, a fim de que a multa imposta seja reduzida para 60% do valor do imposto, conforme previsão contida no artigo 42, II, “a” da Lei 7.014/96. Caso assim não se entenda, requer-se que a multa aplicada seja reduzida para patamares não confiscatórios.

Este é o Relatório

## VOTO VENCIDO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra o Acórdão nº 0104-03/17, prolatado pela 3ª JJF em 03/11/2016, que julgou Procedente o Auto de Infração epigrafado, lavrado em 02/06/2017, com o objetivo de exigir o débito no valor de R\$622.635,43, acrescido de 100% de multa como previsto no artigo 42, III, da Lei nº 7014/96, e dos acréscimos legais. Em razão da falta de recolhimento do ICMS na prestação de serviço de comunicação por escrituração de valores tributados como não tributados, Atividades meio e serviços suplementares, em razão do contribuinte não oferecer a

tributação do ICMS, serviços estes, que constam no relatório de faturamento denominado VAS, entregue à parte pelo próprio autuado, tendo em vista que o mesmo não escriturou estas prestações de serviços no Convênio 115, como solicita o RICMS/BA.

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

Deve-se frisar que o ICMS não incide sobre “comunicação”, mas sim sobre a prestação onerosa de serviços relativos à comunicação, de acordo com o artigo 2º da Lei Complementar nº 87/96 (“*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*”).

Logo, o cerne da questão está em definir se os serviços listados no Auto de Infração são de telecomunicação ou não.

Na conformidade dos artigos 60 e 61 da Lei nº 9.472/97 (Lei Geral das Telecomunicações), tem-se que:

**Art. 60. Serviço de telecomunicações é o conjunto de atividades que possibilita a oferta de telecomunicação.**

§ 1º Televisão é a 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.

§ 2º Estação de telecomunicações é o conjunto de equipamentos ou aparelhos, dispositivos e demais meios necessários à realização de telecomunicação, seus acessórios e periféricos, e, quando for o caso, as instalações que os abrigam e complementam, inclusive terminais portáteis.

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

§ 1º Serviço de valor adicionado não constitui serviço de telecomunicações, classificando-se seu provedor como usuário do serviço de telecomunicações que lhe dá suporte, com os direitos e deveres inerentes a essa condição. § 2º É assegurado aos interessados o uso das redes de serviços de telecomunicações para prestação de serviços de valor adicionado, cabendo à Agência, para assegurar esse direito, regular os condicionamentos, assim como o relacionamento entre aqueles e as prestadoras de serviço de telecomunicações (grifamos).

A Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel), ao regulamentar os serviços a ela afetos, via Resolução nº 73/98, ratifica o dispositivo legal acima transcrito:

**Art. 3º Não constituem serviços de telecomunicações:**

I – o provimento de capacidade de satélite;

II – a atividade de habilitação ou cadastro de usuário e de equipamento para acesso a serviços de telecomunicações;

**III – os serviços de valor adicionado, nos termos do art. 61 da Lei 9472 de 1997 (grifamos)**

Em resumo, os serviços listados na infração consistem em meros atos preparatórios ou auxiliares, que não se confundem com a prestação de serviço de comunicação e não satisfazem o último requisito para a cobrança do imposto: a transmissão da mensagem.

Sobre o tema, 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 analise 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).

Com efeito, esclareceu o STJ no próprio REsp 1176753, assim como em outros precedentes, que as atividades preparatórias ou de acesso aos serviços de comunicação, independente da sua nomenclatura ou da prestadora, não podem ser confundidas com o serviço de comunicação propriamente dito, e, por isso, não podem ser alvo do ICMS.

Este, inclusive, é o entendimento pacífico do E. Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, que tem afastado a incidência do ICMS sobre os serviços de valor adicionado, pois estes não se enquadram no conceito de serviço de comunicação, conforme se observa das ementas abaixo:

**"DIREITO TRIBUTÁRIO. ICMS. COMUNICAÇÕES. NÃO INCIDÊNCIA SOBRE SERVIÇOS ADICIONAIS E ACESSÓRIOS, PREPARATÓRIOS OU INTERMEDIÁRIOS, POSTO QUE NÃO SE CONFUNDEM COM O SERVIÇO DE COMUNICAÇÕES. PRECEDENTES DO STJ. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO IMPROVIDO."**

1. *Não incide ICMS sobre atividades acessórias, preparatórias ou intermediárias à efetiva prestação do serviço de comunicações, pois com este não se confundem.*

2. *Conforme entendimento consolidado no Superior Tribunal de Justiça, julgado sob a sistemática dos Recursos Repetitivos: "A prestação de serviços conexos ao de comunicação por meio da telefonia móvel (que são preparatórios, acessórios ou intermediários da comunicação) não se confunde com a prestação da atividade fim processo de transmissão (emissão ou recepção) de informações de qualquer natureza , esta sim, passível de incidência pelo ICMS. Desse modo, a despeito de alguns deles serem essenciais à efetiva prestação do serviço de comunicação e admitirem a cobrança de tarifa pela prestadora do serviço (concessionária de serviço público), por assumirem o caráter de atividade meio, não constituem, efetivamente, serviços de comunicação, razão pela qual não é possível a incidência do ICMS." (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)*

3. *A sentença está alinhada ao quanto proferido pelos Tribunais Superiores, não merecendo reforma. 4. Recurso improvido.*" (destacamos)

(Recurso de Apelação nº 0318029-22.2014.8.05.0001, 4ª Câmara Cível, Relator: Desembargador Roberto Maynard Frank, data do julgamento: 08/03/2016)

**"APELAÇÃO CÍVEL E REEXAME NECESSÁRIO. PROCESSO CIVIL. TRIBUTÁRIO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. ICMS. NÃO INCIDÊNCIA NOS SERVIÇOS DE VALOR ADICIONADO (SVA) POR NÃO SEREM CONSIDERADOS SERVIÇOS DE COMUNICAÇÃO. SENTENÇA PROCEDENTE MANTIDA. RECURSO IMPROVIDO."**

*O STJ já consolidou entendimento no sentido de que o ICMS não incide nas atividades preparatórias ou acessórias, salientando que o tributo somente recai sobre o serviço de comunicação propriamente dito, não merecendo acolhimento, portanto, a tese do apelante.*" (destacamos)

(Recurso de Apelação nº 0335246-78.2014.8.05.0001, 1ª Câmara Cível, Relator: Desembargador Augusto de Lima Bispo, data do julgamento: 29/02/2016)

Portanto, 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. Pelo todo exposto, voto pelo PROVIMENTO do Recurso Voluntário, para julgar o auto totalmente IMPROCEDENTE.

## VOTO VENCEDOR

Peço vênia ao nobre relator para divergir do entendimento esposado em seu voto, nos termos que segue.

Quero destacar, inicialmente, que os serviços de valor adicionado, diferentemente do que afirma o relator, não possuem uma identidade em si, senão pelo fato de que são prestados a partir da plataforma de telecomunicações pré-existente. Não se pode, assim, querer generalizar o tratamento jurídico-tributário dado a essas prestações, já que envolvem situações absolutamente distintas, podendo, ou não, constituir-se em prestação de serviço de comunicação, a depender do caso concreto.

É importante frisar que tais serviços não são, sequer, limitados taxativamente, a partir de um rol previamente dado, pois se referem a prestações “novas”, boa parte delas envidadas de forma inédita, até então, que surgem (da mesma forma que desaparecem) em função da dinâmica da tecnologia setorial.

Imaginem, portanto, a partir desse contexto, que consequências teria concluir, de forma generalizada, que os serviços de valor adicionado não se constituem em fato gerador do ICMS. Teríamos uma “porta aberta” para o surgimento de novos serviços, sem a ocorrência de qualquer tributação, para situações inéditas, cuja descrição poderia coincidir com uma autêntica prestação de serviços de comunicações.

A decisão precisa, portanto, considerar o caso concreto e a natureza e peculiaridade de cada serviço existente, bem como dos novos que são criados a cada dia.

Ademais, a alínea “a” do Inciso II do § 1º do art. 13 da LC 87/96 prevê que todas as importâncias pagas, recebidas ou debitadas ao destinatário devem ser oferecidas à base de cálculo, nos termos a seguir:

*“Art. 13. A base de cálculo do imposto é:*

...  
*§ 1º Integra a base de cálculo do imposto, inclusive na hipótese do inciso V 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;*  
... ”

Assim, não vejo como, à luz da legislação posta, seja possível prestar um serviço de valor adicionado, cobrando do destinatário, conjuntamente à cobrança pelo serviço de telecomunicações, e entender que se encontra fora do campo de incidência do imposto.

Filio-me, nesse sentido, ao Parecer exarado pela Procuradoria Geral do Estado, nos autos do Processo nº PGE 2015.177296-0, excluindo-se da incidência do ICMS apenas os seguintes serviços conexos ao de comunicação, prestados por meio da telefonia móvel: a) troca de titularidade de aparelho celular; b) conta detalhada; c) troca de aparelho; d) troca de número; e) mudança de endereço de cobrança de conta telefônica; t) troca de área de registro; g) troca de plano de serviço; h) bloqueio de DDD e DDI; i) habilitação; e j) religação.

Tal entendimento se encontra consagrado no Incidente de Uniformização nº 2016.164780-0, editado pela PGE/PROFIS, divulgado em 22/11/2016 mediante Ofício Gab/PROFIS/PGE nº 042/2016.

Como o presente lançamento não diz respeito a cobrança de qualquer dos itens acima listados,

não vejo como acolher a alegação recursal.

No que se refere à alegação de confiscatoriedade da multa aplicada, ressalto que não se inclui entre as competências deste colegiado a apreciação de aspectos relacionados à constitucionalidade da legislação tributária estadual, nos termos do art. 125, inciso I do Código Tributário do Estado da Bahia – COTEB.

Acolho, contudo, a alegação recursal para reenquadrar a multa aplicada em 60%, com fundamento no art. 42, inciso II, alínea “a” da Lei 7.014/96, abaixo reproduzido.

“Art. 42. Para as infrações tipificadas neste artigo, serão aplicadas as seguintes multas:

...

*II - 60% (sessenta por cento) do valor do imposto não recolhido tempestivamente:*

*a) em razão de registro de operação ou prestação tributada como não tributada, em caso de erro na aplicação da alíquota, na determinação da base de cálculo ou na apuração dos valores do imposto, desde que os documentos tenham sido emitidos e escriturados regularmente;*

...

Tal se justifica pelo fato de que não houve, por parte do contribuinte, qualquer fraude que pudesse atrair a incidência da regra prevista no inciso III do artigo citado. A empresa não tributou as operações porque entende que não fazem parte do campo de incidência do imposto estadual, mas não omitiu tais serviços, ao fisco, nem, muito menos, deixou de emitir o documento fiscal, tendo apenas deixado de tributar. O fisco pode, todavia, tomar conhecimento de tais operações e proceder à lavratura do auto de infração, não havendo motivos para tratar o comportamento empresarial como um ato doloso.

Assim, reenquadro a multa aplicada no art. 42, inciso II, alínea “a” da Lei nº 7.014/96.

Do exposto, dou PROVIMENTO PARCIAL ao 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, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 279692.3002/16-2, lavrado contra CLARO S.A, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$622.635,43**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

VOTO VENCEDOR – Conselheiros(as): Luiz Alberto Amaral de Oliveira, Tolstoi Seara Nolasco e Maurício Souza Passos.

VOTO VENCIDO – Conselheiros(as): Paulo Sérgio Sena Dantas, José Carlos Barros Rodeiro e Leila Barreto Nogueira Vilas Boas.

Sala das Sessões do CONSEF, 06 de novembro de 2017.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS - PRESIDENTE

PAULO SÉRGIO SENA DANTAS – RELATOR/VOTO VENCIDO

LUIZ ALBERTO AMARAL DE OLIVEIRA - VOTO VENCEDOR

RAIMUNDO LUIZ DE ANDRADE - REPR. DA PGE/PROFIS