

PROCESSO - A. I. Nº 269135.0007/17-1
RECORRENTE - TELEFÔNICA BRASIL S.A.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 4ª JJF Nº 0155-04/17
ORIGEM - IFEP SERVIÇOS
PUBLICAÇÃO - INTERNET 29/05/2018

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0079-11/18

EMENTA: ICMS. FALTA DE RECOLHIMENTO. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO. ESCRITURAÇÃO DE VALORES TRIBUTADOS COMO NÃO TRIBUTADOS. ATIVIDADES MEIO E SERVIÇOS SUPLEMENTARES: LIGAÇÕES LOCAIS E DE LONGA DISTÂNCIA INTERURBANAS, LIGAÇÕES RECEBIDAS E EM ROAMING, CHAMADAS 0800 (INTRA, VP3, LOCAL E VP1). 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. Os argumentos defensivos não se mostram capazes de elidir a infração. Não acolhida a preliminar suscitada. Negado o pedido de diligência. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Vencido o voto do relator. Decisão por maioria.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário contra a decisão e piso que julgou Procedente o Auto de Infração ora apreciado, lavrado em 29 de março de 2017, o qual exige ICMS no valor de R\$2.163.370,37 além da multa de 60%, pela constatação da seguinte infração:

Infração 01. 02.08.38. Falta de recolhimento do ICMS na prestação de serviço de comunicação por escrituração de valores tributados como não tributados, no período de janeiro a dezembro de 2015. Consta a informação dos autuantes de que “devido a não tributação pelo ICMS de Serviços de Comunicação para clientes diversos. CONTRIBUINTE NÃO OFERECEU À TRIBUTAÇÃO DIVERSAS RECEITAS DE TELECOMUNICAÇÕES ORIUNDAS DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS A CONTRIBUINTES ISENTOS, lançados nos registros magnéticos entregues à fiscalização conforme determina o Convênio ICMS 115/03. Sendo a base de cálculo do imposto determinada conforme Art. 52 do RICMS Dec. 6284/97. Tudo apurado conforme Anexos e os respectivos registros magnéticos na forma do Convênio ICMS 115/03, todos apensos a este PAF. Ressalte-se que não foram juntados ao PAF os demonstrativos com a totalidade dos dados devido ao seu volume, entretanto anexamos ao PAF um CD com os dados gravados em planilha Excel/Aces onde encontram-se a totalidade dos dados que deram origem as planilhas resumo mensal que estão anexadas a este PAF”.

Após a devida instrução processual, a 4ª Junta de Julgamento Fiscal decidiu pela Procedência, por unanimidade, nos seguintes termos abaixo colacionados:

VOTO

O lançamento constitui-se em uma única infração arrolada pela fiscalização, objeto de defesa por parte da empresa autuada.

Os autuantes, quando do lançamento, descreveu com precisão a infração cometida, apontando a conduta praticada pelo contribuinte, os artigos infringidos, a previsão legal da multa, os prazos para interposição de defesa, ou usufruto do benefício de redução dos percentuais de multa, além de indicar o sujeito passivo, tudo em conformidade com a disposição contida no artigo 39 do RPAF/99.

Tanto é assim que a empresa autuada compareceu ao processo, exercendo de forma irrestrita o seu direito de ampla defesa, prova disso é que abordou todos os aspectos da infração trazendo fatos e argumentos que ao seu

entender elidiriam a mesma, com precisão e exercendo sem qualquer restrição o contraditório, inexistindo, inclusive questões preliminares a serem analisadas, quando da interposição da impugnação.

Em relação a nulidade invocada pela defesa em mesa, durante o julgamento, não a acolho, diante do fato de que os serviços cujo imposto se lançou foram devidamente indicados nos anexos que compõem a autuação, em mídia encartada nos autos, de cuja cópia o sujeito passivo não somente teve conhecimento, como, de igual forma, os contraditou. Ademais, diante dos códigos ali inseridos, e tendo em vista o fato da documentação que embasou o lançamento estar em poder da empresa, esta, poderia, em nome do princípio da verdade material, ter trazido aquelas em relação às quais não concordasse, o que não o fez.

Tais parcelas, devidamente trazidas na defesa em seus diversos códigos, foi atribuída pela própria empresa autuada, a qual, mais do que ninguém, sabe a que tipo ou tipos de serviços específicos as mesmas se referem.

As planilhas que integram a mídia encartada nos autos, e que contém os demonstrativos e a escrituração fiscal digital do sujeito passivo lhe foi devidamente entregue, possibilitando, inclusive, na peça de defesa que se contestasse lançamento ali contido, conforme já visto linhas atrás.

Quanto ao pleito de realização de diligência solicitado pela defesa, nego o mesmo, não foi atendido o disposto no artigo 145 do RPAF/99:

“Art. 145. O interessado, ao solicitar a produção de prova ou a realização de diligência ou perícia fiscal, deverá, no pedido, fundamentar a sua necessidade.

Parágrafo único. Tratando-se de solicitação de perícia fiscal, o interessado deverá formular no pedido os quesitos a serem respondidos, sob pena de indeferimento de plano, podendo indicar, se preferir, seu assistente técnico, indicando sua qualificação e endereço”.

A empresa autuada apenas alega dificuldade em verificar a documentação de assevera extensa para a constatação da infração, se esquecendo que todos os elementos necessários para tal, a saber, escrituração e documentos fiscais se encontram em seu poder.

Ademais, entendo que os dados constantes no processo são suficientes para a sua apreciação, nos termos do artigo 147 do RPAF/99, segundo o qual, deverá ser indeferido tal pedido, quando o julgador considerar suficientes para a formação de sua convicção os elementos contidos nos autos, ou quando a verificação for considerada impraticável; for destinada a verificar fatos vinculados à escrituração comercial e fiscal ou a documentos que estejam na posse do requerente e cuja prova ou sua cópia simplesmente poderia ter sido por ele juntada aos autos; e de perícia fiscal, quando a prova do fato não depender do conhecimento especial de técnicos; for desnecessária em vista de outras provas produzidas; a verificação for impraticável.

O entendimento doutrinário, inclusive, é o de que o deferimento de diligência ou perícia deve obedecer a uma série de requisitos, contidos na norma legal. Todavia, o não atendimento desses requisitos é causa de desconsideração do pedido sem que isso signifique cerceamento do direito de defesa.

Ainda que atendidos todos os requisitos para a sua concessão, caso a autoridade julgadora entender que o pedido é prescindível, como é o caso presente, deverá fundamentar o indeferimento, sob pena de nulidade da decisão por cerceamento do direito de defesa, o que agora faço. Como decorrência do princípio da livre convicção, as diligências ou perícias também podem ser requeridas de ofício pela autoridade julgadora, quando as entender necessárias, conforme autorização normativa, o que, contudo, não se afigura no presente caso.

Diante de tais considerações, impende dizer-se que ainda obedecendo aos requisitos legais, o pedido submete-se unicamente à decisão dos julgadores, conforme reza a legislação em vigor, não sendo, de igual forma, motivo para a solicitação de ofício, ficando o atendimento ou não do pedido submetido ao entendimento unicamente dos julgadores.

Ressalte-se que a diligência, mais do que qualquer coisa, é prerrogativa dos julgadores, diante do seu entendimento, ou da necessidade de coligar ao feito elementos que aclarem a discussão da lide, o que não é o caso do presente feito.

Ademais, não observou a autuada o teor do artigo 145 do RPAF/99, o qual determina que o interessado, ao solicitar a produção de prova ou a realização de diligência ou perícia fiscal, deverá, no pedido, fundamentar a sua necessidade, o que, em momento algum conseguiu figurar na defesa.

Digno de registro é o fato da jurisprudência se posicionar no sentido, de inexistência de cerceamento de defesa, ante a negativa de tal pedido, a exemplo da decisão abaixo transcrita, oriunda do STJ:

“AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSO CIVIL. VIOLAÇÃO DO ART. 1º, § 2º, DA LEI N. 6.899/81. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SUMULA N. 211/STJ E 282/STF. PERÍCIA COMPLEMENTAR. NEGATIVA. AUSÊNCIA DE CERCEAMENTO DE DEFESA. LIVRE CONVENCIMENTO DO JULGADOR. REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS. SÚMULA N.7/STJ.

1. Aplica-se o óbice previsto na Súmula n. 211/STJ quando a questão suscitada no recurso especial, não obstante a oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pela Corte a quo.
2. O acesso à via excepcional, nos casos em que o Tribunal a quo, a despeito da oposição de embargos de declaração, não regulariza a omissão apontada, depende da veiculação, nas razões do recurso especial, de ofensa ao art. 535 do CPC.
3. **Não implica cerceamento de defesa a negativa de realização de perícia complementar quando o julgador a quo, com base no livre convencimento motivado, foi suficientemente convencido pelas conclusões a que chegou o perito.** A revisão desse entendimento demanda o reexame do conjunto fático probatório dos autos, o que é vedado em sede de recurso especial, nos termos da Súmula n. 7 do STJ.
4. Agravo regimental desprovido.

Processo: AgRg no AREsp 314656 SP 2013/0074424-1
Relator(a): Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA
Julgamento: 12/05/2015
Órgão Julgador: T3 - TERCEIRA TURMA
Publicação: DJe 18/05/2015”

No mérito, a tese defensiva é a de que sobre tais parcelas não incidiria o ICMS, tendo em vista que as parcelas não se constituiriam em prestações de serviços de comunicação e sim, de serviços não vinculados a esta, estando seu raciocínio amparado nas decisões que traz, emanadas do Poder Judiciário, e doutrina a respeito do tema.

A questão se resume especificamente na diferença de entendimento acerca de quais serviços conexos à comunicação poderiam ser tributados pelo ICMS.

O serviço de comunicação pressupõe todo um conjunto de atividades que possibilite sua prestação, na forma prevista na Lei nº 9.472/97, em seu artigo 60, e as respectivas tarifas instituídas para suportá-las estarão compreendidas nas determinações contidas nos artigos 8º, inciso II, alínea “b” e 13, § 1º, II, alínea “a”, da Lei Complementar nº 87/96, contrariamente ao entendimento da defesa.

Em tais normas, tudo o que integra o preço do serviço integra a base tributável, como incremento de seu valor, razão pela qual deve ela compreender também o que mais for pago à concessionária por efeito dos demais serviços prestados ou colocados à disposição do usuário, sejam quais forem as rubricas sob as quais se acham lançados na nota fiscal/fatura emitida pela concessionária ao final de cada período, ainda que com algumas poucas exceções, a serem vistas em momento posterior, das quais nenhuma das arroladas na autuação consta.

Desta forma, a base tributável, não pode apenas e tão somente abarcar o valor preço da tarifa devida pela prestação do serviço de comunicação, devendo compreender, também, os demais componentes do preço cobrado pela concessionária, contrapartida que são dos demais custos dos serviços por ela ofertados e utilizados pelo usuário do serviço.

Ou seja: tudo o que é cobrado em razão de um negócio jurídico único, passaria a ser incorporado na base de cálculo do imposto, na condição de despesas acessórias, de acordo com previsão da lei complementar. Assim, os demais encargos cobrados ou transferíveis aos tomadores de serviço, devem concorrer para a determinação da base do ICMS, a qual seria formada além do valor devido pela prestação do serviço de comunicação, propriamente dito, tarifas cobradas pelos demais serviços colocados à disposição do usuário, resultantes que são de um único negócio jurídico, pois tudo o mais que é pago por efeito da prestação dos serviços de comunicação deve integrar a base de cálculo do ICMS.

Tal raciocínio advém da impossibilidade de se reconhecer e identificar um negócio (autônomo e independente), ao qual a prestação pudesse eventualmente se referir. A impossibilidade de demonstração da existência de um vínculo jurídico paralelo e distinto induz a presunção de conexão do pagamento ao serviço de comunicação prestado.

Isso significa dizer que a base de cálculo do ICMS é o preço cobrado na fatura, por compreender, naturalmente, todos os custos incorridos por efeito do contrato de prestação do serviço de telefonia, pois, somente assim, a base impositiva do imposto estará guardando equivalência com a matéria tributável, fornecendo a exata medida da grandeza econômica do fato gerador a que corresponde e somente assim é atendida a correlação lógica que deve existir entre o fato gerador e o montante sobre o qual deve incidir o imposto, visto que o valor apurado por medição das ligações telefônicas concluídas, isoladamente considerado, revela-se insuficiente para traduzir o valor real da gama dos diversos serviços prestados pelas operadoras de telefonia celular.

E tal raciocínio assegura, suporta e embasa o lançamento tributário realizado.

Quanto ao argumento de que foram tributados irregularmente dentre outros, entes imunes, a exemplo de igrejas e locais de cultos religiosos, conforme lista exemplificativa elaborada pela defesa, efetivamente, por força do

comando Constitucional é vedado se instituírem impostos sobre templos de qualquer culto no que se refere ao patrimônio, renda e serviços, vinculados a suas finalidades essenciais (artigo 150, VI, b e § 4º). A expressão “Templos de qualquer culto” se apresenta como ampla que abrangeria não apenas Igrejas, como também as locais de cultos evangélicos, Lojas Maçônicas, Conventos, Centro de Formação de Rabinos, e quaisquer outros locais que facilitam o culto, veículos utilizados para atividades pastorais, como o templo móvel e etc. Assim os anexos dos templos também são abrangidos.

Todavia, esta imunidade não pode ser tida como ilimitada, não alcançando atividades desvinculadas do culto, como é o caso específico do uso da telefonia celular. O estacionamento pertencente à uma Igreja pode ser tributado pelo ISS, IPTU, IR, etc. Entretanto, o que é comercializado dentro do templo está a salvo da tributação, pois faz parte do culto. De igual forma os produtos adquiridos para limpeza dos templos, adquiridos no comércio local, não estão sujeitos a imunidade constitucionalmente prevista, por exemplo, Da mesma forma, é vedada a instituição de imposto sobre patrimônio, renda e serviços dos Partidos políticos e suas fundações, Sindicatos de empregados e Instituições assistenciais e educacionais sem fins lucrativos, observados os requisitos apontados na lei, consoante artigo 150, inciso III, alínea “c”, da Carta Maior. Logo, os serviços prestados pela autuada a tais instituições não se caracterizam como aqueles amparados por imunidade tributária, motivo pelo qual não se pode acolher tal argumento.

Diante das decisões judiciais colacionadas pela autuada, apesar do respeito às mesmas, e diante da dinamicidade do direito, se observa no âmbito do Poder Judiciário algumas mudanças de entendimento, como veremos adiante deste voto, na órbita do próprio STF.

Da mesma forma, o posicionamento adotado pelo STJ relativamente à matéria vai ao encontro do entendimento aqui esposado diante do fato de tal Órgão excluiu apenas alguns específicos e determinados serviços de valor adicionado do campo de incidência do ICMS, mas não o fez de forma global ou total em relação aos demais serviços.

Quanto à nota fiscal 525563 emitida em 20/03/2015 indicada pelo sujeito passivo na sua peça defensiva, como equívoco da autuação, ao analisar os dados integrantes da mídia acostada ao feito, observo que na linha 102683 da planilha juntada no CD de Dados ao PAF que a mesma teve o valor de R\$9,71 lançado na coluna de “OUTRAS”, o que invalida a arguição defensiva, tendo em vista não ter sido considerada para efeito do lançamento.

Também descabe se falar que o lançamento venha a se constituir em bis in idem até pelo fato de que isso somente aconteceria caso ao autuantes lançassem valores já tributados em momento anterior, o que a autuada não consegue comprovar, como seria necessário, inclusive com o exemplo acima anotado, onde incorreu a defesa em equívoco.

No tocante a disposição contida na Lei 9.472/1997 (Lei Geral de Telecomunicações), mencionada na peça de defesa, especialmente no caput do artigo 60 assim se conceitua o serviço de telecomunicação como: “conjunto de atividades que possibilita a oferta de telecomunicação”, ou seja, ao falar em conjunto não se resume apenas e tão somente ao ato ou momento da telecomunicação, mas até mesmo a sua disponibilização, estendendo-se a todo o conjunto de atividades a ela relacionadas, o que implica em computar na base de cálculo do imposto as facilidades e serviços complementares, que a agilize ou otimize, sem embargo do fato de haver previsão legal para tal cobrança.

Em relação a ligações de longa distância realizadas por outras operadoras, tal como trazido em relação à empresa Claro S/A, de igual forma não posso acolher a argumentação posta, frente ao fato de que a legislação não exclui tais operações da incidência do tributo, tendo, pois, a necessária base legal a cobrança ora realizada.

Oportuno a respeito, mencionar o teor do Incidente de Uniformização produzido pela Procuradoria Geral do Estado, através da Procuradoria Fiscal, a qual repensou o entendimento de diversas questões de natureza tributária, diante, inclusive, de decisões desfavoráveis para a Fazenda Pública.

Especificamente em relação a telefonia, assim se expressa o de número 2016.164780-0: “...informamos que foi arquivado o Incidente de Uniformização 2016.164780-0, que tratava de tributação dos serviços adicionais ao da comunicação. Assim se fez porque os Procuradores do Estado presentes à sessão plenária entenderam prudente aguardar o pronunciamento do STF acerca do tema, razão pela qual deliberaram pela sua exclusão da pauta de discussões.

De fato, em recente decisão datada de 13/10/2016, nos autos do RE nº 912.888, com repercussão geral reconhecida, o STF afirmou a incidência de ICMS sobre a tarifa de assinatura básica mensal cobrada pelas prestadoras de serviços de telefonia, circunstância que sugere possível adoção, pela Corte Constitucional, de linha de interpretação diversa daquela até então trilhada pelo STJ.

Assim, por ora, prevalece a orientação firmada por esta Procuradoria Geral do Estado nos autos do processo nº PGE 2015.177296-0, excluindo-se a incidência do ICMS apenas os seguintes serviços conexos ao de comunicação, prestados por meio de telefonia móvel: a) troca de titularidade do aparelho celular; b) conta

detalhada; c) troca de aparelho; d) troca de número; e) mudança de endereço de cobrança da conta telefônica; f) troca de área de registro; g) troca de plano de serviço; h) bloqueio de DDD e DDI; i) habilitação; j) religação”.

Como bem se observa de tal leitura, a orientação da PGE de exclusão dos serviços conexos ao da comunicação não abrange qualquer das hipóteses presentes na autuação.

No mesmo sentido, tem sido o entendimento deste Conselho, podendo mencionar os Acórdãos CJF 0023-11/17, 0274-11/16 e 0210-11/16.

Fato é que, não foram carreados pela defesa, os elementos de prova necessários para se contrapor de forma objetiva o lançamento, o que leva o julgador a, embora compreendendo a dificuldade de obtê-los, diante do quantitativo de documentos a serem analisados, a julgar o feito de acordo com os elementos presentes nos autos.

Quanto a observação de aplicação da base de cálculo prevista no RICMS/97, mencionada no lançamento pelos autuantes, somente posso atribuir a equívoco dos mesmos, uma vez que os fatos geradores foram verificados no ano de 2015, logo, na vigência do RICMS/12, sendo a mesma corretamente aplicada, nos termos contidos na Lei 7.014/96, artigo 17, inciso XIII combinado com o § 1º, inciso XI, que, como não poderia deixar de ser guarda total coerência com a determinação contida na lei Complementar 87/96.4

Por tais razões, julgo o feito procedente tal como lançado.

Inconformado, o Sujeito Passivo interpôs Recurso Voluntário objetivando a reapreciação da decisão proferida pela primeira instância, alegando os seguintes argumentos:

Inicialmente, atesta a tempestividade da peça recursal e tece um breve relato dos fatos.

Preliminarmente, aduz a nulidade do Auto de Infração, visto que a acusação fiscal (de inadimplência em operações supostamente sujeitas ao ICMS) não veio acompanhada de nenhuma motivação a demonstrar por que as rubricas “serviços contratados” e “serviços contratados Vivo móvel” estariam sujeitas ao imposto.

Ademais, afirma que tais rubricas não guardam nenhuma denotação de comunicação, não bastando à autoridade administrativa instruir o Auto de Infração com uma planilha constando tais descrições de serviços sem, no ato de lançamento propriamente dito (o Auto de Infração), justificar por que tais serviços deveriam ser tributados pelo ICMS.

Assevera que tal lacuna do lançamento tributário não pode ser preenchida pela presunção de que o contribuinte saberia que a acusação fiscal se reportaria a serviços-meio, pois, como ato formal, o lançamento tributário deve ser completo.

Assim, defende a nulidade em relação às rubricas “serviços contratados” e “serviços contratados Vivo móvel”, sendo, de rigor, a exclusão destas do montante de ICMS lançado.

No mérito, o recorrente faz uma análise segregada de cada serviço autuado no intuito de demonstrar que nem todo serviço prestado pelo o Recorrente tem natureza de comunicação.

Aponta que, embora a Junta de Julgamento Fiscal tenha concordado que há serviços conexos à atividade de comunicação que não sofrem a incidência do ICMS, assim como mostrou respeito à jurisprudência do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, invocada na defesa administrativa e que endossa tal entendimento, preferiu seguir a orientação da Procuradoria-Geral do Estado da Bahia, constante do Incidente de Uniformização nº 2016.164780-0, pelo qual os serviços tratados na atuação estariam sujeitos à incidência do ICMS.

“SERVIÇOS CONTRATADOS” E DOS “SERVIÇOS CONTRATADOS VIVO MÓVEL”:

Afirma que a autoridade administrativa autuou as receitas descritas como “serviços contratados” e “serviços contratos Vivo Móvel”, sem considerar, isoladamente, a especificação de cada serviço contido sob tais rubricas genéricas, o que acabou por causar a cobrança do ICMS sobre serviços-meio, meramente acessórios ao serviço de comunicação propriamente dito.

Explica que os serviços auxiliares e complementares têm objeto diverso da comunicação. Eles não têm como objetivo a comunicação, mas, sim, contém apenas uma obrigação de fazer, que não é vinculada diretamente à troca de informações inerente à comunicação. Cita entendimento

do doutrinador Roque Carrazza sobre a matéria.

Como exemplo, cita o serviço de “**assinatura** sem franquia de minutos”, descrito na fatura que acompanha a Nota Fiscal nº 2084/04/2015, acostada à impugnação (doc. 04), se enquadra no conceito de serviço-meio, diferentemente do serviço de telecomunicações. Conforme determina a legislação, devem ser tratados diferentemente o serviço (propriamente) de comunicação e aqueles que meramente se servem dele como um meio de realização (serviços adicionados).

Da mesma forma, não incide ICMS sobre os demais serviços complementares e de valor adicionado, tais como: “Vivo empresa flex assinatura”, “serviço gestão”, “pacote gestão completo”, entre outros, que compõe a rubrica “serviços contratados”. Anexa no bojo do recurso fatura que acompanha o documento fiscal (fl. 352).

Alega que não é pelo simples fato de que os serviços são prestados por empresa de telecomunicação e cobrados na conta telefônica que os serviços complementares e de valor adicionado podem ser confundidos com os serviços de comunicação.

Apresenta o Convênio ICMS 69/98, aprovado no Estado da Bahia pela Lei Estadual nº 11.899/10, que considerou os serviços de valor adicionado e suplementares incluídos na base de cálculo do ICMS, a despeito de tais serviços não configurarem a prestação efetiva de serviço de comunicação.

Todavia, demonstra que tal entendimento foi superado no julgamento do REsp nº 402.047/MG, onde a 1ª Turma do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, declarou ilegítima a cláusula primeira do Convênio ICMS 69/98,

Na mesma linha, foi o julgamento do REsp nº 1.176.753/RJ, na sistemática dos recursos repetitivos, onde a Primeira Seção do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, por maioria, também assentou o entendimento de que a prestação de serviços conexos ao de comunicação por meio da telefonia móvel não se confunde com a prestação da atividade fim, razão pela qual não é possível a incidência do ICMS. Ato contínuo, o Plenário do Egrégio Supremo Tribunal Federal decidiu, no julgamento do RE nº 572.020, neste mesmo compasso.

Entende que o Incidente de Uniformização nº 2016.164780-0, da Procuradoria-Geral do Estado da Bahia, suscitado pela Colenda Julga de Julgamento Fiscal, adotou uma interpretação rasa e literal da jurisprudência consolidada no âmbito dos Tribunais Superiores, não se podendo negar a imperatividade inerente a tais precedentes, ora invocados.

“DAS LIGAÇÕES DE LONGA DISTÂNCIA”:

Informa que a NFST nº 110070/07/2015, emitida em conjunto com a NFST nº 3697/07/2015, da empresa Claro S/A., cujos meios de rede foram contratos pelo Recorrente para a prestação do serviço de ligações de longa distância, não contém destaque do ICMS em relação a tal serviço.

Fundamenta com base nas regras do regime especial do Convênio ICMS nº 17/13, dispostas no sentido de que a responsabilidade pelo recolhimento do ICMS é do prestador do serviço ao usuário final, sendo recorrente que a concessionária que cede os meios de rede antecipe o pagamento do imposto.

Assim, no caso em apreço, não pode prevalecer a cobrança do imposto em relação os serviços de ligações de longa distância prestados com cessão de meio de rede, sob pena de violação da regra do *ne bis in idem*.

Assim, defende que é de rigor que os valores relativos às ligações de longa distância realizadas com cessão de meios de rede sejam, igualmente, excluídos do lançamento tributário.

“DOS CONSUMIDORES IMUNES OU ISENTOS”:

Informa que, no curso da ação fiscal, o Recorrente, respondendo à notificação, informou ao fisco que “há casos de isenção/imunidade, por exemplo, para clientes Governamentais”. Todavia, a autoridade administrativa incluiu no lançamento diversos serviços prestados a pessoas jurídicas

imunes, como sindicatos, associações, instituições do Poder Judiciários, Câmaras e Prefeituras Municipais, templos religiosos, entre outras.

Assim, defende que devem ser excluídos do lançamento os serviços prestados a órgãos da Administração Pública Direta e Indireta do Estado da Bahia, amparadas pela imunidade prevista no artigo 150, VI, da Constituição, que gozam de isenção por força do Convênio ICMS 107/95, incorporado ao Estado da Bahia pelo artigo 31, VI, do Decreto Estadual nº 6.284/97.

Quanto aos demais serviços, aponta que, tendo em vista o descomunal número de operações autuadas, o Recorrente não conseguiu, até o momento, analisar a totalidade dos serviços autuados, a fim de justificar por que foram escriturados como isentos/não tributados/outros na Escrituração Fiscal Digital (EFD).

Deste modo, o Recorrente afirma que se reserva do direito de prosseguir com sua análise e, posteriormente, comprovar a não incidência do ICMS em relação aos demais serviços autuados, sem prejuízo da conversão em diligência do julgamento, para que a autoridade fiscal se manifeste acerca das objeções feitas anteriormente e proceda a uma análise adequada de todas as rubricas.

Assim, entende que deve a autoridade administrativa, portanto, diligenciar na busca da verdade material, para, após a inequívoca identificação da matéria tributável, exigir o tributo devido.

Por fim, requer:

1. Preliminarmente, seja declarada a nulidade do Auto de Infração em relação às rubricas “serviços contratados” e “serviços contratados Vivo móvel” e,
2. No mérito, seja julgado improcedente o Auto de Infração, cancelando-se, integralmente, os créditos tributários por ele constituídos, ou, subsidiariamente, excluir do lançamento tributário os serviços-meios e os serviços prestados a pessoas imunes.
3. Protesta-se, ainda, pela juntada posterior de novas provas, em homenagem ao princípio da verdade material.

VOTO VENCIDO

Pretende o presente Recurso Voluntário a reapreciação da Decisão de piso que julgou Procedente o Auto de Infração em lide.

Primeiramente, ultrapasso o pedido de diligência por entender que o processo contém todos os elementos suficientes para sua elucidação, em conformidade com o art. 147, I, “a” do RPAF/BA.

Ademais, em relação ao pedido de nulidade do PAF, o mesmo é inconsistente, vez que o Auto de Infração foi devidamente lavrado, estando revestido das formalidades legais, permitindo a ampla defesa e em consonância com o devido processo legal.

Adentrando no mérito, o recorrente afirma que o Fisco não observou com a devida atenção o demonstrativo apresentado, já que a Bahia faz parte do Convênio 107/95, o qual concede a isenção de ICMS nas operações de prestação de serviços de comunicação para os órgãos da Administração Direta e das Fundações e Autarquias da Administração Pública Estadual, e dentre os seus tomadores de serviços encontram-se entidades isentas, como sindicatos, associações, instituições do Poder Judiciários, Câmaras e Prefeituras Municipais, templos religiosos, entre outras.

O art. 31, IV do RICMS/12 tem o seguinte entendimento:

Art. 31. São isentas do ICMS:

(...)

IV - a partir de 01/01/96, as prestações de serviços de telecomunicações utilizados por órgãos da administração pública estadual direta e suas fundações e autarquias mantidas pelo poder público estadual e regidas por normas de Direito Público, devendo o benefício ser transferido aos beneficiários, mediante a

redução do valor da prestação, na quantia correspondente ao imposto dispensado (Conv. ICMS 107/95 e 44/96). (grifo nosso)

Percebe-se claramente que, para fazer jus à isenção, o serviço de telecomunicação deve preencher alguns requisitos, quais sejam: ser prestado a órgãos da administração pública estadual direta; o serviço de telecomunicação deve ser prestado a fundações e autarquias mantidas pelo poder público estadual e regidas por normas de Direito Público; e o benefício deve ser transferido aos beneficiários mediante a redução do valor da prestação, na quantia correspondente ao imposto dispensado.

Todavia, o recorrente apenas citou que a empresa autuada prestava serviços a órgãos da administração pública, solicitando a realização de diligência para que fossem excluídas do PAF as parcelas abarcadas pela isenção.

Insta ressaltar que incube ao réu (recorrente, neste caso) o ônus da prova quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo de direito. E, em nenhum momento, o Recorrente comprovou a transferência do benefício fiscal aos beneficiários mediante a redução do valor da prestação, na quantia correspondente ao imposto dispensado.

Deste modo, não há que se falar em isenção, já que tais requisitos não foram cumpridos (e se o foram, não restaram comprovados).

Saliento que, caso o Recorrente consiga produzir tais provas, é cabível o Controle de Legalidade junto à PGE/PROFIS.

Quanto às operações de ligações de longa distância, não acato as razões recursais por entender que a prestação de serviço ocorrida entre a Claro S.A e o Recorrente não é o objeto da operação autuada. O que está sendo discutido no processo é o serviço de ligações de longa distância aos contratantes do serviço junto à recorrente.

Entendo que, neste caso, estamos diante de um serviço de comunicação propriamente dito, devendo ser tributado, como entendeu a fiscalização e a Junta de Julgamento Fiscal.

Em relação à ilegitimidade da autuação sobre serviços suplementares e de valor adicionado, o tema ainda encontra certa divergência nos julgados deste CONSEF. Entendo que os serviços tidos como atividade-meio não constituem serviços de comunicação, mas sim facilitadores deste, não devendo incidir ICMS por não se confundir com a prestação da atividade-fim.

Deste modo, alinho-me integralmente ao entendimento do ilustre Conselheiro Rafael Barbosa de Carvalho Figueiredo, que expõe com clareza solar o posicionamento adotado pelo STJ e os demais Tribunais Estaduais, como o TJBA.

Assim, com a devida vênia, colaciono o voto do referido Conselheiro, com os devidos grifos por mim realizados. Vejamos:

“Em que pese o brilhantismo do voto do Ilustre Relator, divirjo do seu entendimento quanto à incidência do ICMS Comunicação sobre os serviços complementares e de valor adicionado prestados pelas empresas de telecomunicação.

Conforme já apontado acima, a presente autuação fiscal se refere à cobrança de ICMS Comunicação sobre os serviços de gerência, aluguéis mensais de equipamentos indispensáveis à prestação de serviço de comunicação, instalação de equipamentos indispensáveis à prestação de serviço de comunicação e configuração lógica dos equipamentos inerentes ao serviço de comunicação, consoante a planilha de fls. 17 a 28.

Ab initio, 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”).

Não há dúvida de que os serviços prestados pelas empresas de telecomunicações são onerosos, logo, o cerne da questão está em definir se estes serviços 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 Telecomunicação 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).

Note-se que o mero aluguel do aparelho indispensável ao serviço de comunicação não representa prestação do serviço de comunicação, pois, na verdade, sequer há prestação de serviço, tendo em vista que a locação representa uma obrigação de dar, e não de fazer. Entendimento totalmente pacificado no Supremo Tribunal Federal, que acarretou na edição da Súmula Vinculante nº 31 no sentido de que “É inconstitucional a incidência do Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza - ISS sobre operações de locação de bens móveis”.

Outrossim, os serviços de gerência, instalação e configuração que também são objeto de exigência de ICMS-Comunicação, não representam serviços de comunicação passíveis de tributação por meio do ICMS. Isso porque a prestação destes serviços não configura propriamente uma forma de comunicação, isto é, não representa a contratação de um serviço oneroso que tenha por fim permitir a transmissão de informações.

Tratam-se de serviços auxiliares e complementares ao serviço de comunicação, os quais com ele não se confundem, conforme expressamente previsto na legislação supratranscrita, bem como é pacificamente reconhecido na jurisprudência do STJ.

Manifestamente, a telefonia tem por objeto a contratação de um serviço oneroso que tenha por fim permitir a transmissão de informações, pois, aproxima a troca de relatos por duas pessoas. A contratação do serviço de telefonia tem por função única permitir o acesso entre duas pessoas, de sorte a poderem encaminhar mensagens.

Por sua vez, os serviços auxiliares e complementares têm objeto diverso, pois, o seu principal objetivo não é a comunicação, no sentido tributário técnico (contratação de um serviço oneroso que tenha por fim permitir a transmissão de informações), mas, a obrigação de fazer que não é vinculada diretamente à troca de informações inerente à comunicação, ou seja, são meras atividades meio que apenas conduzem à comunicação. Neste sentido, a doutrina de Roque Antônio Carrazza:

*[...] o ICMS não incide sobre a comunicação propriamente dita, mas sobre a relação comunicativa, isto é, a atividade de alguém, em caráter negocial, fornecer a terceiros condições materiais para que a comunicação entre eles ocorra. E, depois, que, em decorrência da execução do contrato oneroso de prestação de serviços, estes efetivamente se comuniquem entre si. [...]. Mas, mais do que isto: é mister, ainda, que a comunicação se complete, porque, afinal, o que se tributa, no caso, não é a simples contratação do serviço. De fato, o ICMS sobre serviços de comunicação – como, de resto, qualquer imposto que nasce da prestação de serviços (v.g., o ISS) – só incide depois da concreta (real, efetiva) prestação do serviço. Serviço potencial de comunicação não permite tributação por meio de ICMS. O que faz nascer o dever de recolher este tributo é a concreta (real, efetiva) prestação do serviço de comunicação. [...]. O que estamos querendo remarcar é que o tributo em tela incide sobre a prestação dos serviços de comunicação (atividade-fim); não sobre os atos que a ela conduzem (atividades-meio). **A simples disponibilização, para os usuários, dos meios materiais necessários à comunicação entre eles ainda não tipifica a prestação do serviço em exame, mas simples etapa necessária à sua implementação. Deveras, na medida em que a Constituição autoriza sejam***

tributadas as prestações de serviços de comunicação, não é dado, nem ao legislador, nem muito menos ao intérprete e ao aplicador, estender a incidência do ICMS às atividades que as antecedem e viabilizam. Expliquemo-nos melhor. Consoante já adiantamos, a série de atos que colocam à disposição dos usuários os meios e modos aptos à prestação dos serviços de comunicação é etapa propedêutica, que não deve ser confundida com a própria prestação destes serviços. Não tipificando o fato impositivo do ICMS-Comunicação, está, pois, fora de seu campo de incidência. [...]. Igualmente não se confundem com os serviços de comunicação – não podendo, destarte, ser tributados por meio de ICMS – os ‘serviços de valor adicionado’ (art. 61, da Lei nº 9.472/1997), que aumentam o valor e o alcance da comunicação (v.g., a secretária eletrônica). Afinal, o que se tributa são as prestações de serviços de comunicação, e não as prestações de quaisquer serviços por empresas de comunicação. (Carrazza, Roque Antônio in ICMS. 10ª ed., São Paulo: Malheiros, 2005, p.162-164, 167 e 171 - grifamos).

Assim, por exemplo, o serviço de auxílio à lista (102) se encaixa, portanto, no conceito de serviço de valor adicionado, diferentemente do serviço de telefonia, nítido serviço de telecomunicações. Conforme determina a legislação, devem ser tratados diferentemente o serviço (propriamente) de comunicação e aqueles que meramente se servem dele como um meio de realização (serviços adicionados).

Da mesma forma, não incide ICMS sobre os demais serviços complementares e de valor adicionado, tais como: alarme, agenda, backup, troca de titularidade, conta detalhada, religação, habilitação etc. Tais serviços devem ser tributados exclusivamente pelo ISS, e não pelo ICMS Comunicação.

Este é o entendimento pacificado no Superior Tribunal de Justiça em sede de recurso repetitivo:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. ICMS. SERVIÇOS CONEXOS (SUPLEMENTARES) AO DE COMUNICAÇÃO (TELEFONIA MÓVEL): TROCA DE TITULARIDADE DE APARELHO CELULAR; CONTA DETALHADA; TROCA DE APARELHO; TROCA DE NÚMERO; MUDANÇA DE ENDEREÇO DE COBRANÇA DE CONTA TELEFÔNICA; TROCA DE ÁREA DE ESTADO DA BAHIA SECRETARIA DA FAZENDA CONSELHO DE FAZENDA ESTADUAL (CONSEF) ACÓRDÃO CJF Nº 0197-11/16 11 REGISTRO; TROCA DE PLANO DE SERVIÇO; BLOQUEIO DDD E DDI; HABILITAÇÃO; RELIGAÇÃO. NÃO INCIDÊNCIA DO ICMS.

1. A incidência do ICMS, no que se refere à prestação dos serviços de comunicação, deve ser extraída da Constituição Federal e da LC 87/96, incidindo o tributo sobre os serviços de comunicação prestados de forma onerosa, através de qualquer meio, inclusive a geração, a emissão, a recepção, a transmissão, a retransmissão, a repetição e a ampliação de comunicação de qualquer natureza (art.2º, III, da LC 87/96).

2. A prestação de serviços conexos ao de comunicação por meio da telefonia móvel (que são preparatórios, acessórios ou intermediários da comunicação) não se confunde com a prestação da atividade fim processo de transmissão (emissão ou recepção) de informações de qualquer natureza, esta sim, passível de incidência pelo ICMS. Desse modo, a despeito de alguns deles serem essenciais à efetiva prestação do serviço de comunicação e admitirem a cobrança de tarifa pela prestadora do serviço (concessionária de serviço público), por assumirem o caráter de atividade meio, não constituem, efetivamente, serviços de comunicação, razão pela qual não é possível a incidência do ICMS.

3. Não merece reparo a decisão que admitiu o ingresso de terceiro no feito, pois o art. 543-C, § 4º, do CPC autoriza que o Ministro Relator, considerando a relevância da matéria tratada em recurso especial representativo da controvérsia, admita a manifestação de pessoas, órgãos ou entidades com interesse na questão jurídica central.

4. Agravo regimental de fls. 871/874 não provido. Recurso especial não provido. Acórdão sujeito ao regime previsto no art. 543-C do CPC, c/c a Resolução 8/2008 - Presidência/STJ. (REsp 1176753/RJ, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Rel. p/ Acórdão Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 28/11/2012, DJe 19/12/2012)

Note-se que no presente caso, o processo foi encaminhado à PGE/PROFIS para que esta emitisse opinativo sobre o caso, tendo em vista a jurisprudência acima mencionada.

Ocorre que a PGE/PROFIS adotou uma interpretação rasa e literal da jurisprudência consolidada no âmbito do STF e do STJ, acolhendo tão somente a não incidência do ICMS nos seguintes serviços conexos ao de comunicação: troca de titularidade de aparelho celular, conta detalhada, troca de aparelho, troca de número, mudança de endereço, cobrança de conta telefônica, troca de área de registro, troca de plano de serviço, bloqueio de DDD/DDI, habilitação e religação. Note-se que estes serviços foram elencados no acórdão do RESP 1176753/RJ (recurso repetitivo) de forma meramente exemplificativa, e jamais de forma taxativa como entendeu a PGE/PROFIS.

A prova disso é que o voto condutor do RESP 1176753/RJ não inova o entendimento do STJ e tão somente ratifica a: “orientação sufragada em inúmeros julgados da 1ª Seção desta Corte é de que o ICMS só deve incidir sobre os serviços de comunicação propriamente ditos, no momento em que são prestados, ou seja, sobre a atividade-fim, e não sobre atividades-meio ou intermediárias, como são, por exemplo, a habilitação, a

instalação, a disponibilidade, a assinatura, o cadastro de usuário e de equipamento, entre outros serviços; isso porque, diz-se, nesses casos, o serviço é considerado preparatório para a consumação do ato de comunicação ou posterior a sua consumação”.

Deve-se frisar que a aplicação do entendimento dos Tribunais Superiores consolidados nas súmulas, recursos repetitivos e repercussão geral não pode se limitar à parte dispositiva dos julgados. Isso porque o que faz o precedente judicial são as suas razões de decidir, e não a sua parte dispositiva. Veja-se que o posicionamento restrito defendido pela Ilustre PGE/PROFIS pretende aplicar de forma literal a simples ementa do RESP 1176753/RJ e sequer observa todo o entendimento já pacificado há anos no âmbito do STJ, que acarretou na edição do referido acórdão em sede de recurso repetitivo.

Frise-se que no voto condutor deste acórdão é fundamentado em vários julgados anteriores do STJ que reconhecem a não incidência do ICMS Comunicação sobre a locação de aparelhos, assinatura, habilitação, instalação, disponibilidade, cadastro de usuário e de equipamento, por exemplo. Sendo assim, segundo o entendimento do STJ pacificado há vários anos e consolidado em sede de recurso repetitivo, é ilegal a incidência do ICMS Comunicação sobre serviços configurados como atividade meio, ou intermediária, à atividade fim objeto do serviço de comunicação.

No presente caso, os serviços de: “gerência, aluguéis mensais de equipamentos indispensáveis à prestação de serviço de comunicação, instalação de equipamentos indispensáveis à prestação de serviço de comunicação e configuração lógica dos equipamentos inerentes ao serviço de comunicação” são nítidas atividades meio e, portanto, não é legal a exigência de ICMS Comunicação sobre eles.

E não se diga que a Súmula Vinculante nº 31, ao determinar que não incide ISS sobre a locação de bens móveis, permitiria a incidência do ICMS Comunicação sobre o aluguel de aparelhos de essenciais à prestação do serviço de comunicação.

Tal entendimento não condiz com as razões de decidir dos precedentes do Supremo Tribunal Federal que acarretaram na edição da referida súmula. Isso porque a incidência do ISS sobre a locação de bens móveis foi considerada inconstitucional porque não se configura uma obrigação de fazer, e sim mera obrigação de dar. Ou seja, a locação não é serviço:

E M E N T A: IMPOSTO SOBRE SERVIÇOS (ISS) - LOCAÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR - INADMISSIBILIDADE DA INCIDÊNCIA DESSE TRIBUTO MUNICIPAL - DISTINÇÃO ENTRE LOCAÇÃO DE BENS MÓVEIS (OBRIGAÇÃO DE DAR OU DE ENTREGAR) E PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS (OBRIGAÇÃO DE FAZER) - IMPOSSIBILIDADE DE A LEGISLAÇÃO TRIBUTÁRIA MUNICIPAL ALTERAR A DEFINIÇÃO E O ALCANCE DE CONCEITOS DE DIREITO PRIVADO (CTN, ART. 110) - INCONSTITUCIONALIDADE DO ITEM 79 DA ANTIGA LISTA DE SERVIÇOS ANEXA AO DECRETO-LEI Nº 406/68 - PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - ATENDIMENTO, NA ESPÉCIE, DOS PRESSUPOSTOS LEGITIMADORES DA CONCESSÃO DE PROVIMENTO CAUTELAR (RTJ 174/437-438) - OUTORGA DE EFICÁCIA SUSPENSIVA A RECURSO EXTRAORDINÁRIO, QUE, INTERPOSTO POR EMPRESAS LOCADORAS DE VEÍCULOS AUTOMOTORES, JÁ FOI ADMITIDO PELA PRESIDÊNCIA DO TRIBUNAL RECORRIDO - DECISÃO REFERENDADA PELA TURMA (STF, AC 661 QO, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 08/03/2005, DJ 08-04-2005 PP-00026 EMENT VOL-02186-1 PP-00108 RDDT n. 119, 2005, p. 160-164 RET v. 8, n. 44, 2005, p. 38-43 RNDJ v. 6, n. 67, 2005, p. 79-82 RB v. 17, n. 505, 2005, p. 54)

Sendo assim, como a locação não é serviço, pois não configura obrigação de fazer, é descabida a conclusão de que a locação de aparelhos de essenciais à prestação do serviço de comunicação configuraria fato gerador do ICMS Comunicação, uma vez que o critério material da hipótese de incidência deste imposto representa a prestação de um serviço (obrigação de fazer).

Observe-se que a materialidade da hipótese de incidência do ICMS Comunicação assemelha-se à do ISS, pois prescreve a cobrança do imposto sobre a prestação do serviço.

A diferença é que o serviço que acarreta a incidência do ICMS Comunicação é aquele que representa a contratação de um serviço oneroso que tenha por fim permitir a transmissão de informações.

Por outro lado, os demais serviços, desde que indicados na lista anexa à LC 116, estão sujeitos à incidência do ISS. Em síntese, para que haja a incidência do ICMS Comunicação é imprescindível que conjuntamente haja a configuração da prestação de um serviço e que este serviço tenha natureza de serviço de comunicação.

Ressalte-se que o que faz um serviço ser de comunicação é natureza do serviço prestado, e não a condição subjetiva de quem o presta (empresa de telecomunicação, no caso), muito menos a forma como é cobrado (conta de telefone, no caso). Não é pelo simples fato de que os serviços são prestados por empresa de telecomunicação e cobrados na conta telefônica que os serviços complementares e de valor adicionado podem ser confundidos com os serviços de comunicação.

Ante o exposto, entendo que merece reforma a Decisão recorrida, haja vista que, de acordo com a LC 87/96, a

legislação atinente aos serviços de telecomunicações e o entendimento pacificado do STJ, não é cabível a aplicação do Convênio 69/98, nem mesmo de Lei Estadual que preveja de forma idêntica o seu conteúdo. Portanto, deve ser reconhecida a não incidência do ICMS sobre os serviços complementares e de valor adicionado.

Destarte, voto pelo PROVIMENTO do Recurso Voluntário para reconhecer a não incidência do ICMS Comunicação sobre o aluguel de equipamentos e os serviços de gerência, instalação de equipamentos indispensáveis à prestação de serviço de comunicação e configuração lógica dos equipamentos inerentes ao serviço de comunicação, bem como todos os outros que configurem mera atividade meio à prestação do serviço de comunicação.”.

Deste modo, em análise do demonstrativo apresentado, nota-se que muitos dos serviços, de fato, sofrem incidência de ICMS, como ligações locais, ligações recebidas a cobrar, ligações de longa distância, dentre outras. Todavia, os “serviços” e “serviços contratados”, são tidos como serviços complementares.

A título de exemplificação, o Recorrente juntou extratos de pagamento para demonstrar a descrição do que seriam os “serviços contratados”, restando claro que se trata de atividades-meio na prestação da comunicação em si.

São elencados para demonstrar os “serviços contratados”, quais sejam: “Vivo empresa flex assinatura”, “serviço gestão”, “pacote gestão completo”, entre outros.

Assim, devem ser excluídos os valores concernentes a serviços que não são serviços de comunicação stricto sensu, por não incidir ICMS.

Por fim, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário, acatando as razões recursais no tocante aos serviços contratados acima expostos.

VOTO VENCEDOR

Com a devida vênia, venho divergir do voto aqui posto pela eminente Relatora, visto que a posição da PGE/PROFIS está em perfeita consonância com a mais recente jurisprudência dos tribunais superiores. A incidência do imposto neste auto decorre de várias situações entre elas alegadas imunidades como os serviços prestados a órgãos da Administração Pública Direta e Indireta do Estado da Bahia, amparadas pela imunidade prevista no artigo 150, VI, da Constituição.

O STF apreciou tal tema sob sistemática de repercussão geral, em que se decidiu que a imunidade tributária só se aplica aos beneficiários quando estes estão na condição de contribuinte de direito e não de fato. Assim, é que no caso do IPTU, os prédios públicos governamentais gozam de imunidade, já que ali está um contribuinte de direito, mas não se aplica no caso do ICMS de linha telefônica, já que o contribuinte de direito é o Recorrente, sendo os órgãos governamentais figurantes na condição de contribuintes de fato.

Quanto aos serviços adicionados, a jurisprudência deste Conselho é farta, razão pela qual, assim como a Relatora se alinhou ao voto vencido do Conselheiro Rafael Barbosa de Carvalho Figueiredo, trago o voto vencedor do Conselheiro Luis Amaral - ACÓRDÃO CJF Nº 0023-11/17:

Faz-se necessário destacar, inicialmente, que o ICMS incide não apenas sobre a prestação de serviços de “telecomunicações”, mas sobre todas as prestações onerosas de serviços de “comunicações”, da qual as telecomunicações são apenas uma modalidade. Assim, em que pese os “serviços de valor adicionado” não se constituírem em “serviço de telecomunicações”, nos termos do § 1º do art. 61 da Lei nº 9.472/97 (Lei Geral das Telecomunicações), nada nos autoriza a concluir, de forma generalizada, que estão fora do campo de incidência do imposto estadual, diferentemente do que pontua o Recorrente.

O posicionamento do STJ relativamente à matéria corrobora este entendimento, pois a corte superior apenas excluiu determinados serviços de valor adicionado do campo de incidência do ICMS, mas não generalizou a sua conclusão para os demais serviços, os quais não foram sequer objeto de questionamento no REsp 945.037/AM.

Os serviços de valor adicionado, pois, não possuem uma identidade em si, senão pelo fato de que são prestados a partir da plataforma de telecomunicações pré-existente. Não se pode, porém, querer generalizar o tratamento jurídico-tributário dado a essas prestações, pois 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 teríamos concluir, de forma generalizada, que os serviços de valor adicionado não se constituem em fato gerador do ICMS.

Tal ilação resultaria numa “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. Nesse sentido, não é possível excluir, prima facie, os “serviços de valor adicionado” da tributação do ICMS sem que se tenha uma descrição da atividade prestada pela Cia Telefônica, cujas nuances é que vão, efetivamente, determinar, ou não, o seu enquadramento do campo de incidência.

Face ao exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário e mantenho integralmente a decisão de piso. Auto de Infração Procedente.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão por maioria, com voto de qualidade do presidente, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **269135.0007/17-1**, lavrado contra **TELEFÔNICA BRASIL S. A**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento imposto no valor de **R\$2.163.370,47**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

VOTO VENCEDOR – Conselheiros: Ildemar José Landin, Paulo Danilo Reis Lopes e Maurício Souza Passos.

VOTO VENCIDO – Conselheiros(as): Laís de Carvalho Silva, Luiz Augusto Fernandes Dourado e Carlos Antonio Borges Cohim Silva.

Sala de Sessões do CONSEF, 04 de abril de 2018.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

LAÍS DE CARVALHO SILVA – RELATORA/VOTO VENCIDO

ILDEMAR JOSÉ LANDIN - VOTO VENCEDOR

ALINE SOLANO SOUZA CASALI BAHIA - REPR. DA PGE/PROFIS