

A. I. N° - 269135.0011/15-2
AUTUADO - TIM CELULAR S.A.
AUTUANTES - JOSÉ MARIA BONFIM COSTA e GILSON DE ALMEIDA ROSA JÚNIOR
ORIGEM - IFEP SERVIÇOS
PUBLICAÇÃO - 10/08/2018

3^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0113-03/18

EMENTA: ICMS. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO. SERVIÇO DE TELECOMUNICAÇÃO. PRESTAÇÕES TRIBUTÁVEIS REGISTRADAS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. AUXÍLIO À LISTA. O ICMS incide sobre a comunicação propriamente dita, também sobre os serviços complementares, suplementares e facilidades adicionais configurando prestação de serviço de telecomunicação, admitidos no Convênio ICMS 69/98. Os serviços de comunicação tributáveis pelo ICMS são aqueles que permitem que a mensagem transmitida pelo emissor seja recebida e compreendida pelo receptor. Ocorrendo esse processo, sendo ele oneroso, o ICMS será devido pelo prestador do serviço de comunicação. Infração subsistente. Rejeitada a arguição de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração lavrado em 22/12/2015, exige crédito tributário no valor de R\$41.338,51, acrescido da multa de 60% em razão da falta de recolhimento do ICMS na prestação de serviço de comunicação por escrituração de valores tributáveis como não tributáveis, infração, nos meses de janeiro a dezembro de 2013, Infração - **02.08.38**.

Consta como complemento que: “Devido a não tributação pelo ICMS de Serviços de Comunicação para clientes diversos, Contribuinte não ofereceu a tributação receitas de telecomunicações oriundas de prestação de serviços de chamadas auxílio à lista de contribuintes não-isentos, conforme lançado nos registros magnéticos entregues a 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 ao PAF. Ressalte-se que não foram anexados ao PAF os demonstrativos com a totalidade dos dados devido ao grande volume, entretanto anexamos ao PAF um CD com os dados gravados em planilha Excel onde encontra-se a totalidade dos dados que deram origem as planilhas resumo mensal que estão anexas a este PAF.”

O impugnante, por meio de advogado com procuraçāo à fl. 51, apresenta defesa, fls. 36 a 49, inicialmente observa sua tempestividade, reproduz o teor da autuação e articula suas razões de defesa na forma resumida a seguir.

Destaca que a autuação foi lavrada com base na prestação de um serviço em que não há incidência do tributo, qual seja, auxílio à lista (telelista), por acrescentar, a um serviço de telecomunicações que lhe dá suporte e com o qual não se confunde, nova utilidade relacionada ao acesso, armazenamento, apresentação, movimentação ou recuperação de informações, na forma do art. 61, caput, da Lei nº 9.472/97, Lei Geral das Telecomunicações - LGT.

Registra que o presente Auto de Infração é improcedente, uma vez que o mencionado serviço acima não se enquadra nas hipóteses de incidência do ICMS.

Suscita a nulidade do termo de intimação por erro na identificação do sujeito passivo. Esclarece que. O Serviço de Informação de Código de Acesso (serviço de auxílio à lista telefônica ou telelista) tem como objetivo prestar informações aos usuários sobre o Código de Acesso de

Assinantes. Prossegue explicando que esse serviço é realizado exclusivamente pelas prestadoras do Serviço Telefônico Fixo Comutado - STFC destinado ao uso do público em geral, ou seja, as empresas responsáveis pelo serviço de auxílio à lista telefônica - Telelista são aquelas que operam na telefonia fixa, que mantém contrato com a empresa de telefonia celular - Doc. 02, fls. 61 a 72, para que seja possível a realização dessa operação. Remata asseverando que toda vez que a operadora de telefonia móvel deseja disponibilizar tal serviço aos seus clientes deve primeiramente contratar com a telefonia fixa, a fim de que esta o ofereça.

Aduz que, sendo o serviço de auxílio à lista telefônica de responsabilidade das prestadoras de telefonia fixa, não há qualquer motivação para que lhe seja imputada a responsabilidade pelo recolhimento do imposto.

Sustenta que mesmo se fosse considerado um serviço de comunicação, o ICMS seria devido pelas operadoras de telefonia fixa e não pelas operadoras de telefonia móvel, em vista de serem as prestadoras do serviço.

Afirma que a autuação, ao lhe eleger como sujeito passivo da obrigação principal, o faz de forma equivocada, na medida em que não é a pessoa jurídica responsável pela execução do serviço, além do fato do serviço em questão não estar sujeito à tributação pelo imposto.

Ao cuidar do mérito da autuação, frisa que o ICMS é um tributo de competência estadual, cuja regra-matriz de incidência, prevista no art. 155, inciso II, da CF/88. Assinala ainda que o art. 2º, inciso III, da Lei Complementar nº 87/96, prevê de igual modo ao texto constitucional, ou seja, determina como hipótese de incidência do ICMS, dentre outras, as prestações onerosas de serviços de comunicação, em cujo conceito se insere os de telecomunicações.

Aduz que o serviço de auxílio à lista (telelista) é considerado como uma atividade meramente preparatória ao serviço de telecomunicação, sendo considerado, portanto, como Serviço de Valor Adicionado - SVA. Assinala que acordo com o art. 61, §1º, da Lei nº 9.472/1997, o SVA se caracteriza como um serviço que acrescenta a um serviço de telecomunicações que lhe dá suporte e com o qual não se confunde uma nova utilidade relacionada ao acesso, armazenamento, apresentação, movimentação ou recuperação de informações, e não se caracteriza em nenhum momento como serviço de telecomunicações.

Depois de reproduzir o inciso III do art. 3º da Resolução ANATEL nº 73/98, mencionar a posição do STJ e STF, sobre esse tema, revela restar claro que a cobrança do ICMS é indevida em razão da inequívoca comprovação de que o serviço de telelista é uma atividade preparatória do serviço de telecomunicação.

Registra que possui a seu favor decisão transitada em julgado, Doc. 04, fls. 96 a 109, proferida pela Seção Cível de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, nos autos do Mandado de Segurança nº 0001542-92.2010.8.05.0000, determinando a não inclusão de serviços constantes da cláusula primeira do Convênio 69/98 na base de cálculo do ICMS, nos seguintes termos:

“Diante de tais considerações, concedo parcialmente a segurança pleiteada para determinar que os valores cobrados a título de ICMS incidam apenas sobre a atividade fim da impetrante, retirando do seu cálculo o previsto pelo Convênio nº 69/98.”

Por isso, afirma que o fisco não pode proceder de forma divergente da orientação constante da decisão judicial obtida pela Impugnante, ou seja, a esfera administrativa é obrigada a respeitar a decisão judicial, sob pena de incorrer em crime de desobediência previsto no Código Penal.

Ressalta que a decisão transitada em julgado no Mandado de Segurança nº 0001542-92.2010.8.05.0000 não configura, neste caso, mera decisão ilustrativa da jurisprudência atual, por se tratar, na verdade, de ordem judicial na qual figura como impetrante contra ato coator praticado pelo Secretário da Fazenda do Estado da Bahia, ou seja, estão diretamente ligados à ordem judicial em comento tanto o Autuante como a Autuada deste Auto de Infração.

Salienta que também ajuizou a Ação Anulatória nº 0521256-70.2013.8.05.0001 contra o Estado da Bahia, com o objetivo de desconstituir o débito consubstanciado no Auto de Infração nº 269135.0006/12-4, Doc. 05, fls. 110 a 118, que, no mesmo sentido do Auto de Infração ora impugnado, consubstancia a cobrança do ICMS sobre serviços de auxílio à lista, no período de outubro a dezembro de 2008. Continua assinalando que na Ação Anulatória em tela, a Impugnante também tem a seu favor sentença que julgou procedente o pedido, para reconhecer a inexistência de relação jurídico-tributária que a obrigue a recolher o ICMS sobre o serviço de “auxílio à lista”, a qual foi confirmada por meio de acórdão proferido nos autos do Recurso de Apelação interposto pelo Estado da Bahia - Doc. 06, fls. 120 a 132.

Revela que o presente Auto de Infração, ao cobrar o ICMS sobre os serviços de auxílio à lista telefônica, age de forma ilegal e sem observar o entendimento jurisprudencial e, ainda, desrespeitando ordem judicial já transitada em julgado, pelo que deve ser cancelada a cobrança consubstanciada nesta autuação.

No que concerne à multa aplicada revela ser abusiva e ter nítido caráter confiscatório, pois equivale a 60% do valor do imposto.

Assevera que a ilegalidade e o caráter confiscatório das multas impostas aos contribuintes decorrem da violação frontal aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, bem como ao disposto no art. 150, inciso IV, da CF/88.

Dessa forma, ainda que o tributo seja devido, a multa aplicada é desrazoada e desproporcional, tendo em vista o excessivo encargo que está sendo imposto à Impugnante e deveria ter sido aplicada em um patamar razoável à gravidade da infração cometida.

Revela que o STF já se manifestou quanto à possibilidade de aplicação do princípio de vedação ao confisco às multas quando são arbitrariamente impostas, caracterizando desproporcionalidade com a infração. Frisa que o Tribunal Pleno quanto ao mérito da Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 551, julgou procedente o pedido para declarar a inconstitucionalidade dos §§ 2º e 3º do art. 57 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição do Estado do Rio de Janeiro, os quais dispõem sobre as multas punitivas.

Destaca a posição da doutrina pátria sobre as multas confiscatórias transcrevendo trecho de lições sobre o tema da lavra do jurista Sacha Calmon Navarro.

Registra ser inegável que a sanção imposta criou um encargo exageradamente oneroso e desproporcional à infração cometida, sendo proibido o confisco em matéria tributária.

Mesmo que se entenda, que a cobrança seja devida, afirma ser evidente e proibido o efeito confiscatório da multa, razão pela qual esta deve ser adequada a patamares mais justos.

Conclui pugnando pela improcedência do Auto de Infração e, ainda que se entenda pela manutenção da cobrança, roga pela redução da multa aplicada para um patamar razoável.

Os autuantes prestam informação fiscal, fls. 135 a 139, aduzindo os argumentos a seguir sintetizados.

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

Assinalam que diante do expedito, resta provado haver ocorrido à prestação do serviço de comunicação e sendo estes serviços onerosos, está totalmente caracterizada sua tributação pelo ICMS.

Lembram que após a tentativa de descharacterizar a ocorrência do fator gerador do ICMS sobre tais serviços, o impugnante alega, ainda, que de fato esses serviços são facilidades colocadas à disposição dos usuários do serviço de telefonia e estas não são tributadas de acordo com o art. 61 da lei 9.472/97.

Esclarecem que a Lei 9.472/97 não tem competência, de acordo com a Constituição Federal, para legislar sobre matéria tributária estadual (ICMS), pois, somente uma lei ordinária tributária estadual ou Convênio entre os Estados pode fazê-lo.

No que diz respeito à argumentação do impugnante de que a prestação do serviço não é prestada por ele próprio, mas sim pelas empresas de telefonia fixa, informam que tal argumento não resiste a mais frágil observação. Ressaltam que a autuação ocorreu com base nos dados constantes no Convênio ICMS 115/03 fornecidos pelo contribuinte e, se estes valores estão lançados no referido, eles efetivamente foram cobrados dos seus clientes na medida em que os dados lançados são o espelho da nota fiscal enviada ao cliente. Por isto, sustentam não ser plausível a alegação de que não há prestação onerosa de sua parte sobre estes serviços. Tanto é assim, arrematam que estes valores estão lançados no Convênio ICMS 115/03.

Asseveram que a tributação do serviço de auxilio a lista está totalmente amparada na legislação tributária do ICMS. Diz que, conforme forme demonstrado, fica claro que a alegação do contribuinte está completamente des caracterizada, pois existem provas suficientes anexas ao PAF mostrando que a autuação deve ser mantida na sua integra.

No tocante ao perfil confiscatório da multa aplicada alegado pelo defensor, esclarecem que na aplicação dessa multa a fiscalização seguiu determinação da Lei 7.014/96, como não poderia deixar de ser, por exação da sua atividade vinculada.

Concluem pugnando pela procedência do Auto de Infração.

Tendo sido julgada a defesa prejudicada do presente feito por essa 3^a Junta de Julgamento Fiscal consoante Acórdão JJF Nº 0089-03/16, fls. 144 a 148, a 2^a CJF desse CONSEF, ao julgar Recurso Voluntário do Autuado, decidiu, através do Acórdão CJF Nº 0052-13/18, julgar nula a decisão de piso determinando o retorno dos autos à Primeira Instância para apreciação e julgamento do mérito da autuação com o fundamento de que no presente caso não se aplica o art. 117, do RPAF-BA/99, uma vez que não há renúncia ao poder de recorrer na esfera administrativa ou desistência da impugnação ou recurso interposto, por inexistir interposição de qualquer medida judicial específica pelo Autuado que implicasse desistência da continuidade da apreciação administrativa da presente lide.

VOTO

Inicialmente cabe refutar a nulidade da Intimação suscitada pela Defesa, sob o argumento de que tendo sido o serviço realizado pelas Prestadoras de Serviço Telefônico Fixo Comutado - STFC e não pelo Autuado. Essa pretensão não deve prosperar, tendo em vista que, o fato de terceirizar o serviço, objeto da autuação, não exime o Impugnante da condição de prestador de serviço de comunicação ao seu cliente, cujos serviços são por ele faturados. Logo, o contrato de prestação de serviços de comunicação é celebrado entre o Autuado e seus clientes, não atraindo qualquer responsabilidade para o executor contratado pelo ora Recorrente. Ou seja, não há que falar em nulidade do Termo de Intimação por erro de identificação do sujeito passivo.

Ademais, registro que o presente Auto de Infração obedeceu, em sua lavratura, aos ditames do art. 39, do RPAF-BA/99 e encontra-se apto a surtir seus efeitos jurídicos e legais. Eis que a descrição dos fatos e sua capitulação legal são condizentes com os fatos reais e com o direito aplicável; foi obedecido o devido processo legal, através do qual o Impugnante exerceu a ampla defesa e o contraditório, obteve as peças necessárias a sua defesa, foram obedecidos os prazos previstos legalmente e demais exigências formais, bem como a base de cálculo do imposto foi apurada corretamente.

A defesa alegou que o serviço de auxílio à lista (Telelista) é considerado como uma atividade meramente preparatória ao serviço de telecomunicação, sendo considerado, portanto, como Serviço de Valor Adicionado - SVA. Sustentou que, acordo com o art. 61, §1º, da Lei nº 9.472/1997, o SVA se caracteriza como um serviço que acrescenta a um serviço de telecomunicações que lhe dá suporte e com o qual não se confunde, uma nova utilidade relacionada ao acesso,

armazenamento, apresentação, movimentação ou recuperação de informações, e não se caracteriza em momento algum como serviço de telecomunicações.

A legislação de regência que define a incidência do ICMS sobre prestações de serviços de comunicação é abrangente, pois tributa todos os serviços postos à disposição ou efetivamente prestados aos usuários, independentemente do nome ou código que lhe sejam dados, desde que decorra de uma efetiva prestação onerosa. É nesse sentido as regras contidas no inciso III, do art. 2º, da LC 87/97 e do inciso VII, do art. 2º, da Lei Estadual nº 7.014/96.

Regra esta que tem como fonte as disposições do Convênio ICMS 69/98, que se reveste de norma interpretativa da LC 87/96.

Ademais, os argumentos expendidos às normas de incidência do ICMS vigentes no atual sistema tributário, devem ser as complementadas pelas disposições legais atinentes à base de cálculo. A LC 87/96 estabelece em seu art. 13, inciso III, que a base de cálculo do imposto, na prestação de serviço comunicação, é o preço do serviço.

Os serviços preparatórios e os serviços suplementares são prestados para viabilizar a prestação principal (serviço de comunicação), portanto, são elementos desse serviço, atos preparatórios ou suplementares, cobrados dos usuários, e devem compor a base de cálculo do ICMS-comunicação, visto que estão intrinsecamente ligados à prestação principal.

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

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

[...]

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

[...]

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

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

II - o valor correspondente a:

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

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

Convém salientar que a apuração da base de cálculo foi corretamente efetuada pelo Autuante, conforme no inciso I, do §1º, do art. 17, da Lei 7.014/96, na medida em que, ao dividir os valores não tributados pelo sujeito passivo por 0,72 e 0,73, inclui o montante do próprio imposto na base de cálculo, não realizado antes pelo sujeito passivo, pois não considerou tais operações tributadas, não havendo, portanto, conforme alinhado, qualquer ilegalidade ao assim proceder o autuante.

Nas decisões sobre essa matéria no CONSEF, tem prevalecido o entendimento acima aduzido, conforme reiteradas decisões de suas Câmaras de Julgamento Fiscal no sentido de que o ICMS incide sobre prestações de serviços de comunicação postos à disposição ou efetivamente prestados aos usuários, uma vez que a Lei Complementar nº 87/96, assim como o art. 1º, inciso III, c/c o art. 2º, inciso VII, da Lei nº 7.014/96, além do art. 1º, §2º, inciso VII, do RICMS-BA/97, 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, inclusive serviços de chamadas de auxílio à lista. Cito como exemplos os Acórdãos nºs 0099-12/11, 272-11/16, 0455-11/04 e 0286-12/17.

O defensor também alegou que a exigência do ICMS não procede, porque possui em seu favor decisão transitada em julgado proferida pela Seção Cível de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, nos autos do Mandado de Segurança nº 0001542-90.2010.8.05.0000, fls. 96 a 109, determinando a não inclusão de serviços constantes da cláusula primeira do Convênio ICMS 68/98 na base de cálculo do ICMS. Asseverou que a decisão transitada em julgado no Mandado de Segurança não configura mera decisão ilustrativa da jurisprudência, eis que se trata de ordem judicial.

Asseverou o impugnante que também tem a seu favor sentença na Ação Anulatória nº 0521256-70.2013.8.05.0001 que julgou procedente seu pedido para reconhecer a inexistência de relação jurídico-tributária que o obrigue a recolher ICMS sobre o serviço de “Auxílio à Lista”, a qual foi confirmada por meio de Recurso de Apelação interposto pelo Estado da Bahia, fls. 120 a 132.

No que tange às decisões de tribunais favoráveis ao posicionamento do Impugnante neste processo, temos a dizer que os acórdãos judiciais citados 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 das normas que regem o ICMS. 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.

Assim, nos termos expendidos, não há como prosperar o argumento defensivo, no tocante à exclusão dos serviços de Auxílio à Lista do campo de incidência do ICMS - Comunicação.

Quanto à alegação de que a multa aplicada tem caráter confiscatório não há como prosperar haja vista que este órgão não tem competência para afastar a aplicabilidade da Legislação Tributária Estadual, assim como não lhe cabe competência para decretar a constitucionalidade de seus dispositivos, no presente caso àqueles relativos à aplicação das aludidas multas, em conformidade com o art. 167, do RPAF-BA/99, bem como as decisões dos Tribunais apontados pelo autuando não vinculam os atos administrativos dessa unidade federativa.

Ante o exposto Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 269135.0011/15-2, lavrado contra **TIM CELULAR S.A.**, devendo ser intimado o Autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$41.338,51**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso II, alínea “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 10 de julho de 2018.

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - PRESIDENTE EM EXERCÍCIO - RELATOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS - JULGADORA

LUÍS ROBERTO DE SOUSA GOUVEA - JULGADOR