

PROCESSO - A. I. Nº 279692.0006/17-5
RECORRENTE - CLARO S.A.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JJF nº 0076-02/18
ORIGEM - IFEP SERVIÇOS
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 22/03/2019

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJP Nº 0032-12/19

EMENTA: ICMS. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO. OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS CONSIDERADAS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. (INFRAÇÕES 01 e 02). 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. Excluídos os referidos pelo STJ no REsp nº 1.176.753/RJ, cujo entendimento foi pacificado em acórdão submetido ao rito dos recursos repetitivos, a prestação onerosa dos serviços de comunicação SVA ou VAS prestados por qualquer meio, são tributáveis pelo ICMS. Entendimento das disposições da LC 87/97 (art. 2º, III), e, da Lei Estadual nº 7.014/96 (art. 2º, VII), complementado pela Cláusula Primeira do Convenio ICMS 81/2011. Rejeitada a preliminar de nulidade e indeferido o pedido de diligência. Infração mantida com base em reiterada jurisprudência do CONSEF. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Vencido o voto do relator. Decisão por maioria.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário contra a decisão da 2ª Junta de Julgamento Fiscal que julgou Procedente o Auto de Infração lavrado em 14/12/2017, para exigir crédito tributário de R\$1.878.313,91, acrescido da multa de 100%, acusando o cometimento das seguintes infrações:

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 2016, conforme Anexo A, no valor de R\$772.410,43. Enquadramento legal: Arts. 1º, III; 2º, VII e 32, da Lei nº 7.014/96, c/c art. 218, III, do RICMS/BA. Multa: Art. 42, III, da Lei nº 7.014/96 (100%);

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 2016, conforme Anexo B, no valor de R\$1.105.903,38. Enquadramento legal: Arts. 1º, III; 2º, VII e 32, da Lei nº 7.014/96, c/c art. 218, III, do RICMS/BA. Multa: Art. 42, III, da Lei nº 7.014/96 (100%).

A 2ª JJF decidiu pela Procedência do Auto de Infração, por unanimidade, com base no voto do Relator de primeiro grau, a seguir transcrito:

VOTO

Conforme relatado, o lançamento de ofício processado contempla 02 infrações relativas a serviços de comunicação não escriturados nos livros fiscais próprios e não oferecidos a tributação.

Examinando os autos constato que o PAF está consoante com o RICMS-BA e com o RPAF-BA/99, pois o lançamento tributário resta pleno dos essenciais pressupostos formais e materiais e os fatos geradores do crédito tributário constam claramente demonstrados nos autos.

Assim, considerando que: a) conforme recibo de fls. 03 e 40, cópia do Auto de Infração e dos papéis de trabalho indispensáveis para o esclarecimento dos fatos narrados no corpo do auto foram entregues ao contribuinte; b) na lavratura do Auto de Infração foi devidamente cumprido o disposto nos artigos 15, 19, 26, 28, 38, 39 (em especial quanto ao inciso III e § 1º), 41, 42, 44, 45 e 46, do RPAF; c) o processo se conforma nos artigos 12, 16, 22, 108, 109 e 110 do mesmo regulamento; d) as infrações estão claramente descritas, corretamente tipificadas e têm suporte nos demonstrativos e documentos fiscais autuados, emitidos na forma e com os requisitos legais (fls. 06-14 e CD de fl. 42); e) as infrações estão determinadas com segurança, bem como identificado o infrator, constato não haver vício a macular o PAF em análise.

Quanto à preliminar arguição de nulidade por ilegitimidade passiva, embora o Impugnante alegue que os serviços objeto da autuação foram prestados por terceiro, aos autos não aportou o indispensável elemento probatório a corroborar seus argumentos. Ao contrário sensu, tanto os elementos autuados como a obviedade da matéria neste aspecto confirmam que o contribuinte autuado é a pessoa a figurar no polo passivo da relação jurídica tributária instalada pelo Auto de Infração em juízo administrativo, senão vejamos.

A um, porque todas as informações sobre os serviços autuados constam dos registros de fatura documentados da autuada e não da terceira empresa alegada; foram por ela informados à SEFAZ cumprindo determinações legais pertinentes e deles extraídas para fielmente comporem as planilhas Anexas A e B que suportam a exação fiscal.

A dois, porque, a contrariar a alegação, as suas institucionais propagandas por todos os meios, sejam televisivos, radiofônicos, impressos ou no seu próprio site da internet, o próprio sujeito passivo torna público, notório e evidente a prova de que todos os serviços autuados integram um único seu portfólio, são oferecidos e prestados aos seus consumidores num modelo “combo multi ou mix” envolvendo telefonia fixa e móvel, internet e TV por assinatura (Claro TV) e a eles cobrados em única fatura emitida pela empresa autuada.

A três, porque considerando as disposições dos artigos 373, II (ônus de provar o fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do sujeito ativo) e 374, I (fato notório, evidente, de conhecimento amplo), ambos do CPC que aqui se aplica subsidiariamente, ao informar na manifestação em resposta à Intimação Fiscal nº 018/2017 que suas receitas e respectivas rubricas se distinguem em três grandes grupos (fl. 17: Cobrança na fatura de parcelamento de aparelhos; Gestor Online; Taxa de habilitação) e não comprovar documentalmente a alegada receitas de terceiros – inclusive o repasse -, em que diz atuar como mera agente arrecadadora dos recursos (fl. 19), a própria autuada confirma os indícios e circunstâncias acima indicadas para convencer-me da impertinência da sua arguição de ilegitimidade passiva, razão pela qual afasto a nulidade suscitada.

Do mesmo modo, por considerar os elementos contidos nos autos suficientes para a formação de minha convicção meritória e por destinar-se a verificar fatos vinculados à escrituração comercial e fiscal ou a documentos que, em existindo, estão na posse do requerente e cuja prova ou sua cópia simplesmente poderia ter sido por ele juntada aos autos, com fundamento no art. 147, I, do RPAF, indefiro os pedidos de diligências suscitados.

Quanto ao mérito, o bifurcando, a Impugnação alinha um mesmo argumento para as duas infrações, qual seja: a) a não incidência de ICMS sobre os serviços que entende complementares e de valor adicionado (SVA ou VAS), sendo que a Infração 01 se refere a diversos serviços que entende complementares (“Som de Chamada”, “Club Pet”, “QuizSuper”, “Minha Notícia”, “PayKids” e “Loot”, “Claro Video”, etc., constantes do Anexo A, e a Infração 02 sobre o serviço que presta denominado “Gestor Online, identificado no Anexo B pelos códigos MONVPN e MONVNPN; b) sucessivamente, protesta contra a forma em que foi estabelecida a base de cálculo para a exação fiscal, a qual entende inadequada aos termos do art. 13, III c/c o § 1º, I da LC nº 87/96.

Tendo em vista que tanto a impugnação como a informação fiscal tratam conjuntamente ambas infrações, do mesmo modo elas serão aqui apreciadas.

As infrações acusam o não recolhimento do ICMS na prestação de serviço de comunicação por falta de pertinente escrituração nos livros fiscais apropriados para apuração dos saldos mensais do imposto no período autuado (exercício fiscal 2016), conforme Anexos A e B, contidos nos arquivos em CD fl. 42 e amostras impressas de fls. 06-11, cujas cópias foram entregues ao sujeito passivo, conforme recibo de fl. 40.

Consta na descrição dos fatos que o sujeito passivo prestou os serviços de telecomunicações denominadas VAS relacionados nos Anexos “A” (Infração 01) e “B” (Infração 02) não os escriturando no Convênio 115, como indica o RICMS/BA, tudo apurado do relatório de faturamento também denominado “VAS”.

Defendendo-se, o sujeito passivo impugnou o lançamento e a sanção imposta pelo Auto de Infração em juízo

administrativo, sustentando a não incidência de ICMS sobre as operações a que se refere, pois, segundo ele, não constitui fato gerador do ICMS, já que não caracterizariam serviços de comunicação propriamente ditos (“Abril”, “Som de Chamada”, “QuizSMS”, “Qualifica”, “Cupido”, “Minha Notícia”, “Claro Vídeo”, etc.) que somente ocorreria quando um terceiro fornece, em caráter oneroso, os meios para que emissor e receptor possam trocar mensagem. Alega que tais serviços foram prestados por terceiros e, por isso, também não se poderia exigir qualquer tributo incidente sobre eles, aduzindo que caso “fosse devido ICMS sobre tais materialidades – hipótese que admite somente para fins argumentativos – deveria ser cobrado exclusivamente do efetivo prestador dos serviços, que in casu foi a EMBRATEL TVSAT”.

Preliminarmente - como acima relatados -, informando diversos Acórdãos do CONSEF sobre o mesmo tema, os autuantes rebateram os argumentos defensivos, lembrando que dos 47 (quarenta e sete) serviços de telecomunicações agora autuados, 36 (trinta e seis) já foram objeto de anteriores autuações, sendo que este mesmo sujeito passivo já reconheceu a pertinência de exação fiscal sobre alguns, inclusive, pagando valores correspondentes.

Informando que ainda que mantendo seus códigos, o sujeito passivo já alterou a descrição dos serviços por diversas vezes, tabelam um histórico das exações fiscais anteriores (fl. 131 dos autos).

Explicam que nas prestações dos serviços relacionados nas infrações 01 e 02 existe mensagem e sua transmissão e recepção são patentes, sendo que a peculiar mensagem previamente gravada em alguns deles não descaracteriza o circuito da comunicação, conforme definição do impugnante. Para configurar o fato gerador do imposto, informam que as prestações são onerosas e, como as demais, não caracterizam atividade-meio, como quer o impugnante.

Analizando o PAF, observo que a exação fiscal se fundamenta no 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 se repete no art. 1º, inciso III, c/c o art. 2º, inciso VII, da Lei nº 7.014/96, prevendo a incidência de ICMS sobre 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.

É 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. Eis sua redação, bem como da lei baiana citada:

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 fatos 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;

Em face da 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 celebraram 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”.

Logo, desde a inserção das regras do Convênio ICMS 69/98 na legislação tributária baiana, há incidência de ICMS sobre os serviços de comunicação com 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, como é o caso do fornecimento oneroso de imagens, televisão por assinatura, comunicação, transmissão de dados, telefonia.

Frise-se, ainda, que, conforme destaque abaixo, a integração da Bahia ao Convênio 81/2011, reforça e demonstra a incidência do ICMS sobre diversos serviços de comunicação prestados neste Estado:

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, para efeito de incidência de ICMS, os Estados signatários do Conv. 81/2011 acordaram que os 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 citada, o serviço de comunicação tributável pelo ICMS se perfaz com a colocação à disposição do usuário dos meios e modos aptos à transmissão e recepção de mensagens. Existe claramente, nos serviços alvo da exigência, uma mensagem, sua transmissão e sua recepção. Ao contrário do que afirma o Impugnante, o fato de alguns dos serviços serem iniciados por mensagem previamente gravada e comandados por máquina, a interação do usuário, incluindo e obtendo dados, além de não descaracterizar, reforça o círculo da comunicação envolvido no serviço oneroso prestado pelo sujeito passivo e, portanto, não uma atividade-meio como pretende fazer crer o Impugnante.

Como veremos pormenorizadamente, os dispositivos legais apontados pelo impugnante não podem fixar o campo de incidência do ICMS sobre os serviços SVA ou VAS oferecidos onerosamente aos seus consumidores para maiores facilidades e comodidades na prestação dos serviços de telecomunicações tributáveis, pois estes têm legislação própria para regular a matéria.

Quanto aos serviços de comunicações MOVPN e MONVPNV, sem maiores detalhes ou comprovação documental o Impugnante alega referir-se ao serviço Gestor Online que prestou, equivocadamente digitados pelos códigos MONVPN e MONVNPN. Para corroborar seus argumentos apenas junta um modelo em “branco” de um “Termo de Adesão ao Módulo Gestor Online” (fls. 117-118).

Ocorre que não comprovando o erro que alega, o certo é que os serviços MOVPN e MONVPNV, conforme a ilustração juntada pelos autuantes à fl. 135, permitem o uso da rede da operadora para traduzir as informações das antenas coletadas em campo e receber latitudes e longitudes consultadas de forma a localizar outro usuário, o que corrobora a seguinte informação que os autuantes afirmam proceder do mesmo sujeito passivo em PAF's anteriores: “este serviço permite o uso da rede da operadora para traduzir as informações das antenas coletadas em campo e receber latitudes e longitudes consultada de forma a localizar outro usuário habilitado”.

É que os sítios/antenas, redes telefônicas, controlador central e consoles de despacho fazem parte da rede da operadora, sem os quais, os dados não trafegam e sem este tráfego o serviço de comunicação de rastreamento não existe. Portanto, apesar das constantes alterações na denominação dos serviços MONVPN e MONVNPN realizada pela autuada, vejo que tais caracterizam prestações de serviços de comunicação sujeitos a incidência do ICMS.

O defendente alega que o artigo 61 da Lei nº 9.472/97 - Lei Geral de Comunicações - definindo o serviço de valor adicionado que não se confunde com serviço de telecomunicações corrobora sua argumentação, bem como seria este o entendimento judicial firmado tanto pelo TJBA (Ap. nº 0335246-78.2014.8.05.0001), bem como pelo STJ (REsp nº 1.271.947/BA, DJ: 11.02.2014), que o teria pacificado em acordo submetido ao rito dos recursos repetitivos (REsp nº 1.176.753/RJ, DJe 19/12/2012).

Ora, 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 serviços de telecomunicações. Sem embargo, como acima exposto, os Estados signatários do

Convênio ICMS 69/98 firmam entendimento no sentido de que os valores relativos à prestação dos serviços adicionados suplementares, bem como os relativos a facilidades adicionais que otimizem ou agilizem o processo de comunicação, independentemente da denominação que lhes seja dada, se incluem na base de cálculo do ICMS incidente sobre prestações de serviços de comunicação, entendimento também expressado pela PGE/PROFIS deste Estado, conforme exposição que negou Provimento ao Recurso Voluntário, nos autos do processo nº 2986360062/12-7 (Acórdão CJP nº 0263-12/13), contendo semelhante exação fiscal a operadora de serviços de telecomunicações concorrente do contribuinte que figura no polo passivo desta relação jurídico-tributária.

O entendimento pacificado pelo STJ no REsp nº 1.271.947/BA, DJ: 11.02.2014 refere-se à não incidência de ICMS sobre serviços acessórios, intermediários ou preparatórios de telefonia celular que não foram objeto de autuação neste Auto de Infração (Troca de titularidade de aparelho celular, conta detalhada, troca de aparelho, troca de número, mudança de endereço de cobrança de conta telefônica, troca de registro, troca de plano de serviços, bloqueio de DDD e DDI, habilitação e religação), até porque há expressos opinativos da PGE/PROFIS acolhendo o entendimento jurisprudencial.

Assim, no que tange às decisões emanadas do STJ (Superior Tribunal de Justiça) favoráveis ao entendimento esposado pelo contribuinte, os acórdãos judiciais citados pelo Impugnante não alcançam o presente caso, pelo que não comportam fundamento para a não agregação dos valores relativos aos SVA ou VAS autuados à base de cálculo dos serviços onerosos de comunicação de que tratam tanto o art. 2º, II da LC nº 87/96, como o art. 1º, VII, da Lei Estadual nº 7.014/96. A reforçar tal entendimento está a disciplina exposta na Cláusula primeira do Convênio ICMS 81/2011, com relação aos serviços prestados aos consumidores situados no território da Bahia.

Nesse entendimento incluem-se na base de cálculo do ICMS a ser apurado pelo sujeito passivo. os valores que cobra pelos serviços relacionados na Intimação fiscal de fl. 13, cuja resposta foi dada pelo sujeito passivo no documento de fl.17-23 que, conforme os Anexos “A” e “B” do levantamento fiscal, integram e compõe este PAF.

Ainda que diga NÃO discutir a possibilidade de cálculo “por dentro” do ICMS, mas APENAS a impossibilidade da majoração da base de cálculo que diz imposta pelo Fisco (gross up), expondo exemplo, o argumento de defesa sucessivo alega existência de um “equivocado “cálculo por dentro” do imposto, já que entende que a Fiscalização acresce ao valor efetivamente cobrado – e recebido – pela Impugnante, o percentual que deveria ter sido cobrado a título de ICMS, adotando uma base de cálculo absolutamente ficta, em desconsideração ao real preço do serviço (art. 13, III, da LC nº 87/96)”, de modo em que, diz ele, “o “preço do serviço” corresponderia tão somente a um percentual da efetiva base de cálculo do tributo, a qual deveria ser posteriormente calculado mediante apuração fiscal”.

A corroborar seu argumento transcreve excerto de voto de Ministro do STF no RE nº 212.209/RS, bem como de Acórdão do Tribunal Administrativo do Estado de Pernambuco.

Contudo, quanto ao cálculo do imposto apurado não há reparo a fazer no procedimento fiscal, pois o mesmo foi efetuado em conformidade com a disciplina legal comandado pelo § 1º, I do art. 17 da Lei nº 7.014/96, dizendo que o montante do imposto integra sua BC, constituindo o respectivo destaque mera indicação para fins de controle.

Ocorre que o entendendo por conta e risco relativo a prestação de serviço fora do campo de incidência do ICMS, por óbvio, o sujeito passivo não incluiu o valor do imposto devido no montante que cobrou dos seus consumidores e que assim o fez constar na coluna “Valor do Item Serviço” do relatório de faturamento utilizado pelo Fisco no procedimento fiscal.

A confirmar tal assertiva, estão às relativas cobranças através de simples faturamento aos seus consumidores, ausentes, portanto, das indispensáveis NFST’s, já que não as fez constar corretamente de suas obrigações relativas ao Convênio ICMS 115/2003, informadas à SEFAZ-BA, uma vez que tal faturamento consta em apartado relatório de faturamento denominado “relatório VAS”, sob o argumento de constituírem serviços que, embora sendo operador para prestação de serviços de telecomunicação, entende prestados fora do campo de incidência do ICMS, como fartamente argumenta na Impugnação ao presente AI.

Ademais, não há nos autos prova de que o sujeito passivo agregou ao valor dos serviços objeto da autuação o percentual correspondente ao ICMS que se recebido do consumidor, contribuinte de fato, deveria oportunamente ter repassado ao ente tributante na qualidade de contribuinte de direito. Ressalto, caso houvesse recebido do primeiro, como agora pretende fazer valer com o argumento defensivo sucessivo, teria, de modo indevido, hipoteticamente se apropriado de pecúnia do sujeito ativo desta relação, fato este de deveras gravidade(Lei nº 8.137/90).

Como referido na Informação Fiscal tanto no âmbito deste CONSEF como jurisprudencial, há firme entendimento em conformidade com o cálculo do ICMS apurado no procedimento fiscal em juízo administrativo neste órgão judicante, de modo que não ofende o princípio constitucional da não-cumulatividade o fato de a

base de cálculo do ICMS corresponder ao valor da operação ou prestação somado ao próprio tributo e que sua exclusão implica em irregular redução a contrariar a legislação tributária pertinente.

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 ANDRÉ MENDES MOREIRA, inscrito na OAB/MG sob o nº 87.017, com endereço profissional na Alameda da Serra, nº 119, 13º andar, Vila da Serra, Nova Lima/MG, CEP nº 34006-056, Tel. (031) 3289-0900, e-mail intimacoesbh@sachacalmon.com.br, 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 na SEFAZ-BA, nada obsta para que seu pleito seja atendido pelo setor competente deste CONSEF, enviando as intimações sobre o presente processo também ao endereço indicado.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

A autuada ingressa com Recurso tempestivo fls. 167/188, através do seu advogado constituído, onde, preliminarmente, suscita a nulidade do Auto de Infração por ilegitimidade passiva alegando que os serviços autuados foram prestados por outra empresa, no caso, a EMBRATEL TVSAT TELECOMUNICAÇÕES.

O acórdão recorrido, no entanto, rejeitou o argumento, alegando, em apertada síntese, que (i) “os serviços autuados contam dos registros de fatura documentados da autuada e não da terceira empresa alegada”; (ii) “o próprio sujeito passivo torna público, notório e evidente a prova de que todos os serviços autuados integram um único seu portfólio” e (iii) a Empresa, ao “não comprovar documentalmente a alegada receitas de terceiros – inclusive o repasse” estaria atestando a suposta impertinência de sua alegação.

Apresenta cópia do contrato de prestação de serviços celebrado entre as Empresas (fls. 178/188), cujo objeto deixa claro que **a Recorrente apenas fatura, arrecada e depois repassa os valores relativos aos serviços prestados pela EMBRATEL TV SAT**, possibilitando que os clientes efetuem o pagamento dos serviços em um único documento de cobrança (fatura).

Observa-se, portanto, que a suposta não comprovação documental apontada pelo acórdão recorrido deve ser superada, tendo em vista que (i) o **contrato celebrado entre as empresas (doc. nº 01, cit.)** é suficiente para comprovar que os serviços autuados apenas são faturados pela Recorrente, sendo prestados por terceiros e (ii) o **expresso pedido para realização de diligência fiscal**, com o intuito de comprovar as alegações suscitadas na impugnação – que, no entanto, foi **indeferido, em claro cerceamento de defesa**.

Portanto, fosse devido ICMS sobre tais materialidades – hipótese que se admite somente para fins argumentativos –, **deveria ser cobrado exclusivamente do efetivo prestador dos serviços, que in casu foi a EMBRATEL TV SAT**, nos termos acima elucidados.

Pelo exposto, não há dúvidas de que a Recorrente é parte ilegítima da presente autuação e, consequentemente, o auto de infração deve ser julgado nulo, com base no art. 18, V, “b” do Decreto nº 7.629/99.

No mérito, reafirma a não incidência do ICMS sobre serviços complementares e serviços de valor adicionado (VAS), listados na Infração 01.

A autuação, conforme adiantado no tópico inicial, decorre da cobrança de ICMS sobre **serviços complementares e serviços de valor adicionado** (SVA ou VAS). A materialidade dos serviços autuados, ressalta-se, foi reconhecida pela própria decisão recorrida, que atestou ser “*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*” (fls. 155).

No entanto, a 2ª Junta de Julgamento Fiscal, ao analisar a defesa apresentada, julgou procedente o auto de infração, mesmo diante do reconhecimento de que a cobrança recai sobre serviços de valor adicionado – ou seja, sobre materialidade que, apesar de conexa ao serviço de comunicação, com esse não se confunde, justificando sob a alegação de que, desde a inserção das regras do Convênio ICMS 69/98 e com a adesão do Estado da Bahia às disposições do Convênio

ICMS 81/11, “os 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”.

Observa que para caracterizar o fato gerador do ICMS-comunicação é essencial que estejam conjugados os seguintes elementos: **emissor, mensagem** a ser transmitida, **receptor, prestador do serviço** de comunicação e **preço** cobrado pela transmissão. Sem a combinação desses elementos, **não ocorre o fato gerador do ICMS**.

Nesse sentido, como a base de cálculo deve refletir a materialidade do tributo, no caso do ICMS-comunicação ela corresponde unicamente ao **preço cobrado pelas operadoras de telefonia em virtude da prestação do serviço de comunicação**, e não sobre receitas decorrentes de outras atividades por elas disponibilizadas aos usuários.

Dessa forma, não se pode permitir que a remuneração cobrada por SVAs (que não tratam de serviço de comunicação propriamente dito – conforme expressamente reconhecido pela decisão recorrida) possa ser tributada por meio do ICMS, conclusão esta que se coaduna com o texto da norma expressa no art. 13 da LC nº 87/96.

Não obstante a clareza dos fatos e os inúmeros precedentes favoráveis à tese da Recorrente sobre a matéria, a decisão recorrida afasta a aplicação do REsp nº 1.271.947/BA ao caso dos autos. Contudo, esse entendimento é equivocado, uma vez que, segundo a *ratio* do precedente, somente a prestação do serviço de telecomunicação propriamente dita seria passível de incidência pelo ICMS.

Para mais, o precedente do e. STJ vale-se, expressamente, do termo “serviços acessórios”. **Ora, o que seriam os SVA’s em questão, senão serviços acessórios ao de comunicação?! A coincidência entre ambos é inegável** - afinal, conforme reconhecido pela própria decisão recorrida, os serviços ora autuados são “*utilidades relacionadas ao acesso, armazenamento, movimentação ou recuperação de informações*”, ou seja, são prestados em caráter acessório ao serviço de telecomunicação.

Na mesma linha é o REsp nº 1.176.753/RJ, julgado pela Primeira Seção do STJ por meio de acórdão submetido ao rito dos recursos repetitivos (art. 543-C, CPC/73), que rechaça a incidência de ICMS sobre atividades e serviços conexos ao serviço de comunicação. Destaca-se que os serviços listados no precedente não compreendem um rol taxativo, servindo apenas para exemplificar a sua *ratio*.

Frise-se ainda que, dentre as rubricas autuadas, há o “Claro Vídeo”, efetivo serviço de streaming, que *permite o acesso, sem cessão definitiva, a conteúdos de áudio, vídeo e imagem*. Ora, a partir da LC 157/16, **tal materialidade passou a constar expressamente da lista anexa à LC 116/03 (item 1.09)**, deixando evidenciado não ser materialidade tributável pelo ICMS, justamente por não consistir em serviço de comunicação – sobre tal questão, o acórdão permaneceu silente.

Assim, **na nota fiscal/fatura é destacado de forma segregada o valor do serviço de comunicação propriamente dito** (qual seja, a realização de ligações telefônicas ou a transmissão de dados) **do preço da utilidade buscada pelo cliente**. Feito dessa forma, ao Estado caberá o ICMS-comunicação sobre o preço da comunicação (mensagem, ligação, transmissão de dados, ou qualquer outro caso do serviço de comunicação), e ao Município, eventualmente, o ISS sobre a utilidade (o custo pela utilização do serviço de *streaming*, por exemplo, a partir da edição da LC 157/16) – **o qual deve ser cobrado do efetivo prestador**.

Dessa forma, além da impossibilidade de se exigir da Recorrente, tributo sobre operações realizadas por terceiros, impossível a incidência de ICMS sobre materialidades alheias ao estrito conceito de *prestação onerosa do serviço de comunicação*, nos termos acima demonstrados.

No que se refere à materialidade denominada “Gestor Online”, o acórdão recorrido afirma:

“Quanto aos serviços de comunicações MOVPN e MONVPNV, sem maiores detalhes ou comprovação

documental o Impugnante alega referir-se ao serviço de Gestor Online que prestou, equivocadamente digitados pelos códigos MONVPN e MONVNPN. “

Em primeiro lugar, é importante esclarecer que a Recorrente afirmou, apenas, que houve um erro de digitação quanto ao código MONVPN e MONVNPN em seus registros. A grafia, por certo, não altera a natureza das coisas, sendo certo que o serviço prestado se refere à rubrica Gestor Online, a qual, por sua vez, nada mais é do que um serviço de valor adicionado.

O aludido serviço **é prestado somente a pessoas jurídicas, mediante contrato distinto dos planos e pacotes de comunicação**, e se caracteriza por um conjunto de facilidades que permitem ao usuário, por exemplo, bloquear chamadas, acompanhar o uso diário de voz e dados, utilizar discagem abreviada nas chamadas entre celulares da empresa, dentre outras funcionalidades.

Contudo, o acórdão recorrido entendeu que as prestações de serviços envolvidas estariam sujeitas ao ICMS-comunicação, baseando-se no fato de que tais serviços *“permitem o uso da rede da operadora para traduzir informações das antenas coletadas em campo e receber latitudes e longitudes consultadas de forma a localizar outro usuário”*.

Com isso, sob a justificativa de que *“os sítios/antenas, redes telefônicas, controlador central e consoles de despacho fazem parte da rede da operadora”*, o acórdão recorrido entendeu que incide ICMS-comunicação sobre um serviço de rastreamento – caracterizando, ainda, tal atividade como **“serviço de comunicação de rastreamento”**.

Ora, referida caracterização revela-se absurda, afinal o serviço de telecomunicação, nos termos demonstrados acima, pressupõe a transmissão de mensagens entre dois pontos, não se confundindo, portanto, com serviço de rastreamento/localização.

Além do equivocado entendimento acerca da natureza do serviço descrito pelo relator, o acórdão, sem se atentar para a especificidade de cada atividade, replicou o entendimento acima para todos os outros serviços do Gestor Online, como se toda a atuação versasse sobre tradução de informações das antenas e recebimento de latitudes e longitudes (serviço de rastreamento).

O caso em apreço demanda a análise individualizada de cada serviço prestado, de modo a identificar sua natureza de serviço de comunicação ou não. A propósito, **por isso foi solicitada a realização de diligência fiscal, indevidamente indeferida** – o que deve ser corrigido por esse e. Conselho. Com essa oportunidade, poderá a Recorrente demonstrar, como alegado, pela Recorrente, que nenhum desses serviços devem ser tributados.

O Termo de Adesão ao Módulo Gestor Online (**doc. nº 06 da impugnação**), cuja cópia também foi apresentada à Fiscalização anexa à Resposta à Intimação Fiscal nº 18/2017, lista exemplos de facilidades que podem ser contratadas no bojo do contrato denominado “Gestor Online”, tais como, a restrição de ligações à determinada linha; o controle de minutos liberados para consumo de cada linha; o controle de dados e tráfegos de cada uma das linhas, etc.

Vê-se, portanto, que nenhuma das atividades do Gestor Online constitui serviço de telecomunicações. Até por isso, **tanto a contratação quanto o cancelamento do Gestor Online são independentes da telecomunicação que venha a ser oferecida ao usuário**, conforme cláusula 8 do contrato, que transcreve.

Assim, a tabela que contém a relação de rubricas MONVPN e MONVNPN apresenta algumas descrições de serviço, que variam apenas em função dos planos e pacotes de telecomunicações de cada usuário, para fins gerenciais; mas, em todos os casos, **o Gestor Online envolve somente a prestação de atividades distintas da telecomunicação e que com ela não se confundem**.

Claro está que o “Gestor Online” envolve a contratação de serviços complementares e de valor adicionado e, enquanto tais, não podem compor a base de cálculo do ICMS-comunicação, também a evidenciar a necessidade de reforma da decisão recorrida.

Como demonstrado na impugnação, à revelia do art. 13, III, da LC nº 87/96 – segundo o qual *“a base de cálculo do imposto é, na prestação de serviço de transporte interestadual e*

intermunicipal e de comunicação, o preço do serviço”, o Fisco simplesmente presumiu este valor, incluindo nele o montante que a Recorrente hipoteticamente acresceria ao valor cobrado, para fazer face ao dever fiscal.

No entanto, ante uma situação de não pagamento, **deve o Fisco calcular o imposto com base no preço praticado pelo contribuinte**, e não presumindo valores diferentes dos cobrados.

Entretanto, pautando-se por um entendimento, *data venia*, equivocado do “*cálculo por dentro*” do imposto, a Fiscalização acresce ao valor efetivamente cobrado – e recebido – pela Recorrente, o percentual que *deveria ter sido cobrado* a título de ICMS, adotando uma base de cálculo absolutamente ficta, em desconsideração ao real *preço de serviço* (art. 13, III, da LC nº 87/96).

O cálculo “por dentro” do ICMS significa que no valor cobrado do consumidor já está embutido no valor avençado do produto ou serviço. Difere-se, pois, do cálculo “por fora”, em que o consumidor deve dispendir o preço do produto ou serviço mais o custo do tributo devido.

Apresente como exemplo uma situação hipotética, em que o preço do serviço foi R\$100,00 e a alíquota do ICMS 28%, demonstrando a diferença entre o cálculo “por dentro” e o “por fora”.

Assevera não haver qualquer base legal para essa operação e que a sistemática de apuração “por dentro” do ICMS, já referendada pelo c. STF, definitivamente não pode ser usada de pretexto pela Fiscalização para adoção do procedimento ora questionado, sem qualquer respaldo legal.

Cita o RE nº. 212.209/RS do Supremo Tribunal Federal e, também, decisão do Tribunal Administrativo do Estado de Pernambuco.

Assevera que o Estado da Bahia não se limitou a exigir o imposto sobre o preço praticado pela Recorrente, mas utilizou-se de base de cálculo artificialmente calculada, e que este Conselho deve determinar a retificação da base de cálculo do ICMS, adotando como tal o preço efetivamente cobrado do usuário.

Conclui requerendo o **Provimento do presente Recurso Voluntário** para que seja integralmente reformado o acórdão recorrido, cancelando-se o auto de infração objurgado.

Pleiteia, ainda, a reforma da decisão recorrida para que, nos termos do art. 145 do RPAF (Dec. nº 7.629/99), seja autorizada a **realização de diligência fiscal**, assegurando a Recorrente os devidos meios de prova admitidos no âmbito desse Estado, nos termos requeridos na impugnação.

VOTO VENCIDO

A presente autuação diz respeito à cobrança de ICMS sobre serviços complementares e de valor adicionado (SVA ou VAS), sendo que a Infração 01 se refere a diversos serviços (“Som de Chamada”, “Club Pet”, “QuizSuper”, “Minha Notícia”, “PayKids” e “Loot”, “Claro Vídeo”, etc.), constantes do Anexo A, e a Infração 02 sobre o serviço que presta denominado “Gestor Online, identificado no Anexo B pelos códigos MONVPN e MONVNP;

A Recorrente, preliminarmente, suscita a nulidade do Auto de Infração por ilegitimidade passiva alegando que os serviços autuados foram prestados por outra empresa, no caso, a EMBRATEL TVSAT TELECOMUNICAÇÕES, conforme cópia de contrato que anexa.

Entendo que assiste razão à Recorrente quanto à ilegitimidade passiva alega, uma vez que o contrato de prestação de serviços firmado entre ela e a EMBRATEL, deixa claro que esta é a prestadora dos serviços e que cabe a CLARO, por força do contrato, o faturamento e a cobrança para o consumidor final, recebendo uma remuneração para executar estes serviços.

Portanto, acato a nulidade suscitada com fundamento no artigo 18, IV, “b” do RPAF-Ba.

Vencido na proposta de nulidade passo a análise do mérito.

Quanto ao mérito, manifesto ser inquestionável que o serviço de comunicação é uma operação de caráter oneroso, tributada pelo ICMS. Todavia, há que se deixar claro, para a fundamentação deste

voto, o que são serviços de comunicação de fato e meros facilitadores da comunicação.

A Lei Complementar nº 9.472 (Lei Geral das Telecomunicações), em seu art. 60 diz claramente o que seriam os serviços de telecomunicações e o que seriam os serviços de valor adicionado. Vejamos:

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 (grifo nosso)

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)

Percebe-se, sem sombra de dúvidas, que tais serviços auxiliares, facilitadores da comunicação, não se confundem com a comunicação propriamente dita, como deixou claro o art. 61 supracitado.

Deste modo, inconteste que os serviços (“Som de Chamada”, “Club Pet”, “QuizSuper”, “Minha Notícia”, “PayKids” e “Loot”, “Claro Video”, etc.), constantes do Anexo A” e o serviço que presta denominado “Gestor Online, identificado no Anexo B pelos códigos MONVPN e MONVNP são meros serviços complementares ou de otimização da prestação efetiva da comunicação em si, 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.

Neste sentido, não incide ICMS sobre os serviços tidos como complementares e de valor adicionado, diferentemente do que ocorre com os serviços que incontestavelmente objetivam a comunicação, como é o caso das ligações e mensagens via SMS.

Imperioso destacar que as ligações e mensagens ligadas à prestação do serviço, como um canal direto entre o consumidor e a operadora prestadora dos serviços de telefonia, são consideradas também como facilitadores da comunicação, não se confundindo com a comunicação em si, já que são meras atividades-meio para conduzirem, facilitarem a comunicação, motivo este de não serem tributados estes serviços.

Esse entendimento já encontra farta aceitação no mundo jurídico, estando pacificado no STJ. Vejamos entendimento exarado no **RECURSO ESPECIAL RESP 816512 PI 2006/0020865-7 (STJ)**:

***Ementa:* PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. ICMS SOBRE HABILITAÇÃO, LOCAÇÃO DE APARELHOS CELULARES E ASSINATURA (ENQUANTO CONTRATAÇÃO DO SERVIÇO).**

SERVIÇOS SUPLEMENTARES AO SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO. ATIVIDADE-MEIO. NÃO INCIDÊNCIA. PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS. “FACILIDADES ADICIONAIS” DE TELEFONIA MÓVEL CELULAR. SÚMULA 07 DO STJ. ART. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. INOCORRÊNCIA.

1. Os serviços de habilitação, instalação, disponibilidade, assinatura (enquanto sinônimo de contratação do serviço de comunicação), cadastro de usuário e equipamento, entre outros serviços, que configurem atividade-meio ou serviços suplementares, não sofrem a incidência do ICMS. (Precedentes: REsp 945037/AM, Rel. Ministro Luiz Fux, DJe 03/08/2009; REsp 666.679/MT, Rel. Ministro Teori Zavascki, DJe 17/12/2008; REsp 909.995/RJ, Rel. Ministra Eliana Calmon, DJe 25/11/2008; REsp 1022257/RS, Rel. Ministro Castro Meira, DJe 17/03/2008) REsp 703695 / PR, Rel. Min. Luiz Fux, DJ 20/09/2005; REsp 622208 / RJ, Rel. Min. Castro Meira, DJ 17/05/2006; REsp 418594 / PR, Rel. Min. Teori Zavascki, DJ 21/03/2005; RMS 11368 - MT, Relator Ministro Francisco Falcão, DJ 09/02/2005). (grifo nosso).

2. “Este Superior Tribunal de Justiça, ao analisar o Convênio 69, de 19.6.1998, concluiu, em síntese, que: (a) a interpretação conjunta dos arts. 2º, III, e 12, VI, da Lei Complementar 87/96 (Lei Kandir) leva ao entendimento de que o ICMS somente pode incidir sobre os serviços de comunicação propriamente ditos, no momento em que são prestados, ou seja, apenas pode incidir sobre a atividade-fim, que é o serviço de comunicação, e não sobre a atividade-meio ou intermediária, que é, por exemplo, a habilitação, a instalação, a disponibilidade, a assinatura, o cadastro de usuário e de equipamento, entre outros serviços. Isso porque, nesse caso, o serviço é considerado preparatório para a consumação do ato de comunicação.” (grifo nosso).

Deste modo, torna-se salutar o entendimento proferido pelo ministro Mauro Campbell quando diz que: “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”.

Ante o exposto, em consonância com o entendimento da Lei, cumulada com o entendimento jurisprudencial, voto pelo PROVIMENTO do Recurso Voluntário, para não reconhecer a incidência do ICMS Comunicação sobre os serviços autuados.

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.

Aliás, a Cláusula Primeira do Convênio 69/98 prevê que os serviços de valor adicionado deverão compor a base de cálculo, independentemente da denominação que venha a ser adotada.

“Cláusula primeira 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 (grifo acrescido).”

Filho-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 à cobrança de qualquer dos itens acima listados, não vejo como acolher o presente recurso.

Quanto à alegação de Gross Up, não merece acolhida, pois se deve frisar que a inclusão do tributo estadual na própria base de cálculo é regra geral do microssistema do ICMS, presente no art. 155, inciso II c/c § 2º, inciso XII, alínea “i”, conforme abaixo.

“Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:

...
II - operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior;

...
§ 2º O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte:

...
XII - cabe à lei complementar:

...
i) fixar a base de cálculo, de modo que o montante do imposto a integre (grifo acrescido), também na importação do exterior de bem, mercadoria ou serviço.
...”

Quanto ao entendimento jurisprudencial, é importante ressaltar que não há, ainda, entendimento consolidado relativamente à matéria, pois o REsp 912888, com repercussão geral, firmou entendimento contrário àquele que defende a autuada.

Quanto à alegada ilegitimidade da empresa autuada, relativamente àquelas receitas repassadas para terceiros, não merece ser acolhida, pois a incidência do ICMS se impõe sobre as receitas decorrentes da prestação de serviço de comunicação, ainda que efetivado por interposta pessoa.

Ex-positis, peço permissão para votar no sentido de NÃO PROVER o Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão por maioria, com voto de qualidade do presidente, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e manter a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **279692.0006/17-5**, lavrado contra **CLARO S.A.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$1.878.313,91**, acrescido da multa de 100%, prevista no art. 42, III da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

VOTO VENCEDOR – Conselheiros(as): Luiz Alberto Amaral de Oliveira, Marcelo Mattedi e Silva e Maurício Souza Passos.

VOTO VENCIDO – Conselheiros(as): Carlos Antonio Borges Cohim Silva, Leila Barreto Nogueira Vilas Boas e Washington José dos Santos.

Sala das Sessões do CONSEF, 05 de fevereiro de 2019.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS – PRESIDENTE

CARLOS ANTONIO BORGES COHIM SILVA – RELATOR/VOTO VENCIDO

LUIZ ALBERTO AMARAL DE OLIVEIRA - VOTO VENCEDOR