

A. I. N° - 279692.0002/18-8
AUTUADO - CLARO S.A.
AUTUANTE - PAULO ROBERTO SILVEIRA MEDEIROS
ORIGEM - IFEP SERVIÇOS
PUBLICAÇÃO - DATA DA INTERNET: 1º/04/2019

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0007-01/19

EMENTA: ICMS. FALTA DE RECOLHIMENTO. PRESTAÇÕES DE SERVIÇOS NÃO ESCRITURADAS. Falta de tributação em serviços suplementares onde ficou caracterizada a existência de uma mensagem, sua transmissão e sua recepção. Correto o restabelecimento da base de cálculo com a inclusão do valor do imposto no preço cobrado do cliente sem a tributação. Rejeitada a preliminar de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O auto de infração em lide, lavrado em 17/09/2018, formaliza a exigência de ICMS no valor total de R\$1.762.250,72, em decorrência das seguintes infrações imputadas ao autuado:

Infração 01 (02.08.37) - deixou de recolher ICMS referente a prestações de serviço de comunicação não escrituradas nos livros fiscais próprios, mas constantes no relatório de faturamento denominado VAS, ocorrido de janeiro a dezembro de 2017, sendo exigido ICMS no valor de R\$842.871,30, acrescido de multa de 100%, prevista no inciso III do art. 42 da Lei nº 7.014/96.

Infração 02 (02.08.37) - deixou de recolher ICMS referente a prestações de serviço de comunicação não escrituradas nos livros fiscais próprios, mas constantes no relatório de faturamento denominado VAS, ocorrido de janeiro a dezembro de 2017, sendo exigido ICMS no valor de R\$919.379,42, acrescido de multa de 100%, prevista no inciso III do art. 42 da Lei nº 7.014/96.

O autuado, através de representante legal, apresentou defesa das fls. 29 a 41. Alegou que na infração 1 é exigido ICMS sobre variados serviços de valor adicionado (SVA ou VAS), que não se confundem com o serviço de telecomunicação. Na infração 2, alegou que está sendo exigido ICMS sobre facilidade denominada “gestor online”, que também é um serviço de valor adicionado.

Disse que não há fundamentação jurídica específica na penalidade cominada, pois não foi elencada a alínea do art. 42, inciso III, da Lei nº 7.014/96 que justificaria a aplicação da multa de 100% do valor do imposto, evitando o auto de infração de nulidade. Acrescentou que a majoração da base de cálculo do ICMS promovida pelo “gross up” não encontra respaldo na legislação.

O autuado explicou que na infração 1 não prestou os serviços denominados “Clube Pet”, “som de chamada”, “universo star wars”, “abril”, “clube apps”, “quis super”, etc., mas por terceiros. Isto se deu em razão da incorporação da Embratel que impediu o autuado de auferir receitas estanhas ao objeto de concessão para prestação de serviço de telecomunicações. Assim, tais serviços são faturados e arrecadados pelo autuado e repassados para a Embratel Tv Sat. Por entender ser parte ilegítima da autuação, requereu a sua nulidade.

No mérito, reiterou que a exigência da infração 01 recaiu sobre serviços que apenas oferecem facilidades e comodidades ao cliente, potencializando um serviço de comunicação pré-existente. Daí porque apresentam-se separados na fatura emitida pelo autuado.

Citou decisões do Tribunal de Justiça da Bahia, do STJ e do STF que convergem ao entendimento de que o ICMS não incide sobre a atividade meio, que são aquelas constantes na cláusula primeira do Convênio ICMS 69/98, pois se configuram como meios de viabilidade aos serviços de comunicação.

Em relação à infração 02, insistiu que a rubrica “gestor online” é serviço de valor adicionado. Afirmou que tais serviços são prestados somente à pessoas jurídicas, mediante contrato distinto dos planos e pacotes de comunicação, permitindo bloquear chamadas, acompanhar o uso diário de voz e dados, utilizar discagem abreviada nas chamadas entre celulares da empresa, dentre outras funcionalidades.

Alegou, também, que houve erro no recálculo do ICMS com a inclusão na base de cálculo do montante que deveria ser acrescido ao valor cobrado em razão do suposto débito fiscal (*gross up*). Argumentou que o fisco deve calcular o imposto com base no preço efetivamente praticado.

O autuado requereu a realização de diligência para obter respostas acerca dos seguintes quesitos:

1. pode-se afirmar que os serviços autuados no bojo da infração 1 não foram prestados pela Claro S.A., mas sim por terceiros, a saber, a empresa Embratel TVSAT Telecomunicações S.A.?
2. pela análise dos documentos fiscais objeto da autuação, pode-se verificar a segregação dos serviços complementares e de valor adicionado das efetivas prestações de serviço de telecomunicação?
3. pela análise especificamente do Termo de Adesão ao Módulo Gestor Online, pode-se afirmar se tratar de diversos serviços distintos dos efetivos serviços de comunicação constantes dos planos de telecomunicação contratados pelo usuário?
4. a base de cálculo utilizada para o cálculo do ICMS, supostamente devido pelo autuado, corresponde ao preço do serviço efetivamente cobrado pela empresa de seus clientes, nos termos do art. 13, III, da Lei Complementar nº 87/96?

Solicitou que as intimações sejam feitas em nome do advogado André Mendes Moreira, OAB/MG nº 87.017, em endereço informado na defesa.

O autuante apresentou informação fiscal das fls. 123 a 142. Citou diversos Acórdãos do CONSEF sobre o tema deste auto de infração que culminaram pela procedência da exigência fiscal. Afirma que o autuado tem sido continuadamente autuado desde 2007 sobre este mesmo assunto. Que os serviços que são objetos de cobrança neste PAF fazem parte do portfólio e são faturados pelo autuado. Produziu tabela onde compara os serviços cobrados neste auto com o cobrado em outros autos de infração, onde evidencia a mudança do nome do serviço sem alteração do respectivo código (fl. 131).

Após reproduzir definições de comunicação e telecomunicação, o autuante conclui que telecomunicação é um processo de comunicação que pode ser prestado de diversas formas. Confirmou que nos serviços descritos nas infrações 1 e 2 existe uma mensagem, sua transmissão e sua recepção. Asseverou que a Lei nº 9.742/97 não tem competência para legislar sobre matéria tributária estadual.

Explicou que os serviços de comunicação MOVPN e MONVPN permitem o uso da rede da operadora para traduzir as informações das antenas coletadas em campo e receber latitudes e longitudes para localização de outro usuário habilitado.

Quanto ao “*gross up*”, o autuante argumentou que partiu dos valores indicados no relatório de faturamento do contribuinte, que não foram adicionados do valor do imposto devido. Destacou que esses valores sequer foram incluídos nos arquivos estabelecidos pelo Convênio ICMS 115/03. Assim, entendeu que a subtração do imposto levou a produzir uma base de cálculo menor, pois não embutiu o valor do ICMS no preço. Citou diversos acórdãos do CONSEF que ratificam a cobrança do “*gross up*”, bem como decisões do STF.

Destacou que a multa aplicada tem amparo na alínea “g”, do inciso III, do art. 42 da Lei nº 7.014/96 e que não consta na relação dos serviços objeto deste auto de infração qualquer dos serviços em que a PGE/PROFIS opina pela exclusão da incidência do ICMS.

VOTO

Verifiquei que foram observados todos os requisitos que compõe o Auto de Infração, previstos no art. 39 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF), Decreto nº 7.629/99.

Apesar de não se constituir em problema o envio das intimações referentes a este processo diretamente para o advogado estabelecido pelo autuado, o não atendimento deste pedido não implica em nulidade do ato quando a sua formalização ocorrer nos termos do art. 108 do RPAF.

Rejeito o pedido de nulidade do Auto de Infração, em razão de suposta falta de indicação da alínea do dispositivo referido na acusação que fundamentava a penalidade aplicada. O § 1º, do art. 18 do RPAF, estabelece que omissões não acarretam a nulidade do Auto de Infração se for determinada a natureza da infração, o autuado e o montante do débito tributário, ficando esclarecido que o enquadramento da multa aplicada corresponde à alínea “g”, do inciso III, do art. 42 da Lei nº 7.014/96.

Também rejeito o pedido de nulidade decorrente de suposta ilegitimidade passiva, em razão da alegação de que os serviços autuados foram prestados por uma terceira empresa. Para embasar tal assertiva, anexou cópia de um contrato de prestação de serviços de faturamento, arrecadação, cobrança, repasse de valores e outras avenças. Entretanto, consta no objeto do referido contrato que os serviços contratados seriam prestados exclusivamente por um estabelecimento da empresa autuada localizada no município de São Paulo (fl. 106). Ademais, os serviços objeto desta autuação são propagandeados institucionalmente pela empresa autuada em seu site e integram seu portfólio de produtos que incluem telefonia fixa e móvel, internet e TV por assinatura, cobrados em uma única fatura. Importante salientar que o autuado também não comprovou qualquer repasse efetivamente realizado para terceiros em decorrências dos serviços objeto deste auto de infração.

Indefiro o pedido de diligência requerido pelo autuado, por considerar os elementos contidos nos autos suficientes para a formação de minha convicção, e por referir-se a questionamentos cujas respostas já estão nos autos, ou poderiam ser satisfeitas pelo próprio autuado por meio de documentos juntados aos autos.

No mérito, considerando que as infrações 1 e 2 guardam similaridade quanto ao motivo da autuação, passo a analisá-las conjuntamente. Destaco que os serviços de valor adicionado são prestados a partir da plataforma de telecomunicações pré-existente. Assim, não é possível generalizar o tratamento jurídico-tributário dado a essas prestações sem analisar o caso concreto. Esses serviços são dinâmicos. Surgem por meio de inovações tecnológicas e sofrem mudança de denominação à medida que são agregadas novas funcionalidades. Desse modo, não é possível se afirmar com segurança que qualquer serviço de valor adicionado não se constitui em fato gerador do ICMS. É necessário, portanto, se analisar o caso concreto e a natureza e peculiaridade de cada serviço existente.

Importante frisar, que a alínea “a”, do Inciso II, do § 1º, do art. 13 da Lei Complementar nº 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, um serviço de valor adicionado cobrado do destinatário, não pode ficar fora do campo de incidência do ICMS. No caso deste auto de infração, os serviços não tributados foram: torpedos, conteúdos de revistas, conteúdos de entretenimento, plataformas de venda, serviços de busca, serviços de backup, restrição de ligações e controle de consumo e de dados. Ademais, nos

serviços alvo da presente exigência fiscal fica evidente a existência de uma mensagem, sua transmissão e sua recepção.

Em relação aos serviços de valor adicionado, saliento que, de acordo com o Ofício GAB/PROFIS/PGE nº 42/2016, foi arquivado o Incidente de Uniformização nº 2016.164780-0, que discutia a exclusão da tributação dos chamados serviços adicionais ao de comunicação. O arquivamento se deu por entenderem prudente aguardar o pronunciamento do STF acerca do tema. Explicaram que 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 a possível adoção, pela Corte Constitucional, de linha de interpretação diversa daquela até então trilhada pelo STJ.

A PGE complementou, esclarecendo que prevalece a sua orientação firmada nos autos do Processo PGE nº 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, que não foram objeto de autuação neste PAF.

Também considero correta a majoração da base de cálculo na apuração do imposto (gross up). O montante do próprio imposto integra a base de cálculo do ICMS, nos termos do inciso I, do § 1º, do art. 17 da Lei nº 7.014/96, e a cobrança da prestação do serviço desonerada do ICMS, implicou em redução indevida do valor exigido aos clientes, já que o imposto não compõe o preço do serviço. Esse entendimento também vai ao encontro da jurisprudência do CONSEF, conforme manifestado no Acórdão CJF Nº 0337-12/18.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **279692.0002/18-8**, lavrado contra **CLARO S.A.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$1.762.250,72**, acrescido de multa de 100%, prevista no art. 42, III da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 11 de fevereiro de 2019.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS - PRESIDENTE

OLEGÁRIO MIGUEZ GONZALEZ – RELATOR

LUÍS ROBERTO DE SOUSA GOUVÊA - JULGADOR