

A. I. N°. - 281081.0004/18-5
AUTUADO - TIM CELULAR S/A.
AUTUANTE - RICARDO RODEIRO MACEDO DE AGUIAR
ORIGEM - IFEP SERVIÇOS
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 22/04/2019

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0024-01/19

EMENTA: ICMS. OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS TIDAS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE TELECOMUNICAÇÃO. FALTA DE RECOLHIMENTO. O ICMS incide sobre a tarifa de assinatura básica mensal cobrada pelas prestadoras de serviços de telefonia, independentemente da franquia de minutos concedida ou não ao usuário. Rejeitada a preliminar de nulidade. Indeferido o pedido de perícia. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, foi lavrado no dia 07/11/2018, para exigir ICMS no valor histórico de R\$ 8.087.477,84, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a” da Lei n° 7.014/1996, sob a acusação de falta de recolhimento do gravame na prestação de serviço de telecomunicação, em decorrência da prática de operações tributáveis como não tributáveis (julho de 2016 a dezembro de 2017).

Está dito na peça vestibular que, a partir de junho de 2016, o contribuinte fracionou os valores cobrados pelo serviço de telecomunicação em duas rubricas: “PLANOS LIBERTY” (tributada) e “ASSINATURAS SEM FRANQUIA” (não tributada).

As somas das quantias exigidas dos clientes sob tais rubricas, “PLANOS LIBERTY” e “ASSINATURAS SEM FRANQUIA”, correspondem exatamente àquelas dos “PLANOS LIBERTY” cobrados com tributação até junho de 2016, o que gerou uma redução no recolhimento mensal do ICMS e um consequente prejuízo ao Erário.

Às fls. 01/02, o auditor exemplifica com os clientes Carlos Batista de Carvalho, Iura Mattos Rocha, Maison do Vidro e José Ribeiro S. Filho, ressaltando que, na verdade, as “ASSINATURAS SEM FRANQUIA” são os “PLANOS LIBERTY”, outrora tributados na totalidade.

TIM S/A, nova denominação de INTELIG TELECOMUNICAÇÃO S/A e sucessora de TIM CELULAR S/A, ingressa com impugnação às fls. 77 a 82.

Em preliminar de nulidade, mencionando decisões de Conselhos de Fazenda de outras unidades da Federação, argumenta que o lançamento de ofício foi lavrado a despeito do trânsito em julgado do Mandado de Segurança Ordinário n° 0001542-92.2010.8.05.0000, impetrado por TIM NORDESTE S/A, incorporada por TIM CELULAR S/A (ora impugnante; documento 02 da defesa).

O referido Mandado foi impetrado para que fosse afastada a exigência do tributo sobre as receitas de que trata a cláusula primeira do Convênio ICMS 69/1998 (taxas de adesão, habilitação, ativação, entre outras que caracterizam atividades-meio, conexas ao serviço que presta).

No mérito, sustenta que “ASSINATURA SEM FRANQUIA” não pode ser enquadrada como serviço de telecomunicação, já que este pressupõe uma efetiva intermediação de mensagens entre os interlocutores.

Por meio da “ASSINATURA SEM FRANQUIA”, o usuário pode utilizar o serviço de telecomunicação de acordo com as suas necessidades, inclusive sem limite de minutos e sem que se cobre a tarifa da comunicação propriamente dita (pois esta é fixada pela ANATEL para remunerar os minutos de chamadas e a infraestrutura colocada à disposição), mas sim o preço que estabelece e submete à posterior homologação da referida Agência, o qual remunera tão somente os custos de infraestrutura, fiscalização, instalação, funcionamento, manutenção de rede etc.

Caso o cliente queira realizar uma única ligação que seja, terá que pagar de modo avulso o minuto consumido ou contratar um pacote de minutos (“PLANO LIBERTY”), que lhe garantirá a prestação do serviço de transmissão de mensagens, em relação ao qual não nega a incidência do imposto (artigos 155, II da Constituição Federal (CF/1988) e 2º, III, 12, VII e 13 da Lei Complementar (LC) nº 87/1996).

Deve-se tributar, portanto, as ligações, o pacote de dados e as mensagens SMS, mas não as atividades preparatórias de disponibilização de infraestrutura, que constitui mera obrigação de dar (ou cessão de uso).

Em seguida, qualifica de ilegal e inconstitucional a ampliação da hipótese de incidência do ICMS de comunicação por meio do Convênio nº 69/1998, conforme os ensinamentos do doutrinador Roque Carrazza transcritos à fl. 88, entendimento este que já foi pacificado na 1ª Seção do STJ (REsp 760.230/MG, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Seção, DJe de 01/01/2009).

Protesta pela produção das provas admitidas em Direito, inclusive pericial, e encerra pleiteando o acolhimento das razões defensivas.

Na informação fiscal, de fls. 271 a 275, o autuante reitera que a sociedade empresária fracionou as receitas do “PLANO LIBERTY”, que eram 100% tributadas até junho de 2016, colocando parte delas como “ASSINATURAS SEM FRANQUIA”, não tributadas (exemplos “A” a “F” de fls. 23 a 64 e A” a “D” de fls. 272/273).

Em 13 de outubro de 2016, com repercussão geral, o STF (Supremo Tribunal Federal) enfrentou o tema em sede de Recurso Extraordinário (RE 912.888) apresentado pelo Estado do Rio Grande do Sul contra Decisão do Tribunal de Justiça daquela unidade da Federação que livrou uma prestadora de serviço de telefonia do pagamento do imposto e considerou que não incide o ICMS sobre habilitação, instalação, disponibilidade, assinatura etc.

A Suprema Corte decidiu que é legal a cobrança sobre a tarifa básica de assinatura de telefonia paga pelos consumidores.

O relator, ministro Teori Zavascki, concordou com a incidência, sob o entendimento de que a assinatura permite ao usuário receber ligações, independentemente da quantidade de minutos que pode utilizar para efetuar chamadas.

A ausência de franquia de minutos vinculada ao preço cobrado de efetiva comunicação – segundo o ministro relator –, é irrelevante e não tem o condão de descaracterizar o serviço de comunicação remunerado pelo valor da assinatura básica mensal.

VOTO

Não acolho a preliminar de nulidade, pois os precedentes jurisprudenciais apresentados pelo defendente não prevalecem, em face da Decisão adotada pelo STF (Supremo Tribunal Federal) no RE 912.888, que vincula os órgãos judiciários e administrativos, de acordo com o que passarei a expor abaixo no julgamento do mérito.

Ao reconhecer a repercussão geral no caso, em julho de 2015, o ministro relator explicou que a questão tem natureza constitucional, por consistir essencialmente na definição do sentido e alcance da expressão “*serviços de comunicação*” a que se refere o artigo 155, inciso II da Constituição Federal de 1988.

Este órgão não tem competência para exercer controle de constitucionalidade dos dispositivos do Convênio ICMS 69/1998, muito menos para negar eficácia a norma emanada de autoridade superior (artigo 167, I e III do RPAF-BA/1999).

Rejeitada a preliminar de nulidade.

Com supedâneo no art. 147, I, “a” do RPAF-BA/1999, indefiro o requerimento de perícia. Todos os elementos necessários ao julgamento da lide estão presentes nos autos.

No mérito, a assinatura básica mensal de telefonia é por si só um serviço.

Por isso, incide sobre o seu valor o Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS).

A Decisão foi tomada pelo Supremo Tribunal Federal em 2016, e deve guiar as questões sobre o tema Brasil afora, já que teve repercussão geral reconhecida. A jurisprudência foi estabelecida em julgamento de Recurso Extraordinário, no qual o Estado do Rio Grande do Sul questionou Acórdão do Tribunal de Justiça local, favorável à prestadora Oi.

O ICMS deve ser cobrado independentemente da franquia de minutos concedida ao usuário, fixou o Pretório, ressaltando que as próprias operadoras argumentaram em julgamento anos atrás no Superior Tribunal de Justiça, que a assinatura básica mensal era um serviço. As empresas apresentaram essa tese, para justificar a cobrança da assinatura, e o argumento foi acolhido.

Agora, Zavascki lembra que chegou o momento de arcar com o que foi defendido. Afirmou o magistrado:

“Não se pode querer o melhor de dois mundos: considerar legítima a cobrança porque é serviço, e considerar que não incide ICMS porque não é serviço. É uma contradição insuperável”.

O voto do ministro Zavascki pelo provimento do Recurso do Estado do Rio Grande do Sul, foi acompanhado por maioria, vencidos os ministros Luiz Fux e Ricardo Lewandowski, para quem a assinatura não remunera o serviço de comunicação, mas apenas a disponibilização do acesso à rede, não sendo hipótese de incidência do ICMS.

Assim como o impugnante da lide em análise, aquela sociedade empresária sustentou no Recurso Extraordinário que a assinatura mensal é atividade-meio para a prestação do serviço de telefonia, e não o próprio serviço, sendo, portanto, imune à tributação.

À época, o relator destacou também que a Decisão iria complementar um julgamento anterior em que o STF entendeu que a habilitação de telefone móvel celular não integra o conceito de comunicação para fim de incidência do ICMS.

Com vistas à repercussão geral, o Plenário adotou a seguinte tese, formulada pelo relator:

“O Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) incide sobre a tarifa de assinatura básica mensal cobrada pelas prestadoras de serviços de telefonia, independentemente da franquia de minutos concedida ou não ao usuário”.

O RE 912.888, substituiu o Recurso Extraordinário com Agravo (ARE) 782.749, como paradigma da repercussão geral.

Em face do exposto, 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 **281081.0004/18-5**, lavrado contra **TIM CELULAR S/A**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$8.087.477,84**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a” da Lei nº 7.014/1996, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 13 de março de 2019.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS - PRESIDENTE

PAULO DANILO REIS LOPES – RELATOR

OLEGÁRIO MIGUEZ GONZALEZ - JULGADOR