

A. I. N° - 281081.0006/19-6
AUTUADO - TIM S/A.
AUTUANTE - RICARDO RODEIRO MACEDO DE AGUIAR
ORIGEM - IFEP SERVIÇOS
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 28/08/2019

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0093-01/19

EMENTA: ICMS. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO. OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS CONSIDERADAS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. ASSINATURA. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. 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. Encontram-se no campo de incidência do ICMS – Comunicação os serviços de valor adicionado, entre eles a assinatura. Infração caracterizada. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração foi lavrado no dia 13/03/2019 para exigir ICMS no montante de R\$724.835,40, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a” da Lei nº 7.014/1996, sob a acusação de falta de recolhimento na prestação de serviço de comunicação, por escrituração de valores tributáveis como não tributáveis.

Consta que o sujeito passivo não apurou o imposto sobre os serviços de assinatura, denominados “Assinatura Tim Empresa Nacional”, “Assinatura Plano Nosso Modo/BA Nacional” e “Assinatura Gestão Total”.

Segundo o auditor, o Supremo Tribunal Federal (STF), no julgamento do RE 912.888, publicado no DJ-e (Diário de Justiça Eletrônico) número 225, de 20/10/2016, por unanimidade, proferiu Decisão de mérito relativa a tema com repercussão geral, segundo a qual o ICMS incide sobre a tarifa de assinatura básica mensal cobrada pelas prestadoras de serviços de telefonia, independentemente da franquia de minutos, concedidas ou não ao usuário.

De acordo com o entendimento da Egrégia Corte, a assinatura é prestação de serviço de comunicação, pois faz com que esta se torne possível entre o usuário e terceiros, motivo pelo qual o autuante sustenta ter restado superada e sem efeitos a Decisão judicial obtida pela sociedade empresária no Mandado de Segurança 0001542-92.2010.8.05.0000. O contribuinte ingressa com defesa às fls. 25 a 35.

Na sua concepção, que tem como base os arts. 3º e 61 da Lei federal 9.472/1997 (Lei Geral de Telecomunicações), o tributo não incide sobre os fatos ora indicados, porquanto se trata de valores adicionados.

O STJ se posicionou contrariamente, ou seja, pela ilegalidade da Cláusula primeira do Convênio ICMS 69/1998, que preceitua a exigência referente aos serviços de acesso, habilitação, ativação, adesão, disponibilidade, assinatura etc. (Resp. 1.176.753/RJ).

Ao efetuar o lançamento, o Fisco teria agido em desobediência ao ordenamento jurídico, afrontando o que restou decidido pelo referido Tribunal Superior em sede de recursos repetitivos.

Para fins de esclarecimento acerca da não caracterização dos serviços como de telecomunicação, apresenta breve resumo sobre cada um, bem como colaciona aos autos cópias de notas fiscais atinentes ao período auditado.

O STF, conforme assegura, já assentou que os serviços de valores adicionados são diferentes dos de telecomunicação (ADI - MC 1.491/DF), caracterizando-se os primeiros como meros recursos de suporte, relacionados ao acesso, armazenamento, apresentação e recuperação de informações.

Prossegue alegando desrespeito à ordem judicial transitada em julgado referente ao Mandado de Segurança 0001542-92.2010.8.05.0000, que determinou a não inclusão dos serviços constantes da Cláusula primeira do Convênio ICMS 69/1998 na base de cálculo do tributo. Os servidores do Estado estariam obrigados a observar o referido julgado, sob pena de incorrerem em crime de desobediência.

Afirma que o percentual da multa configura confisco, pelo que pugna pela redução, fornece endereço para correspondências processuais, e conclui pleiteando o acolhimento da impugnação.

Na informação fiscal, de fls. 58 a 61, o auditor reitera o que já havia dito sobre o julgamento do RE 912.888, publicado no DJ-e (Diário de Justiça Eletrônico) número 225, de 20/10/2016, o que elucida de forma “definitiva e incontestável” a controvérsia e vincula os órgãos administrativos e judiciários, restando superada e sem efeitos a Decisão obtida pela sociedade empresária no Mandado de Segurança nº 0001542-92.2010.8.05.0000.

Discorda da tese de confisco, relativa à multa, e mantém a autuação.

VOTO

A respeito da alegação defensiva de que o Fisco não observou a ordem judicial contida na Decisão referente ao Mandado de Segurança 0001542-92.2010.8.05.0000, cumpre esclarecer que a constituição do crédito tributário não deve ser confundida com a sua respectiva exigibilidade.

A constituição (do crédito tributário) tem natureza jurídica de direito potestativo. Ou seja, possui o caráter daquele (direito) que pode ser levado a efeito pelo seu titular quando desejar, inexistindo alternativa para a parte contrária que não seja a de aceitar os efeitos decorrentes de tal escolha.

Por exemplo, o direito assegurado ao empregador de dispensar o empregado no contexto da relação trabalhista, como também no caso de divórcio, em que uma das partes, aceitando ou não, restará sujeita às consequências do seu processamento.

Como bem observa Francisco Amaral, referido direito não se confunde com o subjetivo, porque a este último se contrapõe um dever, o que não ocorre com o primeiro, entendido como espécie de poder jurídico a que corresponde uma sujeição.

O mérito da presente lide cuida de matéria diversas vezes submetida à apreciação deste Conselho de Fazenda, como, por exemplo, nos julgamentos de que resultaram os Acórdãos CJF 0274-11/16, 0288-11/16 e 0392-12/17, com Decisões desfavoráveis à sociedade empresária ora impugnante:

EMENTA: ICMS. REALIZAÇÃO DE OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS, SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO. FALTA DE PAGAMENTO. O art. 17, § 11 da Lei no 7.014/1996 é claro no sentido da incidência do tributo sobre serviços suplementares e facilidades adicionais que otimizem ou agilizem o processo de comunicação, independentemente da denominação dada. Indeferido o pedido de diligência. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão por maioria.

EMENTA: ICMS. REALIZAÇÃO DE OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS, SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO. FALTA DE PAGAMENTO. O art. 17, § 11 da Lei no 7.014/1996 é claro no sentido da incidência do tributo sobre serviços suplementares e facilidades adicionais que otimizem ou agilizem o processo de comunicação, independentemente da denominação dada. Indeferido o pedido de diligência. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão por maioria.

EMENTA: ICMS. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO. OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS CONSIDERADAS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. (INFRAÇÕES 1 e 2). 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. Encontra-se dentro do campo de incidência do ICMS – Comunicação dos serviços de valor adicionado, entre eles, os serviços preparatórios e os suplementares

prestados para viabilizar ou incrementar a prestação principal. Inteligência das disposições da LC 87/97 (art. 2o, III), e, da Lei Estadual no 7.014/96 (art. 2o, VII). Insubistentes os argumentos defensivos quanto à composição da base impositiva. Infrações mantidas com base em reiterada jurisprudência do CONSEF. Infrações caracterizadas. Acolhido o pedido de reclassificação da multa aplicada para o art. 42, inciso II, alínea “a” da Lei no 7.014/96. Alterada a decisão recorrida. Recurso PARCIALMENTE PROVIDO. Vencido o voto do relator. Decisão por maioria.

O lançamento está respaldado no art. 17, § 11 da Lei nº 7.014/1996, ao qual este órgão encontra-se submetido, por força das normas contidas no art. 167, I e III do RPAF/1999.

O referido artigo da Lei do ICMS/BA é claro no sentido da incidência do tributo sobre serviços suplementares e facilidades adicionais (inclusive assinatura) que possibilitem, otimizem ou agilizem o processo de comunicação, independentemente da denominação:

§ 11. Incluem-se na base de cálculo do ICMS das prestações de serviço a que se refere o inciso VII do caput do art. 2º desta Lei, os valores cobrados a título de acesso, adesão, ativação, habilitação, disponibilidade, assinatura e utilização dos serviços, bem como aqueles relativos a serviços suplementares e facilidades adicionais que otimizem ou agilizem o processo de comunicação, independentemente da denominação que lhes seja dada.

Cabe, nesse ponto, ressaltar que o STF, no dia 13/10/2016, decidiu que o ICMS incide sobre a assinatura básica mensal de telefonia. A Decisão, por unanimidade, foi tomada no julgamento do Recurso Extraordinário 912.888, publicada no DJ-e (Diário de Justiça Eletrônico) número 225, de 20/10/2016, nos termos informados na peça vestibular.

A Decisão da Suprema Corte em que se fundamenta o autuado foi adotada em sede de medida cautelar, pelo que carece de força vinculante a ponto de respaldar as suas ponderações (ADI - MC 1.491/DF).

O julgamento do Resp. 1.176.753/RJ ocorreu no ano de 2010, no STJ (Superior Tribunal de Justiça), muitos anos antes do Acórdão do STF (Supremo Tribunal Federal) concernente ao Recurso Extraordinário 912.888, publicado no dia 20/10/2016.

Embora não exista previsão explícita na Constituição Federal em tal sentido, uma análise que leve em conta a coerência do ordenamento como um todo não pode levar a outra conclusão que não seja a de que o instituto da repercussão geral em sede de Recurso Extraordinário, previsto no art. 102, § 3º da CF/1988, introduziu efeito vinculante aos órgãos judiciais e administrativos, inclusive aos que prolataram as Decisões mencionadas na peça defensiva.

Os artigos 976 a 993 do Código de Processo Civil de 2015 estatuem a vinculação dos efeitos das decisões adotadas em sede de recursos repetitivos ou com reconhecimento de repercussão geral.

Referidos efeitos tendem a estabilizar os julgados em todos os níveis e a reduzir divergências, contradições ou proliferação de contendas.

Principalmente após a entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015, percebe-se uma nítida tendência da legislação, doutrina e jurisprudência de conferir eficácia para além dos autos à decisão de mérito proferida pelo STF que declare a inconstitucionalidade ou a constitucionalidade de determinada norma, buscando a antecipação do efeito vinculante dos julgados em controle de constitucionalidade difuso.

Afinal, não há diferença de ordem substancial entre a decisão que declara a inconstitucionalidade ou a constitucionalidade de uma norma via sistema de controle concentrado e abstrato e aquela que resulta da declaração incidental, salvo os respectivos procedimentos, que em um e em outro caso são distintos.

Significaria desperdício de tempo e de recursos públicos os órgãos judiciais das instâncias originárias exararem decisões contrárias ao quanto deliberado pelo STF em sede de Recurso Extraordinário, com reconhecimento de repercussão geral. E isso, certamente, não atenderia ao interesse público, que deve ser aferido à luz do princípio da razoabilidade.

O efeito *erga omnes* deve ser antecipado nas declarações de inconstitucionalidade pronunciada

no Recurso Extraordinário com reconhecimento de Repercussão Geral do tema constitucional ventilado, por questões de legalidade (artigos 976 a 993 do Código de Processo Civil de 2015), praticidade e economia processual, e, também, para conferir efetividade à prestação jurisdicional.

Em face do exposto, tem-se 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.

Encontram-se no campo de incidência do tributo em análise os serviços de valor adicionado, entre eles a assinatura.

Quanto à natureza da multa, este órgão não tem competência para exercer controle de constitucionalidade, negar eficácia a norma emanada de autoridade superior, reduzir ou cancelar penalidade por descumprimento de obrigação principal (art. 167, I e III do RPAF-BA/1999).

No tocante ao endereço para correspondências processuais, nada impede a utilização daquele fornecido pelo sujeito passivo, sendo inclusive recomendável que assim seja feito, tendo em vista a prescrição do art. 272, § 5º do CPC (Código de Processo Civil), de aplicação subsidiária no Processo Administrativo Fiscal.

§ 5º Constando dos autos pedido expresso para que as comunicações dos atos processuais sejam feitas em nome dos advogados indicados, o seu desatendimento implicará nulidade.

Entretanto, nenhuma irregularidade advirá na esfera administrativa, desde que observados os ditames dos artigos 108 a 110 do RPAF-BA/1999.

Infração caracterizada.

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 **281081.0006/19-6**, lavrado contra **TIM S/A.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$724.835,40**, 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, 03 de julho de 2019.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

PAULO DANILO REIS LOPES – RELATOR

JOSÉ ADELSON MATTOS RAMOS - JULGADOR