

A. I. Nº - 278003.0002/19-6
AUTUADO - OI MÓVEL S.A. - EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL
AUTUANTE - ROQUELINA DE JESUS
ORIGEM - IFEP – SERVIÇOS
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 08/08/2019

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0157-03/19

EMENTA: ICMS. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO. SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO. FALTA DE ESCRITURAÇÃO NOS LIVROS FISCAIS PRÓPRIOS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. O ICMS incide sobre as prestações onerosas de serviços de comunicação. Integram a base de cálculo do ICMS, por expressa previsão legal, quaisquer importâncias ou despesas acessórias pagas pelo tomador do serviço de comunicação ou a ele debitadas. O autuado não incluiu na base de cálculo do ICMS os serviços denominados “Assinatura Mensal”, de acordo com as determinações do Convênio ICMS 69/98. Infração caracterizada. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 25/03/2019, exige ICMS no valor de R\$1.480.656,29, acrescido da multa de 100%, imputando ao autuado a seguinte irregularidade, relativa ao mês de janeiro 2017:

Infração 01 – 02.08.37: “Deixou de recolher o ICMS no(s) prazo(s) regulamentar(es) referente a prestação de serviço de comunicação não escriturados nos livros fiscais próprios”.

“A empresa deixou de recolher o ICMS sobre a prestação de serviço comunicação (Assinatura) relativo ao mês de Janeiro de 2017, por entender que tal serviço não era tributado”.

Enquadramento Legal: art. 1º, inciso III; art. 2º, inciso VII; e art. 32, da Lei nº 7.014/96 C/C art. 218, III, do RICMS, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012. Multa prevista no art. 42, III, da Lei nº 7.014/96.

O contribuinte tomou ciência do Auto de Infração em 27/03/19, e ingressou tempestivamente com defesa administrativa em 24/05/19, peça processual que se encontra anexada às fls. 20 a 36. A Impugnação foi formalizada através de petição subscrita por seus advogados, os quais possuem os devidos poderes, conforme Termo de Substabelecimento e Instrumento de Procuração, constantes nos Autos às fls. 40 a 42.

Em sua peça defensiva a Impugnante inicialmente aborda sua tempestividade, para em seguida questionar a formalização do Auto de Infração, a despeito do trânsito em julgado no Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, do Mandado de Segurança Originário nº 000072902.2009.8.050000, que informa ser favorável a empresa, e impetrado pela TNL PCS SA, incorporada pela OI MÓVEI- S/A.

Acrescenta que o mencionado Mandado de Segurança foi impetrado em vista do alargamento da incidência do ICMS - Comunicação, pelo Convênio CONFAZ ICMS nº 69/98 e incorporado ao RICMS/BA, transcrevendo a ementa do julgado.

Diz que o Estado da Bahia interpôs recurso extraordinário, sendo inadmitido pelo TJ/BA, e que irrisignado o Estado aviou agravo em RE ao Supremo Tribunal Federal, cujo provimento foi negado em decisão monocrática proferida pelo ministro Gilmar Mendes.

Assevera que após decisão transitada em julgado a mesma se torna imutável, não fazendo sentido a manutenção da autuação, copiando, neste sentido, decisões da Câmara de Conselho do Rio de Janeiro, São Paulo e Rio Grande do Sul.

Dessa forma, entende que o Auto de Infração deve ser cancelado.

No mérito, após voltar a se referir ao Mandado de Segurança impetrado, considera que não deve haver incidência do ICMS sobre “assinatura”, alegando que tal serviço não pode ser enquadrado como um serviço de comunicação propriamente dito, já que esse pressupõe uma efetiva intermediação de mensagens entre os interlocutores, e que empresa é autorizada pela ANATEL a oferecer “planos alternativos” aos seus clientes, nos termos dos artigos 43 e 49, da Resolução 426/05.

Acrescenta que estes planos alternativos visam a atender as necessidades do cliente, inclusive planos cuja assinatura não contemple franquia de minutos.

Argumenta que o valor da assinatura leva em consideração os custos com sua infraestrutura, cujo preço foi balizado com a ANATEL.

Diz que a característica do serviço autuado abarca apenas o direito à disponibilidade do serviço contratado, sem inclusão de minutos ou tráfego, e que o valor cobrado a título de assinatura remunera, exclusivamente, a linha telefônica à disposição do usuário.

Informa que o cliente para fazer uma ligação terá que usar os minutos na franquia contratada, cobrado em separado, cuja incidência do imposto, quanto a referida franquia, não discute.

Feito esses esclarecimentos considera cristalina a improcedência da autuação.

Prossegue a defesa, agora abordando o direito da não incidência do ICMS sobre valores advindos da assinatura mensal nos planos alternativos sem franquia de minutos.

Transcreve o art. 155, II da Constituição Federal de 1988, destacando que a alínea “II” refere-se a prestação de serviços de comunicação, sendo todos os outros de competência dos Municípios.

Refere-se ainda aos artigos 2º, incisos III, art. 12, VII e art. 13, inciso III, todos da LC nº 87/96, que traz a colação, destacando que o fato gerador do ICMS é a “prestação onerosa de serviço de comunicação”.

Transcreve, ainda, decisões do STJ “(Resp 1.176.753/RJ e 754.393/DF), com o intuito de amparar o entendimento da impossibilidade de se tributar atividades meio para a prestação de serviço de comunicação, e que a assinatura mensal sem franquia de minutos se enquadra nesse tipo de atividade.

Ressalta que da mesma forma que habilitação, a assinatura sem franquia apenas assegura ao cliente a possibilidade de fruição do serviço, considerando esta como atividade preparatória, e não como serviço de comunicação.

Enfatiza, ainda, que não é a periodicidade de cobrança que estabelece o limite entre a atividade meio e a atividade fim, mas o núcleo da cobrança realizada, transcrevendo decisão do EDCI no RESP 1.022.257/RS.

Argui a impossibilidade de ampliação da hipótese de incidência do ICMS comunicação por meio do Convênio ICMS 69/98, transcrevendo a Cláusula primeira do referido convênio.

Afirma, em relação aos limites impostos aos convênios, que o art.155 § 2º, inciso XII da CF/88 c/c arts. 1º e 8º da Lei Complementar nº 24/75 não deixam margem a dúvidas de que a única finalidade deles é conceder ou revogar benefícios fiscais.

Relata que os referidos acordos não podem criar ou aumentar os tributos, e para amparar seu entendimento traz a colação trecho de ensinamentos de Roque Antonio Carrazza.

Invoca os princípios da Estrita Legalidade e da Tipicidade Fechada, reportando-se também ao Código Tributário Nacional, art.108, §1º, visando demonstrar que os Estados, através do Convênio nº 69/98, jamais poderiam determinar a incidência do ICMS comunicação sobre atividades que não se encontravam expressamente definidas em lei como hipóteses de incidência da referida exação.

Nessa esteira, traz ainda cópias de decisões de diversos tribunais, objetivando atestar que o Convênio nº 69/98, incorporado pelo RICMS/BA é totalmente ilegal e inconstitucional.

Ao final, volta a solicitar o cancelamento do Auto de Infração.

A autuante apresentou informação fiscal às fls. 106 a 108, inicialmente dizendo que a defesa apresentada tem apenas como objetivo procrastinar o pagamento do imposto exigido na presente autuação.

Expõe que o valor do ICMS autuado foi apurado no Relatório de Faturas apresentados pelo Contribuinte, tendo em vista que a Empresa entendia que, sobre o serviço de assinatura sem franquia, não incidia o ICMS, não informando esta rubrica nos arquivos do Convênio 115/03.

Aduz que a Empresa ao tomar conhecimento da decisão proferida no RE nº 912888 em que o Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu que o Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) incide sobre a assinatura básica mensal de telefonia, com repercussão geral reconhecida, no qual o Estado do Rio Grande do Sul questionava acórdão do Tribunal de Justiça local (TJ-RS) favorável à Oi S/A, passou a tributar este serviço, apurando nas faturas, os valores devidos em parte, do ICMS, escriturando em outros débitos do Livro de Apuração do ICMS_EFD relativos aos meses de fevereiro e março de 2017.

Acrescenta que como a Empresa não apurou e nem pagou o débito do ICMS referente ao serviço de assinatura do mês de janeiro de 2017, coube ao Fisco efetuar o levantamento, que foi objeto de lavratura do auto de infração em liide.

Destaca que a Empresa passou a recolher o ICMS relativo à assinatura básica, acolhendo a decisão do STF, não cabendo os argumentos trazidos na defesa, e que conforme já foi dito, a impugnação visa apenas procrastinar o pagamento do ICMS devido com os acréscimos legais.

Por fim, entende desnecessário discorrer sobre os fatos e decisões trazidas pela Empresa, em face da Decisão da Suprema Corte, esperando pelo julgamento totalmente PROCEDENTE do Auto de Infração.

VOTO

Inicialmente, verifico que foram observados os requisitos que compõem o Auto de Infração, previstos no art. 39 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal - RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, inclusive a comprovação de entrega de todos os documentos.

O presente processo, exige ICMS referente à prestação de serviços de comunicação não escriturados nos livros fiscais próprios, pelo fato do autuado não ter recolhido o ICMS incidente sobre o serviço de assinatura cobrado nas faturas, por entender que o serviço não é tributado.

Em que pese os argumentos jurídicos apresentados na peça defensiva, a matéria em liide nos presentes autos se relaciona a questão já amplamente discutida e debatida no âmbito deste órgão julgador administrativo, tanto em primeira, quanto em segunda instância, que tem se posicionado pela incidência do ICMS sobre as prestações onerosas de serviços de comunicação, ou seja, encontra-se pacífico que devem integrar a base de cálculo do imposto, por expressa previsão legal, quaisquer importâncias ou despesas acessórias pagas pelo tomador do serviço de comunicação ou a ele debitadas.

Tal posicionamento, encontra-se atualmente, amparado pela última decisão do STF (Supremo Tribunal Federal), datada de 13/10/2016, nos autos do RE nº 912.888, com repercussão geral reconhecida, onde ratifica a incidência do ICMS sobre a tarifa de assinatura básica mensal, e confirma a eficácia do Convênio ICMS 69/98 que estabelece:

“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, independente da denominação que lhes seja dada”

Deve ser ressaltado, inclusive, que o sujeito passivo, após a decisão proferida no RE acima mencionado, passou a recolher o ICMS relativo à assinatura básica, deixando, no entanto, de apurar e recolher o relativo ao mês de janeiro de 2017, que foi objeto do presente lançamento “ex officio”, o que demonstra sua aceitação em relação à decisão do STF supra citada.

Dessa forma, entendo descaber o requerimento defensivo de cancelamento da exigência, com base no julgamento do Mandado de Segurança Originário nº 0000729-02.2009.8.05.000, impetrado pela TNL PCS S.A., incorporada pela OI Móvel S.A., e me posicionarei na mesma linha de entendimento já externado em julgados anteriores, realizados por este Conselho de Fazenda, envolvendo a mesma situação.

Apenas devo ressaltar, que apesar da decisão que transcreverei abaixo ter sido relativa a não inclusão na base de cálculo do ICMS do serviço denominado “Mensalidade Rental Program” (locação de aparelhos), a “Assinatura Mensal”, acompanha a mesma linha de raciocínio para integrar a base de cálculo do imposto, haja vista que se configuram como serviços de comunicação, todos os serviços relacionados e/ou necessários à prestação de serviços de comunicação. A prestação do serviço de telecomunicação abrange também sua disponibilização, o que implica computar na base de cálculo todas as cobranças financeiras feitas pelo prestador do serviço, ao seu usuário, para que seja possível a prestação do serviço de comunicação contratado.

Assim é que a 3ª Junta de Julgamento Fiscal, através do Acórdão nº 0205-03/14, se posicionou da forma abaixo transcrita, em julgamento levado a efeito em relação ao Auto de Infração nº 298636.0099/14-4, lavrado contra a empresa Nextel Telecomunicações Ltda, onde estão citados outros julgados pertinentes a mesma matéria, a exemplo dos acórdãos CJF Nº 0271-13/13, CJF Nº 0323-13/13 e CJF Nº 0358-13/13.

“VOTO

O Auto de Infração em epígrafe é imputado ao autuado o cometimento da falta de recolhimento do ICMS na prestação de serviços de comunicação por escrituração de valores tributáveis como não tributáveis, consoante demonstrativos acostados às fls. 07 as 11, cuja cópia foi devidamente entregue ao autuado, fl. 10.

Consta também da acusação fiscal a explicitação de que o não recolhimento refere-se a prestação de serviços de telecomunicações a não contribuinte (CFOP 5.307) denominados Mensalidade Rental Program, que foram lançados pelo autuado na Coluna “Outros” nos registros do Convênio ICMS 115/03.

Em sede de defesa o impugnante, depois de enunciar sua inferência que atribui à constituição do crédito fiscal objeto do Auto de Infração a não inclusão da receita de locação de aparelhos celulares (handsets) na base de cálculo do ICMS, concentrou suas razões de defesa no fato de que o ICMS-Comunicação somente pode incidir sobre os serviços de comunicação propriamente ditos, isto é, sobre a atividade-fim que é o serviço de comunicação, e não sobre a atividade-meio, apontando como exemplo a locação de aparelhos celulares.

Para corroborar sua tese invocou decisões de Tribunais Superiores sobre o tema, reproduzindo trechos das respectivas ementas, além de transcrever o teor do art. 155, inciso II da CF/88, dos artigos 2º, inciso III e 12, inciso VII, da Lei Complementar nº 87/96 e do art. 60, §1º da Lei nº 9.472/97 que define o conceito de telecomunicação, com o objetivo ilustrar o fundamento legal da Regra Matriz de Incidência do ICMS-Comunicação e do princípio da legalidade e da tipicidade fechada.

O autuante asseverou que, apesar da alegação do impugnante de que as receitas lançadas com a denominação de “Mensalidade Rental Program” se referirem a locação de aparelho de celulares, o impugnante lançou as receitas nos registros do Convênio ICMS 115/03 com CFOP 5.307 - Prestação de serviço de comunicação a não contribuinte (Classificam-se neste código as prestações de serviços de comunicação a pessoas físicas ou a pessoas jurídicas não indicadas nos códigos anteriores).

Como visto acima, o próprio autuado observou que a infração se refere à não inclusão na base de cálculo do ICMS dos valores relativos a aluguel de celular (handsets) e sustentou não haver incidência de ICMS sobre aluguel, pois o aluguel é atividade-meio, e não serviço de comunicação, ou seja, atividade-fim, conforme definida na Lei Geral de Telecomunicações - Lei nº 9.472/97(art. 60, §1º).

É indubitoso que, isoladamente, de fato, locação de bens ou equipamentos não é serviço de comunicação. Eis que, ao se alugar do proprietário ou do detentor de sua posse um bem móvel, não se tem que pagar ICMS por esse fato. A questão que se perquire nos presentes autos não se confunde com um simples contrato de aluguel. A locação apontada pelo impugnante, como sendo objeto da autuação, trata de contrato que se reveste e se configura de natureza específica por está atrelado e intrinsecamente vinculado a outro negócio. Logo, há que se inquirir se o valor cobrado a título de aluguel constitui um débito autônomo ou se constitui uma despesa acessória em relação ao negócio ao qual está associado.

No presente caso, os valores objeto da autuação dizem respeito a cobranças relativas à locação de celulares, por locatários, que utilizam os aparelhos exclusivamente ao usufruir os serviços de comunicação contratados e prestados pelo autuado. Saliente-se ainda que durante o contrato de locação o autuado terá que prover a

manutenção e a garantia do celular alugado, sob pena de, eventualmente, a sua atividade de prestação do serviço de comunicação, sofrer solução de continuidade. Assim, afigura-se patente a indissociabilidade da locação de celular com o serviço de comunicação prestado pelo autuado ao locatário.

Consoante previsão expressa do §1º, inciso II, “a”, do art. 13 da Lei Complementar nº 87/96, integra a base de cálculo do ICMS o valor correspondente a seguros, juros e demais importâncias pagas, recebidas ou debitadas, bem como descontos concedidos sob condição.

Ao cunhar explicitamente no texto legal a expressão “demais importâncias pagas, recebidas ou debitadas”, o legislador determina que devem integrar a base de cálculo do imposto quaisquer importâncias ou despesas acessórias pagas pelo tomador do serviço de comunicação ou a ele debitadas, do mesmo modo que ocorre com as despesas acessórias em relação às operações com mercadorias e com as prestações de serviços de transporte.

Nesta esteira, como se depreende das razões de defesa apresentadas pelo autuado, o seu entendimento também não coaduna com a Cláusula Primeira do Convênio ICMS 69/98, in verbis:

“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.”.

Logo, ao contrário do manifesto entendimento da defesa, qualquer que seja a denominação atribuída, os valores cobrados aos assinantes a título de locação de celulares por força de contrato estão compreendidos no campo de incidência do ICMS, uma vez que os custos de locação dos equipamentos, além de intrínseca e exclusivamente vinculados aos serviços, devem ser inclusos no preço total do serviço de comunicação, constituindo da base de cálculo do imposto.

Em suma, a exploração da atividade de prestação de serviços de comunicação é tributada pelo ICMS e, nesse caso, inequivocamente vinculada à locação do celular para ser utilizado com funcionalidades exclusivas do serviço pelo tomador, o valor do aluguel deve compor a base de cálculo da operação para efeito de tributação do ICMS. Tal cobrança decorre da previsão contida no art. 155, inciso II da Constituição Federal e está amparada no art. 2º, inciso III da Lei Complementar nº 87/96 e no art. 2º, inciso VII, c/c o §1º da Lei nº 7.014/96.

Ademais, esse tema é recorrente e a acusação fiscal sob análise tem sido julgada procedente, conforme jurisprudência consolidada do CONSEF, a exemplo dos Acórdãos CJF Nº 0271-13/13, CJF Nº 0323-13/13 e CJF Nº 0358-13/13.

Ante o exposto voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração”.

A decisão acima foi objeto de interposição de Recurso Voluntário pelo autuado, oportunidade em que a Procuradoria Geral do Estado, através da sua Procuradoria Fiscal, PGE / Profis, emitiu o seguinte pronunciamento:

A PGE/PROFIS, por intermédio do Procurador José Augusto Martins Júnior, emite Parecer às fls. 90 a 107 opinando no sentido do Improvimento do Recurso interposto.

Discorre acerca da delimitação conceitual e semântica da hipótese de incidência do ICMS sobre serviços de comunicação citando o artigo 155, II, da Constituição da República; o artigo 2º, III, da LC 87/96; e sobre o significado da expressão “prestação onerosa”, citando jurista. Fala sobre o conceito de “Comunicação” expressado na Lei nº 9472/97 (Lei Geral de Telecomunicações - LGT) e no Decreto nº 97.057/97 (Regulamento do Código Brasileiro de Telecomunicações).

Aduz que o Plenário do STF, por unanimidade, ao decidir a ADIN 1.467-6/DF, prolatou Acórdão no sentido de que o ICMS pode incidir sobre todo e qualquer serviço de comunicação, e que o serviço de radiodifusão sonora de sons e imagens é serviço de comunicação. Aduz que neste sentido, ancorado na definição desvelada na Corte Constitucional, é possível chegar à conclusão de que, abstraindo da questão da onerosidade a que se refere a LC 87/96, a comunicação em si não é a condição suficiente à ocorrência do fato gerador do ICMS. Que o simples fato de se estabelecer um elemento condutor de comunicação já é condição suficiente à ocorrência do fato gerador do ICMS.

Discorre sobre o conceito de comunicação, citando o artigo 155, II, da Constituição da República, e jurista. Cita o artigo 60 da Lei nº 9472/97 (Lei Geral de Telecomunicações), que determina que serviço de telecomunicações é o conjunto de atividades que possibilita a oferta de telecomunicação. Expõe existir conflito entre normas no corpo da LGT, precisamente entre os seus artigos 60 e 61, §1º. Discorre a respeito.

Assevera que o Convênio ICMS 69/98 não criou novos fatos geradores do ICMS, nem alargou a base

tributária do imposto. Cita Decisão judicial da Nona Vara de Fazenda Pública do Estado da Bahia, nos autos do Mandado de Segurança nº 6.407.330/98, a respeito.

Afirma que o ICMS incide sobre os serviços de comunicação, do qual a telecomunicação é uma subespécie, por qualquer meio, abrangendo os serviços eventuais, os serviços suplementares e todo o conjunto de atividades a eles relacionados; que o imposto incide também sobre os serviços eventuais, os serviços complementares e as atividades que agilizem, ou otimizem, os serviços de comunicação.

Aduz que, assim, entende não caber guarida às alegações do recorrente, porque emoldurado no campo de incidência do ICMS o ora discutido, por conta do sentido amplo conferido à norma impositiva tributária escalada na LC 87/96, devidamente explicitada no Convênio ICMS 69/98, em sua Cláusula Primeira. Cita e comenta o artigo 109 do CTN.

Afirma que o Legislador Complementar, dentro do alicerce permissivo constitucional, fundiu em uma só estrutura conceitual todo tipo de serviço ligado à perfectibilização das operações relativas à atividade de comunicação, independente de ser um serviço de comunicação próprio ou adicional (suplementar), dando-lhes efeitos jurídicos idênticos, precisamente originar o fato gerador do ICMS. Que não há que se dizer que a Lei de Telecomunicações conferiu ao conceito de serviços adicionais ou suplementares um conceito excludente da incidência do imposto estadual, pois em que pese ser possível definir estes conceitos em seu corpo normativo, não foi conferido ao legislador ordinário, pelo legislador complementar e, por via reflexa o legislador constituinte, o poder de definir os efeitos tributários de tais elementos normativos, devidamente delineados nos arquétipos legais previstos na Constituição e na Lei Complementar do ICMS. Que, portanto, não há como se aceder à tese esposada pelo recorrente.

Conclui opinando pelo Improvimento do Recurso Voluntário.

A 1ª Câmara de Julgamento Fiscal, em decisão por maioria, através do Acórdão CJF Nº 0075-11/15, também julgou Procedente o Auto de Infração nº 298636.0099/14-4, cujo voto vencedor, ao qual me alinho, segue abaixo transcrito:

“Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte no sentido de modificar a Decisão da 1ª Instância no que tange à infração imputada.

Preliminarmente, de ofício observo que estão presentes os pressupostos de validade processual, encontrando-se definidos o autuado, os montantes e os fatos geradores dos débitos tributários reclamados, não estando, o lançamento de ofício e o processo administrativo fiscal dele decorrente, incursos nas hipóteses previstas no artigo 18 do RPAF/99.

Ademais ficou evidenciado, tanto da impugnação ao lançamento de ofício, quanto do teor do Recurso Voluntário, que o contribuinte entendeu a imputação, tendo recebido os demonstrativos atinentes às mesmas e exercido tempestivamente seu direito de defesa tendo, inclusive, pronunciado-se quanto ao mérito neste processo.

Não merece reparo a Decisão recorrida.

Tal como já visto no Relatório que antecede este voto, o contribuinte restringe-se a trazer, em sede de Recurso, o quanto já apreciado em primeira instância.

Trata-se de assunto reiteradamente analisado neste Conselho, inclusive com a apreciação do tema pelos dignos representantes da PGE/Profis, tendo sido, até aqui, predominante o entendimento no sentido de que todas as facilidades e atividades vinculadas necessariamente à prestação dos serviços de telecomunicação compõem a base de tributação do ICMS.

Ressalto, inclusive, que na situação em foco o próprio contribuinte, ao emitir os documentos fiscais, utilizou os Códigos Fiscais de Operações – CFOPs de números 5.303 - Prestação de serviço de comunicação a estabelecimento comercial e 5.307 - Prestação de serviço de comunicação a não contribuinte, conforme se vê do demonstrativo do levantamento fiscal acostado às fls. 08 e 09, cujos dados foram extraídos dos registros que o próprio contribuinte realiza em decorrência do previsto no Convênio ICMS 115/2003 (Dispõe sobre a uniformização e disciplina a emissão, escrituração, manutenção e prestação das informações dos documentos fiscais emitidos em via única por sistema eletrônico de processamento de dados para contribuintes prestadores de serviços de comunicação e fornecedores de energia elétrica). O contribuinte não nega que utilizou tais CFOPs referentes a prestação e serviços de comunicações, nas operações alvo da exação.

Em verdade, tal como já dito pelo autuante ao prestar a informação fiscal à fl. 46 dos autos, e exposto de forma literal no Relatório do Acórdão de base, conforme se vê no trecho à fl. 63 dos autos deste processo - Acórdão este do qual o contribuinte recorre, tendo do mesmo tido integral ciência, portanto - o autuado, em sede de impugnação e de Recurso, seja em papel, seja nas mídias CDs que acosta a este processo, sequer apresenta provas do que alega, ou seja, provas de que as operações seriam de locação de aparelhos

celulares, a exemplo de cópias dos contratos de locação assinados pelas partes, provando a conexão de tais contratos com as operações autuadas.

Porém é plausível a alegação do contribuinte, e mesmo que o recorrente provasse tratar-se de aluguel de aparelhos celulares para a prestação do serviço de telefonia, isto não elidiria a imputação posto que, tal como já dito na Decisão de base, configurado o alegado pelo sujeito passivo, a necessidade do aluguel do aparelho para que o usuário do serviço possa receber tal serviço é indiscutível. Por conseguinte, na operação o aluguel é essencial à telecomunicação. E, existente conforme alega o contribuinte, este aluguel é realizado de forma onerosa, não se trata de comodato.

Como é de conhecimento comum, a grande velocidade das inovações tecnológicas traz, diariamente, a necessidade de adequação das regras sociais à realidade nova que se impõe. A necessidade de adequação atinge, igualmente, o ordenamento jurídico brasileiro.

Neste sentido, no Brasil, após a promulgação da Emenda Constitucional nº 08/1995, que flexibilizou o modelo brasileiro de telecomunicações ao eliminar a exclusividade estatal da concessão para exploração dos destes serviços, foi criada a Lei Federal nº 9.472/97, ou Lei Geral de Telecomunicações, como é conhecida, que dispôs sobre a organização dos serviços de telecomunicações.

Trazendo então a previsão tributária acerca de serviços de comunicação presente na Constituição da República:

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;

Na Lei Complementar nº 87/96:

Art. 2.º 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;

Na Lei Estadual nº 7.014/96:

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;

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;

§ 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.

Assim, adequada a legislação à nova realidade tecnológica, não apenas os serviços de chamadas telefônicas configuram-se como serviços de comunicação, mas todos os serviços relacionados e/ou necessários à prestação de serviços de comunicação. Uma vez que o legislador não poderia prever as denominações que as operadoras viriam a utilizar para os serviços que viriam a prestar a seus usuários, relacionados à prestação de serviços de comunicação, o texto normativo descreve a abrangência dos serviços tributáveis em termos exemplificativos.

A prestação do serviço de telecomunicação abrange também sua disponibilização, o que implica computar na base de cálculo todas as cobranças financeiras feitas pelo prestador do serviço, ao seu usuário, para que seja possível a prestação do serviço de comunicação contratado. Este é o caso específico, por exemplo, do alegado aluguel do aparelho de telefonia.

O aluguel do aparelho celular para uso da linha telefônica, objeto da autuação, tal como dito pelo contribuinte, é essencial à prestação dos serviços de telecomunicação que presta. Não se trata, portanto, sequer de uma “facilidade”, e sim de condição imprescindível para que o seu serviço de comunicação seja prestado.

O inciso III do artigo 2º da Lei Complementar nº 87/96, e o inciso VII do artigo 2º da Lei nº 7.014/96, já transcritos neste voto, preveem a incidência do ICMS na prestação onerosa de serviços de comunicação por

qualquer meio, incluindo tanto a geração, emissão, quanto a transmissão de comunicação de qualquer natureza. Sem ressalvas.

Neste sentido, entendendo que o ICMS não incide sobre comunicação, mas sobre a prestação de serviços de comunicação, isto é, a atividade de fornecimento, em caráter oneroso, de condições materiais para que a comunicação ocorra; que os chamados serviços e facilidades que otimizam, ou agilizam, o processo de comunicação, são serviços acessórios do serviço de comunicação, relacionados a uma comunicação à qual dão viabilidade, ou suporte, tais aludidos serviços estão incluídos no campo de incidência do ICMS, pois o acessório segue a sorte do principal. O valor cobrado pelas operações que baseiam o lançamento de ofício é parte integrante do custo do serviço de comunicação, portanto incluído no campo de incidência do ICMS.

Comungo integralmente das ponderações do voto da Decisão a quo, bem como do teor do Parecer técnico-jurídico exarados nos autos, que não reproduzo por desnecessário, visto que constam no Relatório que integra este Acórdão, e com base no inciso II da Constituição da República; no inciso III do artigo 2º da LC 87/96; no artigo 110 do CTN; no artigo 60 da Lei Geral de telecomunicações; e nos artigos 2º, VII, e 17, inciso VIII, e §11, ambos da Lei nº 7.094/96, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, para declarar mantida a Decisão recorrida, que julgou PROCEDENTE o Auto de Infração”.

À luz do quanto acima exposto, amparado na previsão legal do art. 1º, inciso III; art. 2º, inciso VII; e art. 17, §11º da Lei nº 7.014/96, além das disposições da Cláusula Primeira do Convênio ICMS 69/98, saliento que somente através de decisão judicial futura, que porventura altere o posicionamento atual da matéria em lide, estará a Bahia obrigada a adotar posição distinta da legislação que fundamenta o lançamento e o presente voto, assim como falece competência a este Contencioso Administrativo, para apreciar alegada inconstitucionalidade na legislação tributária estadual posta, em conformidade com o art. 167, I do RPAF/BA.

Vale ainda frisar, que conforme citado nos exames das preliminares, o sujeito passivo, após a decisão proferida no RE nº 912888, supra mencionado, passou a recolher o ICMS relativo à assinatura básica, deixando, no entanto, de apurar e recolher o relativo ao mês de janeiro de 2017, cabendo acertadamente ao Fisco, fazer a referida exigência através do presente lançamento “ex ofício”.

De tudo exposto, levando em consideração, ainda, os posicionamentos acima alinhavados, aos quais me associo, voto pela PROCEDÊNCIA do presente Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **278003.0002/19-6**, lavrado contra **O MÓVEL S.A. – EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$1.480.656,29**, acrescido da multa de 100%, prevista no art. 42, inciso III da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 29 de julho de 2019.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE

LUÍS ROBERTO DE SOUSA GOUVÊA – RELATOR

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS – JULGADOR