

PROCESSO - A. I. N° 281081.0006/19-6
RECORRENTE - TIM S/A.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JJF nº 0093-01/19
ORIGEM - IFEP SERVIÇOS
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 22/01/2021

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0301-12/20-VD

EMENTA: ICMS. FALTA DE RECOLHIMENTO. 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. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVÍDO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Cuidam os presentes autos de Recurso Voluntário, em face da Decisão da 1ª Junta de Julgamento Fiscal (JJF) deste CONSEF, que julgou Procedente o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 13/03/2019, e notificado ao Sujeito Passivo em 15/03/2019, a exigir ICMS no montante de R\$724.835,40, além de multa e acréscimos legais, em decorrência do cometimento de uma só infração, em ocorrências verificadas ao longo dos exercícios fiscais de 2016 e 2017.

O Autuado foi acusado 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, isto é, sobre as receitas advindas das rubricas “Assinatura Tim Empresa Nacional”, “Assinatura Plano Nosso Modo/BA Nacional” e “Assinatura Gestão Total”.

O cerne da lide gravita em torno da incidência, ou não, do ICMS sobre as receitas de serviço oriundas das rubricas acima, sendo certo que o Autuado faz referência à coisa julgada que obteve quando do julgamento definitivo do Mandado de Segurança nº 0001542-92.2010.8.05.0000, impetrado em face de ato do Secretário da Fazenda do Estado da Bahia perante o TJBA (*vide* o “Doc. 07”, arquivado em mídia eletrônica à fl. 56); e o Autuante faz referência ao acórdão proferido nos autos do Recurso Extraordinário nº 912.888, ainda sem trânsito em julgado.

Em 03/07/2019 a 1ª JJF julgou, por unanimidade, o Auto de Infração Procedente, nos seguintes termos:

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 optimizem ou agilizem o processo de comunicação, independentemente da denominação dada. Indeferido o pedido de diligência. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVADO. 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 optimizem ou agilizem o processo de comunicação, independentemente da denominação dada. Indeferido o pedido de diligência. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVADO. 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). Insubsistentes os argumentos defensivos quanto à composição da base imponível. 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 PROVADO. 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, optimizem 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 optimizem 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.

Regularmente intimado o autuado, por intermédio de seus advogados, interpôs Recurso Voluntário às fls. 80 a 92, pedindo a reforma do Acórdão pelas razões que expôs, em certa medida reiterativas da tese de defesa:

- a) a não incidência do ICMS sobre itens referentes à assinatura, com esclarecimentos acerca da legislação de regência e citação de arestos de tribunais superiores;
- b) o desrespeito à ordem judicial transitada em julgado, obtida quando do julgamento definitivo do Mandado de Segurança nº 0001542-92.2010.8.05.0000;
- c) o caráter confiscatório da multa aplicada, com o pedido sucessivo para sua redução.

Ademais, requer intimação na pessoa dos advogados que indica à fl. 92 (constato tratar-se dos mesmos causídicos apontados na peça de Defesa, fl. 35, e que foram destinatários da missiva intimidatória de fls. 77 e 78).

Recebidos os autos, estes foram a mim atribuídos em 19/12/2019 e por considerá-los devidamente instruídos solicitei à Sra. Secretária que então funcionava junto a esta Câmara que providenciasse a sua inclusão em pauta de julgamento.

Na sessão de 17/02/2020, esta Câmara deliberou pela conversão do feito em diligência à PGE/PROFIS, para que esse órgão que exerce a honrosa fundação de defesa do crédito da Fazenda Pública estadual em juízo pudesse emitir parecer em derredor das questões jurídicas que decorrem da lide, opinando pelo provimento, ou não, do Recurso Voluntário (fls. 126).

Às fls. 128 a 135 foi exarado o Parecer PROFIS-NCA-EKS nº 129/2020, aprovado à fl. 136 por despacho da Ilustre Procuradora Assistente, que em apertada síntese:

- a) reconhece a existência de coisa julgada em autos de Mandado de Segurança nº 0001542-92.2010.8.05.0000, após decisão que desaprovera em 28/05/2018 recurso em mandado de segurança manejado perante o STJ;
- b) obtempera que o STF por sua vez, em Recurso Extraordinário nº 912.888/RS (DJe de 09/05/2017) fixou entendimento de que incide o ICMS em assinatura básica de telefonia;
- c) que “*a decisão judicial que se forra o Autuado não se referiu a ‘assinatura’ e, nem mesmo por dedução, permite-se compreendê-la como ‘implicitamente’ prevista. Ao revés. O dispositivo se limitou a determinar a não incidência em relação atividade fim do então Impetrante, e nada mais*”;
- d) que “*A cobrança de assinatura - e o julgamento do STF referido apenas confirma a tese inicial - é, justamente, expressão inequívoca da atividade fim*”, de modo que o limite material do mandado de segurança não se estenderia à incidência do ICMS sobre assinaturas.

Faz ainda referência outros pareceres exarados pela PGE/PROFIS, para concluir que “*Opina-se pelo não provimento do Recurso Voluntário, relembrando-se que [...] as decisões da Corte [o STF] mesmo em controle difuso, possuem grande relevância e servem de precedente para outros Tribunais, de modo a não poder se considerar um nada jurídico.*”

Retornados os autos, eu os trago, pois, a esta sessão de 28/10/2020 para julgamento.

VOTO

O Recurso de Voluntário é cabível e adequado (art. 169, inciso I, alínea “b” do RPAF/99), tendo sido interposto no prazo do art. 171 do mesmo diploma normativo. Sou pelo seu conhecimento.

Em que pese tratar-se de pedido subsidiário, já adianto que o pleito pela redução de penalidade resvala na competência do CONSEF.

Este CONSELHO, por uma opção política da Assembleia Legislativa do Estado da Bahia, não dispõe de competência para a dosimetria das penalidades – *vide* a edição da Lei nº 14.183, de 12/12/2019, que revogou expressamente o § 7º, do art. 42 da Lei nº 7.014/96, que o previa tão-somente para multas por descumprimento de obrigação acessória. Hoje, nem mais isso, sendo certo que o caso em tela não diz respeito ao descumprimento de obrigações acessórias.

Cabe-nos, portanto, examinar a questão de fundo: se a base de cálculo do ICMS incidente sobre o serviço de telefonia deve ou não incluir as receitas auferidas sob as rubricas “Assinatura Tim Empresa Nacional”, “Assinatura Plano Nossa Modo/BA Nacional” e “Assinatura Gestão Total”.

O debate aqui, se encontra no nível de compreensão de julgados exarados pelo Poder Judiciário. Assim, se a questão já houvesse sido efetivamente dirimida pelo Poder Judiciário, ao CONSEF, também por ausência de competência, caberia tão-somente acatar a decisão (art. 125 do COTEB).

Nesse particular, acompanho o Parecer da PGE/PROFIS. Concordo com a premissa de que o julgamento exarado nos autos do Mandado de Segurança nº 0001542-92.2010.8.05.0000, apesar de se referir a entendimento do STJ sobre a não incidência do ICMS sobre “assinaturas”, não é, ao final, suficientemente claro para determinar que rubricas, caso a caso, seriam “atividade fim” ou não da empresa.

Também concordo com a premissa da PGE/PROFIS, de que o julgamento obtido no âmbito do STF não deve ser considerado como um nada jurídico. Jamais! As decisões do Poder Judiciário, em última análise, são relevantíssimas para dirimir questões como as dos autos, que implicam compreender, em última análise, os limites da competência para a imposição e os limites da regra de incidência do tributo. Todavia, devemos ter em mente que aqui temos decisões transitadas em julgado, proferidas pelo STJ e pelo TJBA, e decisão proferida pelo STF em processo que ainda segue em trânsito, não definitivamente julgado (Recurso Extraordinário nº 912.888).

Neste caso em análise, não me parece que o Sujeito Passivo haja se desincumbido suficientemente de demonstrar que as rubricas “Assinatura Tim Empresa Nacional”, “Assinatura Plano Nossa Modo/BA Nacional” e “Assinatura Gestão Total” efetivamente deixam de integrar a remuneração por uma “atividade fim”. Não foi evidenciado tratar-se de, por exemplo, a remuneração por um serviço de valor adicionado ao de telecomunicação, mas sim a remuneração mesmo pelo serviço de telecomunicação. Ou se que se trataria de, por exemplo, uma contraprestação por circunstâncias ou atividades preparatórias (tese já vencida no STF).

Manejar nomenclaturas comerciais para melhor aproveitamento de decisões judiciais, não nos parece que seja suficiente para afastar a incidência do ICMS sobre o serviço de comunicação. É necessário perquirir sobre se quem paga por essas assinaturas, está ou não remunerando serviço de comunicação. Com a devida vênia, não vejo argumento jurídico consistente para afastar, na demanda ora em exame, a compreensão de que quem paga essas “assinaturas” não esteja a remunerar serviço de comunicação (na hipótese, serviço de telecomunicação por meio de telefonia celular). Se em um caso a remuneração se destina a “Empresa Nacional”, e em outros a clientela peculiar, isso apenas evidencia a variação de preços de serviço própria do mercado (regulado, é verdade).

Dito de outro modo, com a devida licença de opiniões em contrário, não extraio das peças da defesa argumento convincente, de que os valores cobrados sob as rubricas de “assinaturas” mensais - que não são serviços, muito menos serviços preparatórios - não sejam contraprestação pelo serviço de comunicação propriamente dito, prestado pelas concessionárias de telefonia, consistente no fornecimento, em caráter continuado, das condições materiais para que ocorra a comunicação entre o usuário e terceiro, o que atrai a incidência do ICMS.

Diante do exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, para manter a Decisão de primeiro grau, mantendo o Auto de Infração PROCEDENTE.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2^a Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NÃO PROVER o Recurso Voluntário apresentado, e manter a Decisão recorrida que julgou PROCEDENTE o Auto de Infração nº 281081.0006/19-6, lavrado contra TIM S/A., devendo ser intimado o recorrente, 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 Virtual das Sessões do CONSEF, 28 de outubro de 2020.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS – PRESIDENTE

HENRIQUE SILVA DE OLIVEIRA – RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS