

A. I. N°. - 281081.0003/20-0
AUTUADO - TIM CELULAR S/A.
AUTUANTE - RICARDO RODEIRO MACEDO DE AGUIAR
ORIGEM - IFEP SERVIÇOS
PUBLICAÇÃO - 06/01/2021

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0197-02-02/20-VD

EMENTA: ICMS. FALTA DE RECOLHIMENTO. OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS TIDAS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE TELECOMUNICAÇÃO. 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. Decisão firmada pelo STF no RE 912.888, com repercussão geral. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Lavrado em 03/03/2020, o presente Auto de Infração exige ICMS acusando a seguinte infração: 02.08.38 – Falta de recolhimento de ICMS na prestação de serviço de comunicação por escrituração de valores tributáveis como não tributáveis. Valor: R\$139.711,94. Período: Janeiro a Julho 2018. Enquadramento legal: Arts. 1º, III, 2º, VII e 32 da Lei 7014/96. Multa: 60%, prevista no art. 42, II, “a” da Lei nº 7.014/1996.

Consta descrito que a TIM S/A é sucessora da TIM Celular IE 063.398.400 e a incorporação ocorreu em 31/10/2018; não tributou os serviços de ASSINATURA, denominados Assinatura sem franquia Liberty Emp +100, Assinatura sem franquia Liberty +50, Assinatura sem franquia Liberty Empresa, Assinatura sem franquia Tarifa Flat 100, Assinatura sem franquia Flat 400, Assinatura sem franquia Flat 1000, Assinatura sem franquia Flat 500, Assinatura – Gestão Total, Assinatura sem franquia TIM Black Empresa, etc.

No RE 912888, o STF julgou o mérito do tema com Repercussão Geral, (Ata de Julgamento publicada no DJE AT 32, de 13/10/2016, DJE nº 225, divulgado em 20/10/2016) e por unanimidade fixou a tese de que 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.

Decidiu que a “Assinatura” é uma prestação de serviço de comunicação, pois oferece condições para que haja a comunicação entre os usuários e terceiros – ainda que não remunere a ligação entre si, pois diz que a tarifa é, de fato, uma contraprestação ao próprio serviço de telecomunicação prestado pelas concessionárias.

Após essa decisão definitiva do pleno do STF, o serviço de “Assinatura” se caracteriza como serviço de telecomunicação tributável, fora do Conv. ICMS 69/98 e a decisão obtida pela Autuada no Mandado de Segurança 0001542-92-2010.8.05.0000, perde efeito.

Exação apurada conforme ANEXO A e A1 (COBRANÇA SINTÉTICCA), ANEXO B (COBRANÇA ANALÍTICA POR NFST, Convênio 115/2003). Segue anexado a decisão do STF_RECURSO EXTRAORDINÁRIO 912.888 – Assinatura. Todos os documentos estão apensados em meio magnético, com cópia entregue ao contribuinte.

TIM S/A, nova denominação de INTELIG TELECOMUNICAÇÃO S/A e sucessora de TIM CELULAR S/A, devidamente representada impugna o lançamento às fls. 15-24. Diz que a autuação não merece prosperar por não incidir ICMS sobre os serviços de “Assinatura”, já que se classificam como “serviços de valor adicionado”, e o STJ já se posicionou pela ilegalidade da Cláusula Primeira do Conv. ICMS 69/98, o qual preceitua a cobrança do ICMS sobre os serviços de “assinatura”, dentre

outros (REsp nº 1.176.753/RJ, reproduzido, e que possui efeito dos Recursos Repetitivos – CPC: Art. 543-C).

Afirma que o Fisco agiu ilegalmente e sem observar o entendimento pacífico do STJ, isto porque o serviço de telecomunicação é conceituado como “um conjunto de atividades que possibilita a oferta de telecomunicação” (Lei Geral das Telecomunicações – LGT: Art. 60 e § 1º), tais como a transmissão, emissão ou recepção de símbolos, caracteres, sinais, escritos, imagens, sons ou informações de qualquer natureza.

Reproduzindo o arts. 61, § 1º da LGT e 3º, III da Resolução ANATEL nº 73/98, aduz que eles definem serviço de valor adicionado como “atividade que acrescenta a um serviço de telecomunicação que lhe dá suporte e com o qual não se confunde, novas utilidades”.

Fala que os serviços de “Assinatura” questionados, referem-se a planos pós-pago não atrelados à concessão de minutos (assinatura sem franquia), não se caracterizando como serviço de comunicação, conforme regulamento anexo (Doc. 04 – CD-ROM).

No que se refere à “Assinatura-Gestão Total”, trata-se se “Serviço Gestor Web Tim” (Doc. 05 – CD-ROM), ferramenta de controle e gestão de utilização de acessos corporativos de uma empresa, que permite ao Administrador do contrato (cliente), configurar, gerenciar e controlar o uso dos acessos de voz de seus funcionários.

Portanto, tratam-se de serviços de valor adicionado e o STF, na ADI – MC nº 1.491/DF, cuja ementa reproduz, já assentou que os SVA’s se distinguem dos serviços de telecomunicação.

Assim, conclui, o ICMS somente incide quando há efetiva transmissão de mensagem do emissor “A” para o receptor “B”, por um terceiro contratado para tanto (prestador do serviço de telecomunicação), de modo que as atividades meio, preparatórias e conexas ao serviço de telecomunicação, que a eles adicionem facilidades, mas que não envolvam a consecução de efetiva relação comunicativa, afastam-se das hipóteses de incidência do ICMS.

Arremata dizendo que “exigir o ICMS sobre tais serviços é, antes de tudo, uma afronta à legislação federal, mormente à Lei Geral das Telecomunicações; ao Código Tributário Nacional, em seus artigos 108 e 110 e à Lei Complementar nº 87/96, em seus artigos 2º e 12”, razão pela qual entende que o AI deve ser julgado improcedente.

Seguindo, reproduzindo o art. 150, IV, da CF/88 e ementas de decisões judiciais pontua o “caráter confiscatório da multa aplicada”.

Concluindo, pede: a) improcedência do Auto de Infração; b) subsidiariamente, redução da multa aplicada para um patamar razoável; c) que as intimações sejam postadas, publicadas ou diligenciadas em nomes dos advogados representantes.

Na informação fiscal, de fls. 102-105, após sintetizar as razões do Impugnante, informa que o STF, em 13/10/2016, no RE 912888, substituindo o Recurso Extraordinário com Agravo - ARE 782.749 como paradigma da repercussão geral, julgou o mérito da questão em definitivo e com repercussão geral, decidindo que o ICMS incide sobre a tarifa de “assinatura” cobrada pelas prestadoras de serviços de telefonia, independentemente da franquia de minutos concedida ou não ao usuário, de modo que as alegações defensivas referente à não incidência do ICMS sobre os valores dos serviços contestados, não merecem prosperar.

Conclui mantendo a exação.

VOTO

Examinando os autos constato estar o PAF consoante com o RICMS-BA e com o RPAF-BA/99, pois o lançamento resta pleno dos essenciais pressupostos formais e materiais e os fatos geradores do crédito tributário constam claramente demonstrados.

Assim, considerando que: a) conforme recibos e documentos de fls. 02, 03 e 09, cópia do Auto de Infração e dos papéis de trabalho indispensáveis para o esclarecimento dos fatos narrados no corpo do auto foram entregues ao contribuinte; b) na lavratura do Auto de Infração foi devidamente

cumprido o disposto no art. 142 do CTN, bem como nos artigos 15, 19, 26, 28, 30, 38, 39 (em especial quanto ao inciso III e §§, 41, 42, 43, 44, 45 e 46, do RPAF; c) o processo se conforma nos artigos 12, 16, 22, 108, 109 e 110 do mesmo regulamento; d) a infração está clara e exaustivamente descrita, determinada com segurança, corretamente tipificada, tem suporte nos demonstrativos e documentos fiscais autuados, emitidos na forma e com os requisitos legais (fls. 01-07 e CD de fl. 08), bem como identificado está o infrator, constato não haver vício a macular o PAF em análise.

De logo, observo tratar-se de exação fiscal relacionada a tributo originalmente sujeito a lançamento por homologação (CTN: art. 150) em que a legislação atribui ao sujeito passivo a prática de todos os atos de valoração da obrigação tributária, inclusive o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, cabendo a esta apenas homologar os atos de natureza fiscal do contribuinte no prazo decadencial. Nesse caso, ainda que sobre a obrigação tributária não influam quaisquer atos anteriores à homologação, praticados pelo sujeito passivo ou por terceiro, em sendo praticados, os atos são, porém, considerados na apuração do saldo porventura devido e, sendo o caso, na imposição de penalidade, ou sua graduação (§§ 2º e 3º do artigo 150 do CTN).

Não havendo preliminar a ser apreciada, prestando reverência ao exercício do contraditório dentro do devido processo legal sem arranho aos princípios aplicáveis ao processo administrativo tributário, passo a decidir sobre o mérito do caso.

Conforme acima relatado, a acusação se refere a falta de pagamento de ICMS sobre valores relativos a serviços de “assinatura” cobrados dos clientes do sujeito passivo, este, prestador de serviços de telecomunicações.

Sem objetar os dados da exação, ancorada em decisões judiciais a respeito, bem como no art. 61, § 1º de Lei Geral das Telecomunicações e no art. 3º, III da Resolução ANATEL nº 73/98, a Impugnação se cinge a: **a)** argumentar que os serviços de “assinatura” objeto da autuação, por se classificarem em “serviços de valor adicionado”, não sofrem incidência de ICMS; **b)** que a multa proposta possui caráter confiscatório e, caso o AI não seja julgado improcedente, ela deve ser reduzida; **c)** que as intimações sejam postadas, publicadas ou diligenciadas em nomes dos advogados representantes.

De pronto, e já orientando minha convicção sobre esta lide administrativa, ressalto que em face da superveniência da firme e definitiva decisão do Supremo Tribunal Federal no RE 912.888 (DJE nº 225 de 20/10/2016), acerca da incidência do ICMS sobre operações tipo as contidas no lançamento tributário em sede de revisão, negativa os efeitos dos precedentes judiciais arrolados na Impugnação, de modo a sanar o contraditório aqui exposto, em face da força vinculante do citado *decisum* (RPAF: Art. 167).

Saliento que ao reconhecer a repercussão geral da decisão de caso semelhante no citado RE, o Ministro Relator explicou que a questão tem natureza constitucional, por essencialmente se enquadrar 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. Entenda-se, portanto, em definitivo, que “assinatura” é, por si só, serviço de telefonia sujeito à incidência de ICMS.

Essa questão não é nova no âmbito do CONSEF e, por alinhar-me ao entendimento nele exposto para mesma matéria, conter mesma situação, contemporaneidade normativa e figurar o mesmo contribuinte no polo passivo da relação jurídica tributária, cabe aqui reproduzir, o juízo de mérito expresso no voto do Acórdão JJF Nº 0024-01/19 (Relator Paulo Danilo Reis Lopes), nele apenas fazendo a observação de, por não ser expressamente prevista na Constituição Federal, o argumento defensivo e a decisão prolatada no RE 912.888 não trata de “imunidade tributária”, mas de hipótese que não estaria prevista no campo de incidência do ICMS:

“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.

Por revestir-se em questionamento de inconstitucionalidade de norma legal vigente e prevista para sancionar a infração por descumprimento de obrigação principal constatada, excluído da competência dos órgãos julgadores administrativos, bem como não haver previsão legal para tanto, o pleito de redução da multa aplicada fica prejudicado.

A intimação do sujeito passivo ou de pessoa interessada acerca de qualquer ato, fato ou exigência fiscal consta regulamentada no art. 108 do RPAF, mas nada impede que o pleito contido na Impugnação seja atendido, no sentido de que os representantes legais do sujeito passivo também sejam intimados.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 281081.0003/20-0, lavrado contra **TIM CELULAR S/A**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$139.711,94**, 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, 02 de outubro de 2020.

JORGE INÁCIO DE AQUINO – PRESIDENTE/RELATOR

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR – JULGADOR

JOSÉ ADELSON MATTOS RAMOS - JULGADOR