

PROCESSO - A. I. Nº 281081.0004/18-5
RECORRENTE - TIM CELULAR S/A.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JF nº 0024-01/19
ORIGEM - IFEP SERVIÇOS
PUBLICAÇÃO - INTERNET 28/05/2021

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C.J.F. Nº 0089-11/21-VD

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. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Vencido o voto do relator. Decisão por maioria.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário, interposto em face do Acórdão nº 0112-01/19 da 1ª JF deste CONSEF, que julgou procedente o presente Auto de Infração, lavrado em 27/12/2018, com as seguintes características:

***Infração 01 – 02.08.38** – Falta de recolhimento do ICMS na prestação de serviço de comunicação por escrituração de valores tributados como não tributados.*

***Valor histórico:** R\$ 8.087.477,84. Multa de 60%.*

***Período fiscalizado:** 01/01/2016 a 31/12/2017*

***Enquadramento legal:** art. 1º, inciso III, art. 2º, inciso VII; e art. 32 da Lei 7.014/96.*

***Multa aplicada:** art. 42, inciso II, alínea “a”, da Lei 7.014/96.*

Constou ainda, na descrição dos fatos:

A empresa TIM CELULAR, lançou serviços de telecomunicações tributados (assinatura sem franquia), como não tributados.

A empresa TIM Celular, até junho/2016, prestava serviços de telecomunicações denominados Planos Liberty Controle, Liberty 800, 400, 300, 200, Liberty 100, Liberty 50, Liberty Mundi, dentre outros, que eram 100% tributados.

A partir de Julho/2016, a empresa fracionou os valores cobrados pelos serviços citados acima em dois itens: Planos Liberty (Tributado) e “Assinatura sem franquia” (Sem tributação).

Vale ressaltar, que a soma dos valores fracionados, cobrados dos Planos Liberty + Assinatura sem Franquia, correspondem exatamente aos valores dos Planos Liberty, cobrados até junho/2016, onde estes valores eram 100% tributados.

A utilização deste método de fracionamento dos planos Liberty, gerou uma redução indevida dos valores a recolher do ICMS, trazendo prejuízos ao erário baiano.

Após a instrução processual, a Junta de Julgamento Fiscal assim decidiu:

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 judiciais 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.

Regularmente intimado, o contribuinte interpôs Recurso Voluntário, insurgindo-se contra a decisão de primeiro grau, da forma a seguir indicada.

Afirma que o presente Auto de Infração foi formalizado a despeito do trânsito em julgado de forma favorável à empresa, do Mandado de Segurança Originário nº 0001542-92.2010.8.05.0000 impetrado pela TIM NORDESTE S. A. (incorporada pela TIM CELULAR S.A., ora autuada) em 02.02.2010, no E. TJ/BA, para que fosse afastada a incidência do ICMS sobre as receitas decorrentes dos serviços elencados na cláusula primeira do Convênio ICMS 69/98, quais sejam, “*aqueles referentes à taxa de adesão, habilitação, ativação, entre outros serviços que caracterizam atividades-meio, conexos ao serviço de telecomunicação*” e ainda que o Estado da Bahia se abstivesse de impor qualquer restrição à compensação dos valores pagos indevidamente, relativos aos fatos geradores ocorridos antes do ajuizamento da ação judicial.

Diz que o acórdão proferido pelo Tribunal concedeu parcialmente a segurança pleiteada para afastar a incidência de ICMS-Comunicação sobre as receitas decorrentes dos serviços suplementares e facilidades adicionais que apenas aperfeiçoem o processo de comunicação, deixando apenas de reconhecer a possibilidade de compensação dos valores pagos indevidamente, por entender inadequada a via eleita, tendo, no mérito, afastado integralmente a

incidência de ICMS sobre as atividades-meio e serviços complementares ao serviço de comunicação.

Destaca que o Estado da Bahia interpôs Recurso Especial e Recurso Extraordinário. Ao analisá-los, a Terceira Vice-Presidência do TJ/BA houve por bem em sobrestar o REsp para se aguardar o julgamento definitivo do paradigma sobre o tema (REsp nº 1.176.753, julgado pela 1ª Seção do STJ em 28.11.12) e inadmitir o RE. Irresignado, o Estado aviou Agravo em REsp e Agravo em RE, ambos não conhecidos pelo respectivos Tribunais Superiores.

Por outro lado, informa que a TIM Nordeste S. A. também interpôs recurso em face do acórdão proferido pelo TJ/BA, com vistas a ver reformada a parte que denegou a segurança pleiteada, no que tange à possibilidade de compensação dos valores pagos indevidamente. Tal recurso foi indeferido pelo STJ, sendo seu trânsito em julgado certificado em 26.06.2018.

Assim, entende que o presente Auto de Infração deve ser imediatamente cancelado, já que há coisa julgada favorável a Recorrente, o que impede qualquer rediscussão do débito na via administrativa. Cita acórdãos da Câmara de Contribuintes da SEFAZ/RJ, do Tribunal de Impostos e Taxas do Estado de São Paulo e da SEFAZ/RS, para demonstrar que é pacífico o entendimento acerca da impossibilidade de se analisar Auto de Infração lançado em desacordo com a decisão judicial transitada em julgado favoravelmente ao contribuinte.

Apona que a Decisão recorrida não se pronunciou em momento algum sobre o trânsito em julgado obtido pela empresa, o que configura nítido cerceamento do seu direito de defesa e deve levar ao reconhecimento de sua nulidade.

Sustenta que no mérito o recurso também merece provimento, citando o inciso II, do art. 155 da CF/88, que teria determinado a incidência do ICMS sobre dois serviços distintos, a saber: (i) prestação de serviços de transporte interestadual e intermunicipal, e (ii) prestação de serviços de comunicação. Todos os demais serviços, portanto, encontram-se sob a competência dos Municípios, de acordo com o art. 156, III da Carta Magna.

Indica que, neste sentido, a LC 87/96 esclareceu o fato gerador do ICMS-Comunicação em seus arts. 2º, III e 12, VII, e que seria a “prestação onerosa de serviços de comunicação”, cuja qual somente se perfaz no momento em que ocorre, por meio de um negócio jurídico, a intermediação de mensagens de uma pessoa a outra. Exemplifica relatando que o fato gerador do ICMS só surge quando, em razão de um contrato oneroso, “A” (o prestador), valendo-se de meios próprios ou alheios, faz a intermediação de mensagens entre “B” e “C”.

Observa que, para tanto, há de ser colocada à disposição do usuário toda uma infraestrutura eletrônica, mecânica e técnica indispensável à prestação dos serviços de telecomunicação, ressaltando que, não é isso, contudo, que faz nascer o dever de recolher o ICMS, mas sim, a real e efetiva prestação do serviço de telecomunicação, mencionando o inciso III, do art. 13 da LC nº 87/96, que teria definido que a base de cálculo do ICMS é o preço do serviço de comunicação, e nada mais.

Reforça que a base de cálculo do ICMS corresponde unicamente ao preço cobrado pelas empresas em virtude da prestação do serviço de telecomunicação em si - este que pressupõe uma efetiva intermediação de mensagens entre os interlocutores, motivo pelo qual se deve tributar as ligações telefônicas, o pacote de dados e as mensagens SMS, mas não as atividades de caráter preparatório, como a habilitação, o bloqueio de chamadas, a transferência de titularidade da conta, e, como não poderia deixar de ser, a assinatura cobrada como remuneração pela manutenção da rede, sem franquia de minutos.

Transcreve a ementa do REsp 1.176.753/RJ para destacar e enfatiza que em caso absolutamente idêntico ao presente, em que também se discutia a incidência do ICMS sobre a receita da assinatura mensal sem franquia de minutos, o STJ concluiu que se tratava de mera atividade-meio ao serviço de comunicação e, por isso, não se enquadraria na hipótese de incidência do imposto, referindo-se ao REsp 754.393/DF.

Diz que o STJ expressamente afastou a incidência do ICMS sobre a assinatura mensal sem franquia de minutos, por entender que a descrição do fato gerador previsto no art. 2º, III da LC nº 87/96 não contempla as atividades meramente preparatórias ou acessórias do serviço de comunicação e que a cobrança pela mera disponibilização da infraestrutura não passa de simples obrigação de dar (ou cessão de uso), incompatível com o conceito de prestação de serviço. Logo, jamais poderia a assinatura mensal sem franquia estar inserida no fato gerador do ICMS previsto no art. 2º, III, da LC nº 87/96 e, como não poderia deixar de ser, no art. 13, III, do mesmo diploma, que define a base de cálculo da exação como sendo apenas “o preço do serviço”.

Defende que, da mesma forma que a habilitação, a assinatura sem franquia apenas assegura ao usuário a possibilidade de fruição do serviço, sendo nítida atividade preparatória que jamais poderia ser confundida com um serviço de comunicação, uma vez que, tanto na habilitação do telefone, quanto na assinatura sem franquia, não há transmissão de mensagens.

Insiste estar mais do que claro que a assinatura dos planos alternativos oferecidos pela Recorrente jamais poderia ser alvo do ICMS-Comunicação, pois, nem o fato de a assinatura (sem franquia) ser cobrada mensalmente pela empresa teria o condão de transformá-la em serviço de comunicação. Afinal, não é a periodicidade da cobrança que estabelece o limite entre a atividade-meio e a atividade-fim da operadora, mas sim o núcleo da cobrança realizada: se decorrer do efetivo envio de mensagens, incidirá o ICMS; caso esteja remunerando apenas uma atividade que busque disponibilizar ou dar acesso à atividade-fim, não haverá que se falar no fato gerador do imposto. Transcreve a ementa do EDcl no REsp 1.022.257/RS.

Salienta que entender de forma diversa seria violar frontalmente o art. 108, § 1º do CTN, que veda a aplicação da analogia com vistas a exigir tributo não previsto em lei.

Ataca, em seguida, a possibilidade de a tributação do serviço de assinatura mensal em planos alternativos sem franquia de minutos estaria legitimada em razão do disposto na cláusula primeira do Convênio ICMS 69/98, destacando a redação e sua cláusula primeira.

Relata que os entes estaduais, utilizando-se do argumento de que estariam apenas “interpretando” a base de cálculo do ICMS, buscaram inserir na sua hipótese de incidência outras atividades que não se confundem com os serviços de comunicação propriamente ditos, em manobra que ostenta dois vícios: a) indevida ampliação da hipótese de incidência do ICMS; b) extrapolação dos limites constitucionais dos convênios.

Observa que, em relação aos limites impostos aos convênios, o art. 155, § 2º, XII, “g” da CF/88 c/c arts. 1º e 8º da Lei Complementar nº 24/75 não deixam margem a dúvidas: a única finalidade deles é conceder ou revogar benefícios fiscais no âmbito do ICMS.

Aponta que tais acordos, sabiamente, não podem criar ou aumentar os tributos, nem, muitos menos, dilatar os limites constitucionais que delimitam as hipóteses de incidência. Logo, não poderia jamais um ato desta natureza aumentar a base de cálculo do ICMS, como fez o Convênio ICMS 69/98. Cita doutrina de Roque Antonio Carrazza para ratificar.

Diz que o conceito de serviço de comunicação estabelecido na CF/88 e na LC nº 87/96 não pode ser manipulado pelo ente político em benefício próprio (CTN, art. 110), sendo o Convênio ICMS 69/98 manifestamente abusivo, já que procurou inserir no conceito de serviço de comunicação atividades que com esta não se confunde.

Trata em seguida do princípio da estrita legalidade e do princípio da tipicidade fechada, segundo o qual todos os elementos necessários à tributação devem estar previstos no corpo da lei de forma clara e suficiente, sendo certo que não há espaço para normas abertas em Direito Tributário, sob pena de arbítrio fiscal, motivo pelo qual, as leis tributárias não compadecem com a interpretação extensiva, mas sim, demandam verdadeira interpretação restritiva, de modo que os direitos e garantias individuais de cada contribuinte encontrem-se devidamente protegidos.

Advoga que o Código Tributário Nacional, por sua vez, expressamente veda o uso da analogia

pelo Poder Público na tentativa de exigir tributo não previsto em lei (art. 108, §1º), de maneira que se trata, evidentemente, de norma que visa garantir os postulados da segurança jurídica e da não-surpresa, norteadores do nosso Estado Democrático de Direito. Assim, jamais poderiam os Estados, por meio do Convênio ICMS 69/98, determinar a incidência do ICMS sobre atividades que (por não serem consideradas como efetivos serviços de comunicação) não se encontravam expressamente definidas em lei como parte da hipótese de incidência da referida exação.

Alegando entendimento pacificado sobre a ilegalidade do Convênio ICMS 69/98, cita o REsp 760.230/MG, como exemplo da 1ª Seção do STJ, e o MS nº 00004606020098050000, como exemplo do TJ/BA, que ratificariam que o mencionado convênio é totalmente ilegal e abusivo, o que deixa ainda mais evidente a ilegitimidade da exigência do ICMS sobre a assinatura mensal sem franquia de minutos.

Ao final, pede o reconhecimento da insubsistência do auto de infração em exame em função da existência de coisa julgada em favor da empresa. Sucessivamente, requer que seja cancelado o auto de infração, reconhecendo-se que não incide ICMS sobre receitas de assinatura sem franquia de minutos e, ainda, caso contrário, que se anule a decisão de 1ª Instância e se determine o retorno dos autos à origem para novo julgamento, haja vista que o referido decisum não se manifestou acerca do argumento levantado pela empresa em sua impugnação que diz respeito à existência de coisa julgada que lhe é favorável.

Os autos foram distribuídos para o ilustre Consº Leonel Araújo Souza e, em sessão realizada no dia 23/09/2019, esta 1ª Câmara deliberou por converter o feito em diligência à PGE/PROFIS, para que respondesse os seguintes quesitos:

- (i) O serviço prestado pelo Recorrente, denominado “assinatura de franquia”, o qual é cobrado mensalmente dos usuários pela disponibilização da infraestrutura, é considerado serviço de comunicação, passível de incidência do ICMS?
- (ii) A Decisão proferida nos autos do Mandado de Segurança nº. 0001542-92.2010.8.05.0000 está relacionada com o serviço objeto da presente autuação? A ausência de manifestação sobre essa questão pela Junta, resultaria na nulidade do Acórdão nº 0024-01/19, tendo em vista o teor do art. 18, II, do RPAF/BA?

Os autos foram encaminhados ao Procurador Dr. José Augusto Martins Júnior, que assim respondeu aos questionamentos:

“... ”

No que concerne ao primeiro questionamento, temos como certo que a matéria em análise, especificamente a incidência de ICMS sobre o valor pago a título de assinatura básica, em que pese hoje ser favorável aos Estados, conforme jurisprudência dos Tribunais Superiores, é objeto da prolação de julgamento pelo regime de repercussão geral (Leading Case RE 912888).

Desta forma, tendo em vista a jurisprudência atual percorre no sentido da incidência do ICMS, entendemos pela manutenção do lançamento sobre tema.

Em relação ao segundo questionamento, compulsando a decisão prolatada no Mandado de Segurança nº. 0001542-92.2010.8.05.0000 (fls. 140/149), verifica-se que o decisum não detém uma especificidade necessária para obstar o lançamento, muito pelo contrário, refere-se tão somente à cobrança de taxa de adesão a planos promocionais (fls. 144).

Por derradeiro, não encarece qualquer possibilidade de declaração de nulidade sobre a decisão da JF, por suposto julgamento infra petita, uma vez que o tema foi devidamente enfrentado no julgamento das preliminares (fls. 281).

É o parecer, encaminhe-se o presente à Procuradora Assistente do PGE/PROFIS/NCA para análise.”

Em seguida, a Procuradora Assistente em exercício, Dra. Rosana Maciel Passos Salau, ratificou a manifestação, destacando:

“... ”

De fato, não restam dúvidas de que há incidência do ICMS sobre as receitas decorrentes da denominada “assinatura mensal sem franquia”, diante da decisão lançada pelo Supremo Tribunal Federal nos autos do RE

912888, julgado sob a sistemática dos recursos repetitivos. Segue a ementa do julgado:

...

Quanto ao segundo questionamento, note-se que, segundo informação prestada pela própria autuada em sua peça de impugnação, o Mandado de Segurança nº. 0001542-92.2010.8.05.0000 discute a incidência do ICMS 'sobre as receitas decorrentes dos serviços suplementares e facilidades adicionais que apenas aperfeiçoem o processo de comunicação'.

Ora, nos termos da decisão do STF acima referida, a tarifa de assinatura básica mensal (com ou sem franquia) não configura serviço adicional ao de comunicação, consistindo numa contraprestação pelo próprio serviço de comunicação, correspondente ao fornecimento continuado de condições materiais para que esta ocorra.

Conclui-se, portanto, que a decisão proferida na ação mandamental não repercute sobre o presente auto de infração, já que a exigência fiscal nele veiculada se relaciona com a prestação de serviço de comunicação propriamente dito – aí incluída a remuneração pelo fornecimento da infraestrutura necessária para que este ocorra –, e não com a prestação de qualquer serviço adicional.

Também não vislumbramos nulidade da decisão de primeira instância, pois ali está expresso que a preliminar de coisa julgada não poderia prevalecer em face da decisão lavrada pelo STF nos autos do RE 912.888. É dizer que, como já acima esclarecemos, tendo o STF fixado o entendimento de que as receitas decorrentes de assinatura básica mensal (com ou sem franquia) não se relacionam com serviços adicionais ao de comunicação, então não há razão pra se cogitar de repercussão da decisão proferida pelo TJBA no mencionado mandado de segurança.”

Os autos retornaram ao Relator que os declarou aptos para julgamento. Entretanto, na sessão ocorrida em 17/07/2020, esta Câmara deliberou novamente no sentido de remetê-los para a PGE/PROFIS, diante da ciência de que foi formado um grupo de trabalho para serviços de telecomunicações cujo qual já se encontrava em fase final para elaboração de parecer referente a todos os serviços, com o objetivo de responder ao seguinte questionamento:

- (i) O serviço prestado pelo Recorrente, denominado “assinatura de franquia”, o qual é cobrado mensalmente dos usuários pela disponibilização da infraestrutura, é considerado serviço de comunicação, passível de incidência do ICMS? Abordar ainda, de forma específica, se a Decisão proferida nos autos do Mandado de Segurança nº 0001542-92.2010.8.05.0000 está relacionada com o serviço objeto da presente autuação e se essa decisão tem o condão de afastar a exigência veiculada na presente autuação.

Mais uma vez, os autos foram encaminhados ao Procurador Dr. José Augusto Martins Júnior, que assim se manifestou:

“A Procuradoria do Estado, por seu procurador in fine, com supedâneo no art. 140 da Constituição do Estado da Bahia c/c art. 20 da Lei Complementar nº. 34/09, 09, instada a se manifestar sobre consulta de fls. 347/348, formulada pela 1ª CJF, vem reiterar in totum o parecer de fls. 340/342, dos autos, da Procuradora Assistente em exercício, Dra. Rosana Maciel Passos Salau, cuja conclusão se amolda perfeitamente ao quanto assentado no Grupo de Trabalho criado pela ordem de serviços PROFIS 10/2019.”

Os autos foram redistribuídos a mim, em face do afastamento do Relator Leonel Araújo Souza. Ao receber os autos, entendi que o questionamento formulado nas diligências já realizadas não foi devidamente respondido. Por este motivo, submeti proposta de nova diligência à PGE/PROFIS, em sessão suplementar ocorrida em 25/02/2021, a fim de esclarecer a questão formulada, entretanto a proposta foi rejeitada pela maioria dos votos, motivo pelo qual os autos voltaram para emissão de relatório e voto.

VOTO VENCIDO

A recorrente sustenta, preliminarmente, a ilegalidade da decisão de primeira instância, por não ter se pronunciado expressamente acerca da decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Estado da Bahia em seu favor, nos autos do Mandado de Segurança originário nº 0001542- 92.2010.8.05.0000.

Entendo que lhe assiste razão.

O julgador de primeiro grau não se manifestou expressamente sobre a mencionada decisão, violando o disposto pelo inciso III do art. 164 do RPAF, que assim dispõe:

Art. 164. As decisões dos órgãos julgadores serão tomadas por acórdão, devendo este conter:

...

III - voto fundamentado, em que o relator fará a exposição do seu ponto de vista quanto aos fatos e ao direito aplicável, expondo por fim a sua conclusão quanto às questões preliminares ou quanto ao mérito da lide;

Ocorre que, no presente caso, não houve a devida fundamentação quanto à coisa julgada em favor da recorrente, ainda que a JJF entendesse pelo seu afastamento. O acórdão, de forma genérica, além de se reportar a “precedentes jurisprudenciais apresentados pelo defendente” afasta a preliminar por entender que a matéria sequer poderia ser apreciada por este Conselho em virtude de decisão do STF, conforme trecho que transcrevo a seguir:

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). (grifamos)

Rejeitada a preliminar de nulidade.

Todavia, em primeiro lugar, “precedentes judiciais” não podem ser confundidos com “coisa julgada em favor da recorrente”. Enquanto aqueles funcionam como mero reforço retórico à tese apresentada pela parte (precedentes persuasivos), esta representa norma jurídica concreta e individual, que produz eficácia *inter partes* enquanto não retirada do mundo jurídico, o que não ocorre como consequência da decisão do STF, haja vista que não fora proferida neste processo, tampouco se tem notícia de que estava sobrestado aguardando julgamento.

Sobre o tema, registro trecho de trabalho doutrinário da Ministra Carmen Lúcia:

“[...] A prescrição constitucional dota a pessoa de segurança quanto ao seu patrimônio de bens jurídicos, o qual se põe ao desvelo e à proteção de cada um e do Estado. Este se vê obrigado a tolher quaisquer novos processos sobre bem já resguardado segundo decidido pelo julgador, o qual atua aplicando a lei e fazendo-a valer no caso concreto.

O que se tem, aí, é a garantia de estabilidade das relações jurídicas e a certeza dos atos estatais. O que o Estado tenha decidido, judicialmente, no sentido do valor e do valer da lei em determinado caso, não pode ser posto em discussão permanente ou nova sem que se quebrem as raias da certeza que deve envolver e garantir os provimentos estatais qualificados pela vocação à definitividade. A pessoa tem o direito de ver-se abrigada na certeza de que o quanto respondido pelo Estado sobre questão que tenha ofertado à decisão judicial produz efeitos qualificados pela impugnabilidade recalcitrante.

Praticado o ato judicial final de um processo, tem a pessoa a convicção, constitucionalmente fundada, de que não sobrevirá lei ou qualquer outra circunstância, menos ainda posta pelo próprio Estado, que desequilibre o quanto apresentado como estável. [...]” (ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. O princípio da coisa julgada e o vício de inconstitucionalidade. *Fórum Administrativo - Direito Público - FA*, Belo Horizonte, ano 9, n. 100, jun. 2009. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=57937>>. Acesso em: 20 jun. 2014.)

Em outras palavras, o entendimento do STF, *a priori*, somente se aplica aos casos sobrestados ou futuros e não àqueles, cuja decisão transitou em julgado anteriormente, em sentido oposto.

Por este motivo, aliás, com todo o respeito, discordo dos pareceres emitidos pela PGE/PROFIS, conquanto também não tenham esclarecido a questão que objetivamente lhe foi posta, tanto que esta Câmara repetiu o questionamento (fls. 347-348). Ainda assim, as respostas oferecidas também se referem a precedentes judiciais, sem enfrentar, de forma expressa e direta, a eventual legitimidade do lançamento em face da decisão proferida nos autos do Mandado de Segurança nº 0001542-92.2010.8.05.0000, e o silêncio da Junta de Julgamento Fiscal a respeito.

A decisão de primeiro grau é nula, portanto, por não estar devidamente fundamentada, na forma do inciso III, do art. 18 do RPAF.

Logo, voto por DAR PROVIMENTO ao Recurso Voluntário, para acolher a preliminar de nulidade da decisão de primeiro grau, por ausência de fundamentação, em razão de não ter se manifestado expressamente sobre a decisão proferida nos autos do Mandado de Segurança nº 0001542-92.2010.8.05.0000.

A recorrente também arguiu preliminar de nulidade do Auto de Infração, por entender que não poderia ser autuada por matéria correspondente àquela afastada da incidência do ICMS nos autos do Mandado de Segurança nº 0001542- 92.2010.8.05.0000.

Entendo que a matéria se confunde com o mérito do recurso, e passo então a analisá-lo.

Seguindo a coerência com o posicionamento que tenho adotado nos processos administrativos que se referem à transferência interestadual de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo contribuinte (Tema 1099 de Repercussão Geral do STF), entendo inaplicável ao presente caso o entendimento firmado no RE 912.888/RS, por não haver previsão legal de eficácia vinculante ou efeitos *erga omnes* para decisões proferidas em sede de recursos repetitivos ou repercussão geral.

O texto constitucional somente estipula tais consequências para os demais órgãos do Judiciário e da Administração Pública de qualquer esfera, quando trata das decisões definitivas proferidas em sede de ação declaratória de constitucionalidade (ADC), ou de ação direta de inconstitucionalidade (ADI), conforme art. 102, § 2º da CF/88.

Ora, não me parece coerente entender pela inaplicabilidade imediata do Tema 1099, em favor dos contribuintes, e ao mesmo tempo, cogitar da aplicação do Tema 827 contra os mesmos, até mesmo porque ainda não foram apreciados os embargos de declaração opostos contra o acórdão proferido no RE 912.888/RS.

Não se pode afastar a possibilidade de que seja dado efeito prospectivo à decisão, caso o STF entenda, no julgamento dos embargos, que existem razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social no caso, conforme art. 27 da Lei nº 9.868/99.

Ademais, no presente caso, vislumbro outra razão, ainda mais robusta, para afastar a aplicação do entendimento referido que é o fato de que **o contribuinte possuir coisa julgada em seu favor**. Como se sabe, a coisa julgada constitui norma jurídica concreta e individual em favor da parte beneficiada (BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. trad. Fernando Pavan Baptista e Ariane Bueno Sudatti. Bauru, SP: EDIPRO, 2001. pp. 180-183). Ainda que reconhecida a legalidade da cobrança do tributo em discussão, a pretensão do Estado não pode alcançar aqueles contribuintes, como a recorrente, que detém sentença transitada em julgado em seu favor, salvo se esta deixar de existir.

O Auto de Infração foi lavrado para cobrança de valores especificados como “assinatura sem franquia”.

O acórdão de fls. 139-146, que acompanhou a impugnação, concluiu:

“[...] Assiste razão ao impetrante, pois de um exame feito sobre as provas colacionadas aos autos, percebe-se a existência de direito líquido e certo a ser tutelado judicialmente.

Diante do entendimento predominante no Superior Tribunal de Justiça, verifica-se a plausibilidade do direito invocado pelo impetrante, requisito indispensável para a concessão da segurança pretendida.

É que, tem entendido a corte superior que ‘os serviços de habilitação, instalação, disponibilidade, assinatura (enquanto sinônimo de contratação do serviço de comunicação), cadastro de usuário e equipamento, entre outros serviços, que configurem atividade-meio ou serviços suplementares, não sofrem a incidência do ICMS’. (Precedentes: REsp 945037/AM, Rel. Ministro Luiz Fux, DJe 03/08/2009).

Isso porque ao analisarem a Lei Complementar nº 87/96 aqueles julgadores entenderam que apenas à atividade fim de comunicação se aplica a incidência do cálculo do ICMS. Ainda, afirmaram que a habilitação e aqueles serviços previstos pelo art. 1º do Convênio nº 69/98, eram serviços considerados como preparatórios para a consumação do ato de comunicação, não podendo sobre os mesmos incidir a base de cálculo do imposto.

Cobrando-se o ICMS sobre as atividades fins da empresa, com a incidência do Convênio estabelecido, passou-se a cobrá-lo também sobre atividades meio, ferindo o art. 108, § 1º, do CTN, instituindo novo tributo, que por sua vez, não poderia ser instituído através daquela forma legislativa.

Assim, não se mostra razoável considerar a incidência do ICMS sobre a atividade meio da empresa impetrante, vez que não se configura qualquer circulação de mercadoria, tampouco ocorreu a hipótese de incidência prevista em lei para a exigência do tributo, consoante já decidiu o Egrégio STJ, conforme jurisprudência que ora colaciono:

...

*Diante de tais considerações, **concedo parcialmente a segurança** pleiteada para determinar que os valores cobrados a título de ICMS incidam apenas sobre a atividade fim da impetrante, retirando do seu cálculo o previsto pelo Convênio 69/98.” (sublinhamos)*

O Convênio ICMS 69/98, do qual a Bahia é signatária, dispõe:

***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. (sublinhamos)*

Como se pode observar, o Tribunal de Justiça do Estado da Bahia afastou a incidência do ICMS, especificamente, em relação a todas as hipóteses previstas no dispositivo acima transcrito, em relação à recorrente, sem fazer qualquer distinção se a assinatura seria “com” ou “sem” franquia, restringindo a tributação apenas à sua atividade-fim. O alcance da decisão, portanto, é claro e suficientemente específico.

Se o Estado optou por não recorrer ou não obteve êxito em sua tentativa, não me parece cabível a restrição da matéria coberta pelo manto da coisa julgada pela via interpretativa, sob pena de invadir competência do Poder Judiciário, até mesmo porque a legislação processual possui recurso disponível para hipóteses de omissão, contradição e/ou obscuridade (embargos de declaração).

Cabe, então, analisar se a prestação sobre a qual se está exigindo tributo constitui atividade-fim da recorrente.

Neste sentido, ao julgar o RE 572.020/DF, **já transitado em julgado**, o STF decidiu:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. TRIBUTÁRIO. ICMS. HABILITAÇÃO DE APARELHOS CELULARES. A LEI GERAL DE TELECOMUNICAÇÕES (ART. 60, § 1º, DA LEI Nº 9.472/97) NÃO PREVÊ O SERVIÇO DE HABILITAÇÃO DE TELEFONIA MÓVEL COMO ATIVIDADE-FIM, MAS ATIVIDADE-MEIO PARA O SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO. A ATIVIDADE EM QUESTÃO NÃO SE INCLUI NA DESCRIÇÃO DE SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÃO CONSTANTE DO ART. 2º, III, DA LC 87/1996, POR CORRESPONDER A PROCEDIMENTO TÍPICAMENTE PROTOCOLAR, CUJA FINALIDADE REFERE-SE A ASPECTO PREPARATÓRIO. OS SERVIÇOS PREPARATÓRIOS, TAIS COMO HABILITAÇÃO, INSTALAÇÃO, DISPONIBILIDADE, ASSINATURA, CADASTRO DE USUÁRIO E EQUIPAMENTO, ENTRE OUTROS, QUE CONFIGURAM ATIVIDADE-MEIO OU SERVIÇOS SUPLEMENTARES, NÃO SOFREM A INCIDÊNCIA DO ICMS, POSTO SERVIÇOS DISPONIBILIZADOS DE SORTE A ASSEGURAR AO USUÁRIO A POSSIBILIDADE DO USO DO SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO, CONFIGURANDO AQUELES TÃO SOMENTE ATIVIDADES PREPARATÓRIAS DESTES, NÃO INCIDINDO ICMS. INOCORRÊNCIA DE VIOLAÇÃO AOS ARTS. 2º, 150, I, E 155, II, DA CF/88. DESPROVIMENTO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. 1. Os serviços preparatórios aos serviços de comunicação, tais como: habilitação, instalação, disponibilidade, assinatura, cadastro de usuário e equipamento, entre outros serviços, configuram atividades-meio ou serviços suplementares. O serviço de comunicação propriamente dito, consoante previsto no art. 60, § 1º, da Lei nº 9.472/97 (Lei Geral de Telecomunicações), para fins de incidência de ICMS, é aquele em que um terceiro, mediante prestação negocial-onerosa, mantém interlocutores (emissor/receptor) em contato por qualquer meio, inclusive a geração, a emissão, a recepção, a transmissão, a retransmissão, a repetição e a ampliação de comunicação de qualquer natureza (Resp. 402047/MG, Rel. Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, PRIMEIRA TURMA, julgado em 04/11/2003, DJ 09/12/2003). 2. A interpretação conjunta dos arts. 2º, III, e 12, VI, da Lei Complementar 87/96 (Lei Kandir) leva ao entendimento de que o ICMS somente pode incidir sobre os serviços de comunicação propriamente ditos, no momento em que são prestados, ou seja, apenas pode incidir sobre a atividade-fim, que é o serviço de comunicação, e não sobre a atividade-meio ou intermediária como são aquelas constantes na Cláusula Primeira do Convênio ICMS nº 69/98. Tais serviços configuram, apenas, meios de viabilidade ou de acesso aos serviços de comunicação, et por cause, estão fora da

incidência tributária do ICMS. 3. A Constituição autoriza sejam tributadas as prestações de serviços de comunicação, não sendo dado ao legislador, nem muito menos ao intérprete e ao aplicador, estender a incidência do ICMS às atividades que as antecedem e viabilizam. Não tipificando o fato gerador do ICMS-Comunicação, está, pois, fora de seu campo de incidência. Consecutariamente, inexistente violação aos artigos 2º, 150, I, e 155, II, da CF/88. 4. O Direito Tributário consagra o princípio da tipicidade, de maneira que, sem lei expressa, não se pode ampliar os elementos que formam o fato gerador, sob pena de violar o disposto no art. 108, § 1º, do CTN. 5. In casu, apreciando a questão relativa à legitimidade da cobrança do ICMS sobre o procedimento de habilitação de telefonia móvel celular, a atividade de habilitação não se inclui na descrição de serviço de telecomunicação constante do art. 2º, III, da Lei Complementar 87/96, por corresponder a procedimento tipicamente protocolar, cuja finalidade prende-se ao aspecto preparatório e estrutural da prestação do serviço, serviços meramente acessórios ou preparatórios à comunicação propriamente dita, meios de viabilidade ou de acesso aos serviços de comunicação. 6. O ato de habilitação de aparelho móvel celular não enseja qualquer serviço efetivo de telecomunicação, senão de disponibilização do serviço, de modo a assegurar ao usuário a possibilidade de fruição do serviço de telecomunicações. O ICMS incide, tão somente, na atividade final, que é o serviço de telecomunicação propriamente dito, e não sobre o ato de habilitação do telefone celular, que se afigura como atividade meramente intermediária. 7. Ex positis, nego provimento ao recurso extraordinário. (RE 572020, Rel. MARCO AURÉLIO, Rel. p/ Acórdão: LUIZ FUX, Tribunal Pleno, DJe 10/10/2014)

Confira-se que a Corte expressamente delimitou o campo de incidência do ICMS aos “**serviços de comunicação propriamente ditos**”, sem que se possa cogitar da sua extensão às atividades que a antecedem ou a viabilizam, como aquelas constantes do Convênio ICMS 69/98. Consignou inclusive a prevalência do princípio da tipicidade no direito tributário, destacando a impossibilidade de ampliar os elementos que constituem o fato gerador, sem lei expressa.

Neste ponto, observo que o inciso VII, do art. 2º da Lei nº 7.014/96, adotou a mesma redação contida no inciso VII, do art. 12 da Lei Complementar nº 87/96, veículo normativo competente para estabelecer normas gerais em matéria tributária, sobretudo a definição de tributos, seus fatos geradores e base de cálculo, conforme alínea “a” do inciso III do art. 146 da CF/88.

Portanto, é preciso reconhecer que o campo de incidência do ICMS está adstrito às situações em que ocorra uma efetiva comunicação, ou seja, a troca de mensagens entre emissor e receptor. É como ensina a doutrina:

“Em suma, prestar, a título oneroso, serviço de comunicação não é simplesmente disponibilizar os meios materiais (atividades-meio) para que ele se verifique. Não é, por igual modo, levar avante atividades relacionadas com a prestação do serviço de comunicação, ainda que o potencializem.

Na real verdade jurídica, prestar, a título oneroso, serviços de comunicação é realizar, mediante contraprestação econômica, um esforço pessoal que efetiva a troca de informações entre um emissor e um receptor, perfeitamente indicados.

Aqui chegados, é o caso de indagarmos: juridicamente, quando há prestação onerosa do serviço de comunicação, a que alude o art. 155, II, da CF?

Em primeiro lugar, quando há um emissor da mensagem, um receptor da mensagem e, é claro, uma mensagem que ambos compreendam, isto é, que tenha um código comum.

Mas não é apenas isso. É mister, ainda, estejam presentes: (a) a determinação do emissor e do receptor da mensagem; (b) a bilateralidade da relação entre ambos; e (c) a onerosidade diretamente vinculada a esta relação interativa.

Se o receptor da mensagem não for determinado e não estiver em condições de entendê-la e respondê-la pelo mesmo canal comunicativo não há espaço jurídico para a exigência do ICMS.” (CARRAZZA, Roque Antônio. ICMS. 18ª ed. São Paulo: Malheiros, 2020. p 243)

A recorrente informou em seu recurso que:

“Ressalta-se que, da mesma forma que a habilitação, a assinatura sem franquia apenas assegura ao usuário a possibilidade de fruição do serviço, sendo nítida atividade preparatória que jamais poderia ser confundida com um serviço de comunicação.

Tanto na habilitação do telefone, quanto na assinatura sem franquia, não há transmissão de mensagens. Se não há uma real troca de mensagens, como poderia incidir o ICMS?

Diante disso, está mais do que claro que a assinatura dos planos alternativos oferecidos pela Recorrente jamais poderia ser alvo do ICMS- Comunicação.

E nem se diga, por fim, que o fato de a assinatura (sem franquia) ser cobrada mensalmente pela empresa teria o condão de transformá-la em serviço de comunicação.

Com efeito, não é a periodicidade da cobrança que estabelece o limite entre a atividade-meio e a atividade-fim da operadora, mas sim o núcleo da cobrança realizada: se decorrer do efetivo envio de mensagens, incidirá o ICMS; caso esteja remunerando apenas uma atividade que busque disponibilizar ou dar acesso à atividade-fim, não haverá que se falar no fato gerador do imposto.”

O parágrafo único do art. 83 da Lei nº 9.472/97 (Lei Geral de Telecomunicações), prevê que as operadoras sejam remuneradas tanto pelas tarifas como por outras receitas alternativas, conforme trecho abaixo:

Art. 83.

*Parágrafo único. Concessão de serviço de telecomunicações é a delegação de sua prestação, mediante contrato, por prazo determinado, no regime público, sujeitando-se a concessionária aos riscos empresariais, remunerando-se pela cobrança de tarifas dos usuários ou **por outras receitas alternativas** e respondendo diretamente pelas suas obrigações e pelos prejuízos que causar. (sublinhamos)*

Anote-se, que o Regulamento do Serviço Telefônico Fixo Comutado – STFC (Resolução nº 426, de 9 de dezembro de 2005 da ANATEL), diferencia claramente a assinatura do serviço de comunicação propriamente dito, conforme dispositivos abaixo:

Art. 3º Para fins deste Regulamento são adotadas as seguintes definições, além de outras adotadas pela legislação e pela regulamentação:

...

XXIV - tarifa ou preço de assinatura: valor devido pelo assinante em contrapartida da manutenção da disponibilidade do acesso telefônico de forma individualizada para fruição contínua do serviço;

...

XXVI - tarifa ou preço de utilização: valor devido pelo usuário pelo uso do STFC, por unidade de medição;

Da mesma forma o faz o Regulamento do Serviço Móvel Pessoal – SMP (Resolução nº 477, de 7 de agosto de 2007 da ANATEL):

Art. 3º Para fins deste Regulamento são adotadas as seguintes definições, além de outras adotadas pela legislação e pela regulamentação:

...

VIII - Assinatura: valor fixo mensal devido pelo Usuário por ter ao seu dispor o SMP nas condições previstas no Plano de Serviço ao qual, por opção, está vinculado;

...

XXXII - Valor de Comunicação: valor devido pelo Usuário, por unidade de tempo, pela realização de comunicação;

XXXIII - Valor de Comunicação 1 - VCI: valor devido pelo Usuário, por unidade de tempo, pela realização de chamada destinada a Código de Acesso do STFC associado à área geográfica interna à Área de Registro de origem da chamada.

Logo, em que pese a assinatura possa ser considerada requisito à prestação do serviço de comunicação, entendo que não se confunde com o mesmo, consistindo em atividade-meio de disponibilização da infraestrutura, para que o usuário, caso o queira, e assim o faça, possa efetivamente se comunicar com outros, situação distinta para a qual é cobrado o respectivo preço ou tarifa sujeito ao ICMS.

E, apesar de que este entendimento possa ser considerado contrário ao que tem sinalizado que vai estabelecer o STF, à míngua de norma legal estabelecendo efeito vinculante e eficácia *erga omnes* às suas decisões em repercussão geral, repito, entendo ser a melhor solução a ser adotada, por hora, notadamente para garantir a segurança jurídica, sobretudo diante de uma possível mudança de entendimento, dada a nova composição do STF, ou modulação dos efeitos da decisão, que não podem ser descartados.

Assim, voto pelo PROVIMENTO do Recurso Voluntário para julgar IMPROCEDENTE o Auto de Infração.

VOTO VENCEDOR

Peço vênia ao nobre Relator para apresentar entendimento divergente, especificamente naquilo que se reporta à decretação de nulidade, fundamentada no cerceamento do direito de defesa.

Dirirjo, porque não identifico omissão no julgado proferido pela 1ª JJF, a qual examinou todas as questões postas e deliberou, afastando, ainda que indiretamente, todas as alegações postas pela peça impugnatória. Nesse sentido, acompanho o parecer da Douta Procuradoria, nas palavras de Dr. José Augusto Martins Júnior.

Ademais, ainda que omissão houvesse, despiciendo seria devolver o processo à primeira instância, uma vez que a causa se encontra madura para julgamento, sem necessidade de qualquer outra providência instrutória, o que autoriza o julgamento da questão pelo colegiado ad quem, com base no art. 1013, § 3º, inciso III do CPC, abaixo reproduzido:

“Art. 1.013. A apelação devolverá ao tribunal o conhecimento da matéria impugnada.

...
§ 3º Se o processo estiver em condições de imediato julgamento, o tribunal deve decidir desde logo o mérito quando:

...
III - constatar a omissão no exame de um dos pedidos, hipótese em que poderá julgá-lo;
...”

Assim, rejeito a alegação de nulidade suscitada.

Quanto ao mérito, peço mais uma vez permissão para divergir, conforme segue.

Resume-se, a presente questão, à discussão acerca da incidência ou não do ICMS sobre o serviço de assinatura básica mensal, cobrada ao usuário de telefonia, à luz da decisão exarada nos autos do Mandado de Segurança Originário nº 0001542- 92.2010.8.05.0000, impetrado pela TIM NORDESTE S.A (incorporada pela TIM CELULAR S.A, ora autuada), em 02.02.2010, no E. TJ/BA.

Requer a Recorrente, que sejam reconhecidos os efeitos da coisa julgada, uma vez que a Corte Estadual de Justiça afastou a incidência do ICMS sobre as receitas decorrentes dos serviços elencados na cláusula primeira do Convênio ICMS 69/98, sem que houvesse a possibilidade de mais recursos.

Mais uma vez me filio aqui ao parecer exarado pelo Representante da PGE, em mesa, que pontuou o fato de que a decisão citada não foi especificamente voltada aos serviços de assinatura básica, mas referiu-se aos serviços de preparação, elencados na Cláusula Primeira do Convênio ICMS 69/98.

Embora o serviço de assinatura básica se encontra listado na cláusula convencional citada, é fato que não se constitui em remuneração a serviço de preparação, mas a serviço de comunicação, representando uma consumação mínima, a ser exigida do usuário, ainda que o seu uso seja diminuto.

Esse foi o entendimento consolidado pelo STF, no julgamento do RE 912888, no qual foi reconhecida repercussão geral, sob o tema 0827, quando foi firmada a seguinte tese:

“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.”

Ora, se de serviço preparatório não se trata, não poderia, por óbvio, a assinatura básica ser alcançada pela decisão do TJ-Ba, a qual somente se reportou aos serviços de preparação.

Assim, peço vênia ao nobre relator, para negar provimento ao Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão por maioria, com voto de qualidade do presidente, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário

apresentado, e manter a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **281081.0004/18-5**, lavrado contra **TIM CELULAR S/A.**, devendo ser intimado o recorrente, 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.

VOTO VENCEDOR – Conselheiros: Luiz Alberto Amaral de Oliveira, Fernando Antonio Brito de Araújo e Rubens Bezerra Soares.

VOTO VENCIDO – Conselheiros(as): Anderson Ítalo Pereira, José Rosivaldo Evangelista Rios e Laís de Carvalho Silva.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 05 de abril de 2021.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

ANDERSON ÍTALO PEREIRA – RELATOR

LUIZ ALBERTO AMARAL DE OLIVEIRA - VOTO VENCEDOR

VICENTE OLIVA BURATTO – REPR. DA PGE/PROFIS