

A. I. Nº - 269135.0002/20-0
AUTUADO - TELEFÔNICA BRASIL S.A.
AUTUANTES - GILSON DE ALMEIDA ROSA JÚNIOR e JOSÉ MARIA BONFIM COSTA
ORIGEM - IFEP SERVIÇOS
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 13/05/2021

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0045-04/21-VD

EMENTA: ICMS. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO. OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS CONSIDERADAS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. 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, os 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 imponible. Acusação mantida com base em reiterada jurisprudência do CONSEF. Não acolhida a arguição de nulidade e indeferido o pedido de diligência. Mantida a multa aplicada. Impossibilidade de apreciação pelo órgão julgador administrativo de arguição de inconstitucionalidade na legislação tributária posta. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Cuidam os presentes autos, de lançamento tributário levado a efeito através do Auto de Infração referenciado, expedido em 27/03/2020, objetivando reclamar crédito tributário no montante de R\$424.101,94, mais multa de 60%, com previsão no Art. 42, inciso II, alínea “a” da Lei nº 7.014/96, em face da seguinte acusação: *“Falta de recolhimento do ICMS na prestação de serviço de comunicação por escrituração de valores tributados como não tributados. Devido a não tributação pelo ICMS de Serviços de Comunicação para clientes diversos. CONTRIBUINTE NÃO OFERECER A TRIBUTAÇÃO DIVERSAS RECEITAS DE TELECOMUNICAÇÕES ORIUNDAS DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS A CONTRIBUINTES NÃO-ISENTOS, conforme lançado nos registros magnéticos entregues a fiscalização conforme determina Convênio ICMS 115/03. Sendo a base de cálculo do imposto determinada conforme Art. 52 do RICMS Dec. 6.284/97. Tudo apurado conforme Anexos e os respectivos registros magnéticos na forma do Convênio ICMS 115/03, todos apensos a este PAF. Ressalte-se que não foram anexados ao PAF os demonstrativos com a totalidade dos dados devido ao seu grande volume, entretanto anexamos ao PAF um CD com os dados gravados em planilha Excel onde encontram-se a totalidade dos dados que deram origem as planilhas resumo mensal que estão anexas ao PAF”*.

O autuado, por intermédio de seus representantes legais, ingressou com Impugnação ao lançamento, fls. 46 a 71, onde, inicialmente, reportou-se a tempestividade da peça defensiva e processou um resumo dos fatos inerentes ao Auto de Infração.

Em seguida, em preliminar, arguiu a nulidade do Auto de Infração por ausência de fundamentação legal sobre o critério utilizado pelos autuantes para efeito de apuração da base de

cálculo.

A este respeito disse que não consegue verificar se o valor cobrado efetivamente deixou de ser recolhido no período indicado, bem como não conseguiu constatar as razões pelas quais está sendo autuada, haja vista não estar claro o critério utilizado para apuração da base de cálculo do imposto exigido. Acrescentou que na planilha fornecida pelos autuantes se reporta à memória de cálculo dos valores considerados como devidos, na qual, de maneira detalhada, constam os valores referentes ao “*Total das Saídas – Isentas + Não Tributadas*” sobre os quais deveria ter sido aplicada a alíquota correspondente.

Acrescentou que não foi essa a metodologia utilizada pelos autuantes na apuração da base de cálculo, visto que há a aplicação de “*fator de conversão*” que acaba por majorar consideravelmente o valor da base de cálculo sobre a qual foi aplicada a alíquota de 28%, sendo que, na descrição do Auto de Infração não é possível verificar qual o fundamento legal extraído do Regulamento do ICMS do Estado da Bahia, que ampara a apuração da base de cálculo indicada na planilha elaborada pelos autuantes.

Assim, sustentou que não restam esclarecidos quais fatos levaram os autuantes a chegarem a tal conclusão, se limitando a indicarem, de maneira genérica, o Art. 52 do Decreto nº 6.284/97.

Com isso defendeu que o Auto de Infração não lhe permite compreender os exatos termos que embasam os valores que lhe estão sendo exigidos, situação está que cerceia o seu direito, precisando se valer de suposições para apresentar sua defesa, violando claramente os princípios da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal.

Se referiu ao Art. 142 do Código Tributário Nacional – CTN e ao Art. 39 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal do Estado da Bahia – RPAF/BA, que indicam os elementos que devem conter no Auto de Infração e invocou o Art. 18 do mesmo Regulamento para suscitar a nulidade do Auto de Infração por considerar que o mesmo se apresenta carente de fundamentos que indiquem sobre quais os valores deverá ser aplicada a alíquota do imposto, o que não lhe permite verificar qual a irregularidade cometida e inviabiliza a devida elaboração da sua defesa.

Por fim afirmou ser inquestionável que os valores que estão sendo exigidos são infundados, vez que não cuidou de demonstrar detalhadamente qual o critério utilizado para se chegar à base de cálculo do imposto e da penalidade aplicada, razão pela qual, defendeu que o Auto de Infração deverá ser julgado nulo, ante sua manifesta imprecisão, ou, quando menos, ser devidamente retificado, com a consequente conversão em diligência a fim de esclarecer qual o critério utilizado para apuração da base de cálculo dos valores que estão sendo exigidos.

Ao ingressar ao mérito do lançamento tributário passou a arguir a não incidência do ICMS sobre serviços de valor adicionado e atividade-meio ao serviço de telecomunicação.

Neste sentido pontuou que ao ser intimada para efeito da realização da fiscalização, apresentou planilha relacionando de forma individualizada a razão pela qual as operações declaradas nos moldes do Convênio nº 115/03 foram consideradas não tributadas, discriminando quais dos serviços autuados são classificados como serviços de valor adicionado ou atividade-meio, não sujeitos a incidência do ICMS e quais os serviços, embora tributáveis, não o foram por terem sido prestados para empresas públicas.

Disse que para melhor esclarecer a natureza das atividades autuadas, que ao entendimento do Fisco configuram fato gerador do ICMS, apresenta a diferenciação entre o serviço de comunicação propriamente dito e as demais atividades que presta:

- **Atividades-meio:** são atividades de caráter preparatório, necessárias para que o serviço de comunicação seja colocado à disposição do usuário. Essas atividades são independentes de qualquer serviço de telecomunicação, possuindo uma remuneração específica cobrada pela operadora de telefonia. Nesse caso, não há intermediação de mensagens entre um emissor e um receptor, mas sim tarefas intermediárias ao serviço de comunicação.

- **Serviços Suplementares ou Serviços de Valor Adicionado:** modificam ou suplementam um

serviço básico de telecomunicação, sendo oferecidos em conjunto com o serviço de telecomunicação, mas com ele não se confundindo por não haver nenhuma relação comunicativa.

Afirmou, em seguida, que em ambos os serviços não há incidência do ICMS-Comunicação, uma vez que esses não se confundem com o serviço de telecomunicação em si, mas, apenas configuram atividades-meio ou serviços suplementares ou de valor agregado, que complementam a atividade de telecomunicação. Dessa forma, não há que se falar, portanto, que tais serviços representariam fato gerador do ICMS-Comunicação, acrescentando que a prestação de serviço de comunicação pressupõe o fornecimento de um meio (como por exemplo, um aparelho telefônico) apto para a instauração de uma relação comunicativa, isto é, um instrumento que possibilite a emissão e recepção de uma mensagem/voz e etc., mas tal instrumento não se confunde com a própria atividade que ele complementa ou confere nova utilidade.

Citou que a Constituição de 1988 prevê em seu art. 155, inciso II a competência dos Estados para a instituição do ICMS sobre os serviços de comunicação e a Lei Complementar nº 87/96 não alargou a hipótese prevista na Constituição Federal, transcrevendo seus artigos 2º e 12:

Art. 2º 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;

Art. 12. Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento: (...)

VII - das prestações onerosas de serviços de comunicação, feita por qualquer meio, inclusive a geração, a emissão, a recepção, a transmissão, a retransmissão, a repetição e a ampliação de comunicação de qualquer natureza;

Observou que os termos utilizados na legislação complementar, como “geração”, “emissão”, “recepção”, “transmissão”, “retransmissão”, “repetição” e “ampliação” são atos que efetivam o serviço de comunicação, dando ensejo ao fato gerador do tributo, sendo que tais atividades, portanto, são as hipóteses materiais às quais o legislador estadual encontra-se limitado, enquanto que o campo de incidência do ICMS-Comunicação está restrito, portanto, ao conceito de prestação onerosa do serviço de comunicação, sendo vedado aos Estados ampliar seu conceito previsto na LC nº 87/96, em respeito ao princípio da legalidade estrita e tipicidade fechada.

Referiu-se a Lei nº 9.472/97, conhecida como Lei Geral de Telecomunicações (LGT), que estabelece em seu artigo 60 o conceito do *serviço de telecomunicação*, bem como, no artigo 61, o conceito de *serviço de valor adicionado*, deixando expresso que não se confunde com o serviço de telecomunicação, nos seguintes termos:

Art. 60. Serviço de telecomunicações é o conjunto de atividades que possibilita a oferta de telecomunicação.

§1º Telecomunicação é a transmissão, emissão ou recepção, por fio, radioeletricidade, meios ópticos ou qualquer outro processo eletromagnético, de símbolos, caracteres, sinais, escritos, imagens, sons ou informações de qualquer natureza.

Art. 61. Serviço de valor adicionado é a atividade que acrescenta, a um serviço de telecomunicações que lhe dá suporte e com o qual não se confunde, novas utilidades relacionadas ao acesso, armazenamento, apresentação, movimentação ou recuperação de informações.

§ 1º Serviço de valor adicionado não constitui serviço de telecomunicações, classificando-se seu provedor como usuário do serviço de telecomunicações que lhe dá suporte, com os direitos e deveres inerentes a essa condição.

§ 2º É assegurado aos interessados o uso das redes de serviços de telecomunicações para prestação de serviços de valor adicionado, cabendo à Agência, para assegurar esse direito, regular os condicionamentos, assim como o relacionamento entre aqueles e as prestadoras de serviço de telecomunicações.

Acrescentou que a ANATEL, por meio do Art. 89 do Regulamento ao STFC (telefonia fixa), também autorizou as operadoras de telefonia a auferirem receitas alternativas, complementares ou acessórias, sem que isso caracterize nova modalidade de serviço de comunicação:

Art. 89. Além da tarifa ao STFC efetivamente prestado, a Concessionária pode auferir receitas alternativas, complementares ou acessórias por meio de prestações, utilidades ou comodidades, inerentes à plataforma do serviço, sem caracterizar nova modalidade do serviço.

Destacou que essas “receitas alternativas” são justamente as que se originam do desenvolvimento das atividades-meio e dos serviços de valor adicionado oferecidos pelas empresas de telefonia, as quais não são passíveis de tributação pelo ICMS-Comunicação, observando, ainda, que da análise dos dispositivos acima transcritos, tem-se inequivocamente que o serviço de valor adicionado, assim entendido aquele serviço que visa dar suporte ou complementar a atividade de telecomunicações, não se confunde com o serviço de telecomunicação propriamente dito, estando, consequentemente, fora dos limites da competência do Estado para a instituição do ICMS-Comunicação.

Reportou-se a Lei Complementar nº 87/96 que determina em seu art. 13, inciso III, que, como a hipótese de incidência da exação é a prestação onerosa de serviços de comunicação, sua base de cálculo corresponde ao preço desse serviço, sem qualquer acréscimo, destacando que a base de cálculo do ICMS-Comunicação é representada pelo preço exigido pelas empresas pela prestação do serviço de comunicação, e não pelas receitas decorrentes de atividades meramente acessórias, complementares do serviço de comunicação ou que conferem novas utilidades oferecidas aos usuários, que possuem materialidades próprias.

Nesta linha de entendimento concluiu que caso os serviços suplementares ou adicionais estejam compreendidos entre os elencados na lista anexa à Lei Complementar nº 116/2003, será o caso de incidência do ISS e não do ICMS-Comunicação, por se tratarem de serviços de qualquer natureza.

Pontuou que os atos preparatórios (instalação de equipamentos, redes, locação de equipamentos, etc.) para a realização do serviço de comunicação não podem ser abrangidos pela tributação do ICMS, pois sua função precípua é criar condições para a prestação do serviço, o qual somente será efetivado quando estiver sendo realizada a comunicação entre dois ou mais pontos ou pessoas, enquanto que a própria ANATEL reconhece que as atividades de habilitação e os serviços de valor adicionado não constituem serviços de telecomunicações, conforme art. 3º, da Resolução nº 73/1998 – que regulamenta os serviços de telecomunicações:

Art. 3º Não constituem serviços de telecomunicações:

I - o provimento de capacidade de satélite;

II - a atividade de habilitação ou cadastro de usuário e de equipamento para acesso a serviços de telecomunicações;

III - os serviços de valor adicionado, nos termos do art. 61 da Lei 9.472 de 1997.

Observou que, apesar do quanto acima ponderado, a Fazenda Estadual está exigindo o recolhimento de ICMS-Comunicação exatamente sobre as receitas decorrentes de serviços de valor adicionado, suplementares, facilidades adicionais, atividades-meio ou preparatórias ao serviço de comunicação, em ofensa à Lei Complementar nº 87/96 e à CF/88.

Disse que atendendo às diretrizes do Convênio ICMS nº 115/2003, que disciplina o modo de uniformização das informações para emissão e escrituração de documentos fiscais para prestadores de serviços de comunicação, informou tais serviços de forma consolidada sob os códigos e rubricas dispostos na Tabela 11.5 – “*Tabela de classificação do item documento fiscal*” constante do Anexo Único do Convênio, cujas opções são limitadas e muitas das vezes, não correspondem à real natureza jurídica da atividade e/ou serviço prestado, observando que da análise dos serviços autuados, conclui-se que não há dúvidas de que não configuram a prestação de serviços de comunicação, mas sim de serviços preparatórios ou facilidades que agregam valor ao serviço de comunicação em si e, por isso, não se sujeitam ao ICMS-Comunicação, independentemente de serem acessórios ao serviço principal (de comunicação) e cobradas em recorrência mensal ou não.

Para fim de consubstanciar seus argumentos citou jurisprudência de Tribunais Superiores que se consolidou no sentido de que a atividade considerada como prestação de serviço de comunicação deve ter um fim em si mesma, deve ser autônoma, enquanto que todos os demais atos relacionados que, *per se*, não são capazes de suprir a necessidade do usuário, mas que se conjugam para fornecer a utilidade pretendida, são serviços meramente instrumentais.

Mencionou que o C. Superior Tribunal de Justiça pacificou a jurisprudência sobre o tema nos autos do Recurso Especial Repetitivo nº 1.176.753, julgado em 19/12/2012, representativo de controvérsia (art. 543-C do CPC/73), determinando que os serviços complementares, conexos, preparatórios, que configuram atividade meio à prestação de serviços de telecomunicação não sofrem a incidência do ICMS-Comunicação, além do entendimento do E. Supremo Tribunal Federal no RE nº 572.020, julgado em 06/02/2014, que julgou pela inconstitucionalidade da incidência do ICMS-Comunicação sobre as atividades-meio, complementares ou preparatórios do serviço de comunicação.

Ponderou que nessa mesma linha, o STJ, sumulou o entendimento segundo o qual não são tributáveis por ICMS as receitas de habilitação de telefones celulares (que nada mais são do que atividade-meio), serviço que, a despeito da existência da Súmula nº 350/STJ foi incluído pela Fiscalização no presente Auto de Infração, sendo clara, ao seu entender, a improcedência da exigência.

Acrescentou que no mesmo sentido do STF e do STF é o entendimento do E. Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, nos termos do recente precedente (Reexame Necessário, Processo nº 0176455-89.2006.8.05.0001, Relator José Edivaldo Rocha Rotondano, publicado em 12/06/2019), cujo teor transcreveu.

Em conclusão deste tópico citou que considerando que a regra-matriz de incidência tributária do ICMS é a prestação onerosa do serviços de comunicação (artigo 155, II, da Constituição Federal e artigos 2º, III e 12 da Lei Complementar nº 87/96), não há se falar na ocorrência do fato gerador do ICMS-Comunicação nos serviços de valor adicionado, suplementares, facilidades adicionais, atividades-meio e preparatórios à prestação do serviço de comunicação executados pela Impugnante, razão pela qual defende que seja integralmente cancelado o presente Auto de Infração.

Em seguida passou a se reportar sobre a impossibilidade de ampliação da hipótese de incidência do ICMS-Comunicação por meio do convênio ICMS nº 69/98, pontuando, neste sentido, que o Estado da Bahia, ao arrepio da lei, da Constituição Federal e da jurisprudência das Cortes Superiores, pretende tributar as atividades (serviços de valor adicionado, suplementares, facilidades adicionais, atividades-meio e preparatórios) que não configuram o serviço de comunicação propriamente dito, amparado, também, no Convênio ICMS nº 69/98.

Disse que a Cláusula primeira do Convênio CONFAZ nº 69/98, em clara afronta à Lei Maior, estabelece que os serviços suplementares e adicionais aos serviços de telecomunicações ensejariam a tributação pelo ICMS-Comunicação, reconhecendo a diferença entre um serviço que visa auxiliar, otimizar e agilizar a comunicação, mas não a proporciona diretamente, e o serviço de telecomunicação propriamente dito:

“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.”

Aponta que a cláusula do Convênio reconhece a diferença entre um serviço que visa auxiliar, otimizar e agilizar a comunicação, mas não a proporciona diretamente, e o serviço de comunicação propriamente dito, porém, ainda assim, externa o entendimento de que tais serviços deveriam ser tributados pelo ICMS-Comunicação, ao tempo em que, nessa esteira, e ao contrário do que dispõe o RICMS/BA – que apenas permite a cobrança do ICMS-Comunicação sobre a prestação onerosa do serviço de comunicação –, o Estado da Bahia está exigindo o imposto além da competência outorgada pela Constituição, utilizando como fundamento de validade para manutenção das cobranças referido Convênio, ocorrendo que, o serviço que visa auxiliar, otimizar e agilizar a telecomunicação é serviço diverso do serviço de telecomunicação e, portanto, não há respaldo constitucional para a exigência do ICMS-Comunicação.

Destacou que de acordo com a Lei Complementar nº 24/75, somente as isenções ou incentivos

fiscais do ICMS serão concedidas por meio de Convênios celebrados entre os Estados, portanto, os Convênios não podem tratar de base de cálculo do ICMS, muito menos para ampliá-la, mediante interpretação extensiva, ou através da inserção de elementos estranhos à materialidade do imposto, e, mesmo a função temporária, extraordinária, concedida pelo art. 34, §8º do ADCT aos Convênios, para que definissem as regras gerais do ICMS, esgotou-se com a edição da LC 87/96.

Citou que no Direito Tributário vige o princípio da estrita legalidade, previsto no artigo 150, inciso I, da CF/88 e art. 97 do CTN, segundo o qual somente a lei pode instituir ou majorar tributo, estabelecendo os exatos limites relacionados à sua criação e majoração, e assim o é, pois, em observância ao ventilado princípio da tipicidade cerrada, não há espaço para normas abertas em Direito Tributário, a fim de se evitar o arbítrio fiscal, e que, caso se permitisse a ampliação do enquadramento dos serviços de valor adicionado e outras atividades acessórias dentro do conceito de “prestação onerosa do serviço de comunicação”, estar-se-ia tributando por analogia, em ofensa ao artigo 108, § 1º do CTN, que veda o uso da analogia para criar tributo não previsto em lei.

Mencionou que após inúmeros precedentes favoráveis aos contribuintes, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça consolidou-se no sentido de que o Convênio ICMS nº 69/98 promoveu verdadeira ampliação indevida da regra-matriz de incidência do ICMS (Precedentes: STJ, Primeira Turma, REsp nº 760.730/MG, Rel. Min. Luiz Fux, DJ 01/07/2009; STJ, Segunda Turma, REsp nº 622.208/RJ, Rel. Min. Castro Meira, DJ 17/05/2006), subvertendo o princípio da legalidade, da tipicidade cerrada e da vedação à tributação por analogia, enquanto que, por sua vez, o E. Tribunal de Justiça do Estado da Bahia reconheceu a ilegalidade do Convênio CONFAZ 69/98, quando do julgamento pelo Tribunal Pleno, da Arguição de Inconstitucionalidade nº 0000460-60.2009.8.05.0000, nos termos da ementa que transcreveu.

Com base nos argumentos acima alinhados sustentou que demonstradas as ilegalidades e inconstitucionalidades do Convênio nº 69/98, já reconhecidas e pacificadas pelo E. STJ, não pode o Estado da Bahia determinar a incidência do ICMS-Comunicação sobre atividades que não se encontrem expressamente definidas na CF/88 e em lei como hipótese de incidência da exação, mais especificamente, os serviços de valor adicionado, suplementares, facilidades adicionais, atividades-meio e preparatórios, devendo, portanto, ser cancelado o presente Auto de Infração também por este fundamento.

Passou a se reportar sobre “ISENÇÃO DO ICMS SOBRE SERVIÇOS PRESTADOS PARA EMPRESAS PÚBLICAS – ART. 265, XLV DO RICMS/BA”, impugnando as exigências recaídas sobre as operações prestadas para empresas públicas, de economia mista e autarquias, que não estão sujeitas à incidência do ICMS por isenção expressamente prevista no citado artigo do RICMS/BA, observando que o mesmo decorre do Convênio CONFAZ nº 107/95, do qual o Estado da Bahia é signatário, o qual autoriza os Estados a conceder isenção de ICMS nas operações de serviços de comunicação destinadas a consumo por órgãos da Administração Pública Estadual Direta e suas Fundações e Autarquias, mantidas pelo Poder Público Estadual e regidas por normas de Direito Público – exatamente a hipótese dos autos, como afirma ter sido esclarecido desde a fase de fiscalização.

Após tecer outros argumentos jurídicos acerca da questão, disse que a título meramente exemplificativo, por amostragem, a fim realçar a deficiência e improcedência do Auto de Infração, citou a razão social de algumas das empresas que se encontram no rol da autuação e que se enquadram na cláusula isentiva prevista no artigo 265, XLV do RICMS/BA, para as quais os serviços foram prestados e corretamente não tributados, cujas faturas, diz que seguem anexas à presente defesa (ii) Empresa Baiana de Águas, (iii) Fundação Luis Eduardo Magalhães – Centro de Modernização e Desenvolvimento da Administração Pública; (iii) Escritório da Embaixada da Alemanha; (iv) Município de Salvador (v) Sesc – Administração Regional no Estado da Bahia; (vi) Secretaria de Administração Penitenciária e Ressocialização – SEAP; (vii) Secretaria de Comunicação Social – SECOM; (viii) Secretaria de Políticas para as Mulheres – SPM; (iv) Secretaria

de Justiça, Direitos Humanos e Desenvolvimento Social; dentre outros (Doc. 06), sendo empresas efetivamente ligadas ao Governo do Estado, e, portanto, integrantes da Administração Pública Estadual, razão pela qual sobre tais serviços não pode haver a incidência do ICMS – Comunicação, sendo de rigor o cancelamento da autuação também em relação a esse ponto.

No tópico seguinte passou a arguir confiscatoriedade da multa imposta em patamar elevado, a qual, considera abusiva e ilegal. Discorreu a este respeito e salientou que já se encontra ultrapassada a alegação de que o princípio do não confisco se restringiria aos impostos, não se aplicando às penalidades, porque o E. Supremo Tribunal Federal já consolidou entendimento no sentido de que as multas tributárias também devem observar os limites constitucionais, sendo confiscatórias aquelas fixadas em patamar superior a 25% do valor do imposto, transcrevendo, a este respeito, excerto do Voto extraído do RE 754.554/GO, em 21.08.2013, acrescentando, ainda, que a C. Corte Superior também confirma, na esteira do referido art. 150, IV, da CF, que o caráter confiscatório da multa pode ser verificado a partir da sua desproporcionalidade em relação à conduta que se pretende punir (REsp nos 81.550 e 91.707).

Sustentou que no que se refere às situações em que ocorre mera ausência de recolhimento do tributo, sem a ocorrência de uma conduta dolosa, como seria o caso em análise, o E. STF já teve a oportunidade de proferir decisões que determinam a redução das multas abusivas para o percentual de 30%, sob pena de afronta ao princípio do não confisco (REsp nºs 1.550 e 91.707).

Desta maneira, considera ser inequívoco o descabimento da multa fixada em 60% do valor do imposto exigido, tendo em vista que tal percentual viola todos os princípios constitucionais já elencados – razoabilidade, proporcionalidade e não confisco, bem como a própria jurisprudência do STF, requerendo, finalmente, o cancelamento ou a redução da multa aplicada, com base nos argumentos que apresentou.

Ao final requereu seja reconhecida a nulidade do Auto de Infração por ausência de fundamentação legal acerca do critério utilizado pela Fiscalização na apuração da base de cálculo do imposto exigido, violando os princípios da ampla defesa, devido processo legal, segurança jurídica e boa-fé processual e, caso não seja este o entendimento, considerando que parte das operações se trata de serviços adicionais que não estão sujeitos à incidência do ICMS-Comunicação, e a parcela remanescente foi prestada para empresas públicas e de economia mista, cuja isenção está prevista de forma no artigo 265, XLV do RICMS/BA, suplicou que o presente Auto de Infração seja julgado integralmente improcedente, com o consequente cancelamento da exigência fiscal, e ainda, com vistas a reiterar o seu direito ao cancelamento da presente autuação, caso não se entenda pela necessidade da juntada de documentos adicionais, rogou seja o julgamento da Impugnação convertido em diligência, com a concessão de prazo para apresentação dos esclarecimentos reputados necessários.

Um dos autuantes apresentou a Informação Fiscal de fls. 307 a 310 contestando os argumentos defensivos, pontuando que em relação ao item III.1 da defesa, está informado na própria descrição da infração que procedeu conforme determina a legislação tributária para definir a base de cálculo, ou seja, *“o montante do ICMS integra a sua própria base de cálculo”, acrescentando que isto está demonstrado claramente nas planilhas de fls. 07 a 20 “a conversão do valor total não tributado apurado em Base de Cálculo do ICMS, dividindo-se este montante pelo fator 0,72, que é produto da operação 100% menos 28% (alíquota do ICMS). Toda a operação matemática está descrita inclusive logo abaixo do Rótulo de cada coluna da planilha onde foram colocadas letras (A, B, C, D, E) com as operações matemáticas que explicam a determinação de cada uma delas”, asseverando, desta maneira, que resta comprovado e demonstrado como foi determinado o valor da base de cálculo do presente lançamento.*

Em relação aos itens IV.1 e IV.2 da defesa afiançou que não podem prosperar os argumentos defensivos tendo em vista que os Estados signatários do Convênio 69/98 firmaram entendimento no sentido de que devem ser incluídos na base de cálculo do ICMS incidente sobre os serviços de telecomunicações 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 aperfeiçoem o processo de comunicação, independentemente da denominação que lhe seja dada.

Desta forma, asseverou que é o que demonstra a autuação mediante as tabelas anexas com os registros das notas fiscais efetivadas nos arquivos do Convênio ICMS 115/03, sem a devida tributação.

Afirmou que a autuação encontra respaldo no art. 13 da Lei Complementar 87/06, na Lei 7.014/96, art. 17, VIII e § 1º, e no RICMS/BA, (não citou o artigo), os quais determinam que se incluem na base de cálculo do ICMS os valores cobrados relativos a serviços suplementares e facilidades adicionais que otimizem ou agilizem o processo de comunicação, independentemente da denominação que lhe seja dada, acrescentando, em síntese, que a legislação tributária deste Estado, em estrita observância aos preceitos constitucionais, estabelece como hipótese de incidência do ICMS a prestação onerosa de serviço 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. 2º, VII da Lei nº 7.014/96).

Reportando-se ao item IV.3 da defesa, informou que os valores apurados na fiscalização, objeto da autuação, não consta nenhum valor de serviço prestados a entes públicos (art. 265 do RICMS/BA), sustentando que para efeito de comprovação, basta consultar os arquivos magnéticos juntados aos autos, planilha “Dados-Semestre-OX-201X”, onde constam os dados analíticos detalhados de cada valor de serviço cobrado, consultar a coluna “Y”, onde consta a Razão Social de cada cliente e verificar que ali não consta nenhum cliente que se enquadra na condição acima citada.

No que tange aos argumentos relacionados a multa aplicada, disse que seguiu a determinação contida na Lei nº 7.014/96 e não poderia de ser de outra forma ante o exercício de atividade vinculada.

Concluiu pugnando pela Procedência do Auto de Infração.

Registro o comparecimento à sessão de julgamento virtual realizada nesta data do representante legal do autuado, Drª Francine Cássia Bento Fernandes, OAB/SP nº 331.355, para fim de efetuar sustentação oral dos argumentos defensivos.

VOTO

O Auto de Infração em lide, foi expedido para reclamar crédito tributário no montante de R\$424.101,94, mais multa de 60%, em decorrência da seguinte acusação: *“Falta de recolhimento do ICMS na prestação de serviço de comunicação por escrituração de valores tributados como não tributados. Devido a não tributação pelo ICMS de Serviços de Comunicação para clientes diversos. CONTRIBUINTE NÃO OFERECER A TRIBUTAÇÃO DIVERSAS RECEITAS DE TELECOMUNICAÇÕES ORIUNDAS DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS A CONTRIBUINTE NÃO-ISENTOS, conforme lançado nos registros magnéticos entregues a fiscalização conforme determina Convênio ICMS 115/03. Sendo a base de cálculo do imposto determinada conforme Art. 52 do RICMS Dec. 6.284/97. Tudo apurado conforme Anexos e os respectivos registros magnéticos na forma do Convênio ICMS 115/03, todos apensos a este PAF. Ressalte-se que não foram anexados ao PAF os demonstrativos com a totalidade dos dados devido ao seu grande volume, entretanto anexamos ao PAF um CD com os dados gravados em planilha Excel onde encontram-se a totalidade dos dados que deram origem as planilhas resumo mensal que estão anexas ao PAF”*.

Em preliminar, o autuado requereu a nulidade do Auto de Infração, por ausência de fundamentação legal sobre o critério utilizado para apuração da base de cálculo.

Vejo que consta no corpo do Auto de Infração, que a base de cálculo foi determinada conforme o Art. 52 do RICMS/BA, aprovado pelo Decreto nº 6.284/97, enquanto que à fl. 07, contém um demonstrativo apontando que para efeito de sua apuração, foi considerado o valor mensal das saídas isentas mais as não tributadas, com o fito de demonstrar as operações que deixaram de ser

tributadas para o ICMS-Comunicação, que correspondem aos códigos 1350 – Serviços contratados, 1470 – Serviços e 1570 – Serviços Contratados Vivo Móvel, conforme se verifica, para o mês de janeiro/17, a título exemplificativo, fl. 08.

Está explícito, que sobre essas receitas não oferecidas à tributação, foi aplicado o fator de conversão de 0,72 (100% - 0,28%), para encontrar a base de cálculo cheia do ICMS, sobre a qual foi aplicada a alíquota interna de 28% para se chegar ao valor do ICMS reclamado. Portanto, ao meu ver, o cálculo da determinação do valor tributável está devidamente demonstrado, possibilitando ao autuado o pleno exercício do direito de defesa, inclusive pelo fato desses documentos serem de inteira responsabilidade do mesmo e se encontrarem em seu poder.

Apesar dos autuantes, por equívoco, terem mencionado que a base de cálculo foi determinada em consonância com o Art. 52 do RICMS/BA, aprovado pelo Decreto nº 6.284/97, que se aplica para os fatos geradores ocorridos até 31/03/2012, enquanto os fatos geradores inerentes ao presente lançamento já se encontram ao amparo do RICMS/BA aprovado pelo Decreto nº 13.780/2012, vejo que tal fato não inquina o lançamento em nulidade visto que o regramento ali inserido é o mesmo que os contidos na Lei 7.014/96, artigo 17, o § 1º, inciso I, que guardam total coerência com a determinação contida na lei Complementar 87/96.

O referido art. 52 do RICMS/97, assim se apresenta: “Art. 52 - O montante do ICMS integra a sua própria base de cálculo, constituindo o respectivo destaque mera indicação para fins de controle”, enquanto que o art. 17, § 1º, inciso I, dispõe:

Art. 17. A base de cálculo do imposto é:

(...)

§ 1º Integra a base de cálculo do imposto, inclusive na hipótese do inciso VI do caput deste artigo:

I - o montante do próprio imposto, constituindo o respectivo destaque mera indicação para fins de controle;

Desta maneira, entendo que a nulidade invocada pelo autuado não pode prevalecer, na medida em que as planilhas elaboradas pelos autuantes, estão em consonância com o constante na norma legal acima transcrita, enquanto que os serviços, cujo imposto se lançou, foram devidamente indicados nos anexos que compõem a autuação e em mídia encartada aos autos, de cuja cópia o sujeito passivo não somente teve conhecimento, como, de igual forma, os contraditou. Ademais, os elementos presentes nos autos, todos de total conhecimento pelo autuado, repito, permitem a perfeita compreensão dos termos que embasaram a autuação, tanto que a defesa se aprofundou nos argumentos relacionados ao mérito da autuação, não havendo, pois, que se falar em cerceamento ao direito de defesa.

Não se pode também perder de vista, que a simples indicação incorreta de dispositivo regulamentar não é motivo para decretação de nulidade do lançamento, desde que a descrição dos fatos e os demonstrativos de apuração do imposto possibilitem o pleno conhecimento da acusação, o que é o caso.

Desta maneira, não acolho o pedido de nulidade do Auto de Infração constante na peça defensiva.

Em relação ao mérito da autuação, indefiro, de início, o pedido para realização de diligência, com base no Art. 147, inciso I, “a” do RPAF/BA, por entender que se encontram presentes nos autos os elementos suficientes à formação do meu convencimento como julgador. Ademais, o autuado não carregou aos autos, quaisquer argumentos, documentos ou exemplos fáticos comprovados, que possam proporcionar realização de diligência saneadora.

Isto posto, vejo que analisando os elementos que compõem o presente PAF, observo que o mesmo atende ao fundamento contido no art. 2º, inciso III da Lei Complementar nº 87/96, que definiu como sujeitas ao ICMS as prestações onerosas de serviço de comunicação. Tal previsão, está também contida no art. 1º, inciso III, c/c o art. 2º, inciso VII da Lei nº 7.014/96, os quais preveem 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.

Ressalto, que o inciso II, do artigo 155 da Constituição Federal, concedeu aos Estados a competência para a instituição do ICMS sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, aí incluído o serviço de telecomunicação, e o inciso III, do artigo 2º da Lei Complementar nº 87/96, definiu que o imposto estadual 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, regras repetidas no inciso III, do artigo 1º e no inciso VII, do artigo 2º, da Lei nº 7.014/96. Vejamos a legislação mencionada:

Lei Complementar nº 87/96:

Art. 2º 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;

Lei nº 7.014/96:

Art. 1º O Imposto sobre Operações Relativas a Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação (ICMS), de que tratam o art. 155, inciso II, §§ 2º e 3º, da Constituição da República Federativa do Brasil e a Lei Complementar nº 87, de 13 de setembro de 1996, tem como fatos geradores:

(...)

III - a prestação de serviços de comunicação.

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;

A tese defensiva, é no sentido de que não há incidência do ICMS sobre serviços de valor adicionado, suplementares, facilidades adicionais, atividade-meio e preparatórios à prestação do serviço de comunicação, visto que, ao seu entendimento, estes não se confundem com o serviço de telecomunicação em si, mas apenas configuram atividades-meio, ou serviços suplementares ou de valor agregado que complementam a atividade de telecomunicação.

Analisando os dados constantes nos presentes autos, vejo que o ICMS foi lançado sob a acusação de que o autuado deixou de tributar as receitas correspondentes aos códigos 1350 – Serviços contratados, 1470 – Serviços e 1570 – Serviços Contratados Vivo Móvel, os quais se encontram sinteticamente demonstrados às fls. 08 a 32.

Apesar dos elementos acima se apresentarem de forma sintética, verificando as planilhas constantes da mídia digital de fl. 37, a qual contém quatro pastas semestrais, constatei que estas englobam uma quantidade considerável de operações, das quais, destaquei, por amostragem, as seguintes operações, sobre as quais estão sendo exigidos o ICMS através do presente lançamento: Servi internet Power Smart 2, Vivo fibra 15 M bps, Local, DDD, DDD conversa a 3, VCI Vivo, VCI Tim, VCI OI, classificados nos códigos 306, 301 e 302, Vivo Fixo Simples Assinatura, assinatura mensal em minutos, taxa de instalação, ramal analógico, dentre outros.

Esta é uma questão já bastante discutida e analisada no âmbito deste CONSEF, tendo, inclusive, a Procuradoria Geral do Estado, através da sua Procuradoria Fiscal (PGE/PROFIS), firmado o entendimento através do Processo PGE 2015.177296-0, de que se exclui da incidência do ICMS os seguintes serviços de comunicação: **a)** troca de titularidade de aparelho celular; **b)** conta detalhada; **c)** troca de aparelho; **d)** troca de número; mudança de endereço de cobrança de conta telefônica; **f)** troca de área de registro; **g)** troca de plano de serviço; **h)** bloqueio de DDD e DDI; **i)** habilitação e **j)** religação.

Isto posto, vejo que dos itens acima elencados, o autuado não apontou que a autuação incluiu tais serviços na autuação, só se referindo, de forma não objetiva, que não há incidência do ICMS sobre serviços de valor adicionado, suplementares, facilidades adicionais, atividade-meio e

preparatórios à prestação do serviço de comunicação, sem mencionar quais seriam esses os serviços abrangidos na autuação, apesar do detalhamento contido nas planilhas elaboradas pelos autuantes.

Conforme já me referi linhas acima, o CONSEF já firmou entendimento em relação a matéria aqui apreciada, e, neste sentido, valho-me do excerto extraído do Voto proferido através do Acórdão nº 0261-12/217, da então Conselheira Denise Mara Andrade Barbosa, o qual se adequa aos argumentos ora trazidos pelo autuado:

(...)

Considerando a necessidade de uniformizar os procedimentos tributários nas prestações de serviços de comunicação e de esclarecer os contribuintes, para que pudessem cumprir corretamente suas obrigações tributárias, os Estados e o Distrito Federal resolveram celebrar o Convênio ICMS 69/98 firmando o “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”.

Por sua vez, o Regulamento do ICMS do Estado da Bahia, ao tratar da ocorrência do fato gerador do ICMS nas prestações de serviços de comunicação, no § 4º do artigo 4º, trouxe para a legislação interna do Estado da Bahia o mesmo entendimento firmado pelos Estados e pelo Distrito Federal no Convênio ICMS 69/98, anteriormente referido, ao dispor que “Estão compreendidos no campo de incidência do ICMS os serviços cobrados a título de acesso, adesão, ativação, habilitação, disponibilidade, assinatura e utilização dos serviços, bem como os serviços suplementares e facilidades adicionais que otimizem ou agilizem o processo de comunicação, independentemente da denominação que lhes seja dada (Conv. ICMS 69/98)”.

O certo é que este CONSEF já firmou o entendimento, ainda que não unânime, de que todos os serviços postos à disposição dos usuários pela empresa fornecedora dos serviços de comunicação devem ser incluídos na base de cálculo do ICMS. Podem ser mencionados os seguintes acórdãos, proferidos em autos de infração lavrados contra esta e outras empresas prestadoras de serviços de comunicação: 0099-12/11, 0300-12/12, 0102-12/12, 0091-13/12, 0040-13/12 e 0100-12/11

A esse respeito, é importante trazer à colação o Ofício nº 113/2006 da ANATEL - Agência Nacional de Telecomunicações, em resposta ao questionamento do Conselho Nacional de Política Fazendária - CONFAZ, documento que não deixa nenhuma dúvida quanto ao estrito liame existente entre os diversos itens que compõem a prestação dos serviços de telecomunicações, ao afirmar o seguinte:

“4.2 – DA ANÁLISE

Relativamente aos serviços suplementares (exemplos: identificação do número conectado, redirecionamento de chamada, chamada em espera, etc.), vimos observar as definições contidas no Glossário da Anatel, pelas quais os serviços suplementares se caracterizam pela oferta de funcionalidades complementares às providas pela infra-estrutura que dá suporte aos serviços básicos de telecomunicações, e não podem ser oferecidos isoladamente. Portanto, quando utilizados, esses serviços passam a compor o serviço de telecomunicações.

De acordo com o artigo 60 da Lei nº 9.472 – Lei Geral de Telecomunicações (LGT), os equipamentos e a infraestrutura necessários à prestação do serviço de telecomunicação (exemplo: roteadores, multiplexadores, circuitos, portas, etc.) são parte integrante da prestação dos serviços de telecomunicações. Cabe adicionalmente ressaltar que alguns dos citados equipamentos são também utilizados nos ambientes dos usuários e de provedores de Serviço de Valor Adicionado (SVA), como o Serviço de Conexão à Internet, regularmente enquadrados como usuários dos serviços de telecomunicações, conforme disposto na Norma nº 04/95, aprovada pela Portaria nº 148, de 31 de maio de 1995.”

Tem-se ainda, segundo o Glossário Brasileiro de Direito das Telecomunicações /Márcio Iorio Aranha (Organizador) - Brasília: Grupo de Estudos em Direito das Telecomunicações da Universidade de Brasília, 2006, páginas 292 e 285, respectivamente:

*“SERVIÇO SUPLEMENTAR 1. (nisdn) serviço que **modifica** ou **suplementa** um serviço básico (ou serviço principal) de telecomunicação. Em consequência, não pode ser oferecido a um cliente como serviço isolado. Deve ser oferecido com ou em associação com um serviço básico de telecomunicação. (grifos não originais)*

SERVIÇO DE ALUGUEL DE CIRCUITOS (OU SISTEMAS) 1. (rtpc) serviço que consiste em colocar à disposição do usuário (ou um grupo de usuários), para sua utilização exclusiva, os circuitos da rede pública de telecomunicações.”

Nessa mesma linha de raciocínio, o entendimento do voto-vista do Ministro Teori Albino Zavascki do Superior Tribunal de Justiça, proferido nos autos do RECURSO ESPECIAL Nº 760.230 – MG (2005/0101355-1), pode ser aplicado a este PAF, mutatis mutandis:

“(. . .)

4. TODAVIA, INCIDE ICMS SOBRE OS VALORES PAGOS MENSALMENTE A TÍTULO DE “TAXA DE MANUTENÇÃO E ADMINISTRAÇÃO - TMA”, DENOMINAÇÃO DADA AO PREÇO PAGO PELO USUÁRIO PELOS SERVIÇOS DE MANUTENÇÃO DAS ESTAÇÕES DE RÁDIO-BASE, DAS TORRES DE TRANSMISSÃO E DOS SOFTWARES DE GERENCIAMENTO DO SISTEMA, TÍPICAMENTE COMPONENTES DO SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO E, POR ISSO MESMO, INTEGRANTES DA BASE DE CÁLCULO DO TRIBUTO. NÃO SE TRATA DE RETRIBUIÇÃO EVENTUAL POR SERVIÇO PREPARATÓRIO OU ACESSÓRIO (GERALMENTE CARACTERIZADO COMO UM PAGAMENTO INICIAL, FIXO E ESPORÁDICO), MAS SIM UM PAGAMENTO MENSAL E CONTINUADO CORRESPONDENTE À PRÓPRIA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO PRINCIPAL DE COMUNICAÇÃO.

(. . .)

5.3. RELATIVAMENTE À DENOMINADA “TAXA DE MANUTENÇÃO E ADMINISTRAÇÃO - TMA”, CONSOANTE ASSEVERA O RECORRENTE NOS EMBARGOS, A RECEITA DERIVADA DESSA COBRANÇA, QUE É PAGA MENSALMENTE PELO USUÁRIO (FL. 4), REFERE-SE AO “VALOR CORRESPONDENTE AOS SERVIÇOS DE MANUTENÇÃO DAS ESTAÇÕES DE RÁDIO-BASE, DAS TORRES DE TRANSMISSÃO, DOS SOFTWARES DE GERENCIAMENTO DO SISTEMA E DOS RÁDIOS” (FL. 5), POR ISSO TEM A FUNÇÃO DE “COBRIR OS CUSTOS DE MANUTENÇÃO DOS EQUIPAMENTOS UTILIZADOS NA COMUNICAÇÃO ENTRE OS RÁDIOS E DOS PRÓPRIOS RÁDIOS (...)” (FL. 4). TAL “TAXA”, COMO SE PERCEBE, NÃO CONSTITUI UM SERVIÇO EM SI, MAS SIM O PREÇO PAGO MENSALMENTE PELO USUÁRIO EM CONTRAPRESTAÇÃO AOS SERVIÇOS INDICADOS PELA EMBARGANTE. ORA, NÃO HÁ DÚVIDA DE QUE A ATIVIDADE PRINCIPAL DAS EMPRESAS DE COMUNICAÇÕES, INCLUÍDAS AS AUTORIZADAS PARA O SERVIÇO MÓVEL ESPECIALIZADO - SME, É A PRESTAÇÃO DO SERVIÇO ONEROSO DE FORNECIMENTO, EM CARÁTER CONTINUADO, DAS CONDIÇÕES MATERIAIS PARA QUE OCORRA A COMUNICAÇÃO ENTRE O USUÁRIO E TERCEIRO (NAS PALAVRAS DE GRECO, “FORNECENDO O ‘AMBIENTE DE COMUNICAÇÃO’ “). PORTANTO, ESSE É O SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO TRIBUTÁVEL PELO ICMS. POIS BEM: A REFERIDA “TAXA”, PAGA MENSALMENTE PELO USUÁRIO, RETRIBUI JUSTAMENTE ESSE SERVIÇO. ELA REMUNERA, CONFORME AFIRMAÇÃO DA PRÓPRIO RECORRENTE/EMBARGANTE, A MANUTENÇÃO DA INFRA-ESTRUTURA NECESSÁRIA À DISPONIBILIZAÇÃO DO SME (= MANUTENÇÃO DAS ESTAÇÕES DE RÁDIO-BASE, DAS TORRES DE TRANSMISSÃO, DOS SOFTWARES DE GERENCIAMENTO DO SISTEMA). NÃO SE TRATA, NESSE SENTIDO, DE RETRIBUIÇÃO EVENTUAL POR SERVIÇO PREPARATÓRIO OU ACESSÓRIO (GERALMENTE CARACTERIZADO COMO UM PAGAMENTO INICIAL, FIXO E ESPORÁDICO), MAS SIM UM PAGAMENTO CONTINUADO CORRESPONDENTE À PRÓPRIA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO PRINCIPAL DE COMUNICAÇÃO. EM RAZÃO DESSA SUA NATUREZA - DE PREÇO PELA CONTRAPRESTAÇÃO DO SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO -, O VALOR DA REFERIDA “TAXA DE MANUTENÇÃO E ADMINISTRAÇÃO - TMA” INTEGRA, SEM DÚVIDA, A BASE DE CÁLCULO DO ICMS.” (grifos não originais).

(...)

Isto posto, vejo que no tocante ao argumento defensivo de que o Superior Tribunal de Justiça pacificou a jurisprudência sobre o tema, nos autos do Recurso Especial Repetitivo nº 1.176.753, determinando que os serviços complementares, conexos, preparatórios, que configuram atividade meio à prestação de serviços de telecomunicação, não sofrem incidência do ICMS, vejo que tal Decisão não guarda correspondência estrita com a matéria objeto do presente julgamento, pois a Corte Superior apenas deliberou que sobre determinados serviços de valor adicionado, não incide o ICMS, os quais indicou. Entretanto, o autuado não apontou que tais serviços estão incluídos na presente autuação, e, ainda, não foi generalizada pela decisão mencionada, na sua conclusão, para os demais serviços já que não foram sequer objeto de questionamento no processo citado.

Assim, no que tange às decisões emanadas de Tribunais Superiores citadas na peça defensiva, favoráveis ao entendimento esposado pelo autuado, estas não possuem efeito vinculante para a Administração Pública Estadual, visto que foram proferidos em ações ou recursos de controle difuso da legalidade ou da constitucionalidade. As decisões citadas têm efeitos somente “*inter partes*” e mesmo assim após o trânsito em julgado, ou seja, depois de esgotados os prazos para a interposição dos recursos previstos na legislação processual, ocorrendo o mesmo em relação a decisão proferida pelo E. Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, a qual não é definitiva.

Desta maneira, entendo que não há como prosperar os argumentos defensivos, no tocante à exclusão do presente lançamento dos serviços de valor adicionado ou preparatórios, e dos

serviços suplementares do campo de incidência do ICMS-Comunicação, constantes da mídia digital de fl. 37, considerando 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.

Quanto ao argumento de impossibilidade de ampliação da hipótese de incidência do ICMS-Comunicação, por meio do Convênio ICMS 69/98, o posicionamento já assentado neste CONSEF, é de que o procedimento da fiscalização encontra respaldo no artigo 13 da Lei Complementar nº 87/96, que estabelece o “cálculo por dentro” na formação da base sobre a qual deve incidir o tributo.

Ademais, não podem ser apreciadas as alegações de inconstitucionalidade das normas legais e do Convênio ICMS 69/98, uma vez que não se incluem na competência do CONSEF, nos termos do artigo 125, inciso I da Lei nº 3.956/81 (COTEB).

No tocante ao argumento de isenção do ICMS sobre serviços prestados para empresas públicas (art. 265, XLV do RICMS/BA), conforme bem assinalado pelos autuantes, não existem nestes autos exigência de ICMS relacionado a tais operações, até porque, o autuado, não as apontou.

Finalmente, não pode ser acatado o argumento recursal, de que a multa é confiscatória, considerando que está prevista no artigo 42, inciso II, alínea “a” da Lei nº 7.014/96, e, como mencionado acima, não compete a este órgão julgador a declaração de inconstitucionalidade da legislação ou a negativa de sua aplicação, nos termos dos incisos I e III do artigo 125 da Lei nº 3.956/81 (COTEB), a seguir transcritos:

Art. 125. Não se incluem na competência dos órgãos julgadores:

I - a declaração de inconstitucionalidade;

(...)

III - a negativa de aplicação de ato normativo emanado de autoridade superior.

Em conclusão, voto pela PROCEDÊNCIA do presente Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal, do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **269135.0002/20-0**, lavrado contra **TELEFÔNICA BRASIL S.A.**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$424.101,94**, acrescido da multa de 60%, com previsão no Art. 42, inciso II, alínea “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 29 de março de 2021.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE/RELATOR

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ - JULGADORA

JOÃO VICENTE COSTA NETO - JULGADOR