

A. I. Nº - 279692.0007/21-0
AUTUADO - CLARO S.A.
AUTUANTE - PAULO ROBERTO SILVEIRA MEDEIROS
ORIGEM - DAT METRO / IFEP SERVIÇOS
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 07/03/2022

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0020-03/22-VD

EMENTA: ICMS. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO. OPERAÇÃO TRIBUTADA CONSIDERADA COMO NÃO TRIBUTADA. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. O ICMS incide sobre as prestações onerosas de serviços de comunicação, por qualquer meio. Os valores referentes a aluguéis ou locação de equipamentos e a título de assistência técnica disponíveis, bem como os serviços complementares cobrados no lançamento de ofício são considerados como serviços de comunicação postos à disposição dos usuários, independentemente dos nomes ou códigos que lhe sejam dados, constituindo-se em uma efetiva prestação onerosa do serviço de telecomunicação. Rejeitada a preliminar de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 24/08/2021, refere-se à exigência de R\$ 841.887,76 de ICMS, acrescido da multa de 100%, em decorrência da seguinte irregularidade:

Infração 01 – 002.008.037: Falta de recolhimento do ICMS nos prazos regulamentares referente a prestações de serviços de comunicação não escriturados nos livros fiscais próprios, nos meses de janeiro a dezembro de 2018.

Em complemento, consta a informação de que o Contribuinte prestou serviços de telecomunicações e não ofereceu a tributação do ICMS, serviços estes que constam no relatório denominado VAS entregue, a parte, pelo contribuinte tendo em vista que o mesmo não escriturou estas prestações de serviços de telecomunicações, conforme prevê o Convênio 115 e o RICMS-BA.

O autuado, por meio de advogado, apresentou impugnação às fls. 21 a 36 do PAF. Faz uma breve síntese fática e ressalta que segundo a Fiscalização, o Impugnante teria prestado “serviços de telecomunicações e não oferecido à tributação do ICMS, serviços estes que constam no relatório denominado VAS entregue, à parte, pelo contribuinte tendo em vista que o mesmo não escriturou estas prestações de serviços de telecomunicações previstas no Convênio 115, como solicita o RICMS/BA, prestações essas que foram relacionadas no Anexo A, apenso a este PAF (doc. nº 04).

Afirma que uma análise detida do referido anexo evidencia que os serviços foram, em sua integralidade, faturados sob os códigos ‘MONVPN’ e ‘MONVPNV (Coluna F) - os quais, como bem evidenciam as descrições dos serviços (Coluna G) acobertam, exclusivamente, a prestação do serviço “Gestor On-line”, nos diversos planos oferecidos pelo ora Impugnante.

Diz que esse serviço, conforme pacífico entendimento do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia e, inclusive, do Superior Tribunal de Justiça - que serão mais detidamente explorados adiante - não constitui serviço de comunicação, mas, na verdade, serviço suplementar que, como os demais de sua natureza, promove a “*otimização da prestação efetiva da comunicação em si, que não se confundem com a prestação de serviço de comunicação e não satisfazem o último requisito para a cobrança do imposto: a transmissão da mensagem*”.

Registra que esse não foi o entendimento adotado pela Fiscalização, que, apesar dos esclarecimentos apresentados, explanando que o serviço, na verdade, consiste no oferecimento de plataforma que “permite ao Cliente corporativo efetuar a gestão e controle das linhas da empresa através do Site da Claro” (nesse sentido, indica Anexos B do AI — doc. nº 05), adotou interpretação ilegalmente expansiva, tratando-o como serviço de comunicação tributável pelo imposto.

Afirma que não tem condições de prosperar o entendimento da Fiscalização, por diversos motivos, destacando-se, dentre as razões para sua insubsistência:

1. preliminarmente, a nulidade da autuação, por vício de fundamentação, uma vez que se omitiu quanto à demonstração do critério quantitativo da obrigação tributária e não apontou a infração que justificaria a aplicação da penalidade cominada;
2. no mérito, a absoluta insubsistência da exação, por exigir ICMS comunicação sobre serviços suplementares — prestações que, por não envolverem relação comunicativa de qualquer natureza, são alheias à incidência do imposto; e, ainda,
3. sucessivamente, por ter majorado, artificialmente, a base de cálculo do imposto exigido (‘gross up’) — prática que não encontra qualquer respaldo na legislação, que determina que o ICMS deve incidir sobre o “preço do serviço” e não sobre um outro valor arbitrado.

Diz que passa a discorrer sobre a ausência da adequada determinação da matéria tributável e da cominação da penalidade aplicada. Violação ao art. 142 do CTN e ao art. 39, III do RPAF-BA, Decreto nº 7.629/99. Nulidade por cerceamento de defesa, nos termos do art. 18, II do RPAF-BA.

Alega que o auto de infração em epígrafe não traz quaisquer considerações sobre a alíquota empregada e nem, muito menos, sobre a metodologia de cálculo adotada na apuração, elementos sem os quais o ato do lançamento simplesmente não preenche os requisitos do art. 142 do CTN.

Menciona que o art. 142 do CTN, ao dispor sobre o lançamento, conceitua-o como o ato mediante o qual a autoridade administrativa constitui o crédito tributário, o que somente pode ser feito após se “verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo o caso, propor a penalidade aplicável”.

Afirma que o dispositivo é direto e evidencia que os atos relacionados à atividade administrativo-tributária — que, por essência, têm caráter plenamente vinculado — devem ser adequados e exaustivamente motivados.

Diz que a conclusão reforçada pelo art. 39, III do RPAF-BA, Decreto nº 7.629/99, ao dispor que o auto de infração deverá conter “a descrição dos fatos considerados infrações e obrigações tributárias principal e acessórias, de forma clara, precisa e sucinta” — prevendo, ainda, o inciso V, ‘c’ do referido dispositivo que deverá haver expressa “indicação do dispositivo ou dispositivos da legislação tributária relativamente a cada situação: (...) em que esteja tipificada a infração com a multa correspondente”. *In casu*, contudo, a Autoridade Fiscal não observou esses deveres.

Registra que os dispositivos reputados pelo Fisco como violados foram os arts. 1º, II; 2º, VII (que preveem a incidência do imposto sobre a “prestação de serviços de comunicação”) e 32 (que prevê a forma de recolhimento do imposto) da Lei 7.014/96 e o art. 218 do RICMS-BA (que dispõe sobre o dever de escrituração do livro Registro de Saídas). Afirma que nenhum desses dispositivos diz sobre a alíquota empregada e nem, muito menos, sobre a metodologia de cálculo adotada.

Alega que essas omissões, sob um olhar desatento, podem parecer meras trivialidades. Contudo, para além da expressa disposição legal, ganham especial relevo no presente caso, tendo em vista que, a partir de uma análise da documentação, simplesmente não é possível aferir quais os contornos da metodologia de cálculo empregada pelo Fisco na apuração do *quantum debeatur*.

Para melhor compreensão do argumento diz ser necessário atentar ao “Anexo A” apenso ao PAF, cujo excerto exemplificativo transcreveu.

Ressalta que à época dos fatos geradores (2018), a alíquota incidente sobre serviços de comunicação era, nos termos do inciso V, do art. 16 da lei nº 7.014/96, de 26%. Tomando esse racional, e já considerando a metodologia de cálculo por dentro, o valor do imposto devido seria, no exemplo supra, de R\$1,27 (R\$4,90 preço do serviço x 26% alíquota do imposto).

Nessa seara, afirma que emergem questionamentos: qual a fundamentação para a alíquota de 28%? Quais foram os critérios de cálculo empregados? Qual foi a alíquota efetiva considerada? Afinal, mesmo que se considere como aplicável a alíquota de 28%, o valor devido seria R\$1,37 (R\$4,90 x 28%). Se considerado o valor cobrado pela Fiscalização, estar-se-ia tratando de uma alíquota de assombrosos 38,97%, o que faz insurgir a dúvida: qual o permissivo para seu emprego?

Entende que esses questionamentos simplesmente não foram respondidos, o que implica patente violação ao dever de fundamentação plasmado no art. 142 do CTN, não comportando outra conclusão que não pela nulidade do lançamento ora questionado.

Também alega que o Autuante ainda aplicou a penalidade de 100% do valor do imposto não recolhido, prevista no art. 42, III da Lei nº 7.014/96 – sem, todavia, apontar qual das infrações elencadas no dispositivo foi a praticada pelo Autuado.

Diz que o referido dispositivo elenca, em suas múltiplas alíneas, nada menos que 07 infrações distintas. Nessa seara, perquire-se: qual delas o Autuante julga o Impugnante ter praticado? Qual a razão para tanto? Entende que a resposta a referidos questionamentos simplesmente não foi dada.

Afirma que essas circunstâncias simplesmente impossibilitam a averiguação dos critérios quantitativos empregados pela Fiscalização e, ainda, adequada identificação de qual conduta do Impugnante foi dada por ilegal — o que inviabiliza o adequado exercício do direito de defesa, acarretando, por conseguinte, a nulidade do lançamento impugnado, nos termos do art. 18, II do RPAF-BA, Decreto nº 7.629/99.

Apresenta o entendimento de que, por se tratar de elementos essenciais à estrutura do lançamento (erro material), quaisquer alterações nos critérios jurídicos empregados, nos termos do art. 146 do CTN, somente serão oponíveis “quanto a fato(s) gerador(es) ocorrido(s) posteriormente à sua introdução, Portanto, qualquer tentativa de retificação, pela Fiscalização, dos vícios motivacionais acima empregados encontraria, também, óbice no art. 146 do CTN — não restando alternativa, que não, o reconhecimento da insanável nulidade do lançamento ora impugnado.

Quanto ao mérito, comenta sobre o conceito constitucional de ‘serviço de comunicação’. Diz que a adequada compreensão do raciocínio que se pretende expor perpassa, necessariamente, pela revisão de alguns conceitos basilares que merecem ser rememorados.

Menciona o art. 155, II da Constituição Federal e diz que o emprego conjunto das expressões “prestações de serviços” e “de comunicação” qualifica a materialidade tributável, evidenciando que não basta, para a incidência do imposto, a mera prestação de serviços ou a mera comunicação. É necessário que haja a prestação de uma utilidade, por terceiro, executada mediante obrigação de fazer (prestação de serviço) e que ela propicie que um dado emissor faça chegar a um dado receptor, por meio de um código, uma proposição, que se convencionou denominar mensagem (comunicação).

Para que haja a incidência do imposto, é necessária a prestação de serviço que vise “proporcionar o meio físico para que a mensagem efetivamente chegue ao destinatário (e, por conseguinte, seja instaurada a relação comunicativa”. Mas, mais que isso, para ocorrência, in concreto, da hipótese de incidência do ICMS-comunicação, não basta a prática de meros atos preparatórios que possibilitarão a fruição da comunicação. É essencial — sob pena de não subsunção do fato à norma tributária — que haja efetiva prestação do serviço, com o envio de mensagem pelo emissor ao receptor (que deverá possuir condições de recebê-la.

Afirma que foi esse entendimento que restou pacificado pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento repetitivo vinculante do REsp. nº 1.176.753/RJ (Tema nº 427/STJ), no qual assentou-se, de uma vez por todas, que “a prestação de serviços conexos ao de comunicação por telefonia móvel (que lhe são preparatórios, acessórios ou intermediários da comunicação) não se confunde com a prestação da atividade fim processo de transmissão (emissão ou recepção) de informações de qualquer natureza, esta sim, passível de incidência pelo ICMS”.

Diz que as singelas considerações até aqui expostas denotam que, para que determinado serviço seja submetido à tributação pelo ICMS-comunicação, é necessário, primeiramente, responder a duas questões:

- i. a utilidade provida pelo serviço é a disponibilização dos meios físicos para que determinada mensagem, efetivamente, chegue até seu efetivo destinatário?
- ii. caso positivo, essa transmissão efetivamente ocorre — ultimando, por conseguinte, a prestação do serviço?

Caso a resposta a qualquer das questões acima elencadas seja negativa, entende que não restará caracterizada a efetiva prestação de serviço de comunicação — e, por conseguinte, restará afastada a incidência do imposto. E é essa, justamente, a hipótese do serviço “gestor on-line”, conforme se verá nos tópicos a seguir.

Informa que foi antecipado, nos esclarecimentos prestados à Fiscalização (doc. nº 05), que o serviço ‘gestor on-line’ é uma prestação que “consiste na gerência proativa da rede / serviço de telecomunicações do cliente, com emissão de relatórios, detecção proativa de falhas, dentre outras funcionalidades”. É um serviço que, em suma, permite a gestão e controle das linhas corporativas detidas por um determinado cliente.

Também informa que conforme evidencia o próprio sítio do Impugnante, no qual é possível realizar a sua contratação, o serviço permite a “gestão e controle dos celulares da empresa, possibilitando uma utilização mais adequada com a definição de regras de uso para as linhas”.

Diz que a utilidade da prestação é, em linhas gerais, a seguinte: quando um determinado cliente corporativo contrata, em nome próprio, linhas telefônicas para disponibilizar a seus funcionários, os bons padrões de *compliance* e etiqueta corporativa recomendam que a utilização dos terminais seja restrita aos fins institucionais objetivados pela empresa contratante — eis aí a razão para a denominação “celular corporativo”.

Esclarece: para possibilitar o melhor controle de como esses terminais são utilizados — bem como propiciar o monitoramento da intensidade desse uso — o cliente corporativo pode querer determinar (i) administradores encarregados de monitorar o controle dos terminais; (ii) definir os tipos de ligações que podem ser efetuadas; (iii) restringir o uso em determinados períodos; (iv) definir usuários e senhas de acesso; e, ainda, (v) acompanhar o consumo individual de cada terminal.

Práticas que, como bem explanado na campanha de divulgação do produto, em 2018, evitam “surpresas indesejadas” no recebimento da fatura e, inclusive, o mau uso das funcionalidades corporativas. E, tal qual apresentado no site da Impugnante (doc. nº 06, cit.), todas essas comodidades são oferecidas pelo serviço ‘gestor on-line’.

Diz que o serviço somente é prestado ao cliente que tenha “exercido seu direito de opção de uma ou algumas das funcionalidades para controle de uso de seus celulares”, conforme descreveu, concluindo que a resposta aos questionamentos introduzidos no tópico anterior é clara: não se trata, sob nenhuma hipótese, de serviço destinado a prover os meios físicos para que determinada mensagem chegue ao usuário final; não havendo, por óbvio, que se falar em efetiva comunicação.

Afirma que a prestação, na verdade, propicia a gestão qualitativa e quantitativa dos serviços de telecomunicações contratos pelo cliente — ou seja, os serviços de comunicação são o objeto

sobre o qual recai as prestações contratadas. Esses serviços de comunicação, contudo, são inclusive contratados e cobrados de maneira apartada. Tanto o é que, conforme bem se depreende “Termo de Adesão” acima acostado (doc. Nº 07, cit.), a contratação do serviço ‘gestor on-line’, embora suplemente um serviço de comunicação subjacente, é exercida mediante opção do cliente — que, como bem denota o próprio termo, pode exercê-la pela não contratação do serviço.

Assegura que não se está diante de serviço de comunicação tributável, mas sim de serviço que “modifica ou suplementa um serviço básico (ou serviço principal) de telecomunicação” e que, enquanto tal, configura, em sua essência, serviço suplementar — gênero cuja tributabilidade pelo ICMS, já foi, há muito afastada pelos Tribunais Superiores, como bem se depreende da ementa do já citado Tema nº 427/STJ, concluindo que dúvidas não restam quanto à não incidência do ICMS sobre o serviço ‘gestor on-line’ — razão pela qual, em sendo seu não oferecimento à tributação a única origem para a cobrança do crédito ora impugnado, torna-se necessário o reconhecimento da integral insubsistência do crédito ora questionado.

Destaca que a juridicidade das razões acima expostas é tamanha, que são fartos os posicionamentos, tanto do Judiciário, quanto das Instâncias Revisionais Administrativas, pela não incidência do ICMS-comunicação especificamente sobre o serviço ‘gestor on-line’.

Diz que o posicionamento não se restringe à instância de piso, havendo também notáveis entendimentos do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia expressamente no sentido de que o serviço “denominado ‘gestor online’. identificado no anexo B pelos códigos MONVPN e MONVNPN são meros serviços complementares ou de otimização da prestação efetiva da comunicação em si, que não se confundem com a prestação do serviço de comunicação e não satisfazem o último requisito para a cobrança do imposto: a transmissão da mensagem, Cita o entendimento de outras unidades da Federação e diz que não restam dúvidas: o serviço ‘gestor on-line’ não constitui serviço de comunicação, não se subsumindo, por essa razão, à hipótese de incidência do ICMS-comunicação. Insubsistente, em sua íntegra, pois, a exação ora impugnada.

Caso, a despeito de todos os argumentos acima apresentados, se entenda pela subsistência do lançamento — o que, novamente, cogita somente pela eventualidade — necessária, ao menos, a adequação da base de cálculo empregada no cálculo do imposto. Alega que o Autuante empregou, no cálculo do imposto devido, critérios absolutamente exotéricos, que culminaram na exigência de um tributo à alíquota — nada menos que confiscatória — de 38,97%.

Registra que conforme preceitua o art. 13, III da LC nº 87/96, “a base de cálculo do imposto é, na prestação de serviço de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, o preço do serviço”. Ou seja, por expressa previsão da legislação complementar — no exercício do mister que lhe atribui o art. 146, III, a da Constituição Federal — deve o Fisco calcular o imposto que entende devido com base no preço efetivamente praticado pelo contribuinte.

Retoma o exemplo citado na preliminar e diz que, a Fiscalização, se valendo de um entendimento equivocado do “cálculo por dentro” do imposto, acresce ao valor efetivamente cobrado — e recebido — pela Impugnante, o percentual que deveria ter sido cobrado a título de ICMS, adotando uma base de cálculo absolutamente ficta, em desconsideração ao real preço de serviço (art. 13, III da LC nº 87/96).

Afirma que a metodologia — em absoluto — não se sustenta. O cálculo “por dentro” do ICMS significa que no valor cobrado do consumidor já está embutido no valor avençado do produto ou serviço. Difere-se, pois, do cálculo “por fora”, em que o consumidor deve dispende o preço do produto ou serviço mais o custo do tributo devido.

Alega que o Autuante criou um novo método de cálculo “por dentro”, em que o “preço do serviço” corresponde, na verdade, a um percentual a maior da efetiva base de cálculo do tributo, o qual deveria ser posteriormente calculado mediante apuração fiscal. Não há qualquer base legal para essa operação. Dizer que o imposto integra sua base de cálculo significa tão simplesmente

que o contribuinte deve retirar do preço cobrado (a base de cálculo) o montante do imposto a ser entregue ao Fisco.

Observa que o STF, no RE nº 212.209/RS, declarou que o ICMS deve incidir sobre o preço real, efetivamente prestado e não sobre a base de cálculo ficta, como pretende fazer o Fisco no presente caso. O STJ traçou bem a distinção entre o “cálculo por dentro” julgado pelo STF e o que pretende, a este título, fazer a Fiscalização baiana.

Em conclusão, reafirma que o Fisco não se limitou a exigir o imposto sobre o preço praticado pelo Impugnante, mas, provavelmente, utilizou-se de base de cálculo artificialmente calculada, e esta Junta de Julgamento Fiscal deve, ao menos, determinar a retificação da base de cálculo do ICMS, adotando como tal o preço efetivamente cobrado do usuário.

Por todo o exposto, pede que seja reconhecida a integral procedência da defesa para que:

- i. preliminarmente, seja reconhecida a manifesta nulidade do lançamento, ante a deficiência de sua fundamentação consubstanciada na omissão quanto à demonstração do critério quantitativo da obrigação tributária e, ainda, na cominação da multa aplicável, violando frontalmente os art. 142 do CTN e 18, II e 39, III do RPAF-BA, Decreto nº 7.629/99;
- ii. no mérito, seja reconhecida a insubsistência da cobrança, uma vez que não incide ICMS sobre o serviço “gestor on-line”, posto que suplementar ao serviço de comunicação — entendimento que, para além de corroborado pela pacífica jurisprudência do STJ e do STF, é reforçado por precedentes especialíssimos dos TJBA e TJMG e, ainda, do TIT/SP;
- iii. subsidiariamente, seja, ao menos, adequada a base de cálculo do imposto para que, efetivamente, passe a refletir, nos termos do art. 13, III da LC nº 87/96, o “preço do serviço” — e não um percentual arbitrário, empregado pelo Fisco Estadual ao arrepio do princípio da legalidade.

Por fim, declara a autenticidade das cópias anexas, sob pena de responsabilização pessoal dos signatários e requer sejam as intimações referentes ao presente feito feitas, exclusivamente, em nome do advogado André Mendes Moreira, OAB/MG nº 87.017, e-mail intimacoesbh@sachacalmon.com.br, telefone (31) 3289-0900, com endereço na Alameda da Serra, nº 119, 13º andar, Vila da Serra, Nova Lima/MG, CEP nº 34.006-056, sob pena de nulidade (art. 272, §5º do CPC/15).

O autuante presta informação fiscal às fls. 235 a 254 dos autos. Reproduz a descrição da infração, faz uma síntese das alegações defensivas e, preliminarmente, informa que este Conselho possui diversos Acórdãos sobre o tema: CJF nº 0100-12/11; JJF nº 86-05/10 ratificado pelo CJF nº 99/12-11; JJF nº 34-04/10 ratificado pelo CJF nº 105-12/11; JJF nº 358-02/10 ratificado pelo CJF nº 126-12/11; JJF nº 80-02/12 ratificado pelo CJF nº 91-13/12; CJF nº 0380-13/13; JJF Nº 0013-04/13; JJF nº 0034-05/14 e os Acórdãos: JJF nº 0078-05/14 ratificado pelo CJF nº 0054-12/15; JJF nº 013805/14 ratificado pelo CJF Nº 01 14-12/16; JJF nº 0267-01/14 ratificado pelo CJF Nº 0314-11/15 JJF Nº 0084-05/16 ratificado pelo CJF Nº 0156-12/16; JJF Nº 0104-03/17 ratificado pelo CJF Nº 0392-12/17 e Acórdão JJF Nº 0076-02/18 ratificado pelo CJF Nº 0032-12/19 e JJF Nº 0007-01/19 (os treze últimos são decorrentes de PAFs que contém infração sobre o não recolhimento de ICMS em prestações de serviços de telecomunicações, (idêntica as contidas no PAF atual) cujos votos dos relatores, dos três últimos PAFs, transcreveu..

Quanto aos Argumentos preliminares, esclarece que a base legal da alíquota aplicada no cálculo do ICMS a pagar está disposta na Lei nº 7.014 de 04 de dezembro de 1996, arts. 15, I; 16, V e 16-A, que reproduziu.

Ressalta que conforme dispositivos legais acima descritos, a alíquota sobre as prestações de serviços de telecomunicações é de 26% “adicionada de dois pontos percentuais” no qual totaliza 28% como alíquota a ser aplicada para cálculo do ICMS a pagar sobre prestações de serviços de telecomunicações.

Informa que a metodologia aplicada e os meios de prova do cálculo do ICMS a pagar estão bem descritos às folhas 5, 6 e 14-meio magnético com dados e informações obtidas através do relatório de faturamento denominado VAS entregue pelo impugnante (folhas 12,13 e 14- meio magnético) quando do atendimento a intimação nº 07 (folha 8).

Quanto ao Mérito, menciona a Lei nº 7.014/96 que instituiu o ICMS no Estado da Bahia, art. 2º, inciso VII e seu § 1º, I e V e comenta sobre a definição do que seja comunicação.

Diz que se chega então à primeira conclusão: telecomunicação é um processo de comunicação. Processo este que pode ser prestado de diversas formas, por meio de linhas telegráficas, linhas telefônicas, satélites ou microondas. Comunicação é gênero, telecomunicação é espécie.

Interessa nessa manifestação, os serviços onerosos de comunicação, pois sobre tais incide o ICMS, e em especial os de telecomunicação, já que o cerne da questão incide sobre os serviços prestados por operadora de telefonia fixa.

Menciona o RICMS-BA/97 quanto à Ocorrência do Fato Gerador nas Prestações de Serviços de Comunicação, transcrevendo o art. 4º, I, § 1º e diz que nas prestações dos serviços de comunicação relacionados na infração 01 (anexo A) é patente que existe uma mensagem, sua transmissão e sua recepção, conforme definição do impugnante. Além do mais, o serviço não é gratuito.

Afirma que o fato imponible da prestação onerosa de serviços de telecomunicação encontra-se configurado, surtindo efeito de solução da lide relativa a tais serviços que, são na realidade, uma efetiva prestação onerosa do serviço de telecomunicação, como as demais, posta à disposição do usuário e não atividade-meio: como tenta caracterizar a impugnante.

Acrescenta que quanto aos serviços de comunicações MOVPN e MONVPNV, conforme nos informa a impugnante em PAFs anteriores: “este serviço permite o uso da rede da operadora para traduzir as informações das antenas coletadas em campo e receber latitudes e longitudes consultada de forma a localizar outro usuário habilitado”, portanto o uso da rede da operadora é condição “*sine qua non*” para que se localize outro usuário e realize o rastreamento. Conforme ilustração elaborada pelo renomado consultor Paulo Gerhardt (na página seguinte) podemos entender melhor como funcionam os serviços de comunicação denominados MONVPN e MONVPNV/assinatura rastreamento GSM com mapa.

Observa que os sítios/antenas, redes telefônicas, controlador central e consoles de despacho fazem parte da rede da operadora sem os quais os dados não trafegam e sem este tráfego o serviço de comunicação de rastreamento não existe, portanto apesar da alteração da denominação dos serviços MOVPN e MONVPNV, pela autuada, fica caracterizado que tais serviços tratam-se sem dúvida de prestações de serviços de comunicação, sujeitos a incidência do ICMS.

Recordando que os Códigos de Serviços - MONVPN e MONVPNV já foram cobrados em PAFs anteriores e a autuada alterou algumas vezes a descrição destes códigos, apesar da prestação de serviços de telecomunicações serem as mesmas que estão sendo cobradas neste PAF, pelo fato de não terem sido oferecidos à tributação do ICMS, por exemplo nos exercícios de 2007 e 2010, para o Código de Serviço - MONVPN a autuada utilizou a seguinte descrição detalhada deste serviço, *in verbis*: “Convênio 69 - Serviço de gerenciamento de mensagem - Access Point Network - Ex.: Sascar Veículos - rastreamento contratou uma APN exclusiva para trafegar seus dados com segurança.”

Informa, ainda, que não lhe cabe, no âmbito de suas atribuições, a discussão sobre entendimento judicial posto que deve obediência ao RICMS por responsabilidade funcional e conclui que fica evidenciada a ocorrência das prestações dos serviços de telecomunicações, relacionados na infração 01 (anexo A), e sendo estes serviços onerosos, fica totalmente caracterizada sua tributação pelo ICMS cuja tributação está totalmente amparada no RICMS/BA.

Quanto ao “Gross up”, informa que na apuração da base de cálculo para determinação do imposto devido, procedeu na forma prevista na legislação tributária estadual que prevê que o ICMS integra a sua própria base de cálculo, conforme art. 52 do RICMS-BA e art. 17, § 1º, I da Lei 7.014/96.

Diz que o defendente asseverou que a base de cálculo do imposto é o preço do serviço de telecomunicação, ou seja, o valor faturado e que neste valor já se encontra embutido o valor referente ao ICMS, mas que a Fiscalização preferiu ignorar esta sistemática e utilizar uma base de cálculo fictícia e absurda, ou seja, calculou 33,33% sobre o valor faturado e o adicionou ao valor original, e sobre este total, aplicou a alíquota de 25% e encontrou o imposto supostamente devido.

Ressalta que o art. 17, VIII, e seu § 1º, I, da Lei nº 7.014/96 determina que a base de cálculo do imposto na prestação de serviço de comunicação é o preço do serviço, sendo que integra esta base de cálculo o montante do próprio imposto, constituindo o respectivo destaque mera indicação para fins de controle.

Esclarece que no levantamento fiscal apenso ao PAF (Anexo A, folhas 5, 6 e 14 - meio magnético), observa-se, que todos os valores apurados pela Fiscalização estão registrados na coluna “Valor do Item Serviço” do relatório de faturamento do contribuinte, portanto a fiscalização da SEFAZ/BA não presumiu o preço do serviço como alegado pelo impugnante.

Estes lançamentos fiscais, registrados na coluna “Valor do Item Serviço”, confirmam que o Autuado não adicionou o valor do imposto ao preço final do serviço, ou seja, o Contribuinte ao prestar serviços tributados de telecomunicação, entendeu, por sua conta e risco, que tais serviços não eram tributados pelo ICMS.

Diz que outro fato incontestável é que não ocorreu a emissão das respectivas NFSTs de prestação de serviço de telecomunicação pelo impugnante, quando da prestação destes serviços, eles estão contidos apenas em uma fatura, e os dados que entregou à SEFAZ/BA estão contidos em um relatório de faturamento denominado “relatório VAS” onde o autuado registra os serviços de telecomunicações prestados e que em sua opinião não são tributados pelo ICMS.

Assim, quando a Defendente, ao deixar de integrar o ICMS na sua própria base de cálculo, a reduziu, subtraindo, dessa, o valor correspondente ao imposto calculado e produziu uma nova e menor base de cálculo e sobre ela quer fazer incidir a alíquota correspondente, procedimento que contraria a norma tributária vigente. Desta forma, o autuado está assumindo por sua conta e risco todas as cobranças realizadas pelo Fisco.

Observa que nestes serviços de telecomunicações que foram objeto de autuação, o Autuado por entender que estes serviços não eram tributados, por conta e risco, não embutiu o valor do ICMS no seu preço. A não tributação deste serviço por parte da impugnante, por sua precipitação e imponderação, não justifica a adoção de uma base de cálculo menor do que a que seria devida, caso as operações tivessem sido tributadas normalmente por ele. Se assim fosse, estaria a causar um enorme prejuízo para o Erário Estadual decorrente da apuração do imposto devido a menor, em virtude da adoção de uma base de cálculo inferior e incorreta.

Destaca que não se pode admitir que os contribuintes se utilizem de artifícios para diminuir sua carga tributária. Como regra do Direito que diz que não é dado a ninguém alegar a própria torpeza, não se pode admitir que o impugnante utilize da alegação de não se poder cobrar ICMS sobre o valor que não foi, em nenhum momento, faturado e auferido por ele.

Frisa que o Autuado deixou de agregar o imposto ao valor cobrado dos seus clientes por sua conta e risco. A mesma não utilizou o seu direito de peticionar consulta ao Fisco acerca da forma de tributação dos serviços em questão. Ao preferir considerar as referidas operações como não tributadas, o impugnante assumiu o risco de ter que arcar com o ônus do tributo, o qual deveria ter sido repassado, na época, aos seus consumidores.

Salienta que, em momento algum da sua defesa o contribuinte consegue comprovar suas alegações, visto que, nenhuma prova ou documento idôneo foi por ele anexado ao PAF para provar que o ICMS estava embutido no preço de venda. O Defendente cita apenas alguns exemplos fictícios, criados por ele próprio e sem nenhuma legitimidade para elidir a bem suportada ação fiscal.

Por todos estes motivos incontestáveis e pelas provas anexadas ao PAF pela Fiscalização da SEFAZ/BA, diz que não cabe razão ao autuado ao afirmar que o autuante utilizou uma base de cálculo fictícia/equivocada e que criou um novo método. Na verdade, a Fiscalização apenas aplicou a legislação que determina a sua forma de apuração para poder se encontrar a base de cálculo verdadeira que deveria ter sido a utilizada nas referidas operações. Equivocada ou fictícia é à base de cálculo que o impugnante pretende que se utilize para o cálculo do imposto, a qual corresponde ao valor líquido (sem imposto) cobrado dos seus usuários à época.

Diz que a SEFAZ/BA e o CONSEF têm perfeito entendimento quanto à forma de apuração da base de cálculo para determinação do imposto devido onde possui diversos Acórdãos sobre o tema a ver: Acórdão CJF Nº 0260-13/13, JJF Nº 0127-05/14, JJF Nº 0273-03/14, CJF Nº 0234-12/16, CJF Nº 0272-11/16, CJF Nº 0288-11/16 e CJF Nº 0261-12/17. Podemos constatar este fato, também, na procedência do PAF 269.280.0001/02-9 que versa sobre mesma matéria no seu item 02, conforme Acórdão JJF Nº 0132-01/03.

Sobre a reclamação da multa aplicada a fiscalização segue as normas legais vigentes no Regulamento do ICMS do Estado da Bahia onde a mesma está legalmente prevista na Lei 7.014/96, no seu art. 42, Inciso II, alínea “g”, e no art. 915, Inciso II do RICMS-BA aprovado pelo Decreto 6.284/97 e O sistema SCLT da SEFAZ/BA informa automaticamente os dispositivos legais.

Salienta que conforme consta em alguns PAFs, a PGE/PROFIS do Estado da Bahia opina pela exclusão da incidência do ICMS nos seguintes serviços conexos ao de comunicação, por meio da telefonia móvel, a saber: troca de titularidade de aparelho celular, conta detalhada, troca de aparelho, troca de número, mudança de endereço de cobrança de conta telefônica, troca de área de registro, troca de plano de serviços, bloqueio de DDD e DDI, habilitação e religação.

Informa que nos serviços de telecomunicações autuados e presentes nesse PAF não constam qualquer dos serviços de telecomunicações acima elencados pela PGE/PROFIS do Estado da Bahia.

Destaca que os Códigos de Serviços - MONVPN e MONVPNV já foram cobrados em PAFs anteriores e o Autuado alterou algumas vezes a descrição destes códigos, apesar da prestação de serviços de telecomunicações serem as mesmas que estão sendo cobradas neste PAF, pelo fato de não terem sido oferecidos a tributação do ICMS, por exemplo nos exercícios de 2007 e 2010, para o Código de Serviço - MONVPN o Autuado utilizou a seguinte descrição detalhada deste serviço, *in verbis*: “Convênio 69 - Serviço de gerenciamento de mensagem - Access Point Network - Ex.: Sascar Veículos - rastreamento contratou uma APN exclusiva para trafegar seus dados com segurança”.

Por tudo quanto aqui exposto mediante as considerações apresentadas, mantém a ação fiscal que resultou na reclamação do crédito tributário.

Na sessão de Julgamento foi realizada sustentação oral por videoconferência pelo advogado, Dr. Lucas Vasconcellos Campos de Aquino – OAB/MG nº 197.775.

VOTO

Preliminarmente, o autuado pede que seja reconhecida a nulidade do presente auto de Infração, apresentando alegações quanto à fundamentação legal ou o critério jurídico adotado pela Fiscalização, tanto em relação ao ICMS exigido, quanto para a multa aplicada.

O Defendente apresentou o entendimento de que é nula a autuação fiscal, por vício de fundamentação, alegando que a Fiscalização se omitiu quanto à demonstração do critério quantitativo da obrigação tributária, e não apontou a infração que justificaria a aplicação da penalidade cominada.

Quanto à lavratura do Auto de Infração, observo que a fundamentação diz respeito ao direito e aos fatos. Em relação ao direito, o Autuante indicou os dispositivos legais considerados como infringidos, e não houve prejuízo na identificação da infração apurada, na medida em que o autuado entendeu a acusação fiscal. Quanto aos fatos, foram descritos de forma compreensível, foram elaborados demonstrativos, constando nos autos que foi encaminhado ao Autuado planilha contendo a memória de cálculo do imposto apurado. Portanto, se conclui que não houve cerceamento ao direito de defesa, e não implica nulidade da autuação, caso exista equívoco na indicação de dispositivo legal, tendo em vista que pela descrição dos fatos ficou evidente o enquadramento legal, de acordo com o art. 19 do RPAF/99. A multa foi aplicada com enquadramento no art. 42, inciso III da Lei 7.014/96.

Foi alegado que o auto de infração em epígrafe não traz quaisquer considerações sobre a alíquota empregada, nem sobre a metodologia de cálculo adotada na apuração, elementos sem os quais o ato do lançamento simplesmente não preenche os requisitos do art. 142 do CTN.

Observo que a Autoridade Administrativa que constituir o crédito tributário pelo lançamento deve identificar o sujeito passivo e propor a aplicação de penalidade cabível (art. 142 do CTN), e de acordo com o art. 39, inciso I do RPAF/BA, o Auto de Infração conterá a identificação, o endereço e a qualificação do autuado.

No caso em exame, o autuado está devidamente identificado à fl. 01 do PAF, constando a sua inscrição estadual, CNPJ, e endereço, inexistindo qualquer dúvida quanto à sua qualificação. O demonstrativo de apuração que lastreia a exigência fiscal, acostado às fls. 05/06, cuja cópia foi encaminhada ao Autuado, discrimina o número de cada fatura, data, código de autenticação digital, código do serviço, descrição do serviço, valor da fatura, valor do item, base de cálculo NFST, alíquota, ICMS calculado e ICMS a pagar.

O mencionado demonstrativo ostenta em seu título claramente: “DEMONSTRATIVO DE RECOLHIMENTO A MENOR DO ICMS SOBRE A PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÕES, CONFORME REGISTROS CONSTANTES EM SEU RELATÓRIO DE FATURAMENTO DENOMINADO VAS – EXERCÍCIO DE 2018”. O fato foi expressamente mencionado nas razões de defesa, o que indica o entendimento pelo Autuado quanto aos motivos da autuação fiscal, portanto, o Impugnante articulou suas razões de defesa sem dificuldade, não se constatando qualquer óbice para o perfeito entendimento do Autuado quanto à acusação fiscal.

O Autuado alegou que os dispositivos reputados pelo Fisco como violados, foram os arts. 1º, II; 2º, VII (que preveem a incidência do imposto sobre a “prestação de serviços de comunicação”), 32 (que prevê a forma de recolhimento do imposto) da Lei 7.014/96, e o art. 218 do RICMS-BA (que dispõe sobre o dever de escrituração do livro Registro de Saídas), nenhum desses dispositivos diz sobre a alíquota empregada, nem sobre a metodologia de cálculo adotada.

Entendo que os dispositivos da Lei 7.014/96 citados no enquadramento legal, guardam relação com o imposto apurado no levantamento fiscal, e o Autuado tem conhecimento de sua obrigação de lançar e recolher o imposto devido, independentemente do entendimento quanto ao enquadramento adotado pela Fiscalização. No Auto de Infração contém um campo destinado à imputação, à infração, destinado à descrição do cometimento, o enunciado principal, determinando fulcro da autuação. São especificadas as circunstâncias que envolvem os fatos apurados, sendo informados os dados acessórios ou prestadas as informações complementares que devem apresentar convergência com aquele que constitui o enunciado principal da “infração”, o que se observa neste Auto de Infração, tendo sido prestadas informações complementares para melhor compreensão do que foi imputado ao Contribuinte.

O autuado entendeu a autuação fiscal, se defendeu e apresentou impugnação ao lançamento, tratando dos fatos que ensejaram a exigência fiscal, citando parcelas que entende serem indevidas, se referindo ao levantamento fiscal. Assim, quanto à preliminar de nulidade suscitada pelo Defendente, o PAF está revestido das formalidades legais e não se encontram os motivos elencados na legislação, inclusive os incisos I a IV do art. 18 do RPAF/99, para determinar a nulidade do lançamento.

No mérito, o Auto de Infração trata da falta de recolhimento do ICMS nos prazos regulamentares, referente a prestações de serviços de comunicação não escriturados nos livros fiscais próprios, nos meses de janeiro a dezembro de 2018.

Consta ainda a informação de que o Contribuinte prestou serviços de telecomunicações e não ofereceu à tributação do ICMS, serviços estes que constam no relatório denominado VAS, entregue pelo contribuinte, tendo em vista que o mesmo não escriturou estas prestações de serviços de telecomunicações, conforme previsto no Convênio 115 e no RICMS-BA.

O Defendente alegou insubsistência da exação, por exigir ICMS comunicação sobre serviços suplementares — prestações que por não envolverem relação comunicativa de qualquer natureza, são alheias à incidência do imposto; o serviço na verdade consiste no oferecimento de plataforma que “permite ao Cliente corporativo efetuar a gestão e controle das linhas da empresa através do Site da Claro”, mas a Fiscalização adotou interpretação ilegalmente expansiva, tratando-o como serviço de comunicação tributável pelo imposto.

Informou que nos esclarecimentos prestados à Fiscalização (doc. nº 05), que o serviço ‘gestor on-line’ é uma prestação que “consiste na gerência proativa da rede / serviço de telecomunicações do cliente, com emissão de relatórios, detecção proativa de falhas, dentre outras funcionalidades”. É um serviço, que em suma, permite a gestão e controle das linhas corporativas detidas por um determinado cliente.

Vale salientar que o serviço de telecomunicação é espécie de comunicação e se refere a um conjunto de atividades que possibilita a oferta de telecomunicação, dentre as quais se encontra a disponibilização de equipamentos para transmissão dos dados, os valores referentes a aluguéis ou locação de equipamentos, assistência técnica disponível ao cliente, por força do contrato de adesão, necessários à prestação do serviço de comunicação, os serviços complementares prestados, serviços de comunicação postos à disposição dos usuários, independentemente do nome ou código que lhe sejam dados, tudo isso compreende uma efetiva prestação onerosa do serviço de telecomunicação. O ICMS não incide sobre comunicação, mas sobre prestações de serviços de comunicação, inclusive os serviços acessórios do serviço de comunicação relacionados a uma comunicação que lhes dá suporte.

Dispõe o artigo 155 da Constituição da República:

Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:

(...)

II - operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior;

No caso em exame, o cerne da questão está exatamente no enquadramento ou não do serviço prestado pelo Defendente como serviço de telecomunicação.

Para melhor compreensão dessa matéria, vale reproduzir as disposições legais sobre a incidência do ICMS nas prestações de serviços de comunicação positivadas na LC 87/96, e na Lei 7.014/96, que instituiu o ICMS no Estado da Bahia, e apresentam idêntica redação, *in verbis*:

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. 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;

Sobre a apuração do imposto, se inclui na base de cálculo do ICMS incidente sobre os serviços de comunicação os valores cobrados relativos aos serviços suplementares e facilidades adicionais, o que significa dizer que se incluem todas as prestações de serviços disponibilizadas pelas concessionárias de serviço de comunicação, alcançando todo e qualquer serviço oneroso, de qualquer natureza, independentemente de sua denominação. Os textos normativos se referem a prestações onerosas de serviços de comunicação por qualquer meio, de forma que estão compreendidos no campo de incidência do ICMS todos os serviços, inclusive os suplementares e facilidades adicionais que otimizem ou agilizem o processo de comunicação, independentemente da denominação que lhes seja dada.

Em relação à base de cálculo, o Impugnante alegou que conforme preceitua o art. 13, III da LC nº 87/96, “a base de cálculo do imposto é, na prestação de serviço de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, o preço do serviço”. Disse que por expressa previsão da legislação complementar — no exercício do mister que lhe atribui o art. 146, III, “a” da Constituição Federal — deve o Fisco calcular o imposto que entende devido, com base no preço efetivamente praticado pelo contribuinte.

Alegou que foi majorada artificialmente a base de cálculo do imposto exigido, prática que não encontra qualquer respaldo na legislação, que determina que o ICMS deve incidir sobre o “preço do serviço” e não sobre um outro valor arbitrado.

Apresentou o entendimento de que o cálculo “por dentro” do ICMS significa que o valor cobrado do consumidor já está embutido no valor avençado do produto ou serviço. Difere-se, pois, do cálculo “por fora”, em que o consumidor deve dispende o preço do produto ou serviço, mais o custo do tributo devido.

Constato que a LC 87/96, estabelece no inciso III, do art. 13, que *a base de cálculo do imposto na prestação de serviço de comunicação é o preço do serviço*. Em seguida, a mencionada norma legal prescreve que estão compreendidos nesta base de cálculo, *os valores correspondentes a seguros, juros e demais importâncias pagas, recebidas ou debitadas, bem como descontos concedidos sob condição* - art. 13, §1º, inciso II.

Por outro lado, a Lei nº 7.014/96, traz regramento idêntico quanto à base de cálculo, conforme transcrição abaixo:

Lei nº 7.014/96:

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

[...]

VIII - na prestação de serviço de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, nas hipóteses dos incisos XI e XIII do art. 4º, o preço do serviço;

[...]

§ 1º Integra a base de cálculo do imposto, inclusive nas hipóteses dos incisos VI, XI e XI-A do caput deste artigo:

[...]

II - o valor correspondente a:

a) seguros, juros e demais importâncias pagas, recebidas ou debitadas, bem como descontos concedidos sob condição;

Na Informação Fiscal, o Autuante esclareceu que no levantamento fiscal apenso ao PAF (Anexo A, folhas 5, 6 e 14 - meio magnético), observa-se que todos os valores apurados pela Fiscalização estão registrados na coluna “Valor do Item Serviço” do relatório de faturamento do contribuinte, portanto, a fiscalização da SEFAZ/BA não presumiu o preço do serviço como alegado pelo impugnante.

Acrescentou que o Defendente, ao deixar de integrar o ICMS na sua própria base de cálculo, a reduziu, subtraindo dessa o valor correspondente ao imposto calculado, produziu uma nova e menor base de cálculo, e sobre ela quer fazer incidir a alíquota correspondente, procedimento que contraria a norma tributária vigente.

Observe que em relação à determinação da base de cálculo do ICMS, a Lei complementar nº 87/96, determina que:

Art. 13. A base de cálculo do imposto é

[...]

III - na prestação de serviço de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, o preço do serviço;

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

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

O art. 17, VIII, e seu § 1º, I da Lei nº 7.014/96, determina que a base de cálculo do imposto na prestação de serviço de comunicação é o preço do serviço, sendo que integra esta base de cálculo o montante do próprio imposto, constituindo o respectivo destaque mera indicação para fins de controle.

Analisando os dispositivos legais acima reproduzidos, verifica-se que o ICMS é um imposto por dentro, ou seja, o seu montante integra a própria base de cálculo, sendo o respectivo destaque mera indicação para fins de controle. Assim, no seu cálculo está incluído o valor do tributo em sua própria base de cálculo.

No caso de mercadorias colocadas à disposição de consumidores em geral, o contribuinte define o preço de venda ao consumidor, embutindo o ICMS neste preço, e se não integrar o ICMS na sua própria base de cálculo, estará reduzindo o valor correspondente ao imposto calculado, e produzindo uma base de cálculo menor, procedimento que contraria a legislação vigente.

Os preços estabelecidos pelo contribuinte são os consignados nos documentos fiscais, quando das operações de vendas de mercadorias ou prestações realizadas; sobre eles é calculado o ICMS devido, mediante a aplicação da alíquota cabível, e o destaque do imposto no documento fiscal constitui em mera indicação para fins de controle, tudo em conformidade com o art. 13, § 1º, I da LC 87/96, já reproduzido neste voto.

Quanto à prestação de serviços de comunicação, o valor da tarifa é definido. São valores tarifários básicos dos serviços de comunicação, excluindo os tributos neles incidentes.

No caso em exame, o autuado utilizou o valor dos serviços que entendeu não haver incidência do ICMS, por isso, é correto admitir-se que o defendente não integrou o imposto na sua própria base de cálculo, o que resultou no procedimento realizado pelo autuante.

Assim, quando o autuado não integrou o ICMS na sua própria base de cálculo, por entender que em relação aos serviços questionados não há incidência do ICMS, reduziu a base de cálculo, subtraindo dessa o valor correspondente ao imposto calculado, o que resultaria numa base de

cálculo menor, e sobre ela não poderia incidir a alíquota correspondente, porque esse procedimento contraria a legislação tributária vigente.

Concluo que a sistemática utilizada pelos autuantes está respaldada na legislação pertinente à matéria, inexistindo majoração ou imposição fictícia da base de cálculo, como alegou o defendente.

Quanto à alíquota, o Impugnante alegou que à época dos fatos geradores (2018), a alíquota incidente sobre serviços de comunicação era, nos termos do inciso V, do art. 16 da lei nº 7.014/96, de 26%. Afirmou que emerge o questionamento: qual a fundamentação para a alíquota de 28%?

Sobre o questionamento apresentado pelo Defendente, concordo com o esclarecimento do Autuante, de que a base legal da alíquota aplicada no cálculo do ICMS a pagar está disposta na Lei nº 7.014, de 04 de dezembro de 1996, arts. 16, inciso V e 16-A. Portanto, conforme os mencionados dispositivos legais, a alíquota sobre as prestações de serviços de telecomunicações é de 26%, “adicionada de dois pontos percentuais”, totalizando 28% como alíquota a ser aplicada para cálculo do ICMS a pagar sobre prestações de serviços de telecomunicações.

Em relação aos precedentes jurisprudenciais carreados aos autos, emanados dos tribunais superiores pátrios, convergentes com as teses sustentadas pelo Defendente, friso que a questão não foi ainda definitivamente julgada na Corte Suprema, com efeitos *erga omnes*.

Vale acrescentar, que no âmbito deste CONSEF remanesce a orientação firmada pela Procuradoria do Estado da Bahia (PGE), nos autos do processo nº PGE nº 2015.177296-0, excluindo-se da incidência do ICMS apenas os seguintes serviços conexos ao de comunicação, prestados por meio de telefonia móvel: *a) troca de titularidade de aparelho celular; b) conta detalhada; c) troca de aparelho; d) troca de número; d) mudança de endereço de cobrança de conta telefônica; f) troca de área de registro; g) troca de plano de serviço; h) bloqueio de conta telefônica; i) habilitação; j) religação.*

Não acato as alegações defensivas, tendo em vista que as parcelas discriminadas no levantamento fiscal dizem respeito aos serviços suplementares e facilidades adicionais que otimizam ou agilizam o processo de comunicação, independente do nome que o contribuinte atribua ao serviço

Vale salientar, que este entendimento tem sido prevalente nas Decisões exaradas por Este Conselho de Fazenda Estadual, a exemplo dos Acórdãos citados pelo Autuante na Informação Fiscal.

Os chamados serviços suplementares e facilidades adicionais que otimizam ou agilizam o processo de comunicação, são serviços acessórios do serviço de comunicação, relacionados a uma comunicação à qual dão viabilidade ou suporte. Tais serviços suplementares e facilidades adicionais estão incluídos no campo de incidência do ICMS, tendo em vista que o acessório segue a sorte do principal.

O Impugnante alegou ainda, que o Autuante aplicou a penalidade de 100% do valor do imposto não recolhido, prevista no art. 42, III da Lei nº 7.014/96 – sem, todavia, apontar qual das infrações elencadas no dispositivo foi a praticada pelo Autuado.

Disse que o referido dispositivo, elenca em suas múltiplas alíneas nada menos que 07 infrações distintas. Nessa seara, perquire-se: qual delas o Autuante julga o Impugnante ter praticado? Qual a razão para tanto?

A omissão foi apurada por meio de levantamento fiscal, por isso, a multa aplicável é de 100%, conforme previsto no art. 42, inciso III, alínea “g” da Lei 7.014/96 (*outras omissões de receitas tributáveis constatadas por meio de levantamento fiscal, inclusive mediante levantamento quantitativo de estoque*), e o fato de não ter sido indicada a respectiva alínea, não invalida o percentual que foi indicado corretamente. Dessa forma, a multa aplicada está prevista no art. 42,

inciso III, “g” da Lei nº 7.014/96, sendo portanto legal, e não há como prosperar a arguição de nulidade sob tal argumento.

O Patrono do Autuado apresentou o entendimento de que deveria ser encaminhado o presente processo à PGE/PROFIS, para emissão de Parecer sobre a matéria aqui tratada. Não é acatado o entendimento, considerando que no caso em exame, não se constatou as situações elencadas no art. 118 do RPAF-BA/99, para solicitação de parecer.

Por fim, o defendente requer sejam as intimações referentes ao presente feito realizadas exclusivamente em nome do advogado André Mendes Moreira, OAB/MG nº 87.017, e-mail intimacoesbh@sachacalmon.com.br, telefone (31) 3289-0900, com endereço na Alameda da Serra, nº 119, 13º andar, Vila da Serra, Nova Lima/MG, CEP nº 34.006-056, sob pena de nulidade (art. 272, § 5º do CPC/15).

Não há impedimento para que tal providência seja tomada. Porém, observo que de acordo com o art. 26, inciso III do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal do Estado da Bahia – RPAF/BA, a intimação deve ser efetuada por escrito, endereçada ao contribuinte, seu preposto ou responsável, e a forma de intimação ou ciência da tramitação dos processos ao sujeito passivo encontra-se prevista nos arts. 108/109 do mencionado Regulamento, e o representante do autuado poderá cadastrar seu correio eletrônico junto a esta SEFAZ para receber correspondências.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **279692.0007/21-0**, lavrado contra **CLARO S.A.**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 841.887,76**, acrescido da multa de 100%, prevista no art. 42, inciso III, alínea “g” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala virtual das Sessões do CONSEF, 15 de fevereiro de 2022

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - JULGADOR