

A. I. Nº - 278003.0002/20-0
AUTUADO - OI MOVEL S.A. – EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL
AUTUANTE - ROQUELINA DE JESUS
ORIGEM - DAT METRO / IFEP SERVIÇOS
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 22/04/2022

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0050-04/22-VD

EMENTA: ICMS. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO. PRESTAÇÃO TRIBUTÁVEL CONSIDERADA COMO NÃO TRIBUTÁVEL. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Restou comprovado nos autos a falta de recolhimento de ICMS atinente a prestações de serviços de comunicações, relativo às assinaturas cobradas nas faturas mensais (Art. 2º, inc. VII, Lei nº 7.014/96), com a base de cálculo apurada nos estritos termos da legislação posta (Art. 13, § 1º), bem assim, a agregação dos dois pontos percentuais do Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza, também, em total respeito aos ditames da legislação (Art. 16-A). Todavia, vê-se restar procedente a preliminar de nulidade de violação à segurança jurídica concedida pelo Eg. TJBA, através do Mandado de Segurança nº 0000729-02.2009.8.05.000, pois os efeitos subjetivos da coisa julgada não estão adstritos tão-somente à sociedade empresária TNL PCS S/A, mas também à OI MOVEL S.A., incorporadora da TNL PCS S/A., de maneira que não vejo como se sustentar a presente autuação na sua totalidade. Diante do vício insanável de violação à segurança jurídica concedida pelo Eg. TJBA, através do Mandado de Segurança nº 0000729-02.2009.8.05.000, é que, com base no Art. 18, inciso IV “a” do RPAF/BA, restam nulas as datas de ocorrências do presente PAF até 30/09/2016, vez que em relação às demais datas de ocorrência, houve expressa desistência do sujeito passivo por seu pagamento. Infração subsistente parcialmente. Afastada a outra preliminar de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 25/06/2020, exige o valor de R\$ 15.217.613,73, inerente ao ano de 2016, conforme demonstrativos que são parte integrante do CD/Mídia de fl. 06 dos autos, em razão da seguinte irregularidade concernente à legislação do ICMS:

INFRAÇÃO 1 – 02.08.37: Deixou de recolher o ICMS no (s) prazo(s) regulamentar(es), referente a prestação de serviço de comunicação não escriturados nos livros fiscais próprios no ano de 2016, conforme demonstrativos que fazem parte integrante do CD/Mídia de fl. 06 dos autos. Consta da descrição dos fatos que a empresa (OI VIVO MOVEL S.A.) não recolheu o ICMS sobre o serviço de assinatura cobrado nas faturas por entender que é serviço não tributado. Lançado ICMS no valor R\$15.217.613,73, com enquadramento no art. 1º, inciso III, art. 2º, inciso VII; e art. 32 da Lei 7.014/96, c/c art. 218, inciso II, do RICMS/BA, publicado pelo Dec. nº 13.780/2012, e multa aplicada de 100% na forma do art. 42, inc. III, alínea, da Lei 7.014/96.

Às fls. 20 a 28 dos autos, a OI MÓVEL S.A. (em recuperação judicial), Contribuinte Autuado,

sociedade anônima com sede em Brasília/DF, no Setor Comercial Norte, Quadra 03, Bloco A, Edifício Estação Telefônica, Térreo, Parte 2, Asa Norte, CEP nº 70.713-900, inscrita no CNPJ nº 05.423.963/0001-11, NIRE nº 53300006989, e filial em Salvador/BA, à Av. Antônio Carlos Magalhães nº 881, 9º andar, Bairro Itaipara, CEP nº 41825.000, inscrita no CNPJ/MF nº 05.423.963/0153-05, Inscrição Estadual nº 105.634.920, vem, respeitosa e tempestivamente, perante este colendo CONSEF, por seus procuradores infra-assinados (doc. 02 e 03), apresentar sua impugnação ao lançamento tributário consubstanciado no auto de infração em epígrafe, que passo a expor:

I. SÍNTESE DOS FATOS

Diz tratar de autuação pela suposta falta de recolhimento do ICMS decorrente da não tributação de prestações que, para o Fisco, seriam de serviço de comunicação, a saber: “*serviço de assinatura*” — no período de janeiro a dezembro de 2016.

Pontua que, segundo a autuação, teria havido a infração aos “Art. 1º, inciso III; art. 2º, inciso VII; e 32 da Lei 7.014/96 C/C art. 218, inciso III, do RICMS/BA, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012”.

Face às supostas infringências às disposições legais, diz que a Fiscalização aplicou a penalidade prevista no art. 42, inciso III da Lei nº 7.014/96, isto é, 100% do imposto discutido.

Todavia, registra que a autuação em voga não deve prosperar, uma vez que foi lavrada em claro descumprimento à ordem judicial definitiva obtida pela Impugnante nos autos do mandado de segurança nº 0000729-02.2009.8.05.0000, impetrado para impedir a cobrança de ICMS justamente sobre a rubrica autuada (assinatura sem inclusão de minutos).

Nesse ponto, esclarece desde já, que o *mandamus* citado da descrição da infração, de nº 0228842520118050001, foi impetrado apenas pela Telemar Norte Leste S/A e, portanto, não se aplica à Impugnante.

De toda sorte, diz que, ainda que algum ICMS fosse devido — o que seria uma afronta à decisão judicial transitada em julgado — é fato que:

- a) o auto de infração padece de nulidade insanável por vício de fundamentação, haja vista a ausência de determinação clara da matéria tributável;
- b) é ilegítima a cobrança do adicional de alíquota do ICMS para o financiamento do FUNCEP, ante a sua incidência sobre serviços que não são verdadeiramente supérfluos, *in casu*, serviços de telecomunicação;
- c) sucessivamente,
 - c.1) em face da essencialidade do serviço prestado, cuja alíquota incidente deve ser a mínima existente, a autuação epigrafada deve ser sobrestada até que sobrevenha julgamento definitivo da repercussão geral reconhecida no bojo do RE nº 714.139/SC (Tema 745), nos termos do art. 1.030, III, do CPC;
 - c.2) por fim, evidente que o ICMS deve ser calculado sobre o preço efetivo do serviço, sendo ilegítima a majoração da base de cálculo promovida pela Fiscalização (“*Gross UP*”).

É o que diz passar a demonstrar.

II. PRELIMINARMENTE

Inicialmente, no que tange ao mérito em debate, diz que, qual seja, a incidência de ICMS sobre assinatura sem franquia de minutos, cumpre esclarecer à esta c. JJF a inaplicabilidade do *mandamus* nº 0228842520118050001 ao presente caso, já que impetrado apenas pela Telemar Norte Leste S/A (Empresa do mesmo Grupo Econômico da Impugnante). Portanto, a seguinte informação contida na descrição da infração está equivocada e merece ser retificada.

“Apesar da decisão do STF no Recurso Extraordinário 912888 do Rio Grande do Sul, gravado no DVD, assegurando a incidência do ICMS sobre o serviço de assinatura, existe Mandado de Segurança nº 0228842520118050001, em trâmite no juízo da 2ª Vara da Fazenda Pública do Estado da Bahia, determinando a suspensão da exigibilidade do crédito tributário relativo à assinatura mensal.”

Diz que, em verdade, conforme se demonstrará abaixo, o mandado de segurança impetrado pela Impugnante para impedir a cobrança de ICMS sobre a materialidade autuada foi julgado integralmente procedente pelo Eg. TJBA, tendo ocorrido o trânsito em julgado em 15.09.2016.

Assim, registra que o lançamento tributário consubstanciado na presente autuação viola a decisão judicial definitiva que vedou a cobrança de ICMS sobre os serviços autuados — razão pela qual é dever deste c. Conselho de Contribuintes, zelando pela supremacia da coisa julgada, determinar a sua extinção, nos termos do art. 156, X, do CTN, com o consequente arquivamento do processo fiscal instaurado.

II.1. DA COISA JULGADA SOBERANA: MS nº 000072902.2009.8.05.0000

Observa que aos 11.05.2009, a TNL PCS S/A — atualmente denominada Oi Móvel S/A — impetrou contra a autoridade coatora vinculada ao Estado da Bahia, o mandado de segurança nº 0000729-02.2009.8.05.0000 (Doc. 05) para afastar a exigência de ICMS sobre diversas atividades meios e preparatórias, dentre elas a assinatura sem inclusão de minutos, conforme consta, expressamente, no seu pedido, que destaca na sua peça de defesa.

Diz que, inclusive, corretamente, conceitua a assinatura mensal sem franquia como “*um valor fixo mensal*”, e “*verdadeira cobrança pela disponibilidade da linha, e não pela comunicação*”. Destaca na peça de defesa excertos da inicial do *mandamus* em comento (Doc. 05).

Portanto, aduz que resta manifesto que o pedido da outrora Impetrante abarcou justamente a “*assinatura sem franquia de minutos*” cobrada mensalmente para remunerar a disponibilização contínua do acesso à rede de telecomunicações.

Isso porque, para além de constar expressamente destacado no pedido da exordial, como regra, diz que o alcance e o sentido dos termos constantes na parte dispositiva devem ser interpretados, em razão do princípio da boa-fé processual, à luz daquilo que foi postulado em juízo, nos exatos termos do disposto no art. 322, § 2º, e no art. 489, § 3º, ambos do CPC.

Registra que a segurança pleiteada, que foi integralmente concedida pelo eg. TJBA (Doc. 06) foi mantida pelo Ilmo. Relator Gilmar Mendes no bojo do ARE nº 881.038/BA, cujo trânsito em julgado foi certificado em 15.09.2016 (Doc. 07).

Assim, diz que, como o trânsito em julgado do acórdão do eg. TJBA declarando a não incidência de ICMS a “*assinatura mensal sem franquia de minutos*” ocorreu em 15.09.2016, o prazo decadencial de dois anos para ajuizamento de ação rescisória transcorreu em 15.09.2018, tornando-se, assim, imutável o referido provimento jurisdicional.

Com efeito, diz que, diante do comando judicial definitivo proferido, restou-se comprovado que a Fiscalização baiana não poderia efetuar o lançamento pretendido, pois a decisão judicial definitiva, em atenção aos princípios da segurança jurídica e da confiança produz efeitos de extinção do crédito tributário nos termos do art. 156, X, do CTN.

Nesse sentido, destaca que a posição do STF é inequívoca no sentido de que “*a segurança jurídica protege a confiança legítima, procurando preservar fatos pretéritos de eventuais modificações na interpretação jurídica, (...). Em última análise, o princípio da confiança legítima destina-se precipuamente a proteger expectativas legitimamente criadas em indivíduos por atos estatais*” (ARE 861595 AgR, Relator(a): Min. Roberto Barroso, Primeira Turma, p. 22-05-2018).

Como não poderia deixar de ser, o entendimento deste eg. TJBA não discrepa: “*Considerando-se o trânsito em julgado, não se admite a retomada da temática já decidida na etapa cognitiva do feito ou mesmo daquela que poderia ter sido abordada e não o fora sob pena de violação à segurança jurídica pela coisa*”. (Apelação Cível nº 0300481-83.2013.8.05.0141, 5ª Câmara Cível - TJBA, Relator: José Edivaldo Rocha Rotondano, DJ-e de 09.03.3016).

Destarte, diz que o lançamento tributário consubstanciado no auto de infração no 2780030002/20-0, referente ao exercício fiscal de 2016, viola a decisão judicial definitiva que vedou a cobrança de

ICMS sobre os serviços autuados — razão pela qual é dever desta c. JJF, zelando pela supremacia da coisa julgada, julgar procedente a presente impugnação, reconhecendo-se a ilegitimidade da cobrança em espede, com a sua consequente extinção, nos termos do art. 156, X, do CTN.

II.2 DA NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO POR VÍCIO DE FUNDAMENTAÇÃO. DO ART. 18 DO RPAF/BA E ART. 142 DO CTN.

Consigna que o auto de infração ora impugnado deve ser declarado nulo, por não apresentar adequadamente a matéria tributável sobre a qual se sustenta.

Isso porque, o art. 39 do RPAF/BA é claro ao determinar que ato de lançamento deve conter a descrição clara dos fatos, a quantificação da matéria tributável e o cálculo do valor do tributo, de forma individualizada, e os dispositivos legais aplicáveis — o que, por óbvio, exige seja aplicada a alíquota prevista na legislação para que essa quantificação seja válida, bem como a indicação dos dispositivos legais que a justifiquem.

Destaca que, verificando o demonstrativo de débito, bem como a alíquota aplicável, não é possível compreender como foi apurada bem a como matéria tributável, já que, conforme art. 16 da Lei no 7.014/1996, alíquota aplicável aos serviços de comunicação é de 26%.

Nesse sentido, considerando que o auto de infração violou a legislação estadual, federal e, sobremaneira, os princípios constitucionais da ampla-defesa, contraditório e motivação dos atos administrativos, impende seja reconhecida sua nulidade, nos termos do art. 18, IV, “a” do Decreto nº 7.629/99 (RPAF/BA).

III. DO MÉRITO

III.1 DA HIPÓTESE DE INCIDÊNCIA DO ICMS-COMUNICAÇÃO: ILEGITIMIDADE DA TRIBUTAÇÃO DOS SERVIÇOS-MEIO — O CASO DA ASSINATURA MENSAL SEM FRANQUIA DE MINUTOS.

Na remota hipótese desta JJF entender pela manutenção da autuação, em manifesta afronta à garantia constitucional da coisa julgada, frisa que, no mérito, deve o crédito tributário ser extinto, pois o ICMS incide sobre a prestação do serviço de comunicação e não sobre a mera disponibilização da estrutura necessária nesta prestação.

Pontua que a assinatura mensal sem franquia de minutos cobrada de seus clientes visa remunerar a manutenção da estrutura necessária para a prestação do serviço de comunicação. Tal valor não tem qualquer conexão com os valores cobrados sobre os minutos de ligação realizados pelo Cliente. Isto é, o Cliente paga um valor único para ter à sua disposição a estrutura da Concessionária e contrata, de forma distinta, de acordo com o plano escolhido, os minutos que serão utilizados para realização de ligações telefônicas.

Diz que a assinatura mensal sem franquia de minutos, tal como definida pela Resolução nº 477/2007 da ANATEL (Regulamento do Serviço Móvel Pessoal), é o “valor fixo devido pelo Usuário por ter ao seu dispor o SMP nas condições previstas no Plano de Serviço ao qual, por opção, está vinculado”.

Claro, portanto, que as receitas de assinatura mensal sem franquia de minutos autuadas servem para remunerar custos fixos de manutenção de rede, que não incluem minutos de conversação, mas apenas confere direito de uso potencial do serviço telefônico.

Destarte, diz que o contrato entre a concessionária e os assinantes envolve um negócio jurídico cujo objeto é a disponibilização de uma estrutura telefônica que será usada como meio para a contratação adicional de determinados serviços, não remunerando, pois, a prestação de serviço de comunicação.

Registra que o Poder Judiciário já teve oportunidades para se manifestar acerca da (não) inclusão de minutos na assinatura mensal da Impugnante. Destaca trecho das ementas dos julgados RESP 754.393/DF, julgado em 02.12.2008 e EDcl no RESP nº 1.022.257/RS.

Frisa que não há que se falar em incidência do ICMS sobre as receitas provenientes da “assinatura

sem franquias de minutos”, pois, como visto, o tributo somente pode ser cobrado quando a comunicação efetivamente ocorrer (não incidindo sobre atividades-meio, que são meramente preparatórias da atividade-fim).

III.3 DA ILEGITIMIDADE DO ADICIONAL DE ALÍQUOTA DO ICMS PARA O FINANCIAMENTO DO FUNDO ESTADUAL DE COMBATE E ERRADICAÇÃO DA POBREZA — FUNCEP/BA E DA IMPOSSIBILIDADE DA SUA INCLUSÃO NA BASE DE CÁLCULO DA MULTA.

Ainda no mérito, diz que, tendo em vista que a alíquota de ICMS aplicável ao serviço de comunicação é de 26%, acredita que, nesta autuação, está sendo cobrado também o adicional de “dois pontos percentuais, cuja arrecadação será inteiramente vinculada ao Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza”.

No entanto, pontua que a referida cobrança — se, de fato, está sendo feita, diante da ausência de clareza do auto de infração —, não merece prosperar, em virtude da sua patente ilegitimidade.

É que, consoante modelo de imposto previsto na Constituição Republicana, o Poder Constituinte derivado pode prever, para além do já elencado pela Magna Carta demais situações que a receita de impostos surgirá vinculada a destinações específicas — como é o caso do FUNCEP/BA. Para isso, por óbvio, faz-se necessário prévia autorização pela Constituição.

Nesse sentido, diz que o Ato de Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) prevê a possibilidade de criação de Fundos de Combate à Pobreza financiados pela cobrança de adicional do ICMS de até dois pontos percentuais sobre produtos e serviços supérfluos, à condição de edição de lei federal definidora desses bens e serviços. Essa que nunca chegou a ser editada.

Em que pese a ausência de lei federal, os Estados membros efetivamente instituíram o adicional do ICMS para financiamento dos Fundos. A Emenda Constitucional nº 42/2003 expressamente convalidou os adicionais, até então criados pelos Estados em desacordo com as balizas constitucionais, estendendo o seu prazo de vigência até 2010.

Posteriormente, quando estava em vias de se exaurir o prazo fixado pela EC no 42/2003, foi editada a EC no 67/2010, que prorrogou, indefinidamente, o prazo dos adicionais, devendo os mesmos, obrigatoriamente, observar os limites impostos pela ADCT, sob pena de ferir os preceitos constitucionais.

Nessa perspectiva, aduz que a Lei no 7.988/2001; instituidora do FUNCEP/BA, deve se ater aos limites propostos, quais sejam: (i) os dois pontos percentuais estabelecidos constitucionalmente; e (ii) a incidência sobre produtos e serviços que sejam efetivamente supérfluos - o que diz, certamente, não é o caso dos serviços de comunicação.

Após outras considerações, diz que é inconteste a ilegitimidade do crédito tributário em espeque, que deve ser declarado insubsistente, por este Eg. CONSEF/BA.

Por fim, destaca, também, que a multa aplicada está incidindo também sobre o acréscimo de 2% a título de FUNCEP/BA, o que torna, por mais esse motivo, indevida a cobrança.

Isso porque, de acordo com o art. 42, III da Lei no 7014/1996, a multa deve ser aplicada tomando como base o “valor do imposto não recolhido tempestivamente”. Desse modo, não tendo o FUNCEP/BA natureza de imposto, seu valor não pode ser incluído na base de cálculo da multa.

IV. SUCESSIVAMENTE

IV.1 DA ESSENCIALIDADE DO SERVIÇO PRESTADO. DA REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA NO BOJO DO RE NO 714.139/SC (TEMA 7451STF): IMPERIOSO SOBRESTAMENTO DO FEITO ATÉ O JULGAMENTO DEFINITIVO DO TEMA.

Não bastasse, ainda que se entenda pela manutenção da cobrança em espeque — o que se admite apenas para argumentar —, diz que é certo é que, em face da essencialidade do serviço prestado, cuja alíquota: Incidente deve ser a mínima existente, o montante de tributo cobrado deverá atender aos novos parâmetros a serem fixados no bojo do RE nº 714.139/SC (Tema 745).

Referido tema de repercussão geral — pendente de julgamento definitivo —, registra que irá analisar se a alíquota de 25% prevista no art. 19, II, da Lei 10.297/96 (parelha à alíquota prevista no art. 16, V, da Lei no 7.014/96) afronta o Princípio da Seletividade e, por conseguinte, ao Princípio da Essencialidade, previstos no art. 155, §2º, III, da Magna Carta.

Isso porque, tratando-se de serviço de comunicação, cuja essencialidade é notória, conforme bem define a Lei nº 7.783 a sua tributação pelo ICMS com base em alíquota majorada implica em patente violação ao Princípio da Seletividade.

É dizer: para a adoção de alíquotas diferenciadas, deve ser analisada a essencialidade do serviço. Deste modo, quanto maior a importância e necessidade do serviço, menor a alíquota do ICMS incidente.

Diz que tal obrigatoriedade, contudo, não foi observada pelo Estado da Bahia que, adotando alíquotas diferenciadas, equiparou serviços essenciais a supérfluos. Destaca, então, essas alíquotas:

- (i) art. 16, I, da Lei 7.014/96: 7% nas operações com mercadorias de consumo popular;
- (ii) art. 16, III, da Lei 7.014/96: 12% sobre as operações internas com óleo diesel, veículos;
- (iii) art. 16, V, da Lei 7.014/96: 26% nas prestações de serviços de comunicação;
- (iv) art. 16, VII, da Lei 7.014/96: 28% nas operações com os produtos supérfluos (cigarros, cigarrilhas e fumos industrializados); gasolina automotiva.

Destarte, registra que demonstrada a similitude entre a presente autuação fiscal e a repercussão geral reconhecida no bojo do RE no 714.139/SC, impõe-se a este c, CONSEF/BA, na conformidade do art. 1.030, III, do CPC — aplicável supletiva e subsidiariamente —, sobrestar o processo administrativo epigrafado, até que sobrevenha julgamento definitivo.

IV.2 A BASE DE CÁLCULO DO ICMS-COMUNICAÇÃO É O “PREÇO DO SERVIÇO”, OU SEJA, O “VALOR DA OPERAÇÃO”, NOS TERMOS DO ART. 13, III CIC §10, I DA LC NO 87/96.

Diz que, na remota hipótese de manutenção da autuação fiscal quanto aos pontos impugnados, hipótese que apenas se cogita por segurança e precaução, inescapável se mostra o recálculo do tributo devido, em obediência ao princípio da legalidade.

À revelia do art. 13, III, da LC n o 87/96 — segundo o qual “a base de cálculo do imposto é, na prestação de serviço de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, o preço do serviço”, aduz que o Fisco simplesmente presumiu este valor, incluindo nele o montante que a Impugnante hipoteticamente acresceria ao valor cobrado, para fazer face ao dever fiscal.

Ante uma situação de não pagamento, diz que deve o Fisco calcular o imposto com base no preço praticado pelo contribuinte, e não presumindo valores diferentes dos cobrados.

Entretanto, pautando-se por um entendimento, data vênica, equivocado do “*cálculo por dentro*” do imposto, diz que a Fiscalização 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 descon sideração ao real preço de serviço (art. 13, III, da LC no 87/96).

Diz que 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*”, e que o consumidor deve dispende r o preço do produto ou serviço mais o custo do tributo devido.

Utilizando como exemplo uma situação hipotética, em que o preço do serviço foi R\$ 100,00 e a alíquota do ICMS 28%, desta a diferença entre o cálculo “*por dentro*” e o “*por fora*”:

- a) cálculo “*por fora*”: o consumidor terá o dispêndio total R\$128,00 para obter o produto ou serviço contratado, pois arcará com R\$100,00 correspondente ao preço do produto, mais R\$28,00, pelo tributo devido (base de cálculo de R\$100,00 multiplicada pela alíquota de 28%).

b) cálculo “*por dentro*”: o consumidor deverá arcar apenas com R\$100,00, pois esse valor já corresponde ao preço do produto (R\$72,00) mais o tributo devido (R\$28,00). Veja-se que o tributo é retirado “*de dentro*” do preço cobrado do consumidor, pois está nele embutido.

Diz que a Fiscalização baiana, com o devido respeito, criou um novo método de cálculo “*por dentro*”, em que o “*preço do serviço*” corresponderia tão somente a um percentual da efetiva base de cálculo do tributo, a qual deveria ser posteriormente calculada mediante apuração fiscal.

Assim sendo, destaca que, no exemplo acima, como a alíquota do ICMS é de 28%, o preço do serviço corresponderia somente a 72% da base de cálculo do tributo, necessitando acrescentar os

28% restantes para que, aí sim, se obtivesse a real base de cálculo sobre a qual incidiria o tributo.

Diz que 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.

Pontua que a sistemática de apuração “*por dentro*” do ICMS, já referendada pelo c. STF, definitivamente não pode ser usada de pretexto pela Fiscalização para adoção do procedimento ora questionado, sem qualquer respaldo legal.

Cita decisão do STF (RE nº 212.209/RS), bem assim do Tribunal Administrativo do Estado de Pernambuco e do Pleno do CRT/GO.

Em seguida, diz que, como o Estado da Bahia não se limitou a exigir o imposto sobre o preço praticado pela Impugnante, mas utilizou-se de base de cálculo artificialmente calculada, este c. Conselho deve restaurar a legalidade da autuação e retificar a base de cálculo do ICMS, adotando como tal o preço efetivamente cobrado do usuário.

V. DOS PEDIDOS

Pelo exposto, pede a procedência integral da presente impugnação, para que seja anulado o auto de infração impugnado por violação à ordem judicial obtida pela Impugnante nos autos do mandado de segurança nº 0000729-02.2009.8.05.0000.

Caso assim não se entenda, seja:

- a) a atuação fiscal declarada nula ante a ausência de requisitos mínimos para a constituição da exigência em tela, consoante art. 142, do CTN;
- b) reconhecida a intributabilidade, pelo ICMS, da receita advinda da assinatura sem franquia em minutos, bem como a impossibilidade de cobrança do FUNCEP/BA.

Sucessivamente, seja:

- a) determinado o sobrestamento do presente feito, até que sobrevenha julgamento definitivo da repercussão geral reconhecida no RE no 714.139/SC (Tema 745); e
- b) recalculado o tributo supostamente devido, para que a alíquota regular do ICMS incida sobre o efetivo “*preço do serviço*” praticado na operação, que é a base de cálculo prevista na legislação (art. 13, III, da LC no 87/96).

Por derradeiro, requer sejam as intimações acerca das datas de julgamento, bem como das decisões proferidas, feitas em nome do advogado ANDRÉ MENDES MOREIRA, OAB/MG no 87.017, TEL: (031) 3289-0900, e-mail: intimacoesbh@sachacalmon.com.br, com endereço à Alameda Oscar Niemeyer, n o 119, 13º andar, Vila da Serra, Nova Lima/MG, CEP n o 34006-056, sob pena de nulidade (art. 272, §5º, do CPC).

A autuante ao prestar a informação fiscal, às fls. 116/119 dos autos, após descrever resumidamente as considerações de defesa, assim se posiciona:

Primeiramente, diz que o valor do ICMS autuado foi apurado nos Relatórios de Faturas apresentados pelo Contribuinte, relativos à cobrança de assinatura, na prestação do serviço de

comunicação, cujas informações não constam nos arquivos gravados em meio eletrônico, conforme disposto no Convênio 115/03.

Segundo, diz que o Supremo Tribunal Federal julgou RE no 912888, reconhecendo que: ***“O Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) incide sobre a tarifa de assinatura básica mensal cobrada pelas prestadoras de serviços de telefonia, independentemente da franquia de minutos concedida ou não ao usuário”*** (grifo nosso), conforme trecho do acórdão que transcreve na forma abaixo:

RE 912888/RS 4. Recurso Extraordinário provido

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, sob a Presidência da Ministra CÁRMEN LÚCIA, em conformidade com a ata de julgamento e as notas taquigráficas, apreciando o tema 827 da repercussão geral, preliminarmente, por maioria, em conhecer do recurso extraordinário, vencido o Ministro Marco Aurélio, que julgava prejudicado o recurso, No mérito, o Tribunal, por maioria, deu provimento ao recurso para denegar a ordem, vencidos os Ministros Luiz Fux e Ricardo Lewandowski. O Tribunal, por unanimidade, fixou tese nos seguintes termos: “O Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) incide sobre a tarifa de assinatura básica mensal cobrada pelas prestadoras de serviços de telefonia, independentemente da franquia de minutos concedida ou não ao usuário”, tudo nos termos do voto do Relator. Os Ministros Luiz Fux e Ricardo Lewandowski, vencidos no mérito, acompanharam o Relator quanto à fixação da tese. Ausentes, justificadamente, os Ministros Celso de Mello e Gilmar Mendes. Falaram, pelo recorrente Estado do Rio Grande do Sul, o Dr. Tanus Salim, e, pela recorrida OI SIA (nova denominação de BRASIL TELECOM SIA), os Drs. Carlos Eduardo Caputo Bastos e André Mendes Moreira. Brasília, 13 de outubro de 2016. Ministro TEORI ZAVASCKI Relator”.

Após citada decisão do STF, em 2016, com repercussão geral em todo país, diz que ficou completamente superada a alegação da empresa sobre a não tributação do serviço de telecomunicação denominado “*assinatura sem franquia*”.

Diz, também, que não procede o pleito da Autuada de anular o procedimento fiscal, face a não indicação dos dispositivos relativos à alíquota do ICMS de 26% e de 2% do Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza (FUNCEP), tendo em vista que no art. 16, V da Lei 7.014/96 está previsto a alíquota do ICMS de 26% e ao art. 16, prevê que seja adicionada a esta alíquota o adicional de dois pontos percentuais vinculada ao Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza.

Neste sentido, aduz que, adicionar à alíquota de 26% + 2%, totaliza os 28% incidente sobre cada operação tributável. E para demonstrar que não houve prejuízo, nem mesmo de entendimento, segue abaixo copiado, extrato do arquivo 115/03 do Contribuinte onde este, acertadamente, em obediência à legislação, utiliza a alíquota de 28% para apurar o ICMS devido em cada operação tributável, o que diz demonstrar que não tem cabimento as alegações da defesa, visando a anulação do procedimento fiscal.

Por outro lado, entende que o serviço de comunicação é essencial. Quanto a Autuada reportar ao RE nº 714.139/SC, para pedir que seja sobrestada a exigência até julgamento em definitivo do RE 714.149/SC. Neste caso aduz que não compete ao Fisco discorrer sobre esta pretensão.

Relativamente à base de cálculo do ICMS diz que esta encontra amparo no art. 13 § 1º, da lei complementar 87/96, que define, de forma clara, que o montante do imposto integra a base de cálculo, diante disto não tem como prosperar a pretensão da Autuada, já que o ICMS exigido neste procedimento fiscal, corresponde às operações em que o Contribuinte não considerou tributadas, tendo apenas informado nas faturas dos clientes.

Destaca que operações que forem tributadas e o Contribuinte considera como não tributadas, estão sujeitas à aplicação do disposto no art. 13, § 1º, da lei complementar 87/96. Quanto as citações de decisões cabem esclarecer que o ICMS só estará incluído na base de cálculo se a operação for tributada, caso contrário, se no preço do serviço já estiver incluso o valor do ICMS, mesmo não sendo a operação tributada, deduz-se que haverá apropriação indébita.

Diz que não cabe a nulidade arguida e nem a não tributação da assinatura sem franquias, em vista de toda fundamentação já exposta e quanto à tributação deve-se observar a decisão do STF relativo ao RE nº 912888/RS.

Também diz que não deve prosperar a pretensão da aplicação alíquota de 26%, já que, conforme disposições legais, esta deve ser acrescida dos dois pontos percentuais, cabendo ao Estado o repasse dos 2% para o Fundo a que se destina.

Quanto ao pedido de sobrestamento, até decisão RE nº 714.139/SC, cabe apreciação dos órgãos competentes.

Por fim, diz que o Auto de Infração foi lavrado para evitar a decadência, seguindo orientação da PGE/PROFIS de que o Estado da Bahia deve lançar o crédito tributário relativo à assinatura mensal e suspender a exigibilidade até julgamento do mérito.

Assim o mandamus citado na infração 02288422520118050001, referente à Telemar Norte Leste S/A, não prejudica a autuação, porque este foi citado para demonstrar a orientação da PGE/PROFIS já que a matéria se encontra pendente de decisão do Recurso que foi impetrado, relativo à decisão do STF 912888 do Rio grande do Sul.

Por fim, diz que o procedimento fiscal foi realizado com base na legislação vigente, esperando, desta forma, seja julgado totalmente procedente para assegurar o direito do Estado, suspendendo a exigibilidade, conforme orientação da PGE/PROFIS.

À fl. 120-v, verso, têm-se o despacho da Secretaria Administrativa do CONSEF encaminhando o presente PAF à este Relator, para instrução e julgamento.

À fl. 121, têm Termos de Instrução, emitido por este Relator Julgador, encaminhando o presente PAF à Coordenação Administrativa do CONSEF, para inclusão em pauta de julgamento.

Na sessão de julgamento do dia 25/03/2021, (fls. 125/126), os membros da 4ª JF decidiram por pedir que a PGE/PROFIS emita Parecer Jurídico **abordando se de fato a segurança pleiteada** através do MS nº 000072902.2009.8.05.000, concedida pelo Eg. TJBA **foi mantida pelo STF**, no bojo do ARE nº 881.038/BA, **cujo trânsito em julgado se efetivou** de forma definitiva, como também **se tal medida judicial abarca** as operações objeto da presente lide, ou seja, **operações serviço de assinatura cobrado nas faturas**.

Às fls. 131/137 consta Parecer PROFIS-NCA, expondo seu opinativo, em relação a consulta formulada por esta 4ª JF de fls. 125/126 dos autos.

Às fls. 147/153 consta manifestação do sujeito passivo ao Parecer PROFIS-NCA de fls. 131/137, onde volta a requerer que seja anulado o Auto de Infração, em tela, haja vista a coisa julgada obtida pela Impugnante nos autos do mandado de segurança nº 0000729-02.2009.8.05.0000.

À fl. 211, têm Termos de Instrução, emitido por este Relator Julgador, encaminhando o presente PAF à Coordenação Administrativa do CONSEF, para inclusão em pauta de julgamento.

Na sessão de julgamento do dia 27/10/2021, esta 4ª Junta de Julgamento Fiscal às fls. 214/216, resolveu por novo encaminhamento destes autos à d. PGE/PROFIS no sentido de que, à luz dos novos fatos apresentados na manifestação do sujeito passivo de fls. 147/153, fosse emitido Parecer Jurídico informando se o mandado de segurança nº 0000729-02.2009.8.05.0000, apesar de ter sido impetrado pela TNL PCS S/A, após sua incorporação, a incorporadora, isto é, OI MÓVEL S/A, se apresentou nos autos para informar a incorporação e, a partir de então, figurou como parte na ação por mais de dois anos **ANTES** do seu trânsito em julgado, resta inconteste que a coisa julgada definitiva obsta a cobrança em voga, sendo inafastável, portanto, os seus efeitos, tendo em vista que, ao argumento do autuado, foi obtida pela OI MÓVEL S/A.

Às fls. 220/221 consta Parecer PROFIS-NCA em atendimento ao pedido desta 4ª JF de fls. 220/220-v, cujo teor está assim posto de forma conclusiva:

“Assim, tendo em vista que a incorporação se deu antes do trânsito em julgado do Mandado de Segurança,

os efeitos subjetivos da coisa julgada atingem a empresa incorporadora, no presente caso, a OI MÓVEL S.A (CNPJ 05.423.963/0153-05) (Grifos acrescidos)

Com efeito, em face do ato de incorporação empresarial demandar a extinção da personalidade jurídica da empresa incorporada, evidencia a sub-rogação dos direitos da empresa incorporada ao patrimônio jurídico da empresa incorporadora. ”

Às fls. 24 têm-se Despacho da PGE/PROFIS/NCA a este Relator Julgador, para os encaminhamentos devidos.

Registro o comparecimento à sessão de julgamento virtual realizada nesta data do representante legal do autuado, Dr^a. Gessana de Sousa Silveira, OAB/RJ nº 236.649, para fim de efetuar sustentação oral dos argumentos defensivos.

VOTO

Trata-se do Auto de Infração nº 278003.0002/20-0, lavrado em 25/06/2020, referente à exigência de ICMS, acrescido da multa de 100%, decorrente do cometimento da Infração - 02.08.37, sob a acusação de falta de recolhimento do ICMS nos prazos regulamentares, decorrente da prestação de serviços de comunicação não escriturados nos livros fiscais próprios no ano de 2016. Consta da descrição dos fatos que a *Empresa Oi Vivo Móvel S.A.*, que o contribuinte autuado não recolheu o ICMS sobre o “*serviço de assinatura cobrado nas faturas*”, por entender que é serviço não tributado.

Lançado ICMS no valor R\$ 15.217.613,73, com enquadramento no art. 1º, inciso III, art. 2º, inciso VII; e art. 32 da Lei nº 7.014/96, c/c art. 218, inciso II do RICMS/BA, Dec. nº 13.780/2012, e multa aplicada de 100% na forma do art. 42, inc. III, alínea da Lei 7.014/96.

Inicialmente, cabe enfrentar a preliminar de nulidade suscitada pelo Impugnante sob o manto de que o auto de infração padece de vício de fundamentação, por não apresentar adequadamente a matéria tributável sobre a qual se sustenta.

Verifico, depois de compulsar todos os elementos que instruem o Auto de Infração em tela, que não deve prosperar a pretensão da Impugnante, haja vista que a peça acusatória afigura-se constituída de todos os elementos necessários à compreensão plena da acusação fiscal, tendo sido de forma minuciosa indicada a infração infringida, o enquadramento legal e a tipificação da multa sugerida, inclusive a comprovação de entrega de todos os documentos constitutivos do lançamento fiscal, com a observância, em sua inteireza, do art. 39 do RPAF/BA, aprovado pelo Decreto nº 7.629 de 09/07/1999, que orienta o que deve conter na autuação.

Relativamente à outra preliminar de nulidade sobre a arguição de violação à segurança jurídica pela coisa julgada, aduz a Impugnante, que em 11.05.2009, a TNL PCS S/A – atualmente denominada Oi Móvel S/A - impetrou contra o Estado da Bahia o Mandado de Segurança nº 0000729-02.2009.8.05.000, para afastar a exigência de ICMS sobre diversas atividades meios e preparatórias, dentre elas a “*assinatura sem inclusão de minutos*”, objeto da presente autuação, tendo sido a segurança pleiteada concedida pelo Eg. TJBA, o que é confirmado pela agente Fiscal Autuante em sede de Informação Fiscal.

Observe então que a segurança pleiteada e concedida pelo Eg. TJ-BA, não significa ilegitimidade da cobrança em lide, amparada na legislação vigente à época dos fatos, com a sua consequente extinção, nos termos do art. 156, X do CTN, como arguido pela defesa, **enquanto não for julgado o mérito da segurança concedida.**

De acordo com o entendimento pacificado deste Eg. Conselho de Fazenda em matérias semelhantes, consoante disposto no art. 126 do Código Tributário do Estado da Bahia (COTEB) e no art. 117 do RPAF/BA, aprovado pelo Decreto nº 7.629, de 09/07/1999, a propositura de medida judicial pelo sujeito passivo importa a renúncia ao poder de recorrer na esfera administrativa, ou a desistência da impugnação ou recurso acaso interposto, e não matéria de nulidade como arguido na peça de defesa.

Todavia, registra o sujeito passivo que a segurança pleiteada, cujo teor fora integralmente concedido pelo Eg. TJBA (Doc. 06), foi mantida pelo Ilmo. Relator Gilmar Mendes no bojo do ARE nº 881.038/BA, cujo trânsito em julgado foi certificado em 15.09.2016 (Doc. 07).

Assim, diz o defendente que como o trânsito em julgado do acórdão do eg. TJBA declarando a não incidência de ICMS, a “*assinatura mensal sem franquia de minutos*” ocorreu em 15.09.2016, e por conseguinte, o prazo decadencial de dois anos para ajuizamento de ação rescisória transcorreu em 15.09.2018, torna-se assim imutável o referido provimento jurisdicional.

Consigna então, que diante do comando judicial definitivo proferido, restou comprovado que a Fiscalização baiana não poderia efetuar o lançamento pretendido, pois a decisão judicial definitiva, em atenção aos princípios da segurança jurídica e da confiança, produz efeitos de extinção do crédito tributário, nos termos do art. 156, X do CTN.

Pois bem! O Parecer elaborado pela PGE/PROFIS, de fls. 131/137, a pedido desta 4ª JJF, como posto na manifestação do sujeito passivo de fls. 147/154 no parágrafo anterior, de fato, **reconhece que não foi ajuizada qualquer ação rescisória para desconstituição da tutela judicial, com efeitos de coisa julgada, favorável ao contribuinte**, tendo em vista a inexistência de requisitos para seu manejo.

Neste contexto vejo restar procedente em parte, no caso do presente PAF, a preliminar de nulidade arguida pelo sujeito passivo, de violação à segurança jurídica pela coisa julgada, relativo ao Mandado de Segurança nº 0000729-02.2009.8.05.000, da TNL PCS S/A – atualmente denominada Oi Móvel S/A – que impetrou contra o Estado da Bahia, para as datas de ocorrência até 30/09/2016, isso por que na própria peça impugnatória de fls. 147/157, mais especificamente à fl. 152 dos autos, a defendente informa que efetuou o pagamento das parcelas correspondentes às datas de ocorrência posteriores ao julgamento do Tema 827/STF, que ocorreu em 13.10.2016, onde o STF, por unanimidade, com repercussão geral, fixou a tese de que “*ICMS incide sobre a tarifa de assinatura básica mensal cobrada pelas prestadoras de serviços de telefonia, independentemente da franquia de minutos concedida ou não ao usuário*”, que é objeto dos autos.

Os referidos pagamentos foram efetuados, como destacado na peça impugnatória de fl. 152 dos autos, em 31.05.2021, o que se pode constatar do *RELATÓRIO PAGAMENTO DO PAF*, extraído do Sistema SIGAT à fl. 225, isso em relação às datas de ocorrência a partir de 13.10.2016, propositura, esta, que ao meu sentir, importou na desistência de qualquer arguição de defesa de mérito ou nulidade das datas de ocorrências de 31/10/2016, 30/11/2016 e 31/12/2016 do presente PAF, o que na realidade é o que pede o sujeito passivo na impugnação de fls. 147/157 e demais seguintes dos autos, quando teve oportunidade de manifestar.

Há de se ressaltar, que essa 4ª JJF na sessão de julgamento do dia 27/10/2021, dado entendimento adverso deste Relator Julgador em relação aos demais membros, decidiu por novo encaminhamento destes autos à d. PGE/PROFIS, no sentido de que fosse emitido Parecer Jurídico, informando se de fato o mandado de segurança nº 0000729-02.2009.8.05.0000, impetrado pela TNL PCS S/A, sub-roga seus direitos à sua incorporadora, isto é, à OI MÓVEL S/A, contribuinte atuado.

Às fls. 220/220-v têm-se o Parecer da PGE/PROFIS/NCA conclusivo nos seguintes termos:

*“Assim, tendo em vista que a incorporação se deu antes do trânsito em julgado do Mandado de Segurança, **os efeitos subjetivos da coisa julgada atingem a empresa incorporadora**, no presente caso, a **OI MÓVEL S.A (CNPJ 05.423.963/0153-05)** (Grifos acrescidos)*

*Com efeito, em face do ato de incorporação empresarial demandar a extinção da personalidade jurídica da empresa incorporada, **evidencia a sub-rogação dos direitos da empresa incorporada ao patrimônio jurídico da empresa incorporadora**. ”) Grifos acrescidos)*

Em sendo assim, vejo restar procedente a preliminar de nulidade de violação à segurança jurídica concedida pelo Eg. TJBA, através do Mandado de Segurança nº 0000729-02.2009.8.05.000, pois os seus efeitos subjetivos da coisa julgada não estão adstritos tão-somente à sociedade empresária

TNL PCS S/A, mas também à OI MOVEL S.A., incorporadora da TNL PCS S/A, de maneira que não vejo como se sustentar a presente autuação na sua totalidade.

Isto posto, e ante o vício insanável de violação à segurança jurídica concedida pelo Eg. TJBA através do Mandado de Segurança nº 0000729-02.2009.8.05.000 acima delineado, é que com base no Art. 18, inciso IV “a” do RPAF/BA, vejo restarem nulas as datas de ocorrências do presente PAF até 30/09/2016, vez que em relação às demais datas de ocorrências, houve expressa desistência do sujeito passivo por seu pagamento.

Por tudo quanto exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração em tela, por restarem nulas as datas de ocorrências até 30/09/2016, e procedentes as demais ocorrências pelo reconhecimento do sujeito passivo, com o seu pagamento, cujos valores já recolhidos deverão ser homologados pelo setor competente.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração **nº 278003.0002/20-0**, lavrado contra **OI MÓVEL S.A. – EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 3.970.813,98**, acrescido da multa de 100%, prevista no art. 42, incisos III, alíneas “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo o autuado ser cientificado desta decisão, e homologados os valores já recolhidos.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a” do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 18.558/18, com efeitos a partir de 17/08/18.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 15 de março de 2022.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

JOÃO VICENTE COSTA NETO - RELATOR