

A. I. Nº. - 279692.0024/21-1
AUTUADO - CLARO S. A.
AUTUANTE - PAULO ROBERTO SILVEIRA MEDEIROS
ORIGEM - DAT METRO/ IFEP SERVIÇOS
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 03/10/2022

3^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0165-03/22-VD

EMENTA: ICMS. FALTA DE RECOLHIMENTO. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO. OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS NÃO ESCRITURADAS NOS LIVROS FISCAIS PRÓPRIOS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. SERVIÇOS ONEROSOS. O ICMS incide sobre as prestações onerosas de serviços de comunicação, por qualquer meio, inclusive a geração, a emissão, a recepção, a transmissão, a retransmissão, a repetição e a ampliação de comunicação de qualquer natureza. A prestação onerosa dos serviços de comunicação SVA ou VAS prestados por qualquer meio, são tributáveis pelo ICMS. Entendimento das disposições da LC 87/97 (art. 2º, III), e, da Lei Estadual nº 7.014/96 (art. 2º, VII), complementado pela Cláusula Primeira do Convenio ICMS 81/2011. Rejeitada a preliminar de nulidade e indeferido o pedido de diligência ou perícia técnica. Negado pedido de redução ou cancelamento da multa aplicada. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 14/12/2021, exige ICMS no valor de R\$1.873.544,74, acrescido da multa de 100%, pelas seguintes irregularidades:

Infração 01 – 002.008.037 - Deixou de recolher o ICMS no (s) prazo (s) regulamentar (es) referente a prestações de serviço de comunicação não escriturados nos livros fiscais próprios. Consta que o Autuado 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 no convênio 115, como solicita o RICMS/BA – prestações estas que foram relacionadas no “anexo A e relatório de faturamento denominado VAS”, nos meses de janeiro a dezembro de 2019, no valor de R\$298.460,92.

Nesta infração, como evidenciam as descrições dos serviços (Coluna I), as prestações autuadas reportam aos serviços ‘Claro Contatos – 1 Sinc’, ‘Conteúdos diversos Claro’, ‘Dependente Kids On Localização’, ‘Fulltrack – Portais Terceiros’, ‘Ideias TV – Mensal’, ‘Kids On Localização’, ‘Loja de Aplicativos’, ‘Modulo Rastreamento GSM’, ‘Pacote Aplicativos/Widgets’, ‘Promoção de Aquisição’, ‘Quiz SMS’, ‘Senhor da Guerra SMS’, ‘Serv. Adicional OTT AV’, ‘Serv. Adicional OTT REC’, ‘TV Móvel’, ‘VAS Parceiro SELIG’;

Infração 02 – 002.008.037 - Deixou de recolher o ICMS no (s) prazo (s) regulamentar (es) referente a prestações de serviço de comunicação não escriturados nos livros fiscais próprios. Consta que o Autuado 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 no convênio 115, como solicita o RICMS/BA – prestações estas que foram relacionadas no “anexo B e relatório de faturamento denominado VAS, nos meses de janeiro a dezembro de 2019, no valor de R\$1.575.083,82. Nesta infração, conforme descrições dos serviços (Coluna I), as prestações autuadas reportam, exclusivamente, ao serviço “Gestor On-line”.

O sujeito passivo apresenta impugnação fls.32/52, através de advogados. Registra a tempestividade de sua peça defensiva. Transcreve a infração que lhe foi imputada, com o respectivo enquadramento legal. Diz contestar o Auto de Infração em epígrafe, visando o seu imediato cancelamento, pelas sólidas razões de fato e de direito que se encontram consubstanciadas adiante.

Afirma que vem, respeitosa e tempestivamente, por seus procuradores, impugnar o auto de infração em epígrafe, o que faz com fundamento no art. 132, II da Lei nº 3.596/81 e nos motivos de fato e de direito a seguir expostos. Sintetiza os fatos.

Aduz que esses serviços, conforme pacífico e reiterado entendimento do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia e, inclusive, do Superior Tribunal de Justiça – que serão mais detidamente explorados adiante - não constituem serviço de comunicação, mas, na verdade, são serviços suplementares e de valor adicionado que, como os demais de sua natureza, promovem a “*otimização da prestação efetiva da comunicação em si, [e] não se confundem com a prestação de serviço de comunicação e não satisfazem ao último requisito para a cobrança do imposto: a transmissão da mensagem*”.

Todavia, afirma que não foi o entendimento adotado pela Fiscalização, que adotou interpretação ilegalmente expansiva, tratando-os como serviços de comunicação tributáveis pelo imposto. Entendimento que por diversos motivos, não tem condições de prosperar, destacando-se, dentre as razões para sua insubsistência:

- (i) 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;
- (ii) no mérito, a absoluta insubsistência da exação, por exigir ICMS-comunicação sobre serviços de valor adicionado (infração nº 01) e serviços suplementares (infração nº 02) – prestações que, por não envolverem relação comunicativa de qualquer natureza são alheias à incidência do imposto; (iii) 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.

Sustenta que o auto de infração em epígrafe, não traz quaisquer considerações sobre a alíquota empregada e 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, conforme reproduz. Reforça seu entendimento citando o art. 39, III do Decreto nº 7.629/99.

Afirma que no caso, a Autoridade Fiscal não observou esses deveres, visto que, os dispositivos reputados como violados pelo Fisco foram os art. 1º, III; 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 nº 7.014/98 e o art. 218 do RICMS/BA (que dispõe sobre o dever de escrituração no livro de Registro de Saídas). Nenhum desses dispositivos, todavia, diz sobre a alíquota empregada e nem, muito menos, sobre a metodologia de cálculo adotada.

Anota que essas omissões, sob um olhar desatento, podem parecer meras trivialidades. Contudo, para além da expressa imposição legal – *data venia*, negligenciada pela Fiscalização – 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, necessário atentar aos Anexos apensos ao PAF, cujo excerto exemplificativo se encontra transcrito.

Frisa que à época dos fatos geradores (2019), 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 dado de R\$1,94 (R\$ 7,47 preço do serviço * 26% alíquota do imposto).

Nessa seara, 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\$ 2,09 (R\$ 7,47*28%). Se considerado o valor cobrado pela Fiscalização, estar-se-ia tratando de uma alíquota de assombrosos 38,96% (R\$ 2,91 / R\$ 7,47), o que faz surgir a dúvida: qual o permissivo para seu emprego? Diz que esses questionamentos 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.

Acrescenta que a Autoridade 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 pela Impugnante. Diz que o referido dispositivo elenca, em suas múltiplas alíneas, nada menos que 7 infrações distintas. Nessa seara, perquire-se: qual delas a Autoridade Autuante julga ter praticado? Qual a razão para tanto? A resposta a referidos questionamentos não foi dada.

Anota que essas circunstâncias impossibilitam a averiguação dos critérios quantitativos empregados pela Fiscalização e, ainda, adequada identificação de qual conduta 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/99.

Entende que 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.

No mérito, observa que a adequada compreensão do raciocínio que se pretende expor perpassa, necessariamente, a revisão de alguns conceitos basilares que merecem ser rememorados. Diz que o art. 155, II da Constituição Federal outorgou aos Estados e ao Distrito Federal a competência para tributar, no que pertinente à presente discussão, as “*prestações de serviços (...) de comunicação*”. A expressão, embora gramaticalmente simples, é carregada de elevado significado semântico.

Comenta 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).

Portanto, aduz que para que haja a incidência do imposto, é necessária a prestação de serviço que vise a “*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)*”.

Sobre o tema, cita decisão do Superior Tribunal de Justiça no julgamento repetitivo – vinculante, do REsp. nº 1.176.753/RJ (Tema nº 427/STJ). Portanto, as 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, não restará caracterizada a efetiva prestação de serviço de comunicação – e, por conseguinte, restará afastada a incidência do imposto.

Sobre a Infração 01, diz que serviços de valor adicionado diversos. Utilidades que “*acrescenta[m], a um serviço de telecomunicação que lhe dá suporte e com o qual não se confunde[m], novas utilidades relacionadas ao acesso, armazenamento, apresentação, movimentação ou recuperação de informações*”.

Aponta a existência de peculiaridades inerentes a cada um, examinando sua natureza individualmente:

- a) *Claro Contatos*: conforme consta do sítio da Impugnante, trata-se de “*serviço que armazena todos os contatos do Claro Chip no site Claro Ideias e permite: incluir, excluir ou alterar seus contatos no celular e no site Claro Ideias; salvar os contatos em um arquivo (tabela) para ver no computador; imprimir lista de contratos direto na internet; recuperar contatos em caso de perda, roubo ou danificação do Claro Chip*”. Prestação que, conforme denota o portfólio anexo (doc. nº 06), é contratada apartadamente;
- b) *Kids on Localização* conforme consta do Termo anexo (doc. nº 07), consiste em “*serviço de localização que poderá ser utilizado juntamente com o produto Relógio Localizador Infantil através do aplicativo Kids ON*”. Serviço esse que possibilita a definição, “*no aplicativo [de] até 10 zonas de segurança e cria áreas de segurança [de modo que] sempre que seu filho estiver com sinal de GPS e entrar ou sair da área configurada, você receberá um aviso*”;
- c) *Claro Música / Fulltrack*: como bem noticiava o portal Teletime ainda em 2007, “*a venda de músicas inteiras para celulares, também conhecida como ‘fulltracks’*” era, desde aquela época, uma prioridade para a Claro – que o fazia através do Ideias Music Store. O serviço consistia, em síntese, em um “*Portal/Aplicativo para aquisição/compra de conteúdo de ÁUDIO/MÚSICA para download e/ou acesso via streaming, devidamente licenciados para a Claro*” – como bem evidenciam os Termos e Condições de Uso anexos (doc. nº 08);
- d) *Claro Ideias TV*, trata de serviço de *streaming* que permitia ao usuário reproduzir mídias de conteúdos televisionais, na *internet*, sem violações de direitos autorais. O serviço, quando lançado foi noticiado na mídia especializada como “*um jeito novo de assistir conteúdos multimídia*”, sendo tamanho o impacto do serviço que foi citado em Tese denominada “*A TV 1.5 – A Televisão na Era Digital*”, defendida perante a Universidade de São Paulo nos idos de 2009, na qual se consignou que “*a Claro lançou o ‘Ideias TV’, um pacote com 12 canais por assinatura disponibilizados aos celulares por transmissão feita via ‘streaming’ pela própria rede da operadora*”, sendo que “*o serviço é acessado por meio de um aplicativo que precisa ser baixado no portal da operadora*”;
- e) *Módulo Rastreamento*: trata-se de funcionalidade acoplada ao aplicativo “*Hero*” (doc. nº 09), disponibilizado pela Impugnante em parceria com a FS Security Serviços de Tecnologia S.A. Em suma, “*o ‘HERO’ é um conteúdo com aplicativos de segurança digital: Segurança By Hero (Antivírus, Antirroubo, Proteção da Web), Família by Hero, Wi Fi Seguro by Hero e Help Desk by Hero*”. Algumas dessas funcionalidades, como denota o portal do aplicativo possuem a funcionalidade de “*localização em tempo real*”, possibilitando que “*mesmo à distância, você fi[que] sabendo a rotina das crianças e receb[a] alertas em caso de emergência*” – tal qual o ‘*Família By Hero*’;
- f) *Quiz SMS*, consiste em “*um teste recreativo de perguntas e respostas com base no conhecimento sobre diversos temas e assuntos*” que é oferecido “*através do envio de mensagens SMS (Short Message Services) ou SIMCARD (WIB – Wireless Interface Browser)*”. O programa busca avaliar e aprimorar o conhecimento individual oferecendo “*uma recompensa aos consumidores do QUIS PRÊMIOS que obtiverem uma pontuação mínima específica*”;
- g) *Senhor da Guerra SMS*: trata-se de “*jogo de estratégia por mensagens pelo qual o usuário é o líder de um exército e tem à sua disposição a elaboração de estratégias para conquistar territórios. Trata-se de uma competição onde o usuário elabora estratégia de defesas e ataques e conquista territórios e pontos a cada batalha vencida*”, conforme denota o “*Contrato de Parceria para Exploração Comercial de Conteúdo Digital e Outras Avenças*” (doc. nº 11),

firmado com a Movile Internet Móvel S.A.;

h) *Conteúdos Diversos Claro*: as rubricas abarcadas pelo presente conjunto referem-se ao *download / streaming* de imagens, músicas, aplicativos, vídeos, jogos e outros *softwares* baixados ou transmitidos a partir dos servidores da operadora ou de parceiros para os terminais de seus clientes. Ou seja, trata-se de serviços que remuneram a disponibilização de conteúdo consumido pelo usuário – o que é bem evidenciado pela planilha anexa (doc. 12), relacionando os códigos de faturamento autuados no Anexo A (doc.03) a suas respectivas descrições.

A título exemplificativo, podemos citar os códigos ‘VASASSHUB’ e ‘VMSG5’, referentes ao serviço ‘*Clube Claro Apps*’ (doc. 13), ‘VASDPRO’, referente ao serviço ‘*Claro Som de Chamada*’ (doc. 14, ‘VMSG6’, referente ao serviço ‘*Qualifica*’ (doc. 15), e ‘VMSG7’, referente ao serviço ‘*BTFit*’ (doc. 16).

Assevera que uma leitura devidamente detida das descrições citadas evidencia que o denominador comum entre as materialidades autuadas é que em todos os casos, está-se diante de “*atividade[s] que acrescenta[m], a um serviço de telecomunicações que lhe dá suporte e com o qual não se confunde[m], novas utilidades relacionadas ao acesso, armazenamento, apresentação, movimentação ou recuperação de informações*”.

É dizer, prestações que, conforme previsão do art. 61, *caput*, da Lei nº 9.472/97, configuram serviços de valor adicionado e que, nos expressos termos do § 1º daquele dispositivo, “*não constitu[em] serviços de telecomunicações*”. E a razão par tanto é deveras simples: carece-lhes o elemento essencial para que tal atividade reste configurada; a consecução de atividades que visem a “*proporcionar o meio físico para que a mensagem efetivamente chegue ao destinatário (e, por conseguinte, seja instaurada a relação comunicativa)*”.

Cita, por exemplo, que referidas prestações são desenvolvidas por e disponibilizadas em parceria com empresas terceiras – que, diga-se, sequer detém autorização ou outorga para a prestação de serviços de telecomunicações. Como aliás, evidencia o contrato acostado (doc. 11).

Em outras palavras, afirma que não se está diante de serviços de comunicação tributáveis, mas sim, de aplicações ‘over the top’ – isso é: utilidades acessadas / prestadas sobre uma determinada rede de telecomunicações preexistente, mas que com ela não se confunde. E, em não configurado serviço de comunicação tributável, fica, com todas as vêrias, inviabilizada a incidência do imposto.

No que tange a Infração 02, explica 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.

Aponta que conforme evidencia seu sítio, 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*”.

Aduz 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*”.

Informa que 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 explanado na campanha de divulgação do produto, em 2018, evitam “*surpresas indesejadas*” no recebimento da fatura e, inclusive, o mal-uso das funcionalidades

corporativas. E, tal qual apresentado no seu *site* (doc. nº 12), todas essas comodidades são oferecidas pelo serviço ‘*gestor on-line*’.

Observa que a operacionalização será melhor explanada pelo exemplo concreto anexo, que relaciona o “*Termo de Adesão ao Módulo Gestor Online 3.0*” (doc. nº 18), firmado com a Confederação Brasileira de Atletismo em 2019, reportando, pois, à época de ocorrência as prestações autuadas.

Registra que conforme se depreende da Cláusula nº 02 do referido termo, o serviço somente é prestado ao cliente que tenha “*exercido seu direito de opção de uma ou algumas das funcionalidades a descritas, para controle de uso de seus celulares*”. Transcreve tais funcionalidades.

Aduz que esse controle, como bem evidencia a Cláusula nº 03 do referido Termo (doc. nº 13), é exercido mediante nomeação, pelo contratante, de um “*administrador*”, que ficará responsável pela gestão dos terminais a ele subordinados – tendo, ademais, poderes para cancelar contratações a eles vinculadas, impor restrições de uso e consumo, contratar novos serviços, etc.

Explica que a partir da eleição do administrador, deverá ele criar um usuário e senha vinculados ao sistema *Gestor Online* da Claro, a partir do qual poderá exercer as funções de controle que lhe foram atribuídas. A partir daí a miríade de funcionalidades postas à disposição do cliente através do serviço se torna acessível ao alcance de um clique, conforme manual utilitário elaborado pela Equipe de Soluções Corporativas, acostado ao anexo (doc. nº 19). Ou seja, ao fim e ao cabo, trata-se de “*serviço opcional, complementar e acessório aos serviços de telecomunicações, prestados pela Claro, que consiste na gerência proativa da rede / serviço de telecomunicações do cliente*”.

Portanto, diz que à vista do exposto, 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.

Acrescenta 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*” acostado (doc. nº 13), 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.

Portanto, entende 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, materialidade que, por alheia aos contornos constitucionalmente definidos para a incidência do ICMS, não pode ser por ela onerada.

Sobre o tema, cita a jurisprudência pátria que entende alinhada com as razões aqui expostas. O Superior Tribunal de Justiça no julgamento do RESP nº 1.176.753/RJ - Tema nº 427/STJ, decidiu afastar a incidência do imposto, tanto sobre serviços suplementares, quanto de valor adicionado. E o entendimento exarado pelo Supremo Tribunal Federal não foi outro, tanto o é, que quando os Estados e o Distrito Federal tentaram instituir a tributação das referidas materialidades por meio do Convênio ICMS nº 69/98, a cláusula que dispunha sobre a matéria foi julgada integralmente inconstitucional no RE nº 572.020/RJ, conclusões que não passaram despercebidas pelo Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, que no julgamento da apelação nº 8009722-40.2019.8.05.0001, o Tribunal se debruçou sobre tais materialidades e, assentou que referidas prestações: “*são meros serviços complementares ou de 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. Nesse sentido, não incide ICMS sobre serviços tidos como complementares e de valor adicionado, diferentemente do que ocorre com os serviços que incontestavelmente, objetivam a comunicação”.

Acrescenta que houve pronunciamento específico 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”.

Comenta que o entendimento não divergiu quando, ao julgar a apelação nº 0318029-22.2014.8.05.0001, o Tribunal apreciou os serviços ‘Claro Contatos’, ‘Claro Manutenção de Contatos’, ‘Ideias TV’ e ‘VAS Parceiro SELIG’ e declarou a não incidência do ICMS, porquanto se trata de “atividades acessórias, preparatórias ou intermediárias à efetiva prestação do serviço de comunicações, pois com estes não se confundem”.

Diz que a própria primeira instância já uniformizou entendimento, no sentido de que, quanto aos “serviços autuados – ‘Mobile Fun, Claro Contatos 1 – Sinc, Ringback Tone, VAS Parceiro Selig, Ideias TV – Mensal, Claro Localizador, MONVPN, MONVNPV – Assinatura Rastreamento GSM com Mapa, Assinatura Parceiro, Gestor Online, Auxílio à Lista e Ideias TV-, não se adicionam eles à base de cálculo do ICMS. Acrescentam eles utilidade relacionada às informações por meio do acesso do usuário da telefonia, enquadrando-se na definição de serviço de valor adicionado”.

Registra que ambos os provimentos foram obtidos em ações desconstitutivas movidas pela própria Claro S.A. em face do Estado da Bahia em circunstâncias idênticas à presente – sendo digno de nota, também, que ambas as declarações já transitaram em julgado. É dizer: as exações movidas pelo Estado da Bahia foram em mais de uma ocasião, submetidas ao crivo judicial e declaradas insubsistentes em provimentos definitivos.

Afirma que não é outro o entendimento de outras unidades da Federação, o que bem se depreende dos acórdãos anexos proferidos pelo Tribunal de Impostos e Taxas do Estado de São Paulo, no julgamento do recurso ordinário no Auto de Infração e Imposição de Multa nº 4129674-6 e pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, nos quais se assentou que, os serviços de “gerenciamento de rede e posto credenciado não constituem serviços de comunicação propriamente ditos, conforme conclusão de perícia técnica, e não devem ser incluídos na base de cálculo do ICMS”. Portanto, entende que dúvidas não restam: as materialidades autuadas na Infração 01 ou na Infração 02, sob qualquer perspectiva que se analise, não constituem serviços de comunicação – não se subsumindo, por essa razão, à hipótese de incidência do ICMS-comunicação. Por essa razão, insubstancial, em sua íntegra, a exação ora impugnada.

Acrescenta que caso a despeito de todos os argumentos apresentados, se entenda pela subsistência do lançamento – o que, novamente, se cogita somente pela eventualidade – necessária, ao menos, a adequação da base de cálculo empregada no cálculo do imposto.

Observa que a Autoridade Autuante empregou, no cálculo do imposto devido, critérios exotéricos, que culminaram na exigência de um tributo à alíquota – nada menos que confiscatória – de 38,96%. À míngua da devida motivação, supõe que a Fiscalização se valeu da ilegítima prática de majoração da base de cálculo conhecida como ‘gross-up’.

Diz 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.

Aduz que exemplificando, caso fosse tomado por base de cálculo o “preço do serviço”, considerando-se por adequada a alíquota aplicada pela Fiscalização, chegar-se-ia à conclusão

conforme a seguir registra.

Cálculo do imposto sobre o “*preço do serviço*”:

- a) Preço praticado b) Alíquota c) Imposto ($C=A*B$)
R\$ 7,47 28% R\$ 1,94

Aponta que a fiscalização, contudo, se valendo de um entendimento, *data venia*, 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).

Cálculo empregado pela fiscalização:

- a) Preço praticado b) Alíquota c) Base ($C=A/[1-B]$) d) Imposto Devido ($D=C*B$)
R\$ 7,47 28% R\$ 10,37 R\$ 2,91

Assevera 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 dispender o preço do produto ou serviço mais o custo do tributo devido. Cita como exemplo, uma situação hipotética, em que o preço do serviço foi R\$100,00 e a alíquota do ICMS 28%, apontando a diferença entre o cálculo “por dentro” e o “por fora”.

Ocorre que a Autoridade 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. Assim sendo, no exemplo dado, 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.

Entende que não há qualquer base legal para essa operação. Dizer que o imposto integra sua base de cálculo, significa que o contribuinte deve retirar do preço cobrado (a base de cálculo) o montante do imposto a ser entregue ao Fisco. Para além, a sistemática de apuração “*por dentro*” do ICMS, já referendada pelo STF, definitivamente não pode ser usada de pretexto pela Fiscalização para adoção de base de cálculo ficta.

Observa que, em linha com o seu entendimento, 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. Sobre o tema cita voto do Min. Nelson Jobim. Diz que o STJ, em sentido análogo, traçou bem a distinção entre o “cálculo por dentro” julgado pelo STF e o que pretende, a este título, fazer a Fiscalização baiana. E, corrigindo a posição adotada pela Fiscalização de seu Estado, o Tribunal Administrativo do Estado de Pernambuco já consolidou seu posicionamento, contrariamente ao pleito fiscal ora combatido, conforme reproduz.

Em conclusão, afirma que como o Fisco não se limitou a exigir o imposto sobre o preço praticado pela Impugnante, mas, provavelmente, utilizou-se de base de cálculo artificialmente calculada, 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 seja reconhecida a integral procedência da presente reclamação 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;

(ii) no mérito, seja reconhecida a insubsistência da cobrança, uma vez que não incide ICMS sobre os serviços autuados, posto que suplementares ou adicionais ao serviço de comunicação – entendimento que, para além de corroborado pela pacífica jurisprudência do STJ e 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, requer sejam as intimações referentes ao presente processo 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.

O Autuante presta a informação fiscal fls.336/362. Reproduz a irregularidade apurada. Sintetiza os fundamentos da defesa. Explica que o contribuinte não ofereceu à tributação do ICMS, Prestações de Serviços de Telecomunicações. Sintetiza as razões de defesa.

Preliminamente, informa que este Egrégio Conselho possui diversos Acórdãos sobre o tema a ver: 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 0138-05/14 ratificado pelo CJF nº 0114-12/16; 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, JJF nº 0076-02/18 ratificado pelo CJF nº 0032-12/19, JJF nº 0007-01/19, JJJ nº 0020-03/22-VD (os quatorze últimos são decorrentes de PAF's que contém infração, sobre o não recolhimento de ICMS em prestações de serviços de telecomunicações, idênticas as contidas no PAF atual) cujos votos dos relatores dos PAF's, transcreve.

Explica que os serviços de telecomunicações, que são objetos de cobrança neste PAF, fazem parte do portfólio e são faturados pela CLARO S/A, desde o início de suas operações no Estado da Bahia e os mesmos serviços de telecomunicações, não são oferecidos a tributação do ICMS, continuadamente, desde o exercício de 2007, lembrando que as informações constantes nas planilhas de cobrança – Anexos A e B (folhas 7, 8, 10 e 11), assim como nos PAF's anteriores, sempre foram extraídos de documentos da própria impugnante.

Registra que dos 26 (vinte e seis) serviços de telecomunicações que estão sendo cobrados neste PAF, pelo fato de não terem sido oferecidos a tributação do ICMS, 22 (vinte e dois) destes serviços são exatamente os mesmos que foram autuados em diversos PAF's anteriores onde, inclusive, a autuada reconheceu e pagou algumas das infrações.

Aponta o histórico de cobrança destes serviços de telecomunicações na tabela que elabora, recordando que a autuada já alterou a descrição destes serviços por diversas vezes, porém seus códigos de serviço continuam os mesmos.

Código do Serviço	Descrição do Serviço de Telecomunicação Cobrado Neste PAF	Descrição do Serviço de Telecomunicação Utilizado e Cobrado em PAFs Anteriores	Nº do Primeiro PAF onde o mesmo Serviço de Telecomunicação foi cobrado	Nº da Infração
VASMQU	QUIZ SMS	Quis SMS e Serviços (Torpedos, Hits, Jogos, etc.)	279692-0011-11-0	1
VASMSE	Senhor da Guerra SMS	Senhor da Guerra SMS e Serviços (Torpedos, Hits, Jogos, etc.)	279692-0011-11-0	1
VMSG10	VAS Parceiro Selig	VAS Parceiro Selig e Serviços (Torpedos, Hits, Jogos, etc.)	279692-0005-12-8	1
VMSG14	Conteúdos diversos Claro	VAS Parceiro Selig e Serviços (Torpedos, Hits, Jogos, etc.)	279692-0005-12-8	1
VMSG15	Conteúdos diversos Claro	VAS Parceiro Selig e Serviços (Torpedos, Hits, Jogos, etc.)	279692-0005-12-8	1
VMSG6	Conteúdos diversos Claro	VAS Parceiro Selig e Serviços (Torpedos, Hits, Jogos, etc.)	279692-0005-12-8	1
VMSG7	Conteúdos diversos Claro	VAS Parceiro Selig e Serviços (Torpedos, Hits, Jogos, etc.)	279692-0005-12-8	1

ASSLBS3	Modulo Rastreamento GSM Mapa - Assinatura por Parâmetro	Modulo Rastreamento GSM c/Mapa Assinatura por Parâmetro	279692-0004-13-0	1
ASSTVMES	Ideias TV – Mensal	Ideias TV Mensal e Serviços (Torpedos, Hits, Jogos, etc.)	279692-0004-13-0	1
MONVPNV	Pac. Gestor Online – 1 Linha	PJ Licitação DECEA	279692-0004-13-0	2
VMSG5	Conteúdos diversos Claro	VAS Parceiro Universal e Serviços (Torpedos, Hits, Jogos, etc.)	279692-0003-13-3	2
VASPBASS	Conteúdos diversos Claro	Assinatura Parceiro e Serviços (Torpedos, Hits, Jogos, etc.)	279692-0001-14-9	1
		Claro Contatos - 1 Sinc e Serviços (Torpedos, Hits, Jogos, etc.)		
VASSINC1	Claro Contatos - 1 Sinc	Claro Contatos - 1 Sinc e Serviços (Torpedos, Hits, Jogos, etc.)	279692-0001-14-9	1
VASNTS	TV MOVEL	TV Móvel e Serviços (Torpedos, Hits, Jogos, etc.)	279692-0004-15-6	1
VASDOWN NIHUB	Loja de Aplicativos	Mercado TA e Serviços (Torpedos, Hits, Jogos, etc.)	279692-0004-15-6	1
VASASSHU B	Conteúdos diversos Claro	Conteúdos diversos Claro e Serviços (Torpedos, Hits, Jogos, etc.)	279692-3002-16-2	1
VASDPRO	Conteúdos diversos Claro	Conteúdos diversos Claro e Serviços (Torpedos, Hits, Jogos, etc.)	279692-3002-16-2	1
VASPAT	Conteúdos diversos Claro	Conteúdos diversos Claro e Serviços (Torpedos, Hits, Jogos, etc.)	279692-3002-16-2	1
OTTVAS1	SERV ADIC OTT REC	Mercado TA e Serviços (Torpedos, Hits, Jogos, etc.)	279692-0006-17-5	1
OTTVAS2	SERV ADIC OTT AV	Mercado TA e Serviços (Torpedos, Hits, Jogos, etc.)	279692-0006-17-5	1

Quanto ao mérito, reproduz o art. 2º da Lei nº 7.014/96 que instituiu o ICMS no Estado da Bahia. Aponta primeiro, o que seja comunicação, nos termos do Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa.

Afirma que assim, se chega a primeira conclusão: telecomunicação é um processo de comunicação. Processo este, que pode ser prestado de diversas formas, por meio de linhas telegráficas, linhas telefônicas, por meio de satélites ou micro-ondas. Comunicação é gênero, telecomunicação é espécie. Interessa nessa manifestação, os serviços onerosos de comunicação, pois sobre tais, incidem o ICMS, e em especial os de telecomunicação, já que o cerne da questão incide sobre os serviços prestados por operadora de telefonia fixa. Reproduz, nos termos do Regulamento de ICMS do Estado da Bahia/2012, art. 4º, quando se dá a ocorrência do fato gerador nas prestações de serviços de comunicação.

Explica que nas prestações dos diversos serviços de comunicação relacionados nas infrações 01 e 02 (anexos A e B), é patente que existe uma mensagem, sua transmissão e sua recepção. O fato de que em alguns deles, a mensagem é comandada por uma máquina através de uma mensagem gravada, de maneira alguma descaracteriza o circuito da comunicação, como quer o impugnante. Além do mais, o serviço não é gratuito.

Assim, o fato imponível 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 caracterizou o impugnante.

Diante do exposto, diz provar haver ocorrido à prestação do serviço de comunicação e sendo estes serviços onerosos, está caracterizada sua tributação pelo ICMS.

Após a tentativa de descaracterizar a ocorrência do fator gerador do ICMS sobre tais serviços, o contribuinte alega ainda, que de fato esses serviços são facilidades colocadas à disposição dos

usuários do serviço de telefonia e estas não são tributadas de acordo com o artigo 61 da lei 9472/97.

Em relação à citada Lei, esclarece que a mesma não tem competência, de acordo com a Constituição Federal, para legislar sobre matéria tributária estadual (ICMS). Somente uma lei ordinária tributária estadual ou Convênio entre os Estados pode fazê-lo. Informa ainda, que não cabe, no âmbito de suas atribuições, a discussão sobre entendimento judicial, posto que deve obediência ao RICMS por responsabilidade funcional.

De acordo com o exposto, sustenta que a tributação dos serviços de comunicação relacionados nas infrações 01 e 02 (anexos A e B), estão totalmente amparados na legislação tributária do ICMS e a alegação do contribuinte está completamente descharacterizada.

Acrescenta que, quanto aos serviços de comunicações MOVVPN e MONVPN constantes na Infração Nº 02 (Anexo B fl.10 a 11 deste PAF), conforme informa a impugnante em PAF's 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. Aponta ilustração elaborada pelo renomado consultor Paulo Gerhardt, onde se pode entender melhor, como funcionam os serviços de comunicação denominados MOVVPN e MONVPN/assinatura rastreamento GSM com mapa.

Observa na ilustração, 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 MOVVPN e MONVPN, pela autuada, fica caracterizado que tais serviços se tratam, sem dúvida, de prestações de serviços de comunicação, sujeitos a incidência do ICMS.

Recorda que os Códigos de Serviços - MONVPN e MONVPNV já foram cobrados em PAF's 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 a tributação do ICMS, por exemplo nos exercícios de 2007 - PAF 279692-0011-11-0 e 2010 PAF-279692-0003-13-3, 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.*"

Repete ainda, que não lhe cabe, no âmbito de suas atribuições, a discussão sobre entendimento judicial, posto que deve obediência ao RICMS por responsabilidade funcional.

De acordo com o exposto, fica evidenciada a ocorrência das prestações dos serviços de telecomunicações, relacionados na infração 01 (anexo A), e sendo estes serviços onerosos, fica caracterizada sua tributação pelo ICMS, pois está amparada no RICMS/BA. Sobre a matéria, reproduz os arts. 15 e 16-A do RICMS/BA.

Conforme dispositivos legais 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.

A metodologia aplicada e os meios de prova do cálculo do ICMS a pagar estão bem descritos às folhas 7, 8, 10, 11 e 22-meio magnético, com dados e informações obtidas através do relatório de faturamento denominado VAS, entregue pela impugnante (folhas 15 e 22-meio magnético) quando do atendimento a intimação nº 01-2021 (fl. 14).

Quanto ao "*Gross up*", explica que quando da apuração da base de cálculo para determinação do imposto devido, procedera na forma prevista na legislação tributária estadual, que prevê que o ICMS integra a sua própria base de cálculo, conforme norma exposta no art. 52 do RICMS/BA, e art. 17 da *Lei 7.014/96*, conforme reproduz.

A recorrente 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. No entanto, diz que o Autuante preferiu ignorar esta sistemática e utilizar uma base de cálculo fictícia e absurda, ou seja, calcula 33,33% sobre o valor faturado e o adiciona ao valor original, e sobre este total, aplica a alíquota de 25% e encontra o imposto supostamente devido.

Esclarece que o art. 17, VIII, e o § 1º, I, da Lei n.º 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.

Aponta que nos levantamentos fiscais elaborados e apensos ao PAF, Anexos A e B (folhas 7, 8, 10, 11 e 22-meio magnético), todos os valores apurados 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 falsamente alega a impugnante. Estes lançamentos fiscais, registrados na coluna “*Valor do Item Serviço*”, confirmam que a autuada não adicionou o valor do imposto ao preço final do serviço, ou seja, a autuada ao prestar serviços tributados de telecomunicação, entendeu, por sua conta e risco, que tais serviços não eram tributados pelo ICMS.

Registra que outro fato incontestável, é que não ocorreu a emissão das respectivas NFST's de prestação de serviço de telecomunicação, quando da respectiva prestação, eles estão contidos apenas, em uma fatura, ou seja, estes serviços sequer fazem parte do Convênio 115 da impugnante, e que foi entregue a SEFAZ/BA. Observa que eles estão contidos à parte, em um relatório de faturamento denominado “relatório VAS” (vide intimação folha 14 e meio magnético folha 22), onde a autuada registra os serviços de telecomunicações prestados e que em sua opinião, não são tributados pelo ICMS.

Assim, quando deixou de integrar o ICMS a sua própria base de cálculo, o reduziu, subtraindo dessa forma, o valor correspondente ao imposto calculado e produziu uma nova e menor base de cálculo, sobre a qual fez incidir a alíquota correspondente, procedimento que contraria a norma tributária vigente.

Desta forma, a autuada está assumindo por sua conta e risco todas as cobranças realizadas pelo Fisco. Portanto, nestes serviços de telecomunicações que foram objeto de autuação, a autuada por entender que não eram tributados, por conta e risco, não embutiu o valor do ICMS no seu preço.

Aduz que 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. 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. Frisa que não se pode admitir, que os contribuintes se utilizem de artifícios para diminuírem sua carga tributária. É regra do Direito, de que não é dado a ninguém alegar a própria torpeza e não se pode admitir que a impugnante se justifique, com a afirmativa de que não se pode cobrar ICMS sobre o valor que não foi em nenhum momento, faturado e auferido por ela.

Aduz que a autuada 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, assumiu o risco de ter que arcar com o ônus do tributo, o qual deveria ter sido repassado, à 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. A autuada 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 à autuada ao afirmar que o Autuante utiliza uma base de cálculo fictícia/equivocada e que cria um novo método. Na verdade, apenas aplica a legislação que determina a forma de apuração para 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 a impugnante pretende que se utilize para a apuração do imposto, a qual corresponde ao valor líquido (sem imposto) cobrado dos seus usuários à época.

Afirma 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 como: 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. Pode-se constatar este fato, também na procedência do PAF 269.280.0001/02-9 que versa sobre a mesma matéria no item 02, conforme Acórdão JJF 0132-01/03.

Quanto a alíquota, afirma que a base legal da alíquota aplicada no cálculo do ICMS a pagar está disposta no art. 15 e 16 da Lei nº 7.014/96. Conforme dispositivos legais citados, a alíquota sobre as prestações de serviços de telecomunicações é de 26% “*adicionada de dois pontos percentuais*” que totaliza 28%, como alíquota a ser aplicada para cálculo do ICMS a pagar sobre prestações de serviços de telecomunicações. A metodologia aplicada e os meios de prova do cálculo do ICMS a pagar estão bem descritos às folhas 7, 8, 10, 11 e 22 - meio magnético com dados e informações obtidas através do relatório de faturamento denominado VAS entregue pela impugnante (folhas 15 e 22-meio magnético) quando do atendimento a intimação nº 01-2021 (folha 14).

Sobre a reclamação da multa aplicada, assevera que 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 art. 42, inciso III, alínea “g”, e o sistema SCLT da SEFAZ/BA informa automaticamente os dispositivos legais.

Salienta que, conforme consta em alguns PAF's, 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:

- a. *Troca de titularidade de aparelho celular.*
- b. *Conta detalhada;*
- c. *Troca de aparelho;*
- d. *Troca de número;*
- e. *Mudança de endereço de cobrança de conta telefônica;*
- f. *Troca de área de registro;*
- g. *Troca de plano de serviços;*
- h. *Bloqueio de DDD e DDI;*
- i. *Habilitação;*
- j. *Religação.*

Isto posto, informa que nos serviços de telecomunicações autuados e presentes neste PAF, não constam nenhum dos serviços de telecomunicações acima elencados pela PGE/PROFIS do Estado da Bahia. Por tudo quanto aqui exposto, mediante as considerações apresentadas, mantém a ação fiscal que resultou na reclamação do crédito tributário.

Cabe registrar na sessão de julgamento realizada virtualmente, a presença do patrono da Autuada, Dr. Lucas Vasconcellos Campos de Aquino, OAB/MG nº 197.775, que realizou a sustentação oral.

VOTO

Preliminamente, o autuado arguiu a nulidade da autuação, alegando vício de fundamentação, uma vez que em seu entendimento, o Autuante omitiu a demonstração do critério quantitativo da obrigação tributária e não apontou a infração que justificaria a aplicação da penalidade cominada.

Acrescentou, que essas circunstâncias impossibilitam a averiguação dos critérios quantitativos empregados pela Fiscalização e, ainda, a adequada identificação de qual conduta foi dada por ilegal – o que inviabiliza o adequado exercício do seu direito de defesa.

Analisando os elementos que compõem o presente processo, afasto as nulidades suscitadas, visto que a legislação aplicável ao fato arguido aponta em outra direção. Nos termos do art.19 do RPAF/99, “*a indicação de dispositivo regulamentar equivale à menção do dispositivo de lei que lhe seja correspondente, não implicando nulidade o erro da indicação, desde que, pela descrição dos fatos, fique evidente o enquadramento legal*”.

Sendo assim, não vislumbro na autuação, qualquer violação ao devido processo legal e à ampla defesa do contribuinte, que foi exercida plenamente, haja vista que o sujeito passivo demonstrou perfeito conhecimento das infrações, as quais foram fundamentadas em demonstrativos analíticos e documentos fiscais, cujas cópias foram fornecidas ao contribuinte, inexistindo o alegado cerceamento do direito de defesa.

Verifico que constam dos autos, demonstrativos que dão suporte à autuação, contidos no CD mídia magnética fls. 07 a 11, Planilhas A (infração 01) e B (infração 02), além da resposta do autuado sobre a intimação para fornecimento do Relatório de Faturamento –VAS fl.22, que serviu de base para a apuração do *quantum debeatur*. O defendantecebeu estes documentos, conforme comprovante de entrega dos demonstrativos via DTE fls. 26/30, lhe assegurando o direito à ampla defesa e ao contraditório.

Observo que a base legal da alíquota aplicada no cálculo do ICMS a pagar neste processo, está disposta na Lei nº 7.014/1996, *in verbis*:

Art. 15. As alíquotas do ICMS são as seguintes:

I - 18% (dezento por cento):

Art. 16. Não se aplicará o disposto no inciso I do artigo anterior, quando se tratar das mercadorias e dos serviços a seguir designados, cujas alíquotas são as seguintes:

(. . .)

V - 26 % (vinte e seis por cento) nos serviços de telefonia, telex, fax e outros serviços de telecomunicações, inclusive serviço especial de televisão por assinatura.

Art. 16-A. As alíquotas incidentes nas operações e prestações indicadas no inciso I do art. 15, com os produtos e serviços relacionados nos incisos II, IV, V e VII do art. 16, serão adicionadas de dois pontos percentuais, cuja arrecadação será inteiramente vinculada ao Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza.

Os mencionados demonstrativos, ao contrário do alegado, evidenciam com clareza a apuração da base de cálculo e a alíquota aplicada. Tanto é assim, que o defendanteceita exemplos numéricos dos valores ali registrados, comparando com aqueles, que em seu entendimento, seriam os corretos.

Neste cenário, constato que o PAF está em consonância com o RICMS-BA, a Lei 7014/96 e com o RPAF-BA/99, pois o lançamento tributário resta pleno dos essenciais pressupostos formais e materiais e os fatos geradores do crédito tributário constam claramente demonstrados nos autos.

Assim, no que tange às questões formais do procedimento fiscal, verifico que se encontram definidos, o autuado, o montante devido e o fato gerador do débito tributário exigido. Portanto, o lançamento de ofício e o processo administrativo fiscal dele decorrente, não estão incursos em quaisquer das hipóteses do artigo 18 do RPAF/BA, para se decretar a nulidade da autuação.

Quanto à alegação defensiva, de que há necessidade da realização de diligência fiscal ou perícia técnica, para que se verifique os pontos aduzidos em sua defesa, fica indeferido o pedido, com

base no art. 147, incisos I e II, do RPAF-BA/99, tendo em vista que os elementos contidos nos autos são suficientes para análise do mérito da autuação e conclusões acerca da lide, considerando inclusive, que a apuração dos valores lançados de ofício, deu-se a partir dos dados da documentação exibida ao Fisco pelo próprio sujeito passivo e informações do banco de dados da SEFAZ. Diante do levantamento fiscal e com base nos documentos acostados aos autos, constato que a decisão sobre a lide independe de conhecimentos técnicos específicos a respeito da matéria, portanto, indefiro o pedido de diligência ou perícia formulado em sua impugnação.

No mérito, o autuado foi acusado de falta de recolhimento do ICMS no (s) prazo(s) regulamentar(es) referente a prestações de serviço de comunicação não escriturados nos livros fiscais próprios. Consta que o Autuado prestou serviços de telecomunicações e não ofereceu a tributação do ICMS, serviços estes, que constam no relatório denominado VAS entregue à fiscalização pelo próprio contribuinte, tendo em vista que o mesmo não escriturou estas prestações de serviços de telecomunicações no convênio 115, como solicita o RICMS/BA – prestações estas, que foram relacionadas no “anexo A e relatório de faturamento denominado VAS”, e que se reportam aos serviços (Coluna I): ‘*Claro Contatos – 1 Sinc*’, ‘*Conteúdos diversos Claro*’, ‘*Dependente Kids On Localização*’, ‘*Fulltrack – Portais Terceiros*’, ‘*Ideias TV – Mensal*’, ‘*Kids On Localização*’, ‘*Loja de Aplicativos*’, ‘*Modulo Rastreamento GSM*’, ‘*Pacote Aplicativos/Widgets*’, ‘*Promoção de Aquisição*’, ‘*Quiz SMS*’, ‘*Senhor da Guerra SMS*’, ‘*Serv. Adicional OTT AV*’, ‘*Serv. Adicional OTT REC*’, ‘*TV Móvel*’, ‘*VAS Parceiro SELIGe*’, na infração 01, e exclusivamente, ao serviço “*Gestor On-line*”,(Coluna II), na infração 02.

O defensor alinha um mesmo argumento para as duas infrações, qual seja: a) a não incidência de ICMS sobre os serviços que entende complementares e de valor adicionado (SVA ou VAS), constantes do Anexo A, e na Infração 02, sobre o serviço que presta denominado “*Gestor Online*”, identificado no Anexo B pelos códigos MONVPN e MONVNPN.

Contesta ainda, a forma como foi estabelecida a base de cálculo para a exação fiscal, a qual entende inadequada aos termos do art. 13, III c/c o § 1º, I da LC nº 87/96.

Tendo em vista que tanto a impugnação, como a informação fiscal tratam conjuntamente ambas infrações, do mesmo modo, elas serão aqui apreciadas.

As infrações acusam o não recolhimento do ICMS na prestação de serviço de comunicação por falta de pertinente escrituração nos livros fiscais apropriados para apuração dos saldos mensais do imposto no período autuado (exercício fiscal 2019), conforme Anexos A e B, contidos nos arquivos em CD fl. 22 e amostras impressas de fls. 07-11, cujas cópias foram entregues ao sujeito passivo, recibo de fls. 24/30.

O sujeito passivo impugnou o lançamento, sustentando a não incidência de ICMS sobre as operações a que se refere, pois, segundo ele, não constituem fato gerador do ICMS, já que não caracterizariam serviços de comunicação propriamente ditos, que somente ocorreria quando um terceiro fornece, em caráter oneroso, os meios para que emissor e receptor possam trocar mensagem.

Citando diversos Acórdãos do CONSEF sobre o mesmo tema, o Autuante rebateu os argumentos defensivos, lembrando que os serviços de telecomunicações agora autuados, já foram objeto de anteriores autuações, sendo que este mesmo sujeito passivo já reconheceu a pertinência de exação fiscal sobre alguns, inclusive pagando os valores correspondentes.

Informou que o sujeito passivo já alterou a descrição dos serviços por diversas vezes, ainda que mantendo seus códigos. Demonstrou discriminando em tabela, um histórico das exações fiscais anteriores.

Explicou que nas prestações dos serviços relacionados nas infrações 01 e 02, existem mensagens e sua transmissão e recepção são patentes, sendo que a peculiar mensagem previamente gravada em alguns deles, não descaracteriza o circuito da comunicação, conforme definição do próprio defensor. Para configurar o fato gerador do imposto, informou que as prestações são onerosas

e, como as demais, não caracterizam atividade-meio, como quer o impugnante.

Analisando o PAF, observo que a exação fiscal se fundamenta no art. 2º, inciso III, da Lei Complementar nº 87/96, que definiu como sujeitas ao ICMS as prestações onerosas de serviço de comunicação. Tal previsão se repete no art. 1º, inciso III, c/c o art. 2º, inciso VII, da Lei nº 7.014/96, prevendo a incidência de ICMS sobre 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.

Nessa esteira, o inciso II, do artigo 155, da Constituição Federal, concedeu aos Estados a competência para a instituição do ICMS sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, aí incluído o serviço de telecomunicação e o inciso III, do artigo 2º, da Lei Complementar nº 87/96, definiu que o imposto estadual incide sobre as prestações onerosas de serviços de comunicação, por qualquer meio, inclusive a geração, a emissão, a recepção, a transmissão, a retransmissão, a repetição e a ampliação de comunicação de qualquer natureza. Eis sua redação, bem como da lei baiana citada:

Lei Complementar nº 87/96:

Art. 2º. O imposto incide sobre:

(...)

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

Lei nº 7.014/96:

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

(...)

III - a prestação de serviços de comunicação.

Art. 2º. O ICMS incide sobre:

(...)

VII - a prestação onerosa de serviços de comunicação, por qualquer meio, inclusive a geração, a emissão, a recepção, a transmissão, a retransmissão, a repetição e a ampliação de comunicação de qualquer natureza;

Em face da necessidade de uniformizar os procedimentos tributários nas prestações de serviços de comunicação e de esclarecer aos contribuintes para que pudessem cumprir corretamente suas obrigações tributárias, os Estados e o Distrito Federal celebraram o Convênio ICMS 69/98, firmando o entendimento no sentido de que “se incluem na base de cálculo do ICMS incidente sobre prestações de serviços de comunicação, os valores cobrados a título de acesso, adesão, ativação, disponibilidade, assinatura e utilização dos serviços, bem assim, aqueles relativos a serviços suplementares e facilidades adicionais que otimizem ou agilizem o processo de comunicação, independentemente da denominação que lhes sejam dadas”.

Logo, desde a inserção das regras do Convênio ICMS 69/98 na legislação tributária baiana, há incidência de ICMS sobre os serviços de comunicação com valores cobrados a título de acesso, adesão, ativação, disponibilidade, assinatura e utilização dos serviços, bem assim, aqueles relativos a serviços suplementares e facilidades adicionais que otimizem ou agilizem o processo de comunicação, independentemente da denominação que lhes sejam dadas, como é o caso do fornecimento oneroso de imagens, televisão por assinatura, comunicação, transmissão de dados,

telefonia.

Frise-se ainda, que a integração da Bahia ao Convênio 81/2011, reforça e demonstra a incidência do ICMS sobre diversos serviços de comunicação prestados neste Estado, como estabelece a *Cláusula Primeira*: Ficam os Estados do Acre, Bahia, Ceará, Espírito Santo, Goiás, Mato Grosso, Mato Grosso do Sul, Minas Gerais, Paraíba, Paraná, Pernambuco, Rio Grande do Sul, Rondônia, Santa Catarina, São Paulo e Tocantins e o Distrito Federal autorizados a reduzir ou não exigir juros e multas relativos ao não pagamento do ICMS decorrentes das prestações dos serviços de comunicação, tais como: *serviços de valor adicionado, serviços de meios de telecomunicação, serviços de conectividade, serviços avançados de internet, locação ou contratação de porta, utilização de segmento espacial satelital, disponibilização de endereço IP, disponibilização ou locação de equipamentos, de infraestrutura ou de componentes que sirvam de meio necessário para a prestação de serviços de transmissão de dados, voz sobre IP (voip), imagem e internet*, independentemente da denominação que lhes seja dada, realizadas até a data do termo inicial de vigência deste Convênio.

Assim, para efeito de incidência de ICMS, os Estados signatários do Convênio 81/2011 acordaram, que os valores relativos a serviços suplementares e facilidades adicionais que otimizem ou agilizem, o processo de comunicação, independentemente da denominação que lhes seja dada, estão incluídos na base de cálculo deste imposto.

De acordo com a legislação citada, o serviço de comunicação tributável pelo ICMS se perfaz, com a colocação à disposição do usuário dos meios e modos aptos à transmissão e recepção de mensagens. Existe claramente, nos serviços alvo da exigência, uma mensagem, sua transmissão e sua recepção. Ao contrário do que afirma o defendant, o fato de alguns dos serviços serem iniciados por mensagem previamente gravada e comandados por máquina, a interação do usuário, incluindo e obtendo dados, além de não descaracterizar, reforça o circuito da comunicação envolvido no serviço oneroso prestado pelo sujeito passivo e, portanto, não se trata de uma atividade-meio como pretende fazer crer.

Quanto aos serviços de comunicações MOVVPN e MONVPN, sem maiores detalhes ou comprovação documental, o defendant alegou referir-se ao serviço *Gestor Online* que prestou, equivocadamente digitados pelos códigos MONVPN e MONVNPN. Para corroborar seus argumentos juntou um modelo de um “Termo de Adesão ao Módulo *Gestor Online*”.

Ocorre que não comprovando o erro alegado, o certo é que os serviços MOVVPN e MONVPN, conforme a ilustração juntada pelo Autuante à fl. 354, permitem o uso da rede da operadora para traduzir as informações das antenas coletadas em campo e receber latitudes e longitudes consultadas de forma a localizar outro usuário, o que corrobora a seguinte informação que o Autuante afirmou proceder do mesmo sujeito passivo em PAF's anteriores: “*este serviço permite o uso da rede da operadora para traduzir as informações das antenas coletadas em campo e receber latitudes e longitudes consultadas de forma a localizar outro usuário habilitado*”.

Portanto, apesar das constantes alterações na denominação dos serviços MONVPN e MONVNPN realizada pela autuada, vejo que tais operações se caracterizam como prestações de serviços de comunicação sujeitos a incidência do ICMS.

Em memorial apresentado a este Órgão Julgador na sessão de julgamento, o defendant apontou reiteradas decisões em outras ocasiões pelo TJBA – nos quais, a PGE/BA renunciou ao direito de recorrer. Aduziu que a mansidão é tamanha que, recentemente, a própria 2ª instância deste CONSEF/BA, primando pela observância ao Parecer PGE/BA nº 20131/441682-0 – oportunamente encaminhado a este Conselho – reconheceu a insubstância do auto de infração nº 279692.0007/21-0, no qual se discutia exclusivamente, a tributabilidade da prestação ‘*gestor on-line*’.

Sobre esta alegação, é importante registrar que os opinativos da PGE quando se trata de decisões definitivas, são levadas ao conhecimento dos órgãos julgadores deste CONSEF, através de Parecer de Uniformização, o que a respeito da referida matéria ainda não aconteceu. Cabe salientar, que nos termos expostos pelo Autuante na informação fiscal, os serviços de telecomunicações já

excluídos da incidência do ICMS em opinativo da PGE/PROFIS não estão sendo exigidos no presente processo.

O defendant alegou também, que conforme pacífico e reiterado entendimento do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia e, inclusive, do Superior Tribunal de Justiça, não constituem serviço de comunicação, mas, na verdade, são serviços suplementares e de valor adicionado que, como os demais de sua natureza, promovem a otimização da prestação efetiva da comunicação em si, e não se confundem com a prestação de serviço de comunicação, pois não satisfazem ao último requisito para a cobrança do imposto: *a transmissão da mensagem*.

Observo que esta alegação não procede. Como já dito neste voto, os Estados signatários do Convênio ICMS 69/98 firmaram entendimento no sentido de que os valores relativos à prestação dos serviços adicionados suplementares, bem como os relativos a facilidades adicionais que otimizem ou agilizem o processo de comunicação, independentemente da denominação que lhes seja dada, se incluem na base de cálculo do ICMS incidente sobre prestações de serviços de comunicação, entendimento também expressado pela PGE/PROFIS deste Estado.

O entendimento pacificado pelo STJ no REsp nº 1.271.947/BA, DJ: 11.02.2014 refere-se à não incidência de ICMS sobre serviços acessórios, intermediários ou preparatórios de telefonia celular, que não foram objeto de autuação neste Auto de Infração, visto que a PGE/PROFIS do Estado da Bahia, em manifestações anteriores, opinou pela exclusão da incidência do ICMS nos 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, religação*). Observo que nenhum desses serviços consta da presente exigência fiscal, até porque há expresso opinativo da PGE/PROFIS acolhendo o entendimento jurisprudencial.

Assim, no que tange às decisões emanadas do STJ (Superior Tribunal de Justiça) favoráveis ao entendimento esposado pelo contribuinte, os acórdãos judiciais citados pelo defendant não alcançam o presente caso, pelo que não comportam fundamento para a não agregação dos valores relativos aos SVA ou VAS autuados à base de cálculo dos serviços onerosos de comunicação de que tratam tanto o art. 2º, II da LC nº 87/96, como o art. 1º, VII, da Lei Estadual nº 7.014/96.

Nesse diapasão, conlui que se incluem na base de cálculo do ICMS a ser apurado pelo sujeito passivo, os valores cobrados pelos serviços relacionados na Intimação fiscal, cuja resposta foi dada pelo sujeito passivo no documento contido no CD de fl.22 que, conforme os Anexos “A” e “B” do levantamento fiscal, integram e compõe este PAF.

O defendant alegou também, que no presente caso, a apuração da base de cálculo “*por dentro*” do ICMS, resultou em majoração da base de cálculo imposta pelo Fisco (*gross up*), expondo exemplo, aduzindo a existência de um “equivocado cálculo por dentro” do imposto, já que entende que a Fiscalização acresce ao valor efetivamente cobrado – e recebido – pela defendant, o percentual que deveria ter sido cobrado a título de ICMS, adotando uma base de cálculo absolutamente ficta, em desconsideração ao real preço do serviço (art. 13, III, da LC nº 87/96”), de modo em que, conforme afirmou, “o “preço do serviço” corresponderia tão somente a um percentual da efetiva base de cálculo do tributo, a qual deveria ser posteriormente calculado mediante apuração fiscal”. A corroborar seu argumento, transcreve excerto de voto de Ministro do STF no RE nº 212.209/RS, bem como de Acórdão do Tribunal Administrativo do Estado de Pernambuco.

Sobre estas alegações quanto ao cálculo do imposto apurado, observo que não há reparo a fazer no procedimento fiscal, pois o mesmo foi efetuado em conformidade com a disciplina legal comandado pelo § 1º, I do art. 17 da Lei nº 7.014/96, determinando que o montante do imposto integra sua BC, constituindo o respectivo destaque mera indicação para fins de controle, conforme reproduzo:

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

(...)

§ 1º Integra a base de cálculo do imposto:

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

Ocorre que, conforme argumentou acertadamente o Autuante, o defendant por sua conta e risco relativamente a prestação dos serviços ora em discussão, apresentou entendimento que estariam fora do campo de incidência do ICMS, por óbvio, o sujeito passivo não incluiu o valor do imposto devido no montante que cobrou dos seus consumidores e que assim o fez constar na coluna “Valor do Item Serviço” do relatório de faturamento disponibilizado e que foi utilizado pelo Fisco no procedimento fiscal.

A confirmar tal assertiva, estão às relativas cobranças através de simples faturamento aos seus consumidores, ausentes, portanto, das indispensáveis NFSTs, já que não as fez constar corretamente de suas obrigações relativas ao Convênio ICMS 115/2003, informadas à SEFAZ-BA, uma vez que tal faturamento consta em apartado relatório de faturamento denominado “Relatório VAS”, sob o argumento de constituir serviços que, embora sendo operado para prestação de serviços de telecomunicação, entende prestados fora do campo de incidência do ICMS, como fartamente argumenta na sua defesa ao presente Auto de Infração.

Ademais, não há nos autos prova de que o sujeito passivo agregou ao valor dos serviços objeto da autuação o percentual correspondente ao ICMS que se recebido do consumidor, contribuinte de fato, deveria oportunamente ter repassado ao Ente tributante na qualidade de contribuinte de direito.

Como referido na Informação Fiscal, tanto no âmbito deste CONSEF como jurisprudencial, há firme entendimento em conformidade com o cálculo do ICMS apurado no procedimento fiscal em juízo administrativo, de modo que não ofende o princípio constitucional da não-cumulatividade o fato de a base de cálculo do ICMS corresponder ao valor da operação ou prestação somado ao próprio tributo e que sua exclusão implica irregular redução a contraria a legislação tributária pertinente.

O defendant requereu ainda, o cancelamento ou redução da multa aplicada, alegando caráter confiscatório, o que em seu entendimento, estaria a violar o Princípio do Não Confisco, da Capacidade Contributiva e da Proporcionalidade.

Ressalto que a multa sugerida pela Fiscalização está corretamente tipificada na alínea ‘g’, inciso III, do art. 42 da Lei 7.014/96, portanto é legal. Esta instância de julgamento não possui atribuição (competência) para decidir sobre pedido de redução ou cancelamento de penalidade por descumprimento de obrigação tributária, nem para apreciar constitucionalidade de dispositivos da legislação estadual que rege a matéria objeto da contenda (art. 167, I, RPAF/99). Ademais, a multa poderá ter o seu percentual reduzido, a depender da data do pagamento do Auto de Infração, nos termos dos artigos 45 e 45-A, da Lei nº 7.014/96.

Quanto ao pedido do patrono do impugnante para que as publicações relativas ao presente feito sejam realizadas exclusivamente, sob pena de nulidade, em nome do advogado André Mendes Moreira, OAB/MG nº 87.017, e-mail intimacoesh@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, embora não seja obrigatória a comunicação de intimações e decisões ao advogado da empresa, mas sim, à parte envolvida na lide, no endereço constante do seu cadastro na SEFAZ-BA, saliento que não há óbice para que seu pleito seja atendido pelo setor competente deste CONSEF, enviando as intimações sobre o presente processo, também ao endereço indicado. No entanto, observo que as regras seguidas pelo CONSEF sobre intimações e ciência dos processos são aquelas estampadas no art.108 e 109 do RPAF/99.

Ante ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA da autuação.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **279692.0024/21-1**, lavrado contra **CLARO S.A.**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento do imposto, no valor de **R\$1.873.544,74**, acrescido da multa de 100%, prevista alínea 'g', do inciso III, do art. 42 da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala virtual das Sessões do CONSEF, 19 de setembro de 2022.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS – RELATORA

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - JULGADOR