

<b>PROCESSO</b>	- A. I. N° 269135.0012/19-1
<b>RECORRENTE</b>	- TELEFÔNICA BRASIL S/A.
<b>RECORRIDO</b>	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
<b>RECURSO</b>	- RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 5ª JJF nº 0057-05/20-VD
<b>ORIGEM</b>	- DAT METRO / IFEP SERVIÇOS
<b>PUBLICAÇÃO</b>	- INTERNET 19/12/2023

### 1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

#### ACÓRDÃO CJF Nº 0352-11/23-VD

**EMENTA:** ICMS. FALTA DE RECOLHIMENTO. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO. SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO. OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS. **a)** ESCRITURADAS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. **b)** ESCRITURADAS COMO ISENTAS. Em atendimento ao pedido de diligência a Recorrente apresenta Laudo preliminar elaborado pela KPMG que apontou valores que foram declarados como isentos e objeto de cobrança no Auto de Infração se tratavam de descontos constantes na fatura concedidos pela Recorrente aos clientes. Tais operações representariam 97% das operações autuadas pela fiscalização, sendo confirmado em que resultou na redução dos valores originalmente apurados na cobrança, ainda restaram receitas de serviços de telecomunicações oriundas de prestação de serviços a contribuintes que não gozam do benefício da isenção, as quais a autuada não ofereceu a tributação. Destacando que nenhum destes serviços foram prestados a cliente que se enquadre como órgão da Administração Pública Direta e suas Fundações e Autarquias, mantidas pelo Poder Público Estadual e regidas por normas de direito Público. Redução do valor lançado inicialmente. Infração parcialmente subsistente. Indeferido pedido de encaminhamento do processo para a realização de diligências. Não acolhido o pedido de exclusão ou redução da multa pecuniária. Modificada a Decisão recorrida. Recurso **PROVIDO PARCIALMENTE**. Decisão unânime.

### RELATÓRIO

Cuidam os presentes autos de Recurso de Voluntário interposto em razão do ACÓRDÃO JJF N° 0057-05/20-VD, que julgou Procedente o Auto de Infração em tela, lavrado em 06/12/2019, no valor histórico de R\$ 38.103.250,07, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inc. II, alínea “a” da Lei nº 7.014/96, em razão do cometimento da seguinte infração à legislação do ICMS:

*Infração 01 – 02.08.38: “Falta de recolhimento do ICMS na prestação de serviço de comunicação por escrituração de valores tributados como não tributados”. Período de apuração: janeiro de 2017 a dezembro de 2018”. “Devido a não tributação pelo ICMS de Serviços de Comunicação para clientes diversos. Contribuinte não ofereceu à tributação diversas receitas de telecomunicações oriundas de prestações de serviços a contribuintes não isentos, conforme lançado nos registros magnéticos entregues à fiscalização conforme determina o Convênio ICMS 115/03. Sendo a base de cálculo determinada conforme art. 52 do RICMS. Tudo apurado conforme Anexos e os respectivos registros magnéticos na forma do Convênio ICMS 115/03, todos apensos a esse PAF. Ressalta-se que não foram anexados ao PAF os demonstrativos com a totalidades dos dados, entretanto anexamos ao PAF um CD com os dados gravados em planilha Excel onde encontram-se a totalidade dos dados que deram origem às planilhas resumo mensal que estão anexas a este PAF”.*

Decorrida a fase de instrução processual, a lide foi apreciada pela 5ª JJF no dia foi proferida a seguinte decisão:

**“VOTO**

Verso o Auto de Infração em lide, sobre a falta de recolhimento do imposto na prestação de serviço de comunicação, por escrituração de valores tributáveis como não tributáveis. A exigência fiscal em lide, encontra-se discriminada nos demonstrativos em que se fundamenta a autuação, (fls. 06/91), e abrange prestações de serviços de telecomunicação destinados a órgãos públicos, empresas públicas e sociedades de economia mista. As referidas prestações foram declaradas pelo contribuinte, em sua escrita fiscal, não sujeitas à tributação, beneficiadas com a isenção ou imunidade do ICMS.

Cabe, inicialmente, enfrentar o pedido da defesa de remessa dos autos para a realização de diligências.

Nos memoriais apresentados, já nesta fase de julgamento do feito (fls. 246/247v), o contribuinte transcreve trecho de um lançamento relacionado a uma única fatura de prestação de serviço de comunicação que foi oferecida à tributação: **base de cálculo no valor de R\$ 138,96, ICMS destacado de R\$ 38,90**. Argumentou, a partir dessa informação, que o fisco pode ter partido de base de dados equivocada para proceder a autuação, exigindo imposto sobre fato que já se encontrava com o tributo recolhido. Argumento construído, portanto, sobre uma possibilidade.

A nosso ver, a informação apresentada nos Memoriais não constitui prova robusta, capaz de produzir efeitos desconstitutivos do presente lançamento. Primeiro, porque não foi estabelecida qualquer relação entre esse dado extraído pelo contribuinte da sua escrituração fiscal e aqueles inseridos pelos autuantes nos Demonstrativos que compõem o Auto de Infração. Sequer foi apontada a data de ocorrência do fato gerador, a quem se destinava o serviço ou mesmo em qual linha das planilhas elaboradas pelos autuantes essa prestação teria sido indevidamente inserida. Trata-se de argumentação sem qualquer nexo de causalidade com os fatos que embasaram o lançamento fiscal, **sustentada em uma única ocorrência**, inexistindo qualquer evidência de que a mesma compõe os demonstrativos em que se fundamentou o Auto de Infração.

Observo ainda que outros meios de prova não foram apresentados pela defesa neste processo, nem mesmo novos documentos, ainda que por amostragem, capazes de indicar a existência de fatos reveladores de inconsistências do levantamento fiscal.

Por essas razões, indefiro o pedido de encaminhamento dos autos para a realização de diligência, com fundamento no que dispõe o art. 147, inc. I, alínea “a” do RPAF/99, por considerar suficientes para a formação de meu convencimento, os elementos contidos nos autos.

Passo doravante a ingressar nas razões de mérito. O contribuinte conduziu sua defesa sustentando quatro tópicos de argumentação para rechaçar a autuação. São eles: a) não incidência do ICMS sobre serviços de valor adicionado e atividades-meio ao serviço de telecomunicação; b) impossibilidade de ampliação da hipótese de incidência do ICMS-Comunicação por meio de Convênio CONFAZ nº 69/98; c) isenção do ICMS sobre serviços prestados para empresas públicas – art. 265, inc. XLV do RICMS/BA; e, d) confiscatoriedade da multa imposta no Auto de Infração, no percentual de 60% (sessenta por cento).

O primeiro argumento defensivo, é de que grande parte dos serviços autuados não configura fato gerador do ICMS-Comunicação, pois não compreendem serviços efetivamente de comunicação, mas atividades preparatórias, serviços suplementares ou de valor adicionado, que agregam facilidades ao usuário dos serviços de telecomunicação, mas que com estes não se confundem.

Não acolhemos esta linha de argumentação considerando que a norma de incidência do ICMS sobre prestações de serviços de comunicação é abrangente, pois tributa todos os serviços postos à disposição ou efetivamente prestados aos usuários, independentemente do nome ou código que lhe sejam dados. Para que ocorra a incidência do imposto, a norma tributária exige que a prestação se dê na modalidade onerosa, através do pagamento de uma contraprestação.

As disposições sobre a incidência do ICMS nas prestações de serviços de comunicação positivadas na LC 87/97, e na Lei Estadual nº 7.014/96, que instituiu o ICMS no Estado da Bahia, apresentam idêntica redação, conforme transcrição abaixo:

**Lei Complementar (art. 2º, inc. III) e Lei nº 7.014/96 (art. 2º, inc. VII)**

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;

Os textos normativos se referem a prestações onerosas de serviços de comunicação por qualquer meio, de forma que estão compreendidos no campo de incidência do ICMS todos os serviços, inclusive os suplementares e facilidades adicionais que otimizem ou agilizem o processo de comunicação, independentemente da denominação que lhes seja dada.

Ademais, as normas de incidência do ICMS vigentes no atual sistema tributário, devem ser as complementadas pelas disposições legais atinentes à composição da base de cálculo. A LC 87/96 estabelece em seu art. 13, inc.

III, que a base de cálculo do imposto na prestação de serviço de comunicação é o preço do serviço. Logo em seguida, a norma legal prescreve que estão compreendidos nesta base de cálculo, os valores correspondentes a seguros, juros e demais importâncias pagas, recebidas ou debitadas, bem como descontos concedidos sob condição – art. 13, § 1º, II.

Os serviços preparatórios e os serviços suplementares são prestados para viabilizar a prestação principal (serviço de comunicação), portanto, são elementos desse serviço, atos preparatórios ou suplementares, cobrados dos usuários, e devem compor a base de cálculo do ICMS-Comunicação, visto que estão intrinsecamente ligados à prestação principal.

A Lei estadual do ICMS (Lei nº 7.014/96), traz regramento idêntico quanto à base de cálculo, conforme transcrição abaixo (art. 17, inc. VIII, c/c § 1º, inc. II, “a”):

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

(...)

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

(...)

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

(...)

II - o valor correspondente a:

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

À luz dessa norma legal, os chamados serviços preparatórios ou de valor adicionado e os serviços suplementares, cobrados dos usuários/destinatários de serviços de comunicação, devem ser incluídos na base de cálculo do ICMS, por serem também despesas acessórias ou complementares da referida prestação, e com ela mantém estreita relação.

Na jurisprudência deste CONSEF, tem prevalecido, ainda que em decisões não unânimes, o entendimento acima aduzido, no sentido de que o ICMS incide sobre prestações de serviços de comunicação postos à disposição ou efetivamente prestados aos usuários, uma vez que a Lei Complementar nº 87/96, assim como o art. 1º, III, c/c o art. 2º, VII da Lei nº 7.014/96, além do art. 1º, § 2º, VII do RICMS/97, prevêem que o ICMS incide sobre as prestações onerosas de serviços de comunicação, por qualquer meio, inclusive a geração, a emissão, a recepção, a transmissão, a retransmissão, a repetição e a ampliação de comunicação de qualquer natureza.

Nesse sentido, os Acórdãos originários das Câmaras de Julgamento, órgãos integrantes da 2ª instância desse Tribunal Administrativo, publicados sob nºs 0189-11/08, 0193-11/08, 0145-12/09 e 0099-12/11, 0432-12/13 e 0248-12/19.

A título ilustrativo reproduzimos abaixo, parte do voto vencedor proferido na 2ª Câmara de Julgamento Fiscal, no Acórdão CJF 0432-12/13, que enfrentou matéria idêntica no julgamento do Auto de Infração nº 298636.0068/12-5:

(...)

Observo que o recorrente é uma empresa que se dedica à prestação de serviços de telecomunicação, mais especificamente telefonia celular, e, nesta autuação, o ICMS foi lançado sob a acusação de que o contribuinte teria deixado de tributar receitas oriundas de prestações de serviços adicionais e de prestações de serviço de telecomunicação a contribuintes não isentos.

O autuado não negou os fatos, mas se contrapôs ao lançamento de ofício alegando que os citados “serviços adicionais” não se configuraram como serviços de telecomunicação e, portanto, não poderiam ser tributados pelo ICMS.

Muito embora a argumentação do recorrente seja bastante consistente, as decisões deste Conselho de Fazenda Estadual estão adstritas ao que determinam os convênios e a legislação baiana sobre o assunto, não havendo dúvidas de que a lide somente será resolvida, ao final, no âmbito do Poder Judiciário.

Como bem pontuou a PGE/PROFIS, 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 87/96 definiu que o imposto estadual incide sobre as prestações onerosas de serviços de comunicação, por qualquer meio, inclusive a geração, emissão, recepção, transmissão, retransmissão, repetição e ampliação de comunicação de qualquer natureza, regras repetidas no inciso III do artigo 1º e no inciso VII do artigo 2º da Lei nº 7.014/96. Vejamos a legislação mencionada:

Lei Complementar nº 87/96:

**Art. 2º** O imposto incide sobre:

(...)

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

*Lei nº 7.014/96:*

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

(...)

**III - a prestação de serviços de comunicação.**

*Art. 2º O ICMS incide sobre:*

(...)

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

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

(...)

**§ 11. Incluem-se na base de cálculo do ICMS das prestações de serviço a que se refere o inciso VII do caput do art. 2º desta Lei, os valores cobrados a título de acesso, adesão, ativação, habilitação, disponibilidade, assinatura e utilização dos serviços, bem como aqueles relativos a serviços suplementares e facilidades adicionais que otimizem ou agilizem o processo de comunicação, independentemente da denominação que lhes seja dada. (acrescentado ao art. 17 pela Lei nº 11.899, de 30/03/10, DOE de 31/03/10, efeitos a partir de 31/03/10).**

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

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

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

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

#### **“4.2 – DA ANÁLISE**

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

*De acordo com o artigo 60 da Lei nº 9.472 – Lei Geral de Telecomunicações (LGT), os equipamentos e a infraestrutura necessários à prestação do serviço de telecomunicação (exemplo: roteadores,*

*multiplexadores, circuitos, portas, etc.) são parte integrante da prestação dos serviços de telecomunicações. Cabe adicionalmente ressaltar que alguns dos citados equipamentos são também utilizados nos ambientes dos usuários e de provedores de Serviço de Valor Adicionado (SVA), como o Serviço de Conexão à Internet, regularmente enquadrados como usuários dos serviços de telecomunicações, conforme disposto na Norma nº 04/95, aprovada pela Portaria nº 148, de 31 de maio de 1995.”*

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

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

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

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

*“(...)”*

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

*(...)*

**5.3. RELATIVAMENTE À DENOMINADA “TAXA DE MANUTENÇÃO E ADMINISTRAÇÃO - TMA”, CONSOANTE ASSEVERA O RECORRENTE NOS EMBARGOS, A RECEITA DERIVADA DESSA COBRANÇA, QUE É PAGA MENSALMENTE PELO USUÁRIO (FL. 4), REFERE-SE AO “VALOR CORRESPONDENTE AOS SERVIÇOS DE MANUTENÇÃO DAS ESTAÇÃOES DE RÁDIO-BASE, DAS TORRES DE TRANSMISSÃO, DOS SOFTWARES DE GERENCIAMENTO DO SISTEMA E DOS RÁDIOS” (FL. 5), POR ISSO TEM A FUNÇÃO DE “COBRIR OS CUSTOS DE MANUTENÇÃO DOS EQUIPAMENTOS UTILIZADOS NA COMUNICAÇÃO ENTRE OS RÁDIOS E DOS PRÓPRIOS RÁDIOS (...)” (FL. 4). TAL “TAXA”, COMO SE PERCEBE, NÃO CONSTITUI UM SERVIÇO EM SI, MAS SIM O PREÇO PAGO MENSALMENTE PELO USUÁRIO EM CONTRAPRESTAÇÃO AOS SERVIÇOS INDICADOS PELA EMBARGANTE. ORA, NÃO HÁ DÚVIDA DE QUE A ATIVIDADE PRINCIPAL DAS EMPRESAS DE COMUNICAÇÕES, INCLUÍDAS AS AUTORIZADAS PARA O SERVIÇO MÓVEL ESPECIALIZADO - SME, É A PRESTAÇÃO DO SERVIÇO ONEROSENDO FORNECIMENTO, EM CARÁTER CONTINUADO, DAS CONDIÇÕES MATERIAIS PARA QUE OCORRA A COMUNICAÇÃO ENTRE O USUÁRIO E TERCEIRO (NAS PALAVRAS DE GRECO, “FORNECENDO O ‘AMBIENTE DE COMUNICAÇÃO’”). PORTANTO, ESSE É O SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO TRIBUTÁVEL PELO ICMS. POIS BEM: A REFERIDA “TAXA”, PAGA MENSALMENTE PELO USUÁRIO, RETRIBUI JUSTAMENTE ESSE SERVIÇO. ELA REMUNERA, CONFORME AFIRMAÇÃO DA PRÓPRIO RECORRENTE/EMBARGANTE, A MANUTENÇÃO DA INFRA-ESTRUTURA NECESSÁRIA À DISPONIBILIZAÇÃO DO SME (= MANUTENÇÃO DAS ESTAÇÃOES DE RÁDIO-BASE, DAS TORRES DE TRANSMISSÃO, DOS SOFTWARES DE GERENCIAMENTO DO SISTEMA). NÃO SE TRATA, NESSE SENTIDO, DE RETRIBUIÇÃO EVENTUAL POR SERVIÇO PREPARATÓRIO OU ACESSÓRIO (GERALMENTE CARACTERIZADO COMO UM PAGAMENTO INICIAL, FIXO E ESPORÁDICO), MAS SIM UM PAGAMENTO CONTINUADO CORRESPONDENTE À PRÓPRIA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO PRINCIPAL DE COMUNICAÇÃO. EM RAZÃO DESSA SUA NATUREZA - DE PREÇO PELA CONTRAPRESTAÇÃO DO SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO -, O VALOR DA REFERIDA “TAXA DE MANUTENÇÃO E ADMINISTRAÇÃO - TMA” INTEGRA, SEM DÚVIDA, A BASE DE CÁLCULO DO ICMS.”** (grifos no original)

*(...)*

*No que tange às decisões emanadas do STJ e do STF, favoráveis às teses sustentadas pelo contribuinte neste processo, temos a dizer que a questão foi ainda definitivamente julgada na Corte Suprema, através de ações de controle concentrado de constitucionalidade, com efeitos erga omnes.*

*Nesse sentido, é importante destacar que a Procuradoria do Estado da Bahia (PGE), no Incidente de*

Uniformização nº 2016.1647800, observou que em recente Decisão, datada de 13/10/2016, nos autos do RE nº 912.888, com repercussão geral reconhecida, o STF afirmou a incidência de ICMS sobre a tarifa de assinatura básica mensal cobrada pelas prestadoras de serviços de telefonia, circunstância que sugere a possível adoção, pela Corte Constitucional, de linha de interpretação diversa daquela até então trilhada pelo STJ. Por ora, prevalece a orientação firmada pela Procuradoria Estadual nos autos do processo nº PGE nº 2015.177296-0, excluindo-se da incidência do ICMS apenas os seguintes serviços conexos ao de comunicação, prestados por meio de telefonia móvel: a) troca de titularidade de aparelho celular; b) conta detalhada; c) troca de aparelho; d) troca de número; d) mudança de endereço de cobrança de conta telefônica; f) troca de área de registro; g) troca de plano de serviço; h) bloqueio de conta telefônica; i) habilitação; j) religação.

Em face do exposto, não há como prosperar o primeiro argumento defensivo, no tocante à exclusão dos serviços de valor adicionado ou preparatórios, e dos serviços de valor suplementares do campo de incidência do ICMS-Comunicação. Na mesma direção, rejeita-se o segundo argumento de que houve a ampliação da hipótese de incidência do ICMS-Comunicação, através da inserção de serviços não tributáveis na composição da base de cálculo do imposto.

No presente Auto de Infração foi consignado que os débitos lançados se referem a notas fiscais de serviços de telecomunicação prestados a empresas públicas, sociedades de economia mista, órgãos de prefeituras municipais e fundações não mantidas pelo poder público estadual. Segundo os prepostos fiscais, essas prestações não estariam contempladas pela norma de isenção prevista no artigo 265, inciso XLV do RICMS/12, com a seguinte redação:

**“ . Art. 265. São isentas do ICMS:**

[...]

**XLV - as prestações de serviços de telecomunicações utilizados por órgãos da administração pública estadual direta e suas fundações e autarquias mantidas pelo poder público estadual e regidas por normas de Direito Público, devendo o benefício ser transferido aos beneficiários, mediante a redução do valor da prestação, na quantia correspondente ao imposto dispensado (Conv. ICMS 107/95);**

Observaram os autuantes, na informação fiscal, que os serviços que compuseram os demonstrativos de débito deste Auto de Infração, são somente aqueles que a empresa deixou de tributar. Esses serviços foram listados na Relação inserida às fls. 92 a 99, e declarados pelo contribuinte, passíveis de tributação pelo ICMS, exceto nas prestações realizadas para órgãos públicos (planilha fls. 104 a 108).

No caso concreto, a defesa enumerou alguns órgãos e empresas para as quais o serviço de comunicação foi prestado: (i) Câmara de Vereadores de Poções/BA, (ii) Empresa Baiana de Águas, (iii) Fundação Bahia de Pesquisa Científica, (iv) Hospital de Salvador, (v) Agência Reguladora de Saneamento Básico, (vi) Hemocentro São Lucas e (vii) Companhia de Transportes do Estado. Pede que seja aplicada, nestes casos, a regra de imunidade tributária recíproca, prevista na Constituição Federal (art. 150, inc. VI, letra “a”).

De plano, observamos que o contribuinte faz menção na peça de defesa a órgão públicos integrantes de municípios – Câmaras de Vereadores, hospitais e centros de saúde. Não cabe aplicação analógica da regra de imunidade recíproca, visto que no ordenamento jurídico estadual, há norma vigente dando tratamento de isenção às prestações de serviço de comunicação, desde que o serviço seja prestado a órgão que integre a Administração Pública Estadual, direta ou indireta. Não são alcançados, portanto, pela norma isencional contida no RICMS/BA, os serviços prestados a órgãos municipais, federais ou vinculados a outros Estados, suas autarquias e fundações.

Já as empresas públicas e as sociedades de economia mista, não são órgãos públicos, e sim entidades com personalidade jurídica de direito privado. Órgãos públicos são unidades da administração pública que não possuem personalidade jurídica. As empresas públicas e as sociedades de economia mista não são entidades despersonalizadas. Ao contrário: são pessoas jurídicas, criadas por lei, que atuam em atividades de interesse da administração pública, prestando serviços ou exercendo atividades gerais de caráter econômico ou de interesse social da Administração. Logo, não estão contempladas na regra de isenção do imposto, positivada no RICMS/BA, até porque a interpretação dessa norma deve ser literal, conforme determina o art. 111, inc. II, do Código Tributário Nacional (CTN).

Não há, portanto, na relação de serviços de telecomunicações apostado neste Auto de Infração, prestações destinadas a órgãos da administração estadual direta, fundações ou autarquias mantidas pelo poder público estadual, enquadráveis nas disposições do art. 265, inc. XLV do RICMS-BA.

Convém ainda pontuar, que o Regime Tributário aplicável às empresas públicas e às sociedades de economia mista, positivado na CF/88, no art. 173, determina que tais entidades devem se sujeitar ao regime jurídico das empresas privadas, inclusive quanto às obrigações tributárias, de forma que a regra de imunidade tributária recíproca prevista no texto da Lei Maior, não as alcança.

Há ainda outro aspecto a ser observado. Na norma isencional do RICMS-BA, ainda é exigido o atendimento de uma específica condição para que o imposto incidente nas prestações de serviços de comunicação seja dispensado: **o benefício deve ser transferido aos adquirentes dos serviços, mediante a redução do valor da**

*prestação, na quantia correspondente ao imposto dispensado. Mesmo que fosse cabível a isenção nas prestações objeto deste lançamento, o contribuinte não comprovou ter reduzido nas notas fiscais de prestações de serviços de comunicação, a quantia equivalente ao imposto dispensado pela norma de isenção.*

*Dessa forma, o terceiro argumento defensivo também não procede.*

*Passemos a examinar o pedido subsidiário à defesa direcionado no sentido de afastar a penalidade lançada no Auto de Infração ou ao menos reduzi-la a patamar menos gravoso. A penalidade de 60% do valor do imposto, lançada neste Auto de Infração, corresponde à parcela do lançamento de ofício que decorre de expressa disposição da legislação do ICMS –Lei nº 7.014/96, art. 42, inc. II, alínea “a”. O contribuinte sustenta que referida penalidade, no patamar estabelecido na lei ordinária estadual, viola o art. 150, inc. IV da Carta Magna, que veda a utilização de tributo que possa incorrer em efeito confiscatório. Apresenta precedentes judiciais acerca dessa questão, entre eles a ADI nº 551/RJ, julgada no Supremo Tribunal Federal (STF), cuja ementa reproduz na Manifestação defensiva. Entende que os percentuais de multas tributárias não podem exceder os índices entre 20% e 30%.*

*Ocorre que por disposição também expressa da legislação processual, é vedado aos órgãos de julgamento administrativo decretar a constitucionalidade ou ilegalidade da norma posta no ordenamento jurídico tributário. Assim dispõe o art. 167, incisos II e III do RPAF (Regulamento do Processo Administrativo Fiscal da Bahia). Essa questão somente poderá ser apreciada através do manejo, pelo contribuinte, de ações perante o Poder Judiciário. Por sua vez, a decisão judicial mencionada na peça de defesa, relacionada à ADI 551/RJ, não é vinculante para o Estado da Bahia, pois a mesma examinou arguição de constitucionalidade relacionada à multa tributária integrante da legislação do Estado do Rio de Janeiro.*

*Por fim, trilhando a mesma linha de argumentação utilizada na apreciação da multa pecuniária, não pode ser apreciada nessa instância administrativa, a alegação empresarial de que os Estados e o Distrito Federal, ao celebrarem o Convênio ICMS 69/98, incorreram em violação à Constituição Federal e à Lei Complementar 87/96, ampliando a base de incidência do ICMS - Comunicação, uma vez que também não se inclui na competência deste CONSEF “a negativa de aplicação de ato normativo emanado de autoridade superior”, nos termos do artigo 167, inciso III do RPAF/99.*

*Isto posto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.”*

Os advogados da Recorrente, inconformados com o julgamento de piso, interpõe Recurso Voluntário onde repisam os mesmos argumentos apresentados na sua peça defensiva inicial.

Primeiramente dissertam sobre a tempestividade do Recurso Voluntário, apresentam uma breve síntese da autuação, informando a infração imputada, o valor da autuação e os juros e multa aplicados, bem como os dispositivos legais infringidos.

No mérito da peça recursal, expõe a necessidade de baixar os autos em diligência face as divergências encontradas nas planilhas apresentadas pelos autuantes e as notas fiscais autuadas.

Ressalta que este pedido de diligência foi negligenciado pelo julgador de piso que entendeu possuir elementos necessários para formação do seu convencimento e proferir seu voto pela procedência do lançamento de ofício.

Sustenta a necessidade da diligência apresentando inúmeros documentos fiscais onde há valores reportados pela fiscalização como tributáveis que se referem a descontos concedidos aos clientes.

Observa que as divergências ocorrem pelo fato do layout trazido pelo Convênio ICMS 115/03 possui um número limitado e predeterminado de nomenclaturas, que não abarcam a universalidade das operações/serviços de comunicações prestados pelas operadoras aos seus assinantes.

Afirma que a Recorrente não pode ser prejudicada pela parametrização do sistema da Secretaria da Fazenda que não permite a informação de todos os serviços prestados.

Alega que foi autuada por não ter recolhido o ICMS-Comunicação sobre os serviços de valor adicionado, suplementares, atividades-meio e preparatórios à prestação do serviço de comunicação que no entender dos autuantes configurariam fato gerador do imposto estadual.

Discorre sobre as diferenças entre o serviço de comunicação propriamente dito e as demais atividades prestadas pela Recorrente, destacando as atividades -meio e os serviços suplementares ou serviços de valor adicionado.

Explica que em ambos não há incidência do ICMS-Comunicação, uma vez que não se confundem

com o serviço de telecomunicação propriamente dito, mas apenas e configuram atividade-meio ou serviços suplementares ou de valor agregado, que complementam a atividade de comunicação.

Argumenta que o Art. 155, inciso II da CF restringe a incidência do ICMS-Comunicação ao conceito de prestação onerosa, sendo vedado aos estados ampliar esse conceito em respeito ao princípio da legalidade estrita e tipicidade fechada.

Recorre ao art. 89 do Regulamento ao STFC, pelo qual a ANATEL autoriza às empresas de telefonia a auferirem receitas alternativas, complementares ou acessórias, sem que isso se caracterize como nova modalidade de serviço de comunicação.

Exalta que a própria ANATEL reconhece que as atividades de habilitação e os serviços de valor adicionado não constituem serviços de telecomunicações, conforme art. 3º da Resolução nº 73/1998 que regulamenta os serviços de telecomunicações.

Traz jurisprudências de tribunais superiores nas quais decidem que os serviços complementares, conexos, preparatórios, que configuram atividade meio à prestação de serviço de telecomunicações não sofrem a incidência do ICMS-Comunicações.

Aduz que o estado da Bahia confrontando ao que determina a CF e Jurisprudência assentada nos Tribunais Superiores, pretende tributar as atividades (serviço de valor adicionado, suplementares, facilidades adicionais, atividades-meio e preparatórios) que não se configuram em serviços de comunicação propriamente dito, amparado no Convênio ICMS 69/98.

Endossa que nos termos da Lei Complementar nº 24/75, apenas as isenções ou incentivos fiscais do ICMS poderão ser concedidas por meio de Convênios celebrados entre os estados. Portanto, convênios não podem tratar de base de cálculo do ICMS, muito menos ampliá-la, mediante interpretação extensiva, ou através de inserção de elementos estranhos à materialidade do imposto.

Ratifica esse entendimento, trazendo jurisprudência do STJ que se consolidou no sentido que reconhecer que o Convênio ICMS 68/98 promoveu uma ampliação indevida da regra-matriz de incidência do ICMS.

Expõe que além da parcela da autuação relativa aos serviços de valor adicionado e preparatórios, também faz parte do lançamento as operações prestadas para empresas públicas, de economia mista e autarquias, que não estão sujeitas à incidência do ICMS por isenção expressamente prevista no art. 265, inciso XLV.

Menciona que o Convênio ICMS 107/95, que o estado da Bahia é signatário, autoriza os Estados a concederem isenção de ICMS nas operações de serviços de comunicação destinadas a consumo por órgãos da Administração Pública Direta e suas Fundações e Autarquias, mantidas pelo Poder Público Estadual e regidas por normas de direito Público.

Exorta a ampliação do benefício da isenção aos integrantes da Administração Pública Indireta, por não exercerem atividade econômica, atuando fora do regime jurídico privado e prestando serviços públicos.

Contesta em relação ao caráter da multa ser confiscatória, abusiva e ilegal. Sinaliza que o STF consolidou entendimento no sentido de que as multas devem observar os limites constitucionais, sendo confiscatórias aquelas fixadas em patamar superior a 25% do valor do imposto.

Encerra requerendo que seja acolhido o pedido de conversão do julgamento deste recurso em diligência e que seja conhecido e provido presente Recurso Voluntário, cancelando-se integralmente o Auto de Infração nº 2691350012/19-1

## VOTO

Trata-se de Recurso de Voluntário interposto em razão do ACÓRDÃO JJF Nº 0057-05/20-VD, que julgou Procedente o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 06/12/2019, no valor histórico de R\$

38.103.250,07, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inc. II, alínea “a” da Lei nº 7.014/96, pela falta de recolhimento do ICMS na prestação de serviço de comunicação por escrituração de valores tributados como não tributados.

Constatou que o Auto de Infração em lide, resulta de ação fiscal sobre a falta de recolhimento do imposto na prestação de serviço de comunicação, por escrituração de valores tributáveis como não tributáveis. A exigência fiscal em lide, encontra-se discriminada nos demonstrativos em que se fundamenta a autuação, (fls. 06/91), e abrange prestações de serviços de telecomunicação destinados a órgãos públicos, empresas públicas e sociedades de economia mista. As referidas prestações foram declaradas pelo contribuinte, em sua escrita fiscal, não sujeitas à tributação, beneficiadas com a isenção ou não incidência do ICMS.

A 5ª JJF proferiu decisão julgando Procedente, por unanimidade, o Auto de Infração nº 269135.0012/19-1.

O contribuinte, tempestivamente, interpôs Recurso Voluntário (fls. 275 a 301) pelos motivos a seguir declinados.

Preliminarmente, requer no mérito da peça recursal, a necessidade de baixar os autos em diligência face as divergências encontradas nas planilhas apresentadas pelos autuantes e as notas fiscais autuadas.

Ressalta que este pedido de diligência foi negligenciado pelo julgador de piso que entendeu possuir elementos necessários para formação do seu convencimento e proferir seu voto pela procedência do lançamento de ofício.

Sustenta a necessidade da diligência apresentando inúmeros documentos fiscais onde há valores reportados pela fiscalização como tributáveis que se referem a descontos concedidos aos clientes.

Observa que as divergências ocorrem pelo fato do layout trazido pelo Convênio ICMS 115/03 possui um número limitado e predeterminado de nomenclaturas, que não abarcam a universalidade das operações/serviços de comunicações prestados pelas operadoras aos seus assinantes.

Afirma que a Recorrente não pode ser prejudicada pela parametrização do sistema da Secretaria da Fazenda que não permite a informação de todos os serviços prestados.

Alega que foi autuada por não ter recolhido o ICMS-Comunicação sobre os serviços de valor adicionado, suplementares, atividades-meio e preparatórios à prestação do serviço de comunicação que no entender dos autuantes configurariam fato gerador do imposto estadual.

Discorre sobre as diferenças entre o serviço de comunicação propriamente dito e as demais atividades prestadas pela Recorrente, destacando as atividades -meio e os serviços suplementares ou serviços de valor adicionado.

Explica que em ambos não há incidência do ICMS-Comunicação, uma vez que não se confundem com o serviço de telecomunicação propriamente dito, mas apenas e configuram atividade-meio ou serviços suplementares ou de valor agregado, que complementam a atividade de comunicação.

Argumenta que o Art. 155, inciso II da CF restringe a incidência do ICMS-Comunicação ao conceito de prestação onerosa, sendo vedado aos estados ampliar esse conceito em respeito ao princípio da legalidade estrita e tipicidade fechada.

Recorre ao art. 89 do Regulamento ao STFC, pelo qual a ANATEL autoriza às empresas de telefonia a auferirem receitas alternativas, complementares ou acessórias, sem que isso se caracterize como nova modalidade de serviço de comunicação.

Exalta que a própria ANATEL reconhece que as atividades de habilitação e os serviços de valor adicionado não constituem serviços de telecomunicações, conforme art. 3º da Resolução nº 73/1998 que regulamenta os serviços de telecomunicações.

Traz jurisprudências de tribunais superiores nas quais decidem que os serviços complementares, conexos, preparatórios, que configuram atividade meio à prestação de serviço de telecomunicações não sofrem a incidência do ICMS-Comunicações.

Aduz que o estado da Bahia confrontando ao que determina a CF e Jurisprudência assentada nos Tribunais Superiores, pretende tributar as atividades (serviço de valor adicionado, suplementares, facilidades adicionais, atividades-meio e preparatórios) que não se configuram em serviços de comunicação propriamente dito, amparado no Convênio ICMS 69/98.

Endossa que nos termos da Lei Complementar nº 24/75, apenas as isenções ou incentivos fiscais do ICMS poderão ser concedidas por meio de Convênios celebrados entre os estados. Portanto, convênios não podem tratar de base de cálculo do ICMS, muito menos ampliá-la, mediante interpretação extensiva, ou através de inserção de elementos estranhos à materialidade do imposto.

Ratifica esse entendimento, trazendo jurisprudência do STJ que se consolidou no sentido que reconhecer que o Convênio ICMS 68/98 promoveu uma ampliação indevida da regra-matriz de incidência do ICMS.

Expõe que além da parcela da autuação relativa aos serviços de valor adicionado e preparatórios, também faz parte do lançamento as operações prestadas para empresas públicas, de economia mista e autarquias, que não estão sujeitas à incidência do ICMS por isenção expressamente prevista no art. 265, inciso XLV.

Menciona que o Convênio ICMS 107/95, que o estado da Bahia é signatário, autoriza os Estados a concederem isenção de ICMS nas operações de serviços de comunicação destinadas a consumo por órgãos da Administração Pública Direta e suas Fundações e Autarquias, mantidas pelo Poder Público Estadual e regidas por normas de direito Público.

Exorta a ampliação do benefício da isenção aos integrantes da Administração Pública Indireta, por não exercerem atividade econômica, atuando fora do regime jurídico privado e prestando serviços públicos.

Contesta em relação ao caráter da multa ser confiscatória, abusiva e ilegal. Sinaliza que o STF consolidou entendimento no sentido de que as multas devem observar os limites constitucionais, sendo confiscatórias aquelas fixadas em patamar superior a 25% do valor do imposto.

Encerra requerendo que seja acolhido o pedido de conversão do julgamento deste recurso em diligência e que seja conhecido e provido o presente Recurso Voluntário, cancelando-se integralmente o Auto de Infração nº 2691350012/19-1.

Na assentada da Pauta de Julgamento do dia 22/01/2021, entendeu a 1ª CJF, que o processo deveria ser encaminhado à INFRAZ DE ORIGEM, atendendo ao pedido de diligência contido no Recurso Voluntário.

Em 01/09/2021, A Recorrente apresenta manifestação no processo trazendo um Laudo preliminar elaborado pela KPMG em atendimento a intimação recebida por conta da diligência solicitada pela 1ª CJF, solicitando prazo de 60 dias para conclusão dos trabalhos.

Em 05/11/2021, A Recorrente apresenta Manifestação com juntada de Laudo Técnico Contábil elaborado pela KPMG (fls. 410 a 460), que aponta os valores que foram declarados como isentos e objeto de cobrança no Auto de Infração se tratavam de descontos constantes na fatura concedidos pela Recorrente aos clientes. Tais operações representam 97% das operações autuadas pela fiscalização.

O PAF foi encaminhado aos autuantes para manifestação na diligência CONSEF que ratificaram os termos do Laudo Técnico, confirmando seu resultado.

Ressaltam que em que pese a redução dos valores originalmente apurados na cobrança, ainda restaram receitas de serviços de telecomunicações oriundas de prestação de serviços a contribuintes que não gozam do benefício da isenção, as quais a autuada não ofereceu a

tributação. Destacando que nenhum destes serviços foram prestados a cliente que se enquadre como órgão da Administração Pública Direta e suas Fundações e Autarquias, mantidas pelo Poder Público Estadual e regidas por normas de direito Público.

Encerra apresentando novas planilhas com o demonstrativo de débitos fls. (468 a 518) contendo os novos valores cobrados que perfazem R\$ 316.408,90 (exercício de 2017) e R\$ 660.674,10 (exercício de 2018).

A Recorrente se manifesta concordando com a posição defendida pelos autuantes de redução de 97% do lançamento original e requer prazo de 30 dias para análise dos valores remanescentes apresentados pelos autuantes.

Em posterior manifestação com relação aos valores remanescentes mantidos pelos autuantes, a Recorrente reitera seu entendimento de que a isenção prevista no art. 265, XLV tem caráter amplo e deve alcançar as empresas públicas de economia mista, trazendo de volta os argumentos já incorporados desde a peça defensiva.

Finaliza requerendo o reconhecimento da não incidência do ICMS-Comunicações nas operações que correspondem a descontos que foram concedidos aos clientes, por não configurarem fato gerador do imposto e que seja reconhecido que a autuada faz jus ao benefício da isenção do recolhimento do ICMS-Comunicação sobre as operações remanescentes, que foram prestadas a administração pública, dando-se provimento integral do Recurso Voluntário.

Os autuantes se manifestaram após a Recorrente e reiteraram os argumentos já presentes na diligência, reiterando que os serviços inerentes aos valores remanescentes não foram prestados a cliente que se enquadre como órgão da Administração Pública Direta e suas Fundações e Autarquias, mantidas pelo Poder Público Estadual e regidas por normas de direito Público, mas sim a empresas autônomas que possuem participação do estado da Bahia em seu capital.

Os autos retornaram ao CONSEF para julgamento.

Primeiramente manifesto concordância com o resultado da diligência, cujo resultado demonstrou que a autuação fiscal utilizou os valores que foram declarados como isentos e, portanto, se tornaram objeto de cobrança no Auto de Infração, na verdade se tratavam de descontos constantes na fatura concedidos pela Recorrente aos clientes. Donde tais descontos promocionais não integram a base de cálculo do ICMS-Comunicações.

Com relação aos valores remanescentes apresentados pela fiscalização nas fls. 468 a 518, os quais foram atacados pela Recorrente, tendo como entendimento que tais valores de serviços prestados a órgãos públicos estão amparados pelo benefício da isenção do ICMS, teço breves comentários.

*"Art. 265. São isentas do ICMS:*

[...]

*XLV - as prestações de serviços de telecomunicações utilizados por órgãos da administração pública estadual direta e suas fundações e autarquias mantidas pelo poder público estadual e regidas por normas de Direito Público, devendo o benefício ser transferido aos beneficiários, mediante a redução do valor da prestação, na quantia correspondente ao imposto dispensado (Conv. ICMS 107/95);*

Temos primeiramente a manifestação do julgador de piso que se posiciona da seguinte forma:

*"Observaram os autuantes, na informação fiscal, que os serviços que compuseram os demonstrativos de débito deste Auto de Infração, são somente aqueles que a empresa deixou de tributar. Esses serviços foram listados na Relação inserida às fls. 92 a 99, e declarados pelo contribuinte, passíveis de tributação pelo ICMS, exceto nas prestações realizadas para órgãos públicos (planilha fls. 104 a 108)."*

*No caso concreto, a defesa enumerou alguns órgãos e empresas para as quais o serviço de comunicação foi prestado: (i) Câmara de Vereadores de Poções/BA, (ii) Empresa Baiana de Águas, (iii) Fundação Bahia de Pesquisa Científica, (iv) Hospital de Salvador, (v) Agência Reguladora de Saneamento Básico, (vi) Hemocentro São Lucas e (vii) Companhia de Transportes do Estado. Pede que seja aplicada, nestes casos, a regra de imunidade tributária recíproca, prevista na Constituição Federal (art. 150, inc. VI, letra "a")."*

*De plano, observamos que o contribuinte faz menção na peça de defesa a órgãos públicos integrantes de municípios – Câmaras de Vereadores, hospitais e centros de saúde. Não cabe aplicação analógica da regra de imunidade recíproca, visto que no ordenamento jurídico estadual, há norma vigente dando tratamento de*

isenção às prestações de serviço de comunicação, desde que o serviço seja prestado a órgão que integre a Administração Pública Estadual, direta ou indireta. Não são alcançados, portanto, pela norma isencial contida no RICMS/BA, os serviços prestados a órgãos municipais, federais ou vinculados a outros Estados, suas autarquias e fundações.

Já as empresas públicas e as sociedades de economia mista, não são órgãos públicos, e sim entidades com personalidade jurídica de direito privado. Órgãos públicos são unidades da administração pública que não possuem personalidade jurídica. As empresas públicas e as sociedades de economia mista não são entidades despersonalizadas. Ao contrário: são pessoas jurídicas, criadas por lei, que atuam em atividades de interesse da administração pública, prestando serviços ou exercendo atividades gerais de caráter econômico ou de interesse social da Administração. Logo, não estão contempladas na regra de isenção do imposto, positivada no RICMS/BA, até porque a interpretação dessa norma deve ser literal, conforme determina o art. 111, inc. II, do Código Tributário Nacional (CTN).

Não há, portanto, na relação de serviços de telecomunicações apostila neste Auto de Infração, prestações destinadas a órgãos da administração estadual direta, fundações ou autarquias mantidas pelo poder público estadual, enquadráveis nas disposições do art. 265, inc. XLV do RICMS-BA.

Convém ainda pontuar, que o Regime Tributário aplicável às empresas públicas e às sociedades de economia mista, positivado na CF/88, no art. 173, determina que tais entidades devem se sujeitar ao regime jurídico das empresas privadas, inclusive quanto às obrigações tributárias, de forma que a regra de imunidade tributária reciproca prevista no texto da Lei Maior, não as alcança.

Há ainda outro aspecto a ser observado. Na norma isencial do RICMS-BA, ainda é exigido o atendimento de uma específica condição para que o imposto incidente nas prestações de serviços de comunicação seja dispensado: **o benefício deve ser transferido aos adquirentes dos serviços, mediante a redução do valor da prestação, na quantia correspondente ao imposto dispensado.** Mesmo que fosse cabível a isenção nas prestações objeto deste lançamento, o contribuinte não comprovou ter reduzido nas notas fiscais de prestações de serviços de comunicação, a quantia equivalente ao imposto dispensado pela norma de isenção.”

Resta claro que os argumentos acima expostos refutam toda e qualquer argumentação do Recorrente para se alargar, ampliar ou estender o benefício fiscal da isenção prevista no Art. 265, inciso XLV do RICMS/BA. Dessa forma, o argumento do Recurso Voluntário não procede no que tange que ao benefício da isenção do recolhimento do ICMS-Comunicação sobre as operações remanescentes, que forma prestadas a administração pública.

Modificada a Decisão Recorrida.

Em face do exposto, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 269135.0012/19-1, lavrado contra **TELEFÔNICA BRASIL S/A**, devendo ser intimado o recorrente, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 977.083,00**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 30 de novembro de 2023.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

ERICK VASCONCELOS TADEU DE SANTANA – RELATOR

MARCELO CARDOSO DE ALMEIDA MACHADO - REPR. DA PGE/PROFIS