

PROCESSO - A. I. Nº 281081.0013/21-4
RECORRENTE - TIM S/A.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3º JF nº 0035-03/22-VD
ORIGEM - DAT METRO / IFEP SERVIÇOS
PUBLICAÇÃO - INTERNET 18.06.2024

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO CJF Nº 0133-11/24-VD**

EMENTA: ICMS. OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS TIDAS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE TELECOMUNICAÇÃO. FALTA DE RECOLHIMENTO. O sujeito passivo não logra êxito em elidir a acusação fiscal. O ICMS incide sobre a tarifa de assinatura básica mensal cobrada pelas prestadoras de serviços de telefonia, independentemente da franquia de minutos concedida ou não ao usuário. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário apresentado contra a Decisão recorrida que julgou Procedente o presente Auto de Infração foi lavrado no dia 01/12/2021, para exigir ICMS no valor histórico de R\$ 284.503,34, acrescido da multa de 60%, pelo cometimento.

***Infração 002.008.038** - Falta de recolhimento do ICMS na prestação de serviço de comunicação, por escrituração de valores tributáveis como não tributados, nos meses de novembro de 2018 a dezembro de 2019.*

***Consta como complemento** que “A empresa não tributou os serviços de Assinatura, denominados Assinatura sem franquia Liberty Empresa, Assinatura sem franquia Liberty Emp +50, Assinatura sem franquia Emp +100, Assinatura sem franquia Tarifa Flat 400, Assinatura sem franquia TIM Black Empresa, Assinatura sem franquia FLAT 500, Assinatura G Total e Assinatura sem franquia Tarifa Flat 1000. O Supremo Tribunal Federal realizou o julgamento de Mérito de Tema com Repercussão Geral (RE 912888), sobre o Serviço de Assinatura, conforme Ata de Julgamento Publicada no DJE ATA Nº 32, de 13/10/2016. DJE nº 225, divulgado em 20/10/2016. STF, por unanimidade, fixou tese nos seguintes termos: “O Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) incide sobre a tarifa de assinatura básica mensal cobrada pelas prestadoras de serviços de telefonia, independentemente da franquia de minutos concedida ou não ao usuário”. O STF decide que a “Assinatura” é uma prestação de serviço de comunicação, pois oferece condições para que haja a comunicação entre os usuários e terceiros – ainda que não remunere a ligação em si. O STF diz que a tarifa é de fato uma contraprestação ao próprio serviço de telecomunicação prestado pelas concessionárias. Após a decisão definitiva do Pleno do Supremo, ficou caracterizado que o Serviço “Assinatura” é um serviço de contraprestação ao próprio serviço de telecomunicação prestado pelas concessionárias. Tudo apurado conforme Anexo 01 Cobrança Analítica por NFST, Anexo 02 Cobrança Sintética, Decisão do STF RECURSO EXTRAORDINÁRIO 912.888 - Assinatura. Todos estes documentos estão apensos ao PAF em meio magnético, e com cópia entregue ao contribuinte”.*

O Autuado ingressa com Impugnação, fls. 25 a 37. O Autuante presta informação fiscal, fls. 135 a 138.

Após as intervenções, a JF proferiu o seguinte voto condutor:

VOTO

Inicialmente, consigno que o presente Auto de Infração preenche todas as formalidades legais, não ensejando qualquer violação ao devido processo legal e à ampla defesa, sendo o imposto e sua base de cálculo apurados consoante os levantamentos e documentos acostados aos autos, e não se encontram os motivos elencados na legislação de regência, precipuamente os contidos nos incisos I a IV, do art. 18 do RPAF-BA/99, que pudesse inquirir de nulidade a presente autuação.

No mérito, o Auto de Infração imputa ao sujeito passivo a falta de recolhimento do ICMS na prestação de serviço de comunicação por escrituração de valores tributados, como não tributados, conforme demonstrativos às fls. 05 e CD à fl. 11. Consta ainda explicitada a acusação fiscal de que o Autuado não tributou os serviços de Assinatura, denominados Assinatura sem franquia Liberty Empresa, Assinatura sem franquia Liberty Emp +50, Assinatura sem franquia Emp +100, Assinatura sem franquia Tarifa Flat 400, Assinatura sem franquia TIM

Black Empresa, Assinatura sem franquia FLAT 500, Assinatura G Total e Assinatura sem franquia Tarifa Flat 1000.

Em sede de defesa, o Impugnante depois de afirmar que a autuação desrespeita a ordem judicial já transitada em julgado nos Autos do Mandado de Segurança Nº 0001542-92.2010.8.05.0000, que determina a não inclusão de serviços constantes da cláusula primeira do Convênio ICMS 69/98, sustentou a não incidência do tributo sobre os serviços de “Assinatura” e pugnou pelo cancelamento da cobrança dos débitos apurados.

Assinalou, que o art. 61 da LGT define o serviço de valor adicionado como “atividade que acrescenta a um serviço de telecomunicações que lhe dá suporte e com o qual não se confunde, novas utilidades”, corroborando essa distinção entre serviços de valor adicionado e serviço de telecomunicação, o art. 3º da Resolução ANATEL nº 73/98.

Explicou que o serviço de valor adicionado não se confunde com o serviço de telecomunicação, uma vez que aquele é um serviço autônomo, para cuja prestação é necessária a utilização da rede de telecomunicações.

Revela que o Egrégio Supremo Tribunal Federal já assentou que os serviços de valor adicionado efetivamente se distinguem dos serviços de telecomunicação, nos autos da ADI - MC nº 1.491/DF, o Ministro Relator Carlos Velloso, asseverou que ontologicamente o serviço de telecomunicação não se identifica com o serviço de valor adicionado.

Ao proceder à informação fiscal, o Autuante esclareceu que não ocorrera desrespeito algum ao referido Mandado de Segurança, uma vez que os serviços autuados não fazem parte do Convênio 69/98, e o STF, em 13/10/2016, realizou o julgamento de Mérito com Repercussão Geral (RE 912888), sobre o serviço de assinatura, conforme Ata de Julgamento Publicada no DJE ATA Nº 32, de 13/10/2016, tendo o Plenário do STF adotado a tese formulada pelo relator:

“O Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) incide sobre a tarifa de assinatura básica mensal cobrada pelas prestadoras de serviços de telefonia, independentemente da franquia de minutos concedida ou não ao usuário”.

Registrou ainda, que o RE 912.888 substituiu o Recurso Extraordinário com Agravo (ARE) 782.749, como paradigma da repercussão geral.

Sustentou que de forma clara e incontroversa, o STF, por unanimidade, determinou que o ICMS incide sobre a tarifa de assinatura básica mensal cobrada pelas prestadoras de serviços de telefonia, independentemente da franquia de minutos concedida ou não ao usuário.

Depois de examinar os elementos que emergiram do contraditório em torno da acusação fiscal, constato que os argumentos articulados pela Defesa não devem prosperar, haja vista que a não incidência do ICMS nas assinaturas, objeto da autuação, não tem amparo legal.

Entendo que deve prevalecer o entendimento decorrente da Decisão emanada do Supremo Tribunal Federal - STF no RE 912.888, e deve lastrear e guiar as questões sobre o tema, ou seja, definindo a incidência do ICMS sobre a tarifa de assinatura básica mensal.

Assim, em que pese ter o Defendente sinalizado para o Mandado de Segurança nº 0001542- 92.2010.8.05.0000, transitado em julgado, deve vigorar o entendimento do Superior Tribunal Federal, ao estatuir uma vinculação específica quanto à incidência do ICMS nas “assinaturas básicas”, independentemente da franquia de minutos concedida ou não ao usuário.

Por seu turno, o teor do § 11 do art. 17 da Lei nº 7.014/96, expressamente estabelece que se incluem na base de cálculo do ICMS das prestações de serviço de comunicação, os valores cobrados a título de acesso 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.

Ademais, esse tem sido o entendimento reiterado nas decisões da 2ª Instância deste CONSEF, a exemplo das Acórdãos CJF Nº 0075-11/15, Nº 0274-11/16 e Nº 0194-12/21.

Nos termos expendidos, concluo pela subsistência da autuação.

Em referência ao argumento de que a multa sugerida no Auto de Infração, além de incorrer em violação frontal aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, tem caráter confiscatório, saliento que a sanção aplicada decorre de previsão expressa em dispositivo legal, especificamente disposto na alínea “a”, do inciso II, do art. 42 da Lei nº 7.014/96, não sendo competência desse conselho afastar a incidência da regra citada, sob pena de violação ao quanto disposto do inciso I, do art. 125 do COTEB.

Destaco que foi solicitado que as intimações referentes ao presente processo sejam postadas exclusivamente em nome de Ernesto Johannes Trouw, OAB/RJ nº 121.095 e Fábio Fraga Gonçalves, OAB/RJ nº. 117.404, com escritório na Avenida Atlântica, 1130, 15º andar, Copacabana, Rio de Janeiro. Consigno não haver óbice para o atendimento do pedido pela Secretaria desse CONSEF, contudo, o não atendimento não implica nulidade, nos

termos do RPAF-BA/99. Ademais, o representante do autuado poderá cadastrar seu correio eletrônico junto a esta SEFAZ, para receber correspondências.

Em face do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

A recorrente apresenta Recurso Voluntário às fls. 160/166 (frente e verso), através de seus advogados, devido ao inconformismo da decisão de piso, onde apresentam as mesmas razões reiterativas da peça defensiva:

Inicialmente discorre quanto à tempestividade da peça recursal e relata os fatos da autuação.

Alega **desrespeito à ordem judicial já transitada e julgada**. Destaca que possui a seu favor decisão transitada em julgado, proferida pela Seção Cível de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, nos autos do Mandado de Segurança nº 0001542-92.2010.8.05.0000 (Doc. 04), determinando a não inclusão de serviços constantes da cláusula primeira do Convênio ICMS 69/98 na base de cálculo do ICMS.

Diz que se trata, na verdade, de ordem judicial na qual figura como Impetrante a empresa TIM CELULAR S.A. contra ato coator praticado pelo Secretário da SEFAZ-BA, ou seja, estão diretamente ligados à ordem judicial em comento, tanto o Autuante, como o Autuado deste Auto de Infração.

Sustenta que a exigência da cobrança do ICMS sobre os serviços: “Assinatura sem franquia Liberty Empresa”, “Assinatura sem franquia Liberty Emp +50”, “Assinatura sem franquia Liberty Emp +100”, “Assinatura sem franquia Tarifa Flat 400”, “Assinatura sem franquia TIM Black Empresa”, “Assinatura sem franquia Tarifa Flat 500”, “Assinatura Gestão Total” e “Assinatura sem franquia Tarifa Flat 1000”, agiu de forma ilegal e sem observar o entendimento jurisprudencial, e, ainda, desrespeitando ordem judicial já transitada em julgado, pelo que deve ser cancelada a cobrança consubstanciada nesta autuação fiscal.

Pede pela **reforma da Decisão recorrida e não pela incidência do ICMS sobre os itens referentes a “assinaturas”**. Esclareceu que a Primeira Instância simplesmente replicou as justificativas adotadas pela Autoridade Autuante, que embasaram a lavratura do Auto de Infração em questão, e não analisou todas as alegações e provas trazidas pela Recorrente ao longo dos autos.

Salienta que da leitura da decisão de piso, verifica-se que o principal fundamento está relacionado ao julgamento do RE 912.888 pelo Egrégio STF em sede de Repercussão Geral e de que os serviços objeto do Auto de Infração ora questionado estariam inseridos no conceito de serviços de telecomunicações. Contudo, como é sabido, o teor de decisões proferida em sede de Repercussão Geral não pode ser aplicado de forma direta em sede administrativa, visto que não há imposição legislativa determinando a aplicação. Assim, a plena incidência dos precedentes judiciais em sede dos processos administrativos atingiria os princípios constitucionais da isonomia, competência e da segurança jurídica.

Acrescentou que, ainda que se entendesse pela possibilidade da aplicação direta dos precedentes judiciais, conforme evidenciado no andamento anexo (Doc. 05), salienta que ainda não houve trânsito em julgado da decisão proferida nos autos do RE 912.888, visto que no atual momento, se aguarda a inclusão dos Embargos de Declaração opostos, no calendário de julgamento pelo Exmo. Ministro Presidente.

Entende que é totalmente desnecessário tecer qualquer comentário sobre a natureza desses serviços, pois esta questão encontra-se totalmente superada, considerando que a matéria de fato está bem delimitada nos presentes autos. Até mesmo porque, a r. Decisão recorrida não refutou nenhuma alegação trazida pela Recorrente no sentido de que tais serviços não possuem qualquer relação com a prestação de serviços de telecomunicação, se limitando a afirmar, em linhas gerais, que esses serviços compõem a base de cálculo do ICMS.

Assevera que a discussão reside, em verdade, quanto à incidência ou não do ICMS sobre a prestação dos serviços objeto da autuação fiscal em referência, sendo que, de acordo com a r.

Decisão recorrida, haveria, sim, a incidência do imposto estadual nesse caso. No entanto, tais cobranças não podem ser consideradas na base de cálculo do imposto estadual, na medida em que não correspondem à prestação de serviços de telecomunicação. Portanto, não há como prosperar o entendimento firmado por meio da r. decisão recorrida, eis que as referidas cobranças possuem a natureza de serviços suplementares, os quais, sob hipótese alguma, confundem-se com a prestação de serviços de telecomunicação.

Esclarece que a incidência do imposto estadual sobre os serviços prestados no período fiscalizado, tem-se que eles se classificam como serviços de valor adicionado, já tendo o Colendo Superior Tribunal de Justiça se posicionado no sentido da ilegalidade da Cláusula Primeira do Convênio ICMS 69/98, o qual preceitua a cobrança do ICMS sobre os serviços de acesso, ativação, adesão, disponibilidade, habilitação, assinatura, entre outros.

Denota a jurisprudência no julgamento do REsp nº 1.176.753/RJ, sob a sistemática dos Recursos Repetitivos (art. 543-C, do CPC), sendo apreciado pela 1ª Seção do Colendo Tribunal (STJ – Primeira Seção – REsp 1.176.753/RJ – Min. Rel. Napoleão Nunes Maia – DJe 19.12.2012). Cita lições de Roque Antonio Carrazza.

Diz ser evidenciado no presente processo administrativo, nenhum dos lançamentos realizados a título de serviços de assinaturas não consistem na prestação de serviços de telecomunicação, razão pela qual é manifestamente improcedente a exigência do ICMS sobre tais valores.

Assinalou que conforme já assentado pelo STJ, os serviços de valor adicionado não podem ser objeto da incidência do ICMS. Logo, quando foi lançado o crédito tributário em decorrência da prestação dos serviços de Assinatura sem franquia Liberty Empresa”, “Assinatura sem franquia Liberty Emp +50”, “Assinatura sem franquia Liberty Emp +100”, “Assinatura sem franquia Tarifa Flat 400”, “Assinatura sem franquia TIM Black Empresa”, “Assinatura sem franquia Tarifa Flat 500”, “Assinatura Gestão Total” e “Assinatura sem franquia Tarifa Flat 1000”, o Fisco agiu de forma ilegal e sem observar o entendimento pacífico daquele tribunal superior.

Explica que o serviço de telecomunicação, nos moldes do artigo 60 e § 1º da Lei Geral das Telecomunicações – LGT (Lei nº 9.472/97), é conceituado como “*um conjunto de atividades que possibilita a oferta de telecomunicação*”, tais como a transmissão, emissão ou recepção de símbolos, caracteres, sinais, escritos, imagens, sons ou informações de qualquer natureza. Adicionou que o artigo 61 da LGT define serviço de valor adicionado como “*atividade que acrescenta a um serviço de telecomunicações que lhe dá suporte e com o qual não se confunde, novas utilidades*”. E que essa distinção entre serviços de valor adicionado e serviço de telecomunicação o artigo 3º da Resolução ANATEL nº 73/98.

Salienta que pela análise das normas citadas, verifica-se que o serviço de valor adicionado não se confunde com serviço de telecomunicação. Aquele é um serviço autônomo, para cuja prestação é necessária a utilização da rede de telecomunicações. Ressalta que os serviços de assinatura não incidem a base de cálculo do ICMS, conforme já bem delineado nos argumentos e documentos constantes na impugnação apresentada pela Recorrente.

Volta a insistir que os serviços de “Assinatura” ora questionados (Assinatura sem franquia Liberty Empresa”, “Assinatura sem franquia Liberty Emp +50”, “Assinatura sem franquia Liberty Emp +100”, “Assinatura sem franquia Tarifa Flat 400”, “Assinatura sem franquia TIM Black Empresa”, “Assinatura sem franquia Tarifa Flat 500”, “Assinatura Gestão Total” e “Assinatura sem franquia Tarifa Flat 1000”), se referem a planos pós-pago oferecidos ao mercado de grandes clientes, mas que não está atrelado à concessão de minutos (assinatura sem franquia) e que, portanto, não se caracteriza como serviço de telecomunicação, conforme se verifica no regulamento anexo (vide Doc. 04 da impugnação).

Disse ainda, no que se refere à “Assinatura-Gestão Total”, que, na verdade trata-se de “Serviço Gestor Web Tim” (vide Doc. 05 da impugnação), que se trata de uma ferramenta de controle e gestão de utilização de acessos corporativos de uma empresa, que permite que o Administrador

do contrato (cliente) configure, gerencie e controle o uso dos acessos de voz de seus funcionários, através de um acesso a uma área exclusiva no site da Recorrente. Tal serviço permite que a empresa bloqueie o recebimento de chamadas a cobrar, estabeleça limite de créditos para cada terminal utilizado pelos funcionários, bem como a disponibilização de informações e estatísticas de uso por cada terminal.

Destacou que nenhum dos serviços sobre cujas prestações se pretendem a incidência do ICMS se caracteriza como serviço de telecomunicação, mas tratam-se, sim, de serviços de valor adicionado (vide Doc. 06 e 07). Pontuou que o serviço de valor adicionado pode ser prestado por terceiros (aos quais a LGT assegura, expressamente, o acesso à rede de telecomunicações para esse fim – art. 61, § 2º) ou, até mesmo, pela própria operadora, como se verifica no presente caso. Nessa última hipótese, contudo, a operadora não estará atuando como prestadora de serviços de telecomunicações, mas sim como prestadora de serviços de valor adicionado.

Transcreveu decisão do STF (*ADI 1491 MC, Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 08/05/2014, DJe-213 DIVULG 29-10-2014 PUBLIC 30-10-2014 EMENT VOL-02754-02 PP-00128*) sobre os SVA's efetivamente se distinguem dos serviços de telecomunicação.

Sustentou que restou pacificado que essas denominadas de serviço de valor adicionado (SVA) nada mais são do que “um acréscimo de recursos a um serviço de comunicações que lhe dá suporte, criando novas utilidades relacionadas ao acesso, armazenamento, apresentação e recuperação de informações”. Assim, o serviço de valor adicionado corresponderia a uma “mera adição de valores a serviços de comunicações já existentes”.

Conclui que o ICMS somente incide quando há efetiva transmissão de mensagem, do emissor “A” para o receptor “B”, por um terceiro contratado para tanto (prestador do serviço de telecomunicação). Assim, as atividades meio, preparatórias e conexas ao serviço de telecomunicação, ou seja, que a ele adicionem facilidades, mas que não envolvam a consecução de uma efetiva relação comunicativa afastam-se das hipóteses de incidência do imposto em tela.

Consignou que o serviço de telecomunicação propriamente dito é aquele que transmite mensagens de modo oneroso, o qual não se confunde, de forma alguma, com os serviços de valor adicionado (atividade meio) mencionados na Cláusula Primeira do Convênio ICMS 69/98 e na Lei Estadual nº 7.098/1998. E exigir o ICMS sobre tais serviços é, antes de tudo, uma afronta à legislação federal, mormente à Lei Geral das Telecomunicações; ao Código Tributário Nacional, em seus artigos 108 e 110 e à Lei Complementar nº 87/96, em seus artigos 2º e 12. Pede pela total improcedência do suposto débito de ICMS cobrado.

Alega **caráter confiscatório da multa aplicada**. Afirma que o percentual de 60% do valor do imposto supostamente devido é confiscatório por violação frontal aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, conforme o art. 150, IV da CF. Junta jurisprudência do STF onde declara que a sanção imposta criou um encargo exageradamente oneroso e desproporcional à infração cometida, sendo proibido o confisco em matéria tributária e que, os valores cobrados no presente caso são evidentemente abusivos, configurando um verdadeiro confisco do patrimônio do contribuinte, não encontrando características quaisquer de razoabilidade, proporcionalidade ou legalidade.

Finaliza pedindo e requerendo que:

- seja provido integralmente o presente Recurso Voluntário, reformando-se o v. acórdão recorrido, para julgar improcedente o lançamento fiscal;
- cancelamento e redução da multa ora exigidos e respectivos acréscimos legais;
- todas as intimações sejam postadas, publicadas ou diligenciadas em nome dos advogados ERNESTO JOHANNES TROUW, OAB/RJ Nº 121.095 e FÁBIO FRAGA GONÇALVES, OAB/RJ Nº 117.404, com escritório na Avenida Atlântica, 1130, 15º andar, Copacabana, Rio de Janeiro.

Em Pauta Suplementar de 28/07/2023, este colegiado de segundo grau converte os autos em diligência à PGE/PROFIS, no sentido de trazer opinativo por trata-se de assunto de repercussão geral no sentido em relação aos efeitos do Repetitivo sobre a coisa julgada alegada pela empresa nesse processo: *“O Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) incide sobre a tarifa de assinatura básica mensal cobrada pelas prestadoras de serviços de telefonia, independentemente da franquia de minutos concedida ou não ao usuário”. O STF decide que a “Assinatura” é uma prestação de serviço de comunicação, pois oferece condições para que haja a comunicação entre os usuários e terceiros – ainda que não remunere a ligação em si. O STF diz que a tarifa é de fato uma contraprestação ao próprio serviço de telecomunicação prestado pelas concessionárias. Após a decisão definitiva do Pleno do Supremo, ficou caracterizado que o Serviço “Assinatura” é um serviço de contraprestação ao próprio serviço de telecomunicação prestado pelas concessionárias. Tudo apurado conforme Anexo 01 Cobrança Analítica por NFST, Anexo 02 Cobrança Sintética, Decisão do STF_RECURSO EXTRAORDINÁRIO 912.888 - Assinatura. Todos estes documentos estão apensos ao PAF em meio magnético, e com cópia entregue ao contribuinte”.*

Em opinativo oferecido pelo Procurador Dr. José Augusto Martins Júnior, nas fls. 201/203v, diz que a *res judicata* é um instituto de natureza processual, cuja finalidade é proibir o Poder Judiciário, as partes e, eventualmente, terceiros a de rediscutir o objeto do litígio já não passível de discussão. Reportou-se em relação ao art. 505 do NCPC (coisa julgada), onde discorreu que tal situação se divide em duas espécies: **a)** coisa julgada formal; **b)** coisa julgada material.

Pontuou que as duas situações é superveniência de decisão sob o regime de repercussão geral que inovou quadro anterior definido pelos efeitos da coisa julgada, dando a entender que quando foi firmado no tema 827 do STF: *“Incidência de ICMS sobre o valor pago a título de assinatura básica mensal pelo serviço de telefone”*, ficou aprovada a seguinte tese: *“O ICMS incide sobre a tarifa de assinatura básica mensal cobrada pelas prestadoras de serviços de telefonia, independentemente da franquia de minutos conferidas ou não ao usuário”*, tendo efeito a partir do julgamento do RE 912888 RS pelo STF, ficando definitivamente pacificada a jurisprudência no sentido da incidência de ICMS sobre o valor pago a título de assinatura básica mensal pelo serviço de telefonia, portanto, tendo sido fixada a modulação (reproduz trecho da decisão).

Completa opinativo, dizendo que existe uma antinomia entre os processos singulares (MS nº 001542-92.210.8.05.0000 e RE 912888 RS), pois o que se está a perquirir nestes autos são reflexos da decisão do STF sobre as ações que transitaram em julgado, não quanto aos seus efeitos passados, mas quando aos seus efeitos futuros, para novos fatos geradores, por se tratar de relação de caráter continuado, dentro da lógica da mecânica constitucional da relativização da coisa julgada. Afirma ser certo que, tendo sido alteradas as circunstâncias jurídicas (situação de direito), de modo que, desde de 21/10/2016, cessaram automaticamente os efeitos das coisas julgadas anteriores, em sentido contrário, no que tange os fatos geradores futuros. Reproduz a Súmula nº 239, onde relata sobre os efeitos vinculantes (erga omnes – nova norma), produzindo os efeitos dali em diante.

Concluiu que, apesar da questão ainda ser objeto de debate nos temas 881 e 885, material auferida no MS nº 001542-92.8.05.0000 irradia seus efeitos tão somente aos fatos geradores compreendidos no período anterior a 21/10/2016, cessando sua aptidão preclusiva a partir desta data, no que concerne fatos geradores posteriores, em espécie à incidência do ICMS sobre a assinatura básica.

A procuradora assistente acolhe os fundamentos do parecer proferido.

VOTO

No presente Recurso Voluntário interposto nos termos no Art. 169, I, alínea “b” do RPAF em razão da decisão proferida por meio do Acórdão da 3ª Junta de Julgamento Fiscal que por unanimidade, julgou Procedente o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 01/12/2021, para exigir crédito tributário no valor histórico de R\$ 284.503,34 pelo cometimento de uma única infração, assim

descrita: “A empresa não tributou os serviços de Assinatura, denominados Assinatura sem franquia Liberty Empresa, Assinatura sem franquia Liberty Emp +50, Assinatura sem franquia Emp +100, Assinatura sem franquia Tarifa Flat 400, Assinatura sem franquia TIM Black Empresa, Assinatura sem franquia FLAT 500, Assinatura G Total e Assinatura sem franquia Tarifa Flat 1000.

Em seu recurso, a recorrente alega desrespeito à ordem judicial já transitada e julgada, pois segundo ela possui a seu favor decisão transitada em julgado, proferida pela Seção Cível de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, nos autos do Mandado de Segurança nº 0001542-92.2010.8.05.0000 (Doc. 04), determinando a não inclusão de serviços constantes da cláusula primeira do Convênio ICMS 69/98 na base de cálculo do ICMS.

Ciente da existência do Mandado de Segurança, foi solicitado parecer da PGE, sobre os efeitos das decisões prolatadas em sede de recursos repetitivos sobre a coisa julgada e o Procurador Dr. José Augusto Martins Júnior se pronunciou no seguinte sentido:

“Em outros termos, o objeto do nosso debate neste processo é a superveniência de decisão sob o regime de repercussão geral que inovou quadro anterior definido pelos efeitos da coisa julgada.

Logo, pergunta-se: poderia decisão sob o regime de repercussão geral gerar uma quebra de continuidade de tutela já consolidada?

Neste passo, impõe-nos esquadrihar o quanto firmado no tema 827 do STF: “Incidência de ICMS sobre o valor pago a título de assinatura básica mensal pelo serviço de telefonia”.

Ficou aprovada a seguinte tese de repercussão geral: “O Imposto de Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) incide sobre a tarifa de assinatura básica mensal cobrada pelas prestadoras de serviço de telefonia, independentemente da franquia de minutos conferida ou não ao usuário”.

*Em sendo assim, com efeito, a partir do julgamento do **RE 912888 RS** pelo STF ficou definitivamente pacificada a jurisprudência no sentido da incidência de ICMS sobre o valor pago a título de assinatura básica mensal pelo serviço de telefonia, tendo sido fixada a modulação no seguinte sentido:*

“A C Ó R D Ã O

*Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, sob a Presidência da Senhora Ministra Rosa Weber, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por maioria, conheceu dos embargos de declaração e deu-lhes parcial provimento, para modular os efeitos da declaração de constitucionalidade no tempo, de modo que o ICMS incida sobre a assinatura básica mensal sem franquia a partir da data da publicação da ata de julgamento do acórdão no qual o mérito foi apreciado, **isto é, 21/10/2016**, nos termos do voto do Ministro Luiz Fux, Redator para o acórdão, vencidos os Ministros Alexandre de Moraes (Relator), Cármen Lúcia, Gilmar Mendes e Rosa Weber (Presidente). Ausente, justificadamente, o Ministro Nunes Marques.”*

*De se vê, portanto, que existe uma antinomia aparente entre a coisa julgada formada nos processos singulares, com aquela formada no MS nº 001542-92.2010.8.05.0000, e, em seguida, aquela firmada no julgamento do STF no **RE 912888 RS**.*

Neste caso, verifica-se, de forma evidente, o caso típico da chamada coisa julgada inconstitucional, para a qual o CPC/2015 apresentou 2 (duas) alternativas, quais sejam, a alegação de inexigibilidade do título executivo, via impugnação à execução (art. 535, § 5º), ou o oferecimento de Ação Rescisória, quando a decisão do STF se der após o trânsito em julgado da decisão exequenda (art. 535, § 8º).

No caso em destaque, a referida ação transitou em julgado antes do julgamento final pela Suprema Corte.

*Logo, o que se está aqui a perquirir neste momento são os reflexos da decisão do STF sobre as ações que transitaram em julgado, não quanto aos seus efeitos passados, mas quanto aos seus efeitos futuros, para novos fatos geradores, por se tratar de **relação de caráter continuado** (continuativa), dentro da lógica da mecânica constitucional da relativização da coisa julgada.*

(...)

*Em assim sendo, embora não se possa violar a coisa julgada, sem a sua rescisão, para os efeitos passados, é certo que, tendo sido alteradas as circunstâncias jurídicas (situação de direito), notadamente pelo julgamento do **RE 912888 RS**, pelo STF, invocável, neste caso, o postulado do rebus sic stantibus, de modo que, desde **21/10/2016**, cessaram automaticamente os efeitos das coisas julgadas anteriores, em sentido contrário, no que tange os fatos geradores futuros.*

Nesse caso, tem-se a mera alteração do estado de direito (por força de decisão com efeitos vinculantes “erga omnes”), sendo certo que, a “nova norma” não retroagirá automaticamente, mas produzirá normalmente os seus efeitos dali por diante, na nova relação jurídica formada.

Aliás, trata-se de entendimento histórico no âmbito do Supremo Tribunal Federal, que originou, por exemplo, a Súmula nº 239, jamais cancelada:

Súmula 239 - *Decisão que declara indevida a cobrança do imposto em determinado exercício não faz coisa julgada em relação aos posteriores (<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/seq-sumula239/false>)*

(...)

Em face do exposto, trasladando para o caso concreto, concluímos, em que pese a questão ainda ser objeto de debate nos Temas 881 e 885, que a coisa julgada material auferida no MS nº 001542-92.2010.8.05.0000 irradia seus efeitos tão-somente aos fatos geradores compreendidos em período anterior a 21/10/2016, cessando sua aptidão preclusiva a partir desta data, no que concerne fatos geradores posteriores, em espécie a incidência do ICMS sobre a assinatura básica.”

De fato, o STF discutiu, no Tema 881 da Repercussão Geral, os “limites da coisa julgada em matéria tributária, notadamente diante de julgamento em controle concentrado pelo Supremo Tribunal Federal, que declara a constitucionalidade de tributo anteriormente considerado inconstitucional, na via do controle incidental, por decisão transitada em julgado” e, no Tema 885, os “efeitos das decisões do Supremo Tribunal Federal em controle difuso de constitucionalidade sobre a coisa julgada formada nas relações tributárias de trato continuado”, fixando a(s) seguinte(s) tese(s):

1. As decisões do STF em controle incidental de constitucionalidade, anteriores à instituição do regime de repercussão geral, não impactam automaticamente a coisa julgada que se tenha formado, mesmo nas relações jurídicas tributárias de trato sucessivo.

2. Já as decisões proferidas em ação direta ou em sede de repercussão geral interrompem automaticamente os efeitos temporais das decisões transitadas em julgado nas referidas relações, respeitadas a irretroatividade, a anterioridade anual e a noventena ou a anterioridade nonagesimal, conforme a natureza do tributo.

Cabe ressaltar que, em recente decisão de embargos de declaração, por maioria o Tribunal não modulou os efeitos da decisão de mérito, o que significa dizer que este entendimento deve se aplicar inclusive a decisões proferidas anteriormente, conforme defendido no Parecer PGE/PROFIS em relação ao RE 912888/RS.

Registre-se apenas que, na mesma decisão de embargos de declaração, o STF sinalizou a possibilidade de afastar as multas impostas aos contribuintes que obtiveram decisão favorável transitada em julgado até a data da publicação da ata do julgamento do mérito (13/02/2023), estando apenas pendente uma reclamação apresentada pela embargante, quanto a erro na ata referente ao alcance, já que constou na decisão de julgamento a limitação às ações propostas para questionar a exigibilidade da CSLL, o que não foi objeto de deliberação na sessão de julgamento.

Assim, não obstante ter a recorrente sinalizado a decisão proferida no Mandado de Segurança nº 0001542-92.2010.8.05.0000, diante da revisão do entendimento quanto à incidência do ICMS nas “assinaturas básicas”, independentemente da franquia de minutos concedida ou não ao usuário, em 21/10/2016, entendo que não é mais possível reconhecer a proteção da coisa julgada a fatos geradores ocorridos após esta data, diante da tese de repercussão geral firmada nos Temas 881 e 885 pelo STF. Ressaltando que no caso em epígrafe os fatos geradores referem-se aos anos de 2018 e 2019.

Por consequência, não vejo razão para reformar o acórdão recorrido.

Em referência ao argumento de caráter confiscatório da multa aplicada, saliento que há previsão no nosso dispositivo legal, especificamente disposto no art. 42, II, “a” da Lei nº 7.014/96, não sendo competência desse conselho afastar a incidência da regra citada, sob pena de violação ao quanto disposto no art. 125, inciso I do COTEB.

Voto pelo NÃO PROVIMENTO do presente Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e manter a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 281081.0013/21-4, lavrado contra **TIM S/A.**, devendo ser intimado o recorrente, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 284.503,34**, acrescido da multa de 60%, prevista na alínea “a”, do inciso II, do art. 42 da Lei nº 7.014/1996, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 17 de maio de 2024.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

VALDIRENE PINTO LIMA – RELATORA

VICENTE OLIVA BURATTO - REPR. DA PGE/PROFIS