

PROCESSO - A. I. Nº 269135.0011/15-2
RECORRENTE - TIM CELULAR S.A.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JF nº 0113-03/18
ORIGEM - DAT METRO / IFEP SERVIÇOS
PUBLICAÇÃO - INTRANET 14/04/2025

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO CJF Nº 0061-11/25-VD**

EMENTA: ICMS. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO. SERVIÇO DE TELECOMUNICAÇÃO. PRESTAÇÕES TRIBUTÁVEIS REGISTRADAS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. AUXÍLIO À LISTA. As alegações recursais baseou-se no disposto no § 11, do Art. 17 da Lei nº 7.014/96, que prevê inclusão na base de cálculo do ICMS das prestações de serviço de comunicação 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, vai totalmente de encontro ao previsto nas respectivas Leis Complementares e nas legislações anteriormente citadas (CF, Lei das Comunicações e Resolução ANATEL), sendo que a LC nº 9.472 (Lei Geral das Telecomunicações), em seu art. 60 explica os conceitos de serviços de telecomunicações e o que seriam os serviços de valor adicionado, onde destaca-se que tais serviços auxiliares, facilitadores da comunicação, não se confundem com a comunicação propriamente dita. É possível verificar a existência de sentenças e acórdãos do TJ-Ba, recursos especiais julgados pelo STJ, decisões que entendem o auxílio à lista como uma “facilidade adicional”, e, portanto, serviço de valor adicionado. Infração insubsistente. Rejeitada a arguição de nulidade. Modificada a Decisão recorrida. Recurso **PROVIDO**. Auto de Infração **Improcedente**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário em razão da decisão proferida por meio do Acórdão da 3ª Junta de Julgamento Fiscal nº 0113-03/18, que por unanimidade, julgou Procedente o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 22/02/2015, interposto nos termos no Art. 169, I, alínea “b” do RPAF que exige o valor histórico de R\$ 41.338,51 pelo cometimento da infração abaixo:

Infração 01. 02.08.38 – Falta de recolhimento do ICMS na prestação de serviços de comunicação por escrituração de valores tributados como não tributados.

Consta como complemento que: “Devido a não tributação pelo ICMS de Serviços de Comunicação para clientes diversos, Contribuinte não ofereceu a tributação receitas de telecomunicações oriundas de prestação de serviços de chamadas auxílio à lista de contribuintes não-isentos, conforme lançado nos registros magnéticos entregues a fiscalização conforme determina o Convênio ICMS 115/03. Sendo a base de cálculo do imposto determinada conforme art. 52 do RICMS Dec. 6284/97. Tudo apurado conforme Anexos e os respectivos registros magnéticos na forma do Convênio ICMS 115/03, todos apensos ao PAF. Ressalte-se que não foram anexados ao PAF os demonstrativos com a totalidade dos dados devido ao grande volume, entretanto anexamos ao PAF um CD com os dados gravados em planilha Excel onde encontra-se a totalidade dos dados que deram origem as planilhas resumo mensal que estão anexas a este PAF.”

O autuado apresentou impugnação (Fls. 36 a 49), informação fiscal prestada pelo autuante (Fls. 135

a 139), a instrução fiscal foi concluída e os autos remetidos à apreciação da 3ª JFJ que após análise julgou Procedente, nos seguintes termos (Fls. 247 a 252):

VOTO

Inicialmente cabe refutar a nulidade da Intimação suscitada pela Defesa, sob o argumento de que tendo sido o serviço realizado pelas Prestadoras de Serviço Telefônico Fixo Comutado - STFC e não pelo Autuado. Essa pretensão não deve prosperar, tendo em vista que, o fato de terceirizar o serviço, objeto da autuação, não exime o Impugnante da condição de prestador de serviço de comunicação ao seu cliente, cujos serviços são por ele faturados. Logo, o contrato de prestação de serviços de comunicação é celebrado entre o Autuado e seus clientes, não atraindo qualquer responsabilidade para o executor contratado pelo ora Recorrente. Ou seja, não há que falar em nulidade do Termo de Intimação por erro de identificação do sujeito passivo.

Ademais, registro que o presente Auto de Infração obedeceu, em sua lavratura, aos ditames do art. 39, do RPAF-BA/99 e encontra-se apto a surtir seus efeitos jurídicos e legais. Eis que a descrição dos fatos e sua capitulação legal são condizentes com os fatos reais e com o direito aplicável; foi obedecido o devido processo legal, através do qual o Impugnante exerceu a ampla defesa e o contraditório, obteve as peças necessárias a sua defesa, foram obedecidos os prazos previstos legalmente e demais exigências formais, bem como a base de cálculo do imposto foi aparada corretamente.

A defesa alegou que o serviço de auxílio à lista (Telelista) é considerado como uma atividade meramente preparatória ao serviço de telecomunicação, sendo considerado, portanto, como Serviço de Valor Adicionado - SVA. Sustentou que, acordo com o art. 61, § 1º, da Lei nº 9.472/1997, o SVA se caracteriza como um serviço que acrescenta a um serviço de telecomunicações que lhe dá suporte e com o qual não se confunde, uma nova utilidade relacionada ao acesso, armazenamento, apresentação, movimentação ou recuperação de informações, e não se caracteriza em momento algum como serviço de telecomunicações.

A legislação de regência que define a 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, desde que decorra de uma efetiva prestação onerosa. É nesse sentido as regras contidas no inciso III, do art. 2º, da LC 87/97 e do inciso VII, do art. 2º, da Lei Estadual nº 7.014/96.

Regra esta que tem como fonte as disposições do Convênio ICMS 69/98, que se reveste de norma interpretativa da LC 87/96.

Ademais, os argumentos expendidos às normas de incidência do ICMS vigentes no atual sistema tributário, devem ser as complementadas pelas disposições legais atinentes à base de cálculo. A LC 87/96 estabelece em seu art. 13, inciso III, que a base de cálculo do imposto, na prestação de serviço comunicação, é o preço do serviço.

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, inciso VIII c/c § 1º, inciso II, alínea "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:

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

II - o valor correspondente a:

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

Portanto, 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.

Convém salientar que a apuração da base de cálculo foi corretamente efetuada pelo Autuante, conforme no inciso I, do § 1º, do art. 17, da Lei 7.014/96, na medida em que, ao dividir os valores não tributados pelo sujeito passivo por 0,72 e 0,73, inclui o montante do próprio imposto na base de cálculo, não realizado antes pelo

sujeito passivo, pois não considerou tais operações tributadas, não havendo, portanto, conforme alinhado, qualquer ilegalidade ao assim proceder o autuante.

Nas decisões sobre essa matéria no CONSEF, tem prevalecido o entendimento acima aduzido, conforme reiteradas decisões de suas Câmaras de Julgamento Fiscal 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, inciso III, c/c o art. 2º, inciso VII, da Lei nº 7.014/96, além do art. 1º, § 2º, inciso VII, do RICMS-BA/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, inclusive serviços de chamadas de auxílio à lista. Cito como exemplos os Acórdãos nºs 0099-12/11, 272-11/16, 0455-11/04 e 0286-12/17.

O defendente também alegou que a exigência do ICMS não procede, porque possui em 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 0001542-90.2010.8.05.0000, fls. 96 a 109, determinando a não inclusão de serviços constantes da cláusula primeira do Convênio ICMS 68/98 na base de cálculo do ICMS. Asseverou que a decisão transitada em julgado no Mandado de Segurança não configura mera decisão ilustrativa da jurisprudência, eis que se trata de ordem judicial.

Asseverou o impugnante que também tem a seu favor sentença na Ação Anulatória nº 0521256-70.2013.8.05.0001 que julgou procedente seu pedido para reconhecer a inexistência de relação juridico-tributária que o obrigue a recolher ICMS sobre o serviço de “Auxílio à Lista”, a qual foi confirmada por meio de Recurso de Apelação interposto pelo Estado da Bahia, fls. 120 a 132.

No que tange às decisões de tribunais favoráveis ao posicionamento do Impugnante neste processo, temos a dizer que os acórdãos judiciais citados não têm efeito vinculante para a Administração Pública Estadual, visto que foram proferidos em ações ou recursos de controle difuso da legalidade ou da constitucionalidade das normas que regem o ICMS. As decisões citadas têm efeitos somente “inter partes” e mesmo assim após o trânsito em julgado, ou seja, depois de esgotados os prazos para a interposição dos recursos previstos na legislação processual.

Assim, nos termos expendidos, não há como prosperar o argumento defensivo, no tocante à exclusão dos serviços de Auxílio à Lista do campo de incidência do ICMS - Comunicação.

Quanto à alegação de que a multa aplicada tem caráter confiscatório não há como prosperar haja vista que este órgão não tem competência para afastar a aplicabilidade da Legislação Tributária Estadual, assim como não lhe cabe competência para decretar a inconstitucionalidade de seus dispositivos, no presente caso àqueles relativos à aplicação das aludidas multas, em conformidade com o art. 167, do RPAF-BA/99, bem como as decisões dos Tribunais apontados pelo autuando não vinculam os atos administrativos dessa unidade federativa.

Ante o exposto Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

Inconformado com a procedência do Auto, o autuado interpõe Recurso Voluntário (Fls. 262 a 273) com base no Art. 169, inciso I, alínea “b” do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alegando os argumentos a seguir apresentados.

Em sede de preliminar, pede pela nulidade do Termo de Intimação, por erro na identificação do sujeito passivo.

Inicia dizendo que o Serviço de Informação de Código de Acesso (serviço de auxílio à lista telefônica ou telelista) tem como objetivo prestar informações aos usuários sobre o Código de Acesso de Assinantes. Tal serviço é realizado exclusivamente pelas prestadoras do Serviço Telefônico Fixo Comutado (STFC), destinado ao uso do público em geral, ou seja, as empresas responsáveis pelo serviço de auxílio à lista telefônica (telelista) são aquelas que operam na telefonia fixa, que mantêm contrato com a empresa de telefonia celular (**Doc. 03** – no CD-Rom), para que seja possível a realização dessa operação.

Assim, toda vez que a operadora de telefonia móvel, tal qual a Recorrente, deseja disponibilizar tal serviço aos seus clientes, deve, primeiramente, contratar com a operadora de telefonia fixa, a fim de que esta, o ofereça. Logo, sendo o serviço de auxílio à lista telefônica de responsabilidade das prestadoras de telefonia fixa, não há qualquer motivação para imputar à Recorrente a responsabilidade pelo recolhimento do imposto.

Ainda que fosse considerado um serviço de comunicação, que não é o caso, o ICMS, caso incidisse sobre a prestação do referido serviço, seria devido pelas operadoras de telefonia fixa, e não pelas operadoras de telefonia móvel, visto serem estas as prestadoras do serviço.

Como forma de exemplificar a Recorrente requer a juntada das anexas notas fiscais (**Doc. 04** - no CD-ROM), que comprovam que o serviço de auxílio à lista é cobrado do consumidor final, para, posteriormente, ser repassado à empresa de telefonia fixa. Desse modo, quando a autuação identifica a Recorrente como sujeito passivo da obrigação principal, o faz de forma equivocada, na medida em que não se trata da pessoa jurídica responsável pela execução do serviço, além do fato do serviço em questão não estar sujeito à tributação pelo imposto.

Em seguida, fala da não incidência do ICMS sobre o serviço de auxílio a lista. Diz que o ICMS é um tributo de competência estadual, cuja regra-matriz de incidência, prevista no art. 155, II da CF/88 e incide sobre as operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior (grifamos).

O art. 2º, III da Lei Complementar nº 87, de 13.09.1996, prevê de igual modo ao texto constitucional, ou seja, determinou como hipótese de incidência do ICMS, dentre outras, as prestações onerosas de serviços de comunicação, em cujo conceito se inserem os de telecomunicações, qual seja 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.

Entretanto, o serviço de auxílio à lista (telelista) é considerado como uma atividade meramente preparatória ao serviço de telecomunicação, sendo considerado, portanto, como Serviço de Valor Adicionado (SVA). De acordo com o art. 61, § 1º da Lei nº 9.472/1997, o SVA se caracteriza como um serviço que acrescenta, a um serviço de telecomunicações, que lhe dá suporte e com o qual não se confunde, uma nova utilidade relacionada ao acesso, armazenamento, apresentação, movimentação ou recuperação de informações, não se caracterizando em nenhum momento como serviço de telecomunicações,

Por sua vez, o art. 3º da Resolução ANATEL nº 73, de 25.11.1998, dispõe da mesma forma que a Lei nº 9.472/1997, isto é, deixa explícito que os SVA não constituem serviço de telecomunicação.

Conclui-se, portanto, que o ICMS somente incide quando há efetiva transmissão de mensagens, do emissor “A” para o receptor “B”, por um terceiro contratado para tanto (prestador do serviço de telecomunicação).

Assim, a atividade de meio, preparatória e conexa ao serviço de telecomunicação, ou seja, que a ele adicione facilidades, mas que não envolva a consecução de uma efetiva relação comunicativa, se afasta da hipótese de incidência do imposto em tela.

Com efeito, 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. 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.

É o que se denota quando da leitura da ementa de acórdão exarado 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 como um recurso representativo da controvérsia:

“PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. ICMS. SERVIÇOS CONEXOS (SUPLEMENTARES) AO DE COMUNICAÇÃO (TELEFONIA MÓVEL): 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 SERVIÇO; BLOQUEIO DDD E DDI; HABILITAÇÃO; RELIGAÇÃO. NÃO INCIDÊNCIA DO ICMS.”

A incidência do ICMS, no que se refere à prestação dos serviços de comunicação, deve ser extraída da Constituição Federal e da LC 87/96, incidindo o tributo sobre os serviços de comunicação prestados de forma onerosa, através de qualquer meio, inclusive a geração, a emissão, a recepção, a transmissão, a retransmissão, a repetição e a ampliação de comunicação de

qualquer natureza (art. 2º, III da LC 87/96).

A prestação de serviços conexos ao de comunicação por meio da telefonia móvel (que são preparatórios, acessórios ou intermediários da comunicação) não se confunde com a prestação da atividade fim — processo de transmissão (emissão ou recepção) de informações de qualquer natureza —, esta sim, passível de incidência pelo ICMS. Desse modo, a despeito de alguns deles serem essenciais à efetiva prestação do serviço de comunicação e admitirem a cobrança de tarifa pela prestadora do serviço (concessionária de serviço público), por assumirem o caráter de atividade meio, não constituem, efetivamente, serviços de comunicação, razão pela qual não é possível a incidência do ICMS.

Diz que não merece reparo a decisão que admitiu o ingresso de terceiro no feito, pois o art. 543-C, § 4º do CPC autoriza que o Ministro Relator, considerando a relevância da matéria tratada em recurso especial representativo da controvérsia, admita a manifestação de pessoas, órgãos ou entidades com interesse na questão jurídica central.

O Egrégio Supremo Tribunal Federal já assentou que os SVA efetivamente se distinguem dos serviços de telecomunicações. Nos autos da ADI – MC nº 1.491/DF, o Ministro Relator Carlos Velloso asseverou que, ontologicamente, o serviço de telecomunicações não se identifica com o serviço de valor adicionado:

“PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. ACÓRDÃO ADEQUADAMENTE FUNDAMENTADO. ICMS. SERVIÇOS DE ANÚNCIO E TELEGRAMA FONADO E TELELISTA. VALOR ADICIONADO. NÃO-INCIDÊNCIA.

- 1. A solução integral da controvérsia, com fundamento suficiente, não caracteriza ofensa ao art. 535 do CPC.*
- 2. Os serviços de anúncio e telegrama fonado e telelista valem-se da telecomunicação, que lhes dá suporte, para acrescentar utilidades relacionadas ao acesso e à apresentação de informações. Esta é a definição de serviço de valor adicionado, que não se confunde com o de telecomunicação, nos termos do art. 61 da Lei 9.472/1997.*
- 3. In casu, esses serviços nem sequer são prestados pelas concessionárias de telefonia, que são apenas “intermediadoras da cobrança das tarifas”, conforme aferiram as instâncias de origem.*
- 4. A jurisprudência pacífica do STJ, pela não-incidência do ICMS sobre os serviços de valor adicionado, deve ser aplicada ao caso.*
- 5. Recurso Especial não provido.” (REsp 1206428/RJ, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/11/2010, DJe 04/02/2011. Grifamos)*

Diz ser possível verificar, mais uma vez, que o Fisco Estadual, ao lavrar o Auto de Infração em referência, na verdade, tributou Serviço de Valor Adicionado, em que não há a incidência do ICMS – por disposição legal e entendimento jurisprudencial. Outrossim, o serviço de auxílio à lista (telelista) está previsto na Lista Anexa da Lei Complementar nº 116/03, mais detidamente no item 17.01, que assim dispõe:

17.01 – Assessoria ou consultoria de qualquer natureza, não contida em outros itens desta lista; análise, exame, pesquisa, coleta, compilação e fornecimento de dados e informações de qualquer natureza, inclusive cadastro e similares.

De fato, o objetivo desse serviço é prestar assessoria ao usuário da rede de telecomunicações que deseje saber o número do telefone de determinado assinante, loja, ou estabelecimentos em geral. Pelo exposto, resta claro que a cobrança do ICMS é indevida, em razão da inequívoca comprovação de que o serviço de telelista é uma atividade preparatória ao serviço de telecomunicação, cuja prestação não se caracteriza como fato gerador do tributo.

Não obstante o fato do ICMS ser indevido, e conforme já destacado acima, a Recorrente 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. 05 – no CD-Rom**), determinando a não inclusão de serviços constantes da cláusula primeira do Convênio ICMS 69/98 na base de cálculo do ICMS, nos seguintes termos:

“Diante de tais considerações, concedo parcialmente a segurança pleiteada para determinar que os valores cobrados a título de ICMS incidam apenas sobre a atividade fim da impetrante, retirando do seu cálculo o previsto pelo Convênio nº 69/98.(...)”

Dessa forma, o Fisco não pode proceder de forma divergente da determinação constante da decisão judicial obtida pela Recorrente, ou seja, a esfera administrativa é obrigada a respeitar a decisão judicial. Cumpre ressaltar, ainda, que a decisão transitada em julgado no Mandado de Segurança nº 0001542-92.2010.8.05.0000 não configura, neste caso, mera decisão ilustrativa da jurisprudência atual.

Trata-se, na verdade, de ordem judicial na qual figura como Recorrente a empresa TIM CELULAR S.A. contra ato coator praticado pelo Secretário da Fazenda do Estado da Bahia, ou seja, estão diretamente ligados à ordem judicial em comento tanto o Autuante como a Autuada, ora Recorrente, do Auto de Infração em tela.

Logo, o Auto de Infração em epígrafe foi lavrado para cobrança ilegal, sem observar o entendimento jurisprudencial, e, ainda, desrespeitando ordem judicial já transitada em julgado, pelo que deve ser reformada a decisão ora recorrida, sendo cancelada a cobrança de ICMS.

Questiona também que a multa aplicada é abusiva e tem nítido caráter confiscatório, pois equivale a 60% (sessenta por cento) do valor do imposto supostamente devido.

A ilegalidade e o caráter confiscatório da multa imposta ao contribuinte incorre em violação frontal aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, bem como à proibição da utilização da tributação para fins confiscatórios.

Dessa forma, ainda que o tributo seja devido, a multa aplicada é desarrazoada e desproporcional, tendo em vista o excessivo encargo que está sendo imposto à Recorrente. A penalidade deveria ter sido aplicada em um patamar compatível com a gravidade da infração supostamente cometida, sob pena de desrespeito aos princípios da legalidade tributária, razoabilidade, proporcionalidade e do não-confisco.

O Supremo Tribunal Federal já se manifestou quanto à possibilidade de aplicação do princípio de vedação ao confisco às multas quando são arbitrariamente impostas, caracterizando desproporcionalidade com a infração.

A mera alusão à mora, pontual e isoladamente considerada, é insuficiente para estabelecer a relação de calibração e ponderação necessárias entre a gravidade da conduta e o peso da punição. É ônus da parte interessada apontar peculiaridades e idiossincrasias do quadro que permitiriam sustentar a proporcionalidade da pena almejada. Agravo regimental ao qual se nega provimento. (STF, RE nº 523.471 AgR/MG, rel. Min. Joaquim Barbosa, DJe de 06.04.2010), dentro outros.

Por fim, diz que os valores cobrados no presente caso são evidentemente abusivos, configurando um verdadeiro confisco do patrimônio do contribuinte, não encontrando características quaisquer de razoabilidade, de proporcionalidade ou legalidade e requer que seja dado provimento integral ao presente Recurso Voluntário, para que o Acórdão ora recorrido seja plenamente reformado, sendo declarada improcedente a autuação. E, caso assim não se compreenda, pugna pela redução da multa aplicada para um patamar razoável.

Requer que 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 Rio Branco, nº 99, 7º andar, Centro, Rio de Janeiro, RJ.

VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário em razão da decisão proferida por meio do Acórdão da 3ª Junta de Julgamento Fiscal nº 0113-03/18, que por unanimidade, julgou Procedente o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 22/12/2015, interposto nos termos no Art. 169, I, alínea “b” do RPAF que exige o valor histórico de R\$ 41.338,51 tendo em vista a infração pela falta de recolhimento do ICMS na prestação de serviço de comunicação por escrituração de valores tributados como não tributados, nos meses de janeiro a dezembro de 2013, Infração, com base no Art. 1º, inciso III, Art. 2º, inciso VII e Art. 32 da Lei nº 7.014/96 e multa prevista do Art. 42, inciso II, alínea “a” da mesma Lei.

Quanto a preliminar de nulidade da Intimação suscitada pela Defesa, sob o argumento de que

tendo sido o serviço realizado pelas Prestadoras de Serviço Telefônico Fixo Comutado - STFC e não pela Recorrente, essa pretensão não deve prosperar, tendo em vista que, o fato de terceirizar o serviço, objeto da autuação, não exime a Recorrente da condição de prestador de serviço ao seu cliente, cujos serviços são por ele faturados. Logo, o contrato de prestação de serviços é celebrado entre a Recorrente e seus clientes, não atraindo qualquer responsabilidade para o executor contratado pela ora Recorrente. Ou seja, não há que falar em nulidade do Termo de Intimação por erro de identificação do sujeito passivo. Nulidade Rejeitada.

Com base nos dispositivos citados pelo autuante, o 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, dentre outros, a prestação de serviços de comunicação, e incide sobre *“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”*.

A regra matriz de incidência do ICMS, conforme previsto no respectivo dispositivo, foi estabelecida pela Constituição Federal, sendo ela totalmente delineada na Lei Complementar nº 86/97. Definições constantes também na Lei Geral das Telecomunicações (LGT - Lei nº 9.472/97), Resolução ANATEL nº 73/98 e também no RICMS/BA e os serviços sobre os quais há incidência do ISS estão previstos na LC 116/03.

A própria CF, no seu art. 146, III, “a” e “b” determina que somente Lei Complementar poderá dispor sobre matéria tributária, inclusive quanto à definição de tributos, fato gerador, obrigação tributária e base de cálculo. Nesse sentido, a Lei Complementar nº 87/96 que é o diploma legal competente para dispor sobre as normas do ICMS, estabelece no seu art. 12, VII a hipótese de incidência do ICMS nos serviços de telecomunicação, *in verbis*:

LC 87/96:

Art. 12. Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento:

(...)

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

Deste modo, entendo que os serviços de auxílio à lista, como no caso da cobrança no presente auto de infração, não estão na hipótese de incidência do ICMS sobre serviços de comunicação, mas sim, no campo de incidência do ISS, nos termos do Art. 1º e item 14.02 da LC 116/03.

Importante salientar que o art. 13, III da LC 87/96 ao eleger como base de cálculo do ICMS nos serviços de comunicação o preço do serviço, confirma o critério material da hipótese de incidência do imposto. Desta forma, não soa razoável que os Estados alterem a base de cálculo do ICMS incluindo no seu campo de incidência serviços que não são de comunicação, apenas por serem adicionais que a empresa oferece.

Face às alegações da Recorrente que a JJF baseou-se no disposto no § 11, do Art. 17 da Lei nº 7.014/96, ao prevê que incluem-se na base de cálculo do ICMS das prestações de serviço de comunicação 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, vai totalmente de encontro ao previsto nas respectivas Leis Complementares e nas legislações anteriormente citadas (CF, Lei das Comunicações e Resolução ANATEL).

A Lei Complementar nº 9.472 (Lei Geral das Telecomunicações), em seu art. 60 explica os conceitos de serviços de telecomunicações e o que seriam os serviços de valor adicionado. Segue abaixo transcrito:

Art. 60. Serviço de telecomunicações é o conjunto de atividades que possibilita a oferta de telecomunicação.

§ 1º Telecomunicação é a transmissão, emissão ou recepção, por fio, radioeletricidade, meios ópticos ou

qualquer outro processo eletromagnético, de símbolos, caracteres, sinais, escritos, imagens, sons ou informações de qualquer natureza.

§ 2º Estação de telecomunicações é o conjunto de equipamentos ou aparelhos, dispositivos e demais meios necessários à realização de telecomunicação, seus acessórios e periféricos, e, quando for o caso, as instalações que os abrigam e complementam, inclusive terminais portáteis.

Art. 61. Serviço de valor adicionado é a atividade que acrescenta, a um serviço de telecomunicações que lhe dá suporte e com qual não se confunde, novas utilidades relacionadas ao acesso, armazenamento, apresentação, movimentação ou recuperação de informações.

§ 1º Serviço de valor adicionado não constitui serviço de telecomunicações, classificando-se seu provedor como usuário do serviço de telecomunicações que lhe dá suporte, com os direitos e deveres inerentes a essa condição.

§ 2º É assegurado aos interessados o uso das redes de serviços de telecomunicações para prestação de serviços de valor adicionado, cabendo à Agência, para assegurar esse direito, regular os condicionamentos, assim como o relacionamento entre aqueles e as prestadoras de serviço de telecomunicações (grifo nosso).

Percebe-se, a partir da leitura do texto acima, que tais serviços auxiliares, facilitadores da comunicação, não se confundem com a comunicação propriamente dita, conforme o art. 61 supracitado. Este inclusive já é o entendimento deste eg Conselho, através dos Acórdãos CJF Nº 0374-11/22-VD e CJF Nº 0354-11/21-VD.

É possível verificar a existência de sentenças e acórdãos do Tribunal de Justiça da Bahia, recursos especiais julgados pelo Superior Tribunal de Justiça (*Aglns no REsp 1.547.732. rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado 17/03/2017; RESP 816.512/PI, Min. Luiz Fux. jl, 1702/2010; AgRg no AG 1.301.934. Min. Herman Benjamin. j. 27/09/2010*), decisões que entendem o auxílio à lista como uma “facilidade adicional”, e, portanto, serviço de valor adicionado. Mais recentemente o Superior Tribunal de Justiça julgou Recurso Especial REsp 1.721.126/RJ, j. 26/02/2019, onde entendeu que não incide o ICMS sobre o Auxílio à Lista (102). Transcrevo ementa conforme abaixo.

TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL ENUNCIADO ADMINISTRATIVO N.2/STJ. OFENSA AO ARTIGO 535 DO CPC/1973. NÃO CARACTERIZAÇÃO. ICMS. NÃO INCIDÊNCIA NOS SERVIÇOS DE PRESTAÇÃO DE INFORMAÇÕES CONHECIDO COMO “AUXÍLIO À LISTA”. MERO “SERVIÇO DE VALOR ADICIONADO” AO DE COMUNICAÇÃO. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE PROVIDO.

Quanto às multas aplicadas, estão previstas no Art. 42, inciso III, alínea “a” da Lei nº 7.014/96 e não cabe a este conselho decretar a inconstitucionalidade de seus dispositivos, no presente caso àqueles relativos à aplicação das aludidas multas, em conformidade com o art. 167 do RPAF-BA/99.

Deste modo, por todo o exposto, não há como se manter a autuação, devendo ser excluídos os valores concernentes a serviços que não são serviços de comunicação nos termos da LC 87/96 e demais dispositivos citados anteriormente, razão pela qual voto pelo PROVIMENTO do Recurso Voluntário, tornando o Auto de Infração totalmente INSUBSISTENTE.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº 269135.0011/15-2, lavrado contra **TIM CELULAR S.A.**

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 19 de Março de 2025.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

EVALDA DE BRITO GONÇALVES – RELATORA

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