

PROCESSO - A. I. Nº 269135.0008/17-8
RECORRENTE - TELEFÔNICA BRASIL S.A.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JJF nº 0168-03/17
ORIGEM - DAT METRO / IFEP SERVIÇOS
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 20/05/2025

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO CJF Nº 0114-12/25-VD**

EMENTA: ICMS. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO. SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO. OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS ESCRITURADAS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. O ICMS incide sobre todas as prestações onerosas de serviços de comunicação, por qualquer meio, inclusive a geração, a emissão, a recepção, a transmissão, a retransmissão, a repetição e a ampliação de comunicação de qualquer natureza. A ocorrência do fato gerador se configura no momento da ativação dos créditos em terminal de uso particular. Afastada a exigência relativa ao serviço “seleção premiada, após Parecer PGE/PROFIS e diligência à CONSEF/ASTEC. Afastado pedido de anulação do auto por ilegitimidade passiva e por suposta exigência baseada em presunção. Indeferidos os pedidos pela realização de diligência. Alterada a Decisão recorrida. Recurso **PARCIALMENTE PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra Decisão que julgou pela Procedência do Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 29/03/2017, em razão da seguinte irregularidade:

***Infração 01 - 02.08.38** - 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 2015, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 27.668.322,73, acrescido de multa de 60%, prevista no Art. 42, II, “a”, da Lei nº 7.014/96.*

Consta em complemento que o Autuado “não ofereceu à tributação receitas de telecomunicações oriundas de prestação de serviços com código de serviço “01” prestados a contribuintes não isentos, havendo tributado apenas parcialmente estes serviços”.

A 3ª JJF decidiu pela Procedência do Auto de Infração, por unanimidade, mediante o Acórdão nº 0168-03/17 (fls. 3.009 a 3.018), com base no voto a seguir transcrito:

“No que diz respeito à preliminar de nulidade suscitada pelo Defendente no tocante à ilegitimidade passiva, por não ser contribuinte ou responsável pelo recolhimento do ICMS, ora exigido, pois apenas disponibiliza os meios para a prestação do serviço, ainda que seja responsável pelo faturamento, constato que tal pretensão não procede.

Convém assinalar que a cláusula décima primeira do Convênio ICMS 126/98 permite a impressão conjunta de nota fiscal de serviço de telecomunicação com a nota fiscal de outra empresa em um único documento de cobrança, notas fiscais referentes a mais de uma empresa. Entretanto, apesar da defesa alegar que parte da cobrança refere-se a serviços prestados por terceiro, ela está sendo feita em uma única nota fiscal, emitida pelo Autuado.

Ao teor do inciso X, do art. 6º da Lei nº 7.014/96 é considerado solidariamente responsável pelo pagamento do imposto e demais acréscimos legais devidos o contribuinte de direito a empresa de comunicação cobradora do serviço, mediante convênio entre este Estado e as demais unidades da Federação, em relação à prestação efetivada por mais de uma empresa.

Assim, constatado que na cobrança da nota fiscal emitida pelo Autuado inclui a prestação de serviço feita por outra empresa, não deve prosperar a nulidade suscitada por ilegitimidade passiva sob a argumentação de que os serviços foram prestados pela empresa T-DATA.

Também não deve prosperar a preliminar de nulidade sob a alegação de que a autuação foi baseada em presunção de ocorrência do fato gerador, haja vista que resta indubitavelmente evidenciado nos autos que o Auto de Infração se alicerça na indevida adoção de tratamento de isenção à prestação de serviço supostamente realizada por outra empresa. Os valores apurados encontram-se devidamente declarados na escrituração fiscal do Autuado, feita com base no Convênio ICMS 115/03, como se fossem por ele prestados. Logo, não há que se falar em presunção como quer, indevidamente, fazer crer a defesa.

Nestes termos, ficam superados os questionamentos acerca das preliminares de nulidade suscitadas pelo Impugnante.

Constato também que foram observados todos os requisitos que compõem o Auto de Infração, previstos no art. 39, do RPAF-BA/99, bem como, inexistem quaisquer dos óbices previstos na legislação de regência e no art. 18, do RPAF-BA/99 que pudessem inquinar de nulidade a autuação.

No que tange ao pedido do impugnante para realização de perícia para comprovação de suas razões de defesa, não vislumbro qualquer necessidade de informações ou de conhecimentos técnicos especializados para o deslinde da matéria, os elementos já coligidos nos autos são suficientes para se firmar o juízo e convicção, indispensáveis para a Decisão da lide. Assim, indefiro o pedido de realização de perícia, ou mesmo de diligência, com base no art. 147, incisos I e II, alíneas “a” e “b” do RPAF-BA/99.

No mérito, a exigência fiscal veiculada no presente Auto de Infração decorre da falta de recolhimento do ICMS na prestação de serviço de comunicação por escrituração de valores tributáveis como não tributáveis, consoante demonstrativos acostados às fls. 07 e 08 e CD apensado à fl. 14.

Em sede de defesa, o Autuado sustentou não ter dúvidas de que os Serviços de Valor Adicionado não devem ser incluídos na base de cálculo do ICMS, uma vez que somente os serviços de comunicação são fatos geradores do imposto estadual. Asseverou que outras atividades que não o serviço de comunicação em si, ainda que prestadas por empresa de telefonia, não estão sujeitas ao ICMS, razão pela qual, a presente exigência fiscal deve ser integralmente cancelada.

Explicou que os valores que não foram incluídos na base de cálculo do ICMS - e ensejaram a lavratura do Auto de Infração em referência - são relacionados à comercialização de aplicativos, músicas, jogos e outros serviços que não se enquadram no conceito de comunicação, mas sim, ao conceito de Serviço de Valor Adicionado e, portanto, não podem sofrer a incidência do referido imposto.

Como se depreende das alegações da defesa em cotejo com a acusação fiscal, a inclusão ou não dos Serviços de Valor Adicionados (aplicativos, músicas, jogos e outros serviços) prestados pelo Autuado na base de cálculo do ICMS, se configura na questão central a ser decidida nos presentes autos.

O inciso VII, do art. 2º, da lei nº 7.014/96 estabelece que 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;

O fato gerador do imposto da prestação onerosa de serviços de comunicação de qualquer natureza consoante a alínea “b”, do inciso XIII, do art. 4º, da Lei 7.014/96 ocorre no momento do reconhecimento ou ativação dos créditos caso o serviço seja prestado mediante ficha, cartão ou semelhantes, quando para utilização exclusivamente em terminal de uso particular.

A Lei nº 9.472/1997 - Lei Geral de Telecomunicações conceitua em seu art. 60 o serviço de telecomunicação como sendo um “conjunto de atividades que possibilita a oferta de telecomunicação”, o que demonstra que a prestação em exame não ocorre apenas quando se realiza a telecomunicação, mas abrange até mesmo a sua disponibilização, estendendo-se a todo o conjunto de atividades a ela relacionadas, o que implica em computar na base de cálculo do imposto as facilidades e serviços complementares, que a agilize ou otimize.

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.

Entendo que, acordo com a legislação de regência, fica patente que os Serviços de Valor Adicionados (aplicativos, músicas, jogos e outros serviços) prestados pelo Autuado se constitui prestação onerosa de comunicação constante no documento fiscal emitido pelo autuado e está sujeita à incidência do ICMS.

Ademais, a posição assente deste CONSEF é no sentido de que todas as facilidades e atividades vinculadas às prestações de serviço de comunicação compõem a base de tributação do ICMS. Portanto, os chamados Serviços de Valor Adicionado, cobrados dos usuários de serviços de comunicação, devem ser incluídos na base de cálculo do ICMS. A exemplo dos Acórdãos CJF Nº 082-12/13, CJF Nº 210-12/16 e CJF Nº 197-11/16.

Logo, a inclusão na base de cálculo do tributo dos valores decorrentes de aplicativos, músicas, jogos e outros serviços de comunicação prestados contra os quais o Autuado se insurge, afigura-se em total consonância com

a legislação de regência e com as decisões reiteradas emanadas das Câmaras deste CONSEF.

Assim concluo pela subsistência da autuação.

No tocante ao questionamento acerca da natureza desproporcional e confiscatória bem como de sua inconstitucionalidade da multa aplicada no presente Auto de Infração, consigno que não deve prosperar. De acordo com o inciso I, do art. 167, do RPAF-BA/99, não é competência deste órgão julgador a declaração de inconstitucionalidade da legislação tributária estadual. Ademais, a multa sugerida está prevista no inciso II, alínea “a”, art. 42, da Lei nº 7.014/96, portanto, por falecer competência a esta JJF para negar eficácia ao direito posto, fica mantida.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.”

O Autuado apresentou Recurso Voluntário (fls. 3.028 a 3.048), nos termos do Art. 169, I, “b” do RPAF/99, no qual relatou que, por força do que determina o Convênio ICMS 55/2005 e o Art. 12, VII e § 1º da Lei Complementar nº 87/96, recolhe o imposto sobre o valor dos cartões pré-pagos antecipadamente, no momento em que seus clientes habilitam os créditos do respectivo cartão, partindo da premissa de que todo o valor dos créditos adquiridos será utilizado pelos clientes em serviços de telecomunicação.

Explicou que, com o avanço tecnológico dos aparelhos celulares, que hoje fazem as vezes de verdadeiros computadores, além dos serviços de comunicação (sujeitos à incidência do ICMS), os créditos adquiridos por meio de cartões pré-pagos podem ser utilizados pelos clientes para a aquisição de aplicativos, jogos, toques, músicas e outros produtos, chamados de SVA, que não são serviços de comunicação e, portanto, não entram na base de cálculo do ICMS.

Informou que, para cada cartão pré-pago vendido, tem a informação precisa do valor utilizado pelo cliente com serviços de comunicação e do valor consumido com SVA, conseguindo apurar o ICMS devido exclusivamente sobre os serviços de telecomunicação.

Descreveu que, no momento da primeira aquisição e habilitação do crédito do cartão pré-pago pelo cliente, emite Nota Fiscal de Serviços de Telecomunicação – Modelo 22 (“NFST”) com destaque do ICMS incidente sobre a integralidade dos créditos adquiridos pelo cliente e recolhimento integral do imposto, como se todos os créditos fossem ser utilizados em serviços de comunicação, a exemplo da NFST nº 643.844, cuja cópia anexou.

Acrescentou que, no momento da aquisição de mais créditos de cartão pré-pago pelo mesmo cliente (recarga), emite NFST sem a incidência do imposto estadual sobre o valor dos créditos que foram utilizados pelo cliente para consumo de SVA na compra anterior, e a base de cálculo da próxima nota fiscal deverá ser o valor da recarga menos o valor de SVA consumido anteriormente.

Concluiu que, por meio dessa sistemática, recolhe o ICMS apenas sobre os valores que efetivamente são referentes a serviços de telecomunicação e repassa os valores relativos aos SVA à empresa que efetivamente presta esses serviços, Telefônica Data S.A. (T-DATA), arguindo a nulidade do Auto de Infração por ilegitimidade passiva por entender que a referida empresa T-DATA é a prestadora dos serviços de valor adicionado.

Alegou também a nulidade da autuação por entender que o imposto foi exigido com base em mera presunção da ocorrência do fato gerador do ICMS, já que os serviços prestados não são comunicação, colacionando ementas de julgamento do TJ/SP sobre a tributação de demanda contratada e do Acórdão CJF nº 0001-12/13 sobre nulidade em razão de incerteza quanto à existência da ilicitude.

No mérito, questionou a inclusão dos serviços de valor adicionado na base de cálculo do ICMS, uma vez que outras atividades que não o serviço de comunicação em si, ainda que prestadas por empresa de telefonia, não estão sujeitas ao ICMS, juntando excerto da ementa dos Embargos de Divergência em Recurso Especial – Eresp nº 456.650/PR, que ensejou a edição da Súmula nº 334 pelo STJ.

Ressaltou que jamais pretendeu discutir a constitucionalidade da multa imposta, mas apenas a sua

abusividade, pugnando pelo seu afastamento ou redução a percentuais condizentes.

Requeru o provimento do Recurso Voluntário para o reconhecimento da sua nulidade ou improcedência, ou ainda a conversão em diligência, sendo assegurado o direito à produção de qualquer meio de prova, em especial a juntada de novos documentos, e protestou pela intimação pessoal do seu patrono, cujo nome indicou, sob pena de nulidade.

Esta 2ª CJF encaminhou o processo em diligência para a PGE/PROFIS para emissão de parecer jurídico acerca de todas as questões relacionadas com a aplicação da lei e da jurisprudência suscitadas na peça recursal ou quaisquer outras questões jurídicas relevantes que podem contribuir no julgamento administrativo (fl. 3.071).

A PGE/PROFIS pediu a realização de diligência para que o Autuado explicitasse os serviços “seleção premiada” e “serviços de interatividade”, explicando o seu funcionamento e a forma de cobrança ao usuário (fl. 3.074).

Em pauta suplementar, esta 2ª CJF decidiu, por unanimidade, encaminhar o presente processo à IFEP SERVIÇOS para que os Autuantes, ou outro Auditor Fiscal a ser designado, intimem o Autuado para que este explicitasse os serviços “seleção premiada” e “serviços de interatividade”, explicando o seu funcionamento e a forma de cobrança ao usuário (fl. 3.080).

Um dos Autuantes anexou a resposta do Autuado à intimação efetuada nos termos solicitados (fls. 3.085 e 3.086), e registrou que os serviços consistem em serviços de valor adicionado – SVA, que devem ser integralmente tributados na forma do Art. 17, § 11, VIII da Lei nº 7.014/96 (fl. 3.084).

O Autuado informou que os “serviços de interatividade” compreendem os produtos, serviços e/ou conteúdos que acrescentam a um serviço de telecomunicações, que lhes dá suporte e com o qual não se confundem, novas utilidades relacionadas ao acesso, armazenamento, apresentação, movimentação ou recuperação de informações, sendo estes criados e/ou desenvolvidos por empresas parceiras, sendo comercializados, prestados e/ou distribuídos pelo Autuado utilizando transmissão de dados, voz ou SMS, e cobrados via fatura na linha “Serviços de Terceiros” e/ou via desconto do saldo de recarga dos clientes pré-pagos.

Acrescentou que o serviço “seleção premiada” foi uma promoção de recarga, vigente de 13/03/2013 a 29/07/2016, na qual o cliente ganhava cupons para concorrer a prêmios, pagos mediante títulos de capitalização, e tinham suas chances ampliadas adquirindo os serviços de interatividade que relacionou.

A PGE/PROFIS emitiu parecer opinando pelo Não Provimento do Recurso Voluntário, acolhido pela PGE/PROFIS/NCA, onde sustentou que não há como dar sufrágio à tese de ilegitimidade passiva, bem como não há como emoldurar ao conceito de serviços adicionais os serviços “seleção premiada”, por se tratar de um programa de premiação atrelado à recarga ou compra de serviços, sendo um valor acrescido à base de cálculo da prestação, e “serviços de interatividade”, por não serem prestados pelo Autuado, mas disponibilizado em sua plataforma (fls. 3.132 a 3.136).

Em sessão de julgamento, esta 2ª CJF, considerando o disposto no Processo SEI nº 006.10299.2019.0011365-83, que trata da consolidação da jurisprudência sobre a não incidência do ICMS sobre serviços considerados adicionais ou preparatórios ao de comunicação, referendado pelo Procurador Geral do Estado em 05/11/2019, decidiu, por unanimidade, encaminhar o presente processo à PGE/PROFIS solicitando a manifestação jurídica para responder a seguinte questão: Incide o ICMS sobre os serviços “seleção premiada” e “serviços de interatividade”? (fl. 3.139).

A PGE/PROFIS emitiu novo parecer opinando pelo Provimento Parcial do Recurso Voluntário, com a exclusão dos serviços “seleção premiada” do bojo do lançamento (fl. 3.143).

O Autuado apresentou memorial esclarecendo que recolhe ICMS sobre o valor dos cartões pré-pagos antecipadamente, mas os créditos são utilizados pelos clientes tanto na aquisição de serviços de telecomunicação quanto de serviços adicionais/suplementares, como jogos, músicas, aplicativos, notícias, horóscopo, futebol, dentre outros, os chamados Serviços de Valor

Adicionado – SVA (fls. 3.145 e 3.146).

Alegou que os SVA não estão sujeitos à incidência do ICMS, por não constituírem serviços de telecomunicação, nos termos do Art. 61, § 1º da Lei nº 9.472/97, e de entendimento pacífico do TJ/BA (*Apel. 0347743-27.2014.8.05.0001 e EDcl. 0336540-68.2014.8.05.0001/50001*), *STJ (EREsp 456.650 e Súmula nº 334)* e *STF (RE 572.020)*.

Disse que adota a seguinte sistemática: Na 1ª habilitação dos créditos, recolhe ICMS sobre o valor integral da nota fiscal, como se todos fossem ser consumidos com serviços de telecomunicação, e no momento da habilitação dos créditos subsequentes, emite a nota fiscal sem submeter à incidência do ICMS os créditos que haviam sido utilizados para a compra de SVA, os quais são integralmente repassados a terceiros – Telefônica Data S/A – T-DATA.

Ressaltou que não há vedação ao procedimento adotado e que, em reunião recente do GT-40 Comunicações do CONFAZ, as autoridades fiscais apresentaram propostas para regulamentar a escrituração fiscal dos SVA, sendo uma das propostas a exata sistemática que adota.

Informou que anexou em sua Defesa extrato contendo o histórico de recargas e de consumo de SVA/Telecom, associação das notas fiscais em que houve o recolhimento antecipado do ICMS e o consumo dos SVA e notas fiscais emitidas, provando que os valores sobre os quais o ICMS não foi recolhido se referem exatamente aos SVA prestados aos usuários.

Requeru a conversão em diligência para que sejam analisados os documentos apresentados, bem como outros que as autoridades fiscais entendam necessários, ou que seja determinada a realização de perícia, para que sejam analisados os seus recolhimentos de ICMS em conjunto com os SVA prestados, comprovando a correção de seu procedimento de apuração e recolhimento de ICMS no período.

Esta 2ª CJF, em Pauta Suplementar, decidiu encaminhar o presente processo em DILIGÊNCIA para a IFEP SERVIÇOS, solicitando que um dos Autuantes, ou outro Auditor Fiscal a ser designado, elabore demonstrativos relacionando os valores devidos mensalmente em relação a cada serviço objeto da autuação (fl. 3.159).

Os Autuantes informaram que os valores objeto da autuação se referem a apenas um serviço, com o código “01”, cujas descrições divergem um pouco uma das outras, conforme exemplo que acostou (fls. 3.163 e 3.164):

COD. SERVIÇO	DESCRIÇÃO SERVIÇO
1	REC 5ON-LINE 513024
1	REC 6ON-LINE 514575
1	REC 8ON-LINE 517184
1	REC 4ON-LINE 517414
1	REC 2ON-LINE 518353
1	REC 2CARTAO 507164 4075167819935
1	REC 3CARTAO 508171 4092072308461
1	REC 7CARTAO 508393 0268131735044
1	REC 2CARTAO 508480 2704545088757
1	REC 1CARTAO 509133 8526684825135
1	REC 0CARTAO 511393 8226609550012
1	REC 6CARTAO 511490 4672411068369
1	REC 6OUTROS 503431
1	REC 7OUTROS 507303
1	REC 2OUTROS 507385
1	REC 1OUTROS 507505
1	REC 4OUTROS 508084
1	REC 9OUTROS 508180

Ratificaram que, em que pese a alegação do Autuado de que os serviços autuados não são de comunicação e se referem aos serviços “seleção premiada” e “serviços de interatividade”, não há nos dados do Convênio ICMS 115/03 em nenhum dos registros a descrição com estas terminologias.

O Autuado foi intimado do resultado da Diligência, mas se manteve silente.

Pautado para julgamento, esta 2ª CJF, decidiu encaminhar o presente processo em DILIGÊNCIA para a CONSEF/ASTEC, solicitando que fosse o Autuado intimado a apresentar demonstrativo, no prazo de 60 (sessenta) dias, relacionando todos os serviços não tributados de cada nota fiscal, objeto da autuação, indicando o valor, a nota fiscal original e descrição de cada serviço e, com base nestas informações, o Diligente deveria elaborar demonstrativo mensal por serviço.

Após dois pedidos de prorrogação, o Autuado apresentou as informações (mídia à fl. 3.196), que possibilitaram ao Diligente exarar o Parecer ASTEC nº 005/2024 (fls. 3.199 a 3.205), concluindo que os valores desonerados do ICMS seriam os indicados abaixo:

Mês/Ano	Valor Desonerado
fev/15	2,36
mar/15	19,84
mai/15	18,84
jun/15	14,86
ago/15	10,89
set/15	10,89
out/15	6,9
nov/15	1,98
dez/15	2,43
Valor Total	88,99

Intimado, o Autuado se manifestou no sentido de que os resultados que apontaram que os valores desonerados pelo ICMS, dos serviços prestados pela empresa, no período autuado, totalizariam, tão somente, a quantia de R\$ 88,99, são decorrentes do fato de que referidos documentos foram colhidos por amostragem e, de forma alguma, representam todas as operações ocorridas no período (fls. 3.212 a 3.215).

Alegou que os documentos apresentados não deixam dúvidas de que mantém um rígido controle dos serviços consumidos e da lisura do procedimento adotado a fim de tributar somente os serviços sujeitos ao ICMS.

Explicou novamente o procedimento adotado e ressaltou que, em caso idêntico, nos autos dos Embargos à Execução Fiscal nº 0324054-46.2017.8.05.0001, foi produzida prova pericial contábil para comprovação de que os valores que deixaram de ser tributados eram relativos a SVA, tendo sido prolatada sentença favorável em 1º grau, mantida integralmente pela 3ª Câmara Cível do TJ/BA, para cancelar integralmente os débitos de ICMS.

Reiterou o pedido pelo cancelamento da exigência fiscal.

Intimados, os Autuantes declararam ciência do Parecer ASTEC nº 005/2024, acrescentando que o Autuado mais uma vez não foi capaz de apresentar os documentos comprobatórios de que se tratam de serviços não tributados pelo ICMS, tendo sido intimado neste sentido por diversas vezes no momento da fiscalização, não sendo razoável o argumento de que seria operacionalmente impossível levantar, organizar e apresentar toda a documentação solicitada, porque os fatos geradores ocorreram há quase dez anos (fls. 3.238 e 3.239).

Em nova manifestação (fls. 3.244 a 3.251), o Autuado se manifestou no sentido de que os resultados que apontaram que os valores desonerados pelo ICMS, dos serviços prestados pela empresa, no período autuado, totalizariam, tão somente, a quantia de R\$ 88,99, são decorrentes de problemática metodológica da Fiscalização a qual, para chegar nesses valores, desconsiderou a documentação que apresentou ao longo deste processo administrativo e o fato de que referidos documentos foram colhidos por amostragem e, de forma alguma, representam todas as operações ocorridas no período.

Acostou aos autos o Termo de Constatação elaborado pela KPMG (fls. 3.253 a 3.266), recapitulou o seu modelo de negócios e como se opera o efetivo controle de apuração dos SVAs em contrapartida aos serviços de telecomunicação em si e reiterou o pedido pelo cancelamento da exigência fiscal.

Registro a presença do advogado do Autuado, que exerceu o seu direito regimental à sustentação oral, Sr. Rodrigo Correa Marrone, inscrito na OAB/SP sob o nº 206.989.

VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra Decisão que julgou pela Procedência do Auto de Infração em epígrafe, lavrado em razão da falta de recolhimento do ICMS na prestação de serviço de comunicação pela escrituração de valores tributados como não tributados.

Preliminarmente, o Autuado arguiu a nulidade do Auto de Infração por ilegitimidade passiva em função dos serviços serem prestados por outra empresa, TELEFÔNICA DATA S.A. (T-DATA), bem como por incerteza quanto à existência da ilicitude por entender que o imposto foi exigido com base em mera presunção da ocorrência do fato gerador do ICMS, já que os serviços prestados não são comunicação.

Quanto à tese de ilegitimidade passiva, concordo com o parecer da PGE/PROFIS, seja porque o acordo comercial entre o Autuado e a referida empresa T-DATA não pode vincular a esta SEFAZ/BA, afastando a exigência do imposto do contribuinte que emite a fatura de cobrança pelo serviço prestado, seja porque o Autuado ainda figuraria como responsável solidário nos termos do Art. 6º, XI da Lei nº 7.014/96.

No tocante à alegação de que os serviços prestados não são comunicação, trata-se de questão de mérito, que será tratada adiante neste voto. Assim, não há exigência fundada em mera presunção, mas a divergência sobre a incidência ou não do ICMS sobre os serviços.

Saliento que a ementa de julgamento do TJ/SP trata de tributação de demanda contratada de energia elétrica, não tendo relação com as operações ora analisadas, e o Acórdão CJF nº 0001-12/13 também não tem similitude com as operações em tela, ali o Auto de Infração foi julgado nulo em razão das mesmas operações terem sido exigidas em outro Auto de Infração.

Portanto, afasto as nulidades suscitadas.

Indefiro novo pedido de diligência, além dos já realizados, com base no Art. 147, I, “a” do RPAF/99, por considerar que os elementos contidos nos autos são suficientes para a formação de minha convicção, além de não terem sido elencados motivos para a sua realização, assim como não foram apresentadas outras provas, além das citadas no Relatório, como requerido no Recurso Voluntário.

Ressalto que não existe qualquer óbice para que o representante legal do Autuado receba as intimações relativas a este processo. Entretanto, a falta de intimação do representante legal não se constitui em motivo para a nulidade da comunicação desde que o Autuado seja intimado nos termos do Art. 108 e seguintes do RPAF/99.

No mérito, ficou demonstrado que os chamados “*serviços de interatividade*” são desenvolvidos por empresas parceiras do Autuado, que os disponibiliza em sua plataforma, cobrando um valor na fatura e repassando parte desse para o parceiro desenvolvedor.

Conforme registrado no Relatório, a PGE/PROFIS emitiu parecer pelo Provimento Parcial do Recurso Voluntário, com a exclusão do serviço “*seleção premiada*” do lançamento (fl. 3.143).

Entretanto, conforme registrado no Relatório, não há em nenhum dos registros do Convênio ICMS 115/03 a referência a estas terminologias, tendo sido confirmado pelo Autuado que se trata de recarga de créditos pré-pagos.

Não há previsão legal para o procedimento que o Autuado alegou efetuar nem provas de que foi efetivamente isso que ocorreu.

Conforme explicitado no parecer da PGE/PROFIS, consoante doutrina de Roque Carrazza, o ICMS incide sobre a “*relação comunicativa*”, fornecendo a terceiros, em caráter negocial, condições materiais para a ocorrência da comunicação. Portanto, o serviço de recarga está na incidência do

imposto.

Saliento que não há a possibilidade de acolhimento da alegação de que seria “operacionalmente impossível levantar, organizar e apresentar toda a documentação solicitada, porque os fatos geradores ocorreram há quase dez anos”, afinal cabe ao Autuado fazer a guarda da documentação fiscal que comprove suas operações pelo período decadencial ou, como é o caso, enquanto houver pendência de processo administrativo fiscal, até a sua decisão definitiva.

Contudo, acatando o disposto no Parecer PGE/PROFIS que opinou pela exclusão do serviço “seleção premiada” do bojo do lançamento (fl. 3.143), bem como a conclusão do Parecer ASTEC nº 005/2024 (fls. 3.199 a 3.205), no sentido de que tal serviço correspondeu ao valor total desonerado de ICMS de R\$ 88,99, entendo que estes valores devem ser expurgados da autuação, conforme demonstrado abaixo:

Data Ocorrência	Valor Auto de Infração	Valor 3ª JF	Valor Desonerado	Valor 2ª CJF
31/01/2015	2.297.813,97	2.297.813,97	-	2.297.813,97
28/02/2015	2.224.461,42	2.224.461,42	2,36	2.224.459,06
31/03/2015	2.427.702,44	2.427.702,44	19,84	2.427.682,60
30/04/2015	2.351.329,07	2.351.329,07	-	2.351.329,07
31/05/2015	2.461.490,22	2.461.490,22	18,84	2.461.471,38
30/06/2015	2.382.114,89	2.382.114,89	14,86	2.382.100,03
31/07/2015	2.378.468,72	2.378.468,72	-	2.378.468,72
31/08/2015	2.218.460,00	2.218.460,00	10,89	2.218.449,11
30/09/2015	2.083.122,41	2.083.122,41	10,89	2.083.111,52
31/10/2015	2.170.497,16	2.170.497,16	6,90	2.170.490,26
30/11/2015	2.257.297,78	2.257.297,78	1,98	2.257.295,80
31/12/2015	2.415.564,65	2.415.564,65	2,43	2.415.562,22
Valor Total	27.668.322,73	27.668.322,73	88,99	27.668.233,74

Diante do exposto, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário, de forma a julgar o Auto de Infração PROCEDENTE EM PARTE no valor de R\$ 27.668.233,74.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª 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 269135.0008/17-8, lavrado contra **TELEFÔNICA BRASIL S.A.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 27.668.233,74**, 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, 02 de abril de 2025.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE

MARCELO MATTEDI E SILVA – RELATOR

LEILA VON SOHSTEN RAMALHO – REPR. DA PGE/PROFIS