



**ESTADO DA PARAÍBA
SECRETARIA DE ESTADO DA RECEITA**

PROCESSO Nº111.159.2014-6

TRIBUNAL PLENO

Recorrente:VIVO S.A.

Advogado:BRUNO BARSÍ DE SOUZA LEMOS–OAB/PB Nº 11.974.

Recorrida:GERÊNCIA EXEC.DE JULG.DE PROCESSOS FISCAIS–GEJUP.

Repartição Preparadora:SUBG.DA RECEB.DE RENDAS GER.REG. 1ªREGIÃO.

Autuantes:FERNANDA CÉFORA VIEIRA BRAZ/MARIA JOSÉ LOURENÇO.

Relatora:CONSª.THAÍS GUIMARÃES TEIXEIRA

FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS ATINENTE À PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE COMUNICAÇÃO. MANTIDA A DECISÃO RECORRIDA. AUTO DE INFRAÇÃO PROCEDENTE. RECURSO VOLUNTÁRIO DESPROVIDO.

Os valores cobrados a título de serviços suplementares e facilidades adicionais devem integrar a base de cálculo do ICMS incidente sobre prestações de serviços de comunicação, nos termos da legislação de regência.

Vistos, relatados e discutidos os autos deste Processo, etc...

A C O R D A M os membros do Tribunal Pleno de Julgamento deste Conselho de Recursos Fiscais, à unanimidade, e de acordo com o voto da relatora, pelo recebimento do recurso voluntário, por regular e tempestivo e, quanto ao mérito, pelo seu desprovemento, para manter a sentença monocrática que julgou procedente o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00001128/2014-31, lavrado em 7/7/2014, contra a empresa VIVO S.A., inscrição estadual nº 16.155.361-3, já qualificada nos autos, declarando devido o crédito tributário no valor de R\$ 128.987,15 (cento e vinte e oito mil, novecentos e oitenta e sete reais e quinze centavos), sendo R\$ 73.706,92 (setenta e três mil, setecentos e seis reais e noventa e dois centavos), de ICMS, nos termos art. 13, III, c/c art. 3º, III, art. 11, V e art. 12, VII, todos da Lei nº 6.379/96 e R\$ 55.280,23 (cinquenta e cinco mil, duzentos e oitenta reais e vinte e três centavos), de multa por infração, nos termos dos art. 82, IV, da Lei nº 6.379/96.

P.R.I

Tribunal Pleno, Sala das Sessões Pres. Gildemar Pereira de Macedo, em 25 de maio de 2018.

Thaís Guimarães Teixeira
Conselheira Relatora

Gianni Cunha da Silveira Cavalcante
Presidente

Participaram do presente julgamento os Conselheiros do Tribunal Pleno, ANÍSIO DE CARVALHO COSTA NETO, ÁUREA LÚCIA DOS SANTOS SOARES VILAR (Suplente), DAYSE ANNYEDJA GONÇALVES CHAVES, MAÍRA CATÃO DA CUNHA CAVALCANTI SIMÕES, REGINALDO GALVÃO CAVALCANTI, PETRONIO RODRIGUES LIMA e SIDNEY WATSON FAGUNDES DA SILVA

Assessora Jurídica

#

RELATÓRIO

No Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00001128/2014-31, lavrado em 7/7/2014, contra a empresa VIVO S.A., inscrição estadual nº 16.155.361-3, relativamente a fatos geradores ocorridos nos exercícios de 2010, 2011 e 2012, consta a seguinte denuncia:

FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS ATINENTE À PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÃO >> O contribuinte acima qualificado, deixou de recolher o ICMS sobre a prestação de serviços de comunicação sujeitos à incidência do imposto estadual e que foram indicados pela autuada como sendo ISENTAS E NÃO TRIBUTADAS.

Nota Explicativa:

O CONTRIBUINTE ACIMA QUALIFICADO DEIXOU DE RECOLHER O ICMS DEVIDO SOBRE AS PRESTAÇÕES DE SERVIÇOS DE COMUNICAÇÃO SUJEITAS À INCIDÊNCIA DO IMPOSTO ESTADUAL, FATURADAS ATRAVÉS DE NFST, EM RAZÃO DE TER INDICADO ERRONEAMENTE COMO SENDO PRESTAÇÕES ISENTAS OU NÃO TRIBUTADAS, CONFORME DEMONSTRATIVOS EM ANEXO ELABORADOS A PARTIR DOS ARQUIVOS MAGNÉTICOS DO CONVÊNIO ICMS 115/2003, OS QUAIS PASSAM A SER PARTES INTEGRANTES DO PRESENTE AUTO DE INFRAÇÃO.

Foi dado como infringido o art. 13, III, c/c art. 3º, III, art. 11, V e art. 12, VII, todos da Lei nº 6.379, de 2/12/1996, sendo proposta a penalidade prevista no art. 82, IV, da Lei nº 6.379/96 e apurado um crédito tributário no valor de R\$ 128.987,15, composto de R\$ 73.706,92, de ICMS, e R\$ 55.280,23 de multa por infração.

Regularmente cientificado da ação fiscal, por via postal, em 21/7/2014 – AR (fl. 109), a autuada, através de advogados, apresentou Reclamação, em 20/8/2014 (fls. 111-122).

Sem informação de antecedentes fiscais, os autos foram conclusos (fl. 256), e remetidos para a Gerência Executiva de Julgamento de Processos Fiscais – GEJUP, onde foram distribuídos para a julgadora fiscal, Gílvia Dantas Macedo, que decidiu pela *procedência* do feito fiscal, sem recurso de ofício, nos termos do art. 80, I da Lei nº 10.094/2013 (fls. 258-263).

Cientificado da decisão de primeira instância através de edital, publicado no D.O.E., em 2/11/2016 (fl. 268), o contribuinte interpôs Recurso Voluntário perante este Colegiado, em 18/11/2016 (fls. 270-280).

No seu recurso alega que os serviços relativos à ação fiscal não constituem serviços de comunicação propriamente ditos, mas atividades que acrescentam utilidades de acesso, armazenamento, apresentação, movimentação ou recuperação de informações, nos termos do art. 61, da Lei Geral da Telecomunicações – Lei nº 9.472/97.

Descreve os referidos serviços como: chamadas para números 0500, destinadas a campanhas de doação; Redébitos, cobranças referentes à contestação de clientes consideradas improcedentes; serviços adicionais contratados além do plano, pacotes TELECOM, caixa postal, vivo avisa, identificador de chamadas, seguro, taxa de adesão e conta detalhada; utilização de serviços de dados trafegados na cobertura 2G da Vivo, internet, download; acesso a caixa postal; internet móvel na cobertura 2G.

Diz que os tribunais pátrios têm afastado a aplicação do Convênio ICMS nº 69/98, citando algumas decisões.

Por fim, requer o conhecimento e provimento do presente recurso para reformar a decisão de primeiro grau e cancelar o auto de infração.

Protesta pela realização de sustentação oral das razões recursais, por ocasião da sessão de

julgamento do presente recurso, solicitando a intimação dos advogados, Einio Zaha, OAB/SP nº 123.946 e Bruno Barsi de Souza Lemos, OAB/PB nº 11.974, no endereço da Rua da Quitanda nº 126, Centro, CEP 01012-010, São Paulo, Capital.

Remetidos a este Colegiado, os autos foram, a mim, distribuídos.

Emitido parecer técnico pela Procuradoria Geral do Estado, por solicitação desta relatoria (fls. 284-286).

Este é o relatório.

VOTO

Em exame o recurso *voluntário* interposto contra decisão de primeira instância, que julgou *procedente* o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00001128/2014-31, lavrado em 7/7/2014, contra a empresa em epígrafe, com exigência do crédito tributário acima relatado.

De início, deve-se reconhecer a tempestividade do recurso do contribuinte, visto que a ciência da decisão de primeira instância se deu no dia 2/11/2016 e o recurso foi protocolado no dia 18/11/2016, portanto dentro do prazo delimitado pelo art. 77 da Lei nº 10.094/2013.

Cabe ressaltar a manifestação da Procuradoria Geral do Estado pela legalidade do procedimento, conforme parecer emitido (fls. 284-286).

A acusação formalizada na exordial se refere à falta de recolhimento do ICMS atinente à prestação de serviços de comunicação, em razão de o contribuinte ter consignado como sendo isentas ou não tributadas, prestações faturadas aos seus clientes nas Notas Fiscais de Serviços de Comunicação – NFSTs.

Como se sabe, a exigência do ICMS sobre as prestações de serviços de comunicação

decorre da competência atribuída pela Constituição Federal aos Estados e ao Distrito Federal, para a instituição de tal imposto, na forma do art. 155, II, *verbis*:

Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:

(...)

*II - 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. (g.n).*

No âmbito da competência constitucional, a Lei nº 6.379/96 - Lei do ICMS no Estado da Paraíba, acompanhando o estabelecido na Lei Complementar nº 87/96, veio a dispor sobre as hipóteses de incidência do imposto sobre os serviços de comunicação, como se segue:

Art. 3º O imposto incide sobre:

(...)

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

Neste sentido, estabelece a base de cálculo para cobrança do imposto nas prestações de serviços de comunicação, nos termos expressos no art. 14, *verbis*:

Art. 14. A base de cálculo do imposto é:

(...)

*III – na prestação de serviço de transportes interestadual e intermunicipal e **de comunicação, o preço do serviço**; (g.n.).*

Em outra vertente, a Lei nº 9.472, de 16/07/1997 - Lei Geral das Telecomunicações – veio a definir, no seu art. 60, o que vem a ser um serviço de telecomunicação, como se segue:

*Art. 60. Serviço de telecomunicação 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**. (g.n.).*

Como se observa, a definição dada pelo art. 60 da LGT nos traz uma visão atualizada do que se concebe como uma prestação de serviços de telecomunicação no mundo moderno, onde, em virtude do advento da robótica e dos processos automatizados, a transmissão das mensagens é efetuada através da disponibilização de uma plataforma tecnológica capaz de possibilitar a oferta de telecomunicação requerida pelos usuários.

Nesse cenário, a intervenção humana (obrigação de fazer) fica restrita às atividades operacionais e de controle necessárias a proporcionar uma comunicação eficaz, de forma a garantir um serviço operando com eficiência e qualidade.

Para tanto, é imprescindível que o sistema opere com máxima disponibilidade, que as mensagens sejam transmitidas com integridade e num curto espaço de tempo. Portanto, as atividades de instalação, monitoração, controle, manutenção e modernização dessa estrutura tecnológica não podem ser dissociadas do serviço de comunicação, sendo a ele intrínsecas, por contribuírem diretamente para a eficácia desse serviço.

Assim, um serviço de telecomunicação consiste na disponibilização onerosa dos meios necessários a viabilizar a oferta de comunicação entre os usuários. Com isso, são partes integrantes do serviço de telecomunicação os equipamentos e atividades operacionais essenciais ao funcionamento dessa rede de equipamentos.

Logo, todas as atividades, sejam de instalação, manutenção ou controle, necessárias para prover e manter o serviço dentro de padrões definidos nos acordos de nível de serviços, aí compreendidas a disponibilização de equipamentos, na medida em que demonstrem serem essenciais para prover a estrutura e as atividades necessárias mantendo o seu funcionamento, configuram partes indissociáveis do serviço de telecomunicação, devendo seus custos serem computados na base de cálculo do ICMS sobre o serviço.

Examinaremos a seguir as receitas descritas pela recorrente como fora do campo de incidência do ICMS.

Descreve os referidos serviços como:

- chamadas para números 0500, destinadas a campanhas de doação;
- redêbitos, cobranças referentes à contestação de clientes consideradas improcedentes;
- serviços adicionais contratados além do plano, pacotes TELECOM, caixa postal, vivo avisa, identificador de chamadas, seguro, taxa de adesão e conta detalhada;
- utilização de serviços de dados trafegados na cobertura 2G da Vivo, internet, download; acesso a caixa postal; internet móvel na cobertura 2G.

De plano, já é possível observar que as chamadas para números 0500, redêbitos e serviços de dados trafegados na cobertura 2G da Vivo, internet, download, internet móvel na cobertura 2G, tratam de serviços próprios de comunicação, não havendo dúvidas quanto à legalidade do feito.

Incidência do ICMS Sobre as Receitas de

Facilidades Adicionais e Serviços Suplementares

Neste tópico, a recorrente se insurge contra a cobrança do ICMS sobre os serviços descritos como facilidades adicionais enumerando as siglas pacotes Telecom, caixa postal, vivo avisa, identificador de chamadas, seguro, taxa de adesão e conta detalhada, alegando que não se tratam de serviços de telecomunicação.

Sem nos alongarmos no assunto, as receitas decorrentes dessas atividades, situadas na categoria dos serviços suplementares ou facilidades adicionais, que são fornecidos com utilização da estrutura de telecomunicação da empresa, devem compor a base de cálculo do ICMS – Comunicação, por força da Cláusula Primeira do Convênio ICMS nº 69/98, abaixo transcrito:

Convênio ICMS nº 69/98.

*CLÁUSULA PRIMEIRA. Os signatários firmam entendimento no sentido de que se incluem na base de cálculo do ICMS incidente sobre prestações de serviços de comunicação os valores cobrados a título de acesso, adesão, ativação, habilitação, disponibilidade, assinatura e utilização dos serviços, bem assim aqueles relativos a **serviços suplementares e facilidades adicionais** que otimizem ou agilizem o processo de comunicação, independentemente da denominação que lhes seja dada. (g.n.).*

Com efeito, a classificação dos serviços de valor adicionado como serviços de

telecomunicação decorre de neles estarem presentes a onerosidade, a utilização de um canal entre o emissor e o receptor e a transmissão da mensagem.

Ressalte-se que o disposto no §1º do art. 61 da Lei Geral das Telecomunicações, de que os serviços de valor adicionado não constituem serviços de telecomunicação, não estabelece primazia sobre o que dispõe a norma tributária, já que se cuida aqui de caso de exigência do ICMS sobre os serviços de telecomunicação.

Em que pese as decisões dos tribunais elencadas pela Recorrente, deve-se frisar que o Convênio ICMS nº 69/98 encontra-se em pleno vigor, tendo o Estado da Paraíba como signatário, cujos efeitos foram ratificados por meio do Decreto nº 19.772, de 8 de julho de 1998 (DOE de 9/7/1998).

Neste sentido, destaco que há precedentes nesta Corte Administrativa que corroboram a aplicação, validade, vigência e eficácia do referido Convênio. A título de exemplo, destaco o Acórdão nº 402/2017, cuja relatoria foi da Eminente Cons.^a Maria das Graças Donato de Oliveira Lima e ementa segue transcrita:

ICMS COMUNICAÇÃO. FALTA DE RECOLHIMENTO. SERVIÇOS ERRONEAMENTE CLASSIFICADOS PELO CONTRIBUINTE COMO ISENTOS OU NÃO TRIBUTADOS. PRELIMINAR. VÍCIO FORMAL. INEXISTÊNCIA. ILICITUDE CARACTERIZADA. ICMS. AJUSTES. AFASTADA EM PARTE A APLICAÇÃO DA MULTA RECIDIVA. AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE. MODIFICADA DECISÃO RECORRIDA QUANTO AOS VALORES. RECURSO HIERÁRQUICO DESPROVIDO E VOLUNTÁRIO PARCIALMENTE PROVIDO.

- Indeferida a preliminar de vício de nulidade do auto infracional, uma vez que presentes no lançamento de ofício os requisitos de validade formal, previstos na legislação de regência.

- A prestação de serviços intermediários e adicionados necessários à conclusão da comunicação, assim como os serviços a ela agregados se submetem ao recolhimento do ICMS. Ilação à Cláusula Primeira do Convênio ICMS 69/98, onde se lê que “se incluem na base de cálculo do ICMS incidente sobre prestações de serviços de comunicação os valores cobrados a título de acesso, adesão, ativação, habilitação, disponibilidade, assinatura e utilização dos serviços, bem assim aqueles relativos a serviços suplementares e facilidades adicionais que otimizem ou agilizem o processo de comunicação, independentemente da denominação que lhes seja dada.

- As receitas de natureza financeira decorrentes de descumprimento de obrigações contratuais, por não corresponderem a uma contraprestação por um serviço de comunicação prestado, não são alcançadas pelo ICMS.

- Afastado, em parte, o montante de multa recidiva, com o justo objetivo de adequar-se ao estabelecido no artigo 87 da Lei nº 6.379/96.

Assim, ratifico a decisão da instância singular por considerar acertada a inclusão das receitas referentes às facilidades adicionais na base de cálculo do ICMS.

Por todo o exposto,

VOTO pelo recebimento do recurso voluntário, por regular e tempestivo e, quanto ao mérito, pelo seu *desprovemento*, para manter a sentença monocrática que julgou *procedente* o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00001128/2014-31, lavrado em 7/7/2014, contra a empresa VIVO S.A., inscrição estadual nº 16.155.361-3, já qualificada nos autos, declarando devido o crédito tributário no valor de R\$ 128.987,15 (cento e vinte e oito mil, novecentos e oitenta e sete reais e quinze centavos), sendo R\$ 73.706,92 (setenta e três mil, setecentos e seis reais e noventa e dois centavos), de ICMS, nos termos art. 13, III, c/c art. 3º, III, art. 11, V e art. 12, VII, todos da Lei nº 6.379/96 e R\$ 55.280,23 (cinquenta e cinco mil, duzentos e oitenta reais e vinte e três centavos), de multa por infração, nos termos dos art. 82, IV, da Lei nº 6.379/96.

Tribunal Pleno, Sala das Sessões, Presidente Gildemar Pereira de Macedo, em 25 de maio de 2018.

THAÍS GUIMARÃES TEIXEIRA
Conselheira Relatora