



PROCESSO Nº 1862502020-8

ACÓRDÃO Nº 373/2026

TRIBUNAL PLENO

1ª Recorrente: GERÊNCIA EXECUTIVA DE JULGAMENTO DE PROCESSOS
FISCAIS - GEJUP

1ª Recorrida: TELEFONICA BRASIL S.A.

2ª Recorrente: TELEFONICA BRASIL S.A.

2ª Recorrida: GERÊNCIA EXECUTIVA DE JULGAMENTO DE PROCESSOS
FISCAIS - GEJUP

Repartição Preparadora: CENTRO DE ATENDIMENTO AO CIDADÃO EM
CAMPINA GRANDE

Autuantes: MARIA JOSE LOURENÇO DA SILVA E PATRÍCIA MÁRCIA DE
ARRUDA BARBOSA

Relator: CONS.º LINDEMBERG ROBERTO DE LIMA.

**PRELIMINAR DE NULIDADE. REJEITADA. ICMS
COMUNICAÇÃO. FALTA DE RECOLHIMENTO.
ATIVIDADES FINS. INCIDÊNCIA DO ICMS.
ASSINATURA BÁSICA MENSAL SEM FRANQUIA DE
MINUTOS. CARACTERIZAÇÃO COMO
TELECOMUNICAÇÃO. MODULAÇÃO DE EFEITOS DA
DECISÃO DO RE Nº 912.888/RS PELO STF. EXCLUSÃO
DE PARTE DA ACUSAÇÃO. AFASTADA A APLICAÇÃO
DA MULTA RECIDIVA. AUTO DE INFRAÇÃO
PARCIALMENTE PROCEDENTE - ALTERADA A
DECISÃO RECORRIDA - RECURSOS DE OFÍCIO
DESPROVIDO E VOLUNTÁRIO PARCIALMENTE
PROVIDO.**

- Rejeitada a preliminar de nulidade do auto de infração e da sentença monocrática, em razão de estarem presentes nos autos todos os elementos essenciais à validade jurídica, bem como se encontrarem disponibilizados nos autos a documentação instrutória que serviu de esteio para a acusação em epígrafe, garantindo ao sujeito passivo as condições necessárias ao exercício de seu direito a ampla defesa e ao contraditório.

- Mantida a acusação relativamente às rubricas que a Recorrente qualifica como serviços de valor adicionado. Os elementos apresentados não demonstram que as receitas autuadas correspondam a atividades meramente preparatórias, acessórias ou a serviços de valor adicionado dissociados da prestação tributável, mas a funcionalidades disponibilizadas no curso da prestação dos serviços de comunicação contratados pelos usuários. Ausente comprovação suficiente em sentido contrário, mantêm-se os respectivos valores na base de cálculo do ICMS-



Comunicação, nos termos do art. 13, III, c/c § 1º, II, “a”, da Lei Complementar nº 87/96.

- Mantida a acusação quanto às rubricas “Locação de Plataforma Gerenciamento de Dados e Voz”, “Locação de Infraestrutura Turbonet Power” e “Mensalidade de Serviço Premium Ethernet”, uma vez que a Recorrente não demonstrou a existência de operações de locação dotadas de autonomia contratual e econômica em relação aos serviços de telecomunicação. A mera denominação atribuída às rubricas não se mostra suficiente para afastar a exigência tributária, permanecendo os respectivos valores na base de cálculo do ICMS-Comunicação, nos termos do art. 13, III, c/c § 1º, II, “a”, da Lei Complementar nº 87/96.

- Confirmada parcialmente a acusação relativa à assinatura básica mensal sem franquia de minutos, em observância à tese firmada pelo Supremo Tribunal Federal no Tema de Repercussão Geral nº 827 (RE nº 912.888/RS), segundo a qual “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 razão da modulação dos efeitos da decisão, estabelecida em sede de Embargos de Declaração, a incidência do ICMS somente alcança os fatos geradores ocorridos a partir de 21/10/2016, impondo-se o afastamento da exigência relativa ao período anterior a esse marco temporal.

- Mantido o afastamento da multa recidiva, uma vez que não foram caracterizados os requisitos estabelecidos no art. 87 da Lei nº 6.379/96 para sua incidência.

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

A C O R D A M à unanimidade e de acordo com o voto do relator, pelo recebimento do recurso de ofício, por regular, e do voluntário, por regular e tempestivo, e, quanto ao mérito, pelo desprovimento do recurso de ofício e parcial provimento do recurso voluntário, para alterar quanto aos valores a decisão monocrática que julgou *parcialmente procedente* o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00002060/2020-56, lavrado em 3 de dezembro de 2020 contra a TELEFÔNICA BRASIL S/A, inscrição estadual nº 16.136.950-2, acima qualificada, mantendo o crédito tributário na quantia de **R\$ 2.567.370,31 (dois milhões, quinhentos e sessenta e sete mil, trezentos e setenta reais e trinta e um centavos)**, sendo **R\$ 1.467.068,74 (um milhão, quatrocentos e sessenta e sete mil, sessenta e oito reais e setenta e quatro centavos)** de ICMS, por infringência ao art. 13, III, c/c art. 3º, III, art. 11, V, art. 12, VII, todos da Lei nº 6.379/96, e **R\$ 1.100.301,56 (um milhão, cem mil, trezentos e um reais e cinquenta e seis centavos)** de multa por infração, arriada no art. 82, IV, da Lei nº 6.379/96.



Ao tempo em que mantenho cancelado, por indevido, o crédito tributário de **R\$ 1.973.463,50 (um milhão, novecentos e setenta e três mil, quatrocentos e sessenta e três reais e cinquenta centavos)** de multa por reincidência.

E cancelo o crédito tributário no valor de **R\$ 6.642.125,93 (seis milhões, seiscentos e quarenta e dois mil, cento e vinte e cinco reais e noventa e três centavos)**, sendo **R\$ 3.795.500,53 (três milhões, setecentos e noventa e cinco mil, quinhentos reais e cinquenta e três centavos)** de ICMS e **R\$ 2.846.625,40 (dois milhões, oitocentos e quarenta e seis mil, seiscentos e vinte e cinco reais e quarenta centavos)** de multa por infração.

Intimações necessárias a cargo da repartição preparadora, na forma regulamentar.

P.R.I.

Tribunal Pleno, Sessão realizada por meio de videoconferência, em 24 de setembro de 2026.

LINDEMBERG ROBERTO DE LIMA
Conselheiro

SIDNEY WATSON FAGUNDES DA SILVA
Presidente

Participaram do presente julgamento os membros do Tribunal Pleno de Julgamento, HEITOR COLLETT, MARIA DAS GRAÇAS DONATO DE OLIVEIRA LIMA, MATHEUS ROCHA CAMPOS DE SOUZA NETO POGLIESE, RÔMULO TEOTÔNIO DE MELO ARAÚJO, NÍCOLAS DE OLIVEIRA SAFADI, PETRÔNIO RODRIGUES LIMA E VINÍCIUS HOLANDA DE VASCONCELOS

KLEBER DE GOIS MOTA
Assessor



PROCESSO Nº 1862502020-8

TRIBUNAL PLENO

1ª Recorrente: GERÊNCIA EXECUTIVA DE JULGAMENTO DE PROCESSOS
FISCAIS - GEJUP

1ª Recorrida: TELEFONICA BRASIL S.A.

2ª Recorrente: TELEFONICA BRASIL S.A.

2ª Recorrida: GERÊNCIA EXECUTIVA DE JULGAMENTO DE PROCESSOS
FISCAIS - GEJUP

Repartição Preparadora: CENTRO DE ATENDIMENTO AO CIDADÃO EM
CAMPINA GRANDE

Autuantes: MARIA JOSE LOURENÇO DA SILVA E PATRÍCIA MÁRCIA DE
ARRUDA BARBOSA

Relator: CONS.º LINDEMBERG ROBERTO DE LIMA.

PRELIMINAR DE NULIDADE. REJEITADA. ICMS COMUNICAÇÃO. FALTA DE RECOLHIMENTO. ATIVIDADES FINS. INCIDÊNCIA DO ICMS. ASSINATURA BÁSICA MENSAL SEM FRANQUIA DE MINUTOS. CARACTERIZAÇÃO COMO TELECOMUNICAÇÃO. MODULAÇÃO DE EFEITOS DA DECISÃO DO RE Nº 912.888/RS PELO STF. EXCLUSÃO DE PARTE DA ACUSAÇÃO. AFASTADA A APLICAÇÃO DA MULTA RECIDIVA. AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE - ALTERADA A DECISÃO RECORRIDA – RECURSOS DE OFÍCIO DESPROVIDO E VOLUNTÁRIO PARCIALMENTE PROVIDO.

- Rejeitada a preliminar de nulidade do auto de infração e da sentença monocrática, em razão de estarem presentes nos autos todos os elementos essenciais à validade jurídica, bem como se encontrarem disponibilizados nos autos a documentação instrutória que serviu de esteio para a acusação em epígrafe, garantindo ao sujeito passivo as condições necessárias ao exercício de seu direito a ampla defesa e ao contraditório.

- Mantida a acusação relativamente às rubricas que a Recorrente qualifica como serviços de valor adicionado. Os elementos apresentados não demonstram que as receitas autuadas correspondam a atividades meramente preparatórias, acessórias ou a serviços de valor adicionado dissociados da prestação tributável, mas a funcionalidades disponibilizadas no curso da prestação dos serviços de comunicação contratados pelos usuários. Ausente comprovação suficiente em sentido contrário, mantêm-se os respectivos valores na base de cálculo do ICMS- Comunicação, nos termos do art. 13, III, c/c § 1º, II, “a”, da Lei Complementar nº 87/96.



- Mantida a acusação quanto às rubricas “Locação de Plataforma Gerenciamento de Dados e Voz”, “Locação de Infraestrutura Turbonet Power” e “Mensalidade de Serviço Premium Ethernet”, uma vez que a Recorrente não demonstrou a existência de operações de locação dotadas de autonomia contratual e econômica em relação aos serviços de telecomunicação. A mera denominação atribuída às rubricas não se mostra suficiente para afastar a exigência tributária, permanecendo os respectivos valores na base de cálculo do ICMS-Comunicação, nos termos do art. 13, III, c/c § 1º, II, “a”, da Lei Complementar nº 87/96.
- Confirmada parcialmente a acusação relativa à assinatura básica mensal sem franquia de minutos, em observância à tese firmada pelo Supremo Tribunal Federal no Tema de Repercussão Geral nº 827 (RE nº 912.888/RS), segundo a qual “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 razão da modulação dos efeitos da decisão, estabelecida em sede de Embargos de Declaração, a incidência do ICMS somente alcança os fatos geradores ocorridos a partir de 21/10/2016, impondo-se o afastamento da exigência relativa ao período anterior a esse marco temporal.
- Mantido o afastamento da multa recidiva, uma vez que não foram caracterizados os requisitos estabelecidos no art. 87 da Lei nº 6.379/96 para sua incidência.

RELATÓRIO

A presente demanda teve início por meio do Auto de Infração de Estabelecimento nº **93300008.09.00002060/2020-56**, lavrado em 3 de dezembro de 2020 contra a **TELEFÔNICA BRASIL S/A**, inscrição estadual nº 16.136.950-2, acima qualificada, constando as seguintes infrações:

0314 - FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS ATINENTE A PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE COMUNICAÇÃO >> O contribuinte suprimiu o recolhimento do ICMS sobre a prestação de serviços de comunicação sujeitos à incidência do imposto estadual e que foram indicados pela autuada como sendo ISENTAS OU NÃO TRIBUTADAS.

NOTA EXPLICATIVA:

A EMPRESA ACIMA QUALIFICADA ESTÁ SENDO AUTUADA POR FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS, NO EXERCÍCIO DE 2016, INCIDENTE SOBRE PRESTAÇÕES ONEROSAS DE SERVIÇOS DE



COMUNICAÇÃO E TELECOMUNICAÇÃO, NO VALOR TOTAL (BASE DE CÁLCULO) DE R\$ 18.794.890,28; COM ICMS A RECOLHER NO VALOR DE R\$ 5.262.569,28; EM FACE DA NÃO INCLUSÃO NA BASE CÁLCULO DO IMPOSTO DOS VALORES ORIUNDOS DE ASSINATURA MENSAL E DIVERSAS OUTRAS RUBRICAS VINCULADAS À PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE COMUNICAÇÃO E TELECOMUNICAÇÃO, AS QUAIS FORAM CONSIDERADAS, DE FORMA EQUIVOCADA, COMO ISENTAS OU NÃO TRIBUTADAS, CONFORME EVIDENCIADO NOS ANEXOS I E II, QUE SÃO PARTES INTEGRANTES DO PRESENTE AUTO DE INFRAÇÃO.

A IRREGULARIDADE DESCRITA ACIMA FOI APURADA MEDIANTE ANÁLISE DOS DADOS INFORMADOS NOS ARQUIVOS ELETRÔNICOS TRANSMITIDOS NOS TERMOS DO CONVÊNIO ICMS Nº 115/2003.

CONSIGNE-SE QUE A PLANILHA EM EXCEL QUE SERVIU DE BASE PARA O LEVANTAMENTO FISCAL RELATIVO AOS ANEXOS I E II, FOI GRAVADA EM MÍDIA DVD, ANEXA A ESTE PROCESSO, EM RAZÃO DA GRANDE QUANTIDADE DE REGISTROS.

Em decorrência dos fatos acima, os Representantes Fazendários constituíram o crédito tributário na quantia de **R\$ 11.182.959,73 (onze milhões, cento e oitenta e dois mil, novecentos e cinquenta e nove reais e setenta e três centavos)**, sendo R\$ 5.262.569,27 (cinco milhões, duzentos e sessenta e dois mil, quinhentos e sessenta e nove reais e vinte e sete centavos) de ICMS, por infringência ao art. 13, III, c/c art. 3º, III, art. 11, V, art. 12, VII, todos da Lei nº 6.379/96, e R\$ 3.946.926,96 (três milhões, novecentos e quarenta e seis mil, novecentos e vinte e seis reais e noventa e seis centavos) a título de multa por infração, com fulcro no art. 82, IV, da Lei nº 6.379/96 e R\$ 1.973.463,50 (um milhão, novecentos e setenta e três mil, quatrocentos e sessenta e três reais e cinquenta centavos) de multa por reincidência.

Instruem o Auto de Infração os documentos: RESUMO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO – EXERCÍCIO DE 2016 (fls. 5) e o DEMONSTRATIVO DAS PRESTAÇÕES ONEROSAS DE SERVIÇOS DE COMUNICAÇÃO/TELECOMUNICAÇÃO SUJEITOS À INCIDÊNCIA DO ICMS ESCRITURADAS COMO ISENTAS OU NÃO TRIBUTADAS (DADOS EXTRAÍDOS DOS ARQUIVOS DO CONVÊNIO ICMS Nº 115/2003) - EXERCÍCIO 2016, na mídia CD anexada nas fls. 6.

A Autuada foi cientificada em 16/12/2020, por meio de Domicílio Tributário Eletrônico, conforme fls. 08, ingressando com Impugnação tempestiva em 15/01/2021, fls. 11/42, por meio da qual formula as seguintes alegações:

- a) Inicialmente, narra os fatos apurados pela fiscalização, bem como transcreve o disciplinamento legal infringido na legislação tributária do ICMS e o artigo que contém as penalidades cominadas pelas autoridades fiscais;



- b) Argui a nulidade do auto de infração, defendendo que a autoridade fiscal efetuou o lançamento do crédito tributário e não apresentou os motivos de fato e direito que justificariam a incidência do imposto estadual, bem como a aplicação da multa de reincidência;
- c) A autoridade fiscal deixou de comprovar a reincidência da infração ao mesmo dispositivo legal, o que torna inviável a defesa da impugnante;
- d) As autoridades fiscais lavraram o auto de infração sob o fundamento de que a impugnante não ofereceu à tributação os valores referentes à assinatura mensal;
- e) A autuada é obrigada a disponibilizar aos usuários um plano básico de serviço de telefonia fixa e pode oferecer planos alternativos, nos termos do art. 43 do Regulamento do STFC (Resolução 426/2005 da ANATEL);
- f) O plano básico de serviço de telefonia possui uma franquia mínima de minutos, bem como a possibilidade de cobrança de cada minuto excedente à franquia de acordo com a tarifa fixada pela ANATEL, contudo, há casos em que a assinatura mensal oferecida pela empresa não inclui franquia de minutos, restringindo a mera disponibilização da estrutura necessária à prestação de serviço de telefonia, os quais não estão sujeitos ao ICMS, onde, no presente caso, as autoridades fiscais pretendem tributar esse serviço (Assinatura mensal sem franquia de minutos);
- g) A mera disponibilização de infraestrutura não se amolda ao conceito de comunicação, portanto, não constitui fato gerador do imposto estadual;
- h) Que se encontra o entendimento, dos Tribunais Superiores é da não incidência do ICMS sobre a assinatura mensal sem franquia de minutos;
- i) Defende que não há incidência do ICMS sobre atividades meio, serviços preparatórios e serviços de valor adicionado, sendo por esse motivo, que tais contas não foram incluídas na apuração do ICMS da impugnante, pois não podem ser consideradas como prestação de serviço de comunicação, o que afasta a possibilidade de tributação pelo imposto estadual;
- j) De acordo com a LGT, os serviços de valor adicionado acrescentam uma nova utilidade a um determinado serviço de comunicação, mas não se confundem com a prestação de serviço de telecomunicação;
- k) A fiscalização pretende submeter à tributação do imposto estadual as receitas decorrentes da prestação de serviços de valor adicionado, quais sejam: facilidade vox 0800, secretária eletrônica, conversa a 3, siga-me, ligação simultânea, acesso à caixa postal, superconectado, identificação de chamadas etc.;
- l) Defende a não incidência de ICMS sobre locação de bens móveis, citando julgamento do STF com entendimento que na locação de bens



moveis não se identifica e nem se qualifica, para efeitos constitucionais, como serviços;

m) A fiscalização pretende tributar receitas advindas da atividade de atividades meio e serviços preparatórios, como locação de equipamentos, locação de plataforma, gerenciamento de dados e voz, locação de infraestrutura turbonet power, mensalidade de serviço premium ethernet;

n) A GVT, empresa incorporada pela autuada possui decisão transitada em julgado no Estado da Paraíba reconhecendo a não incidência do ICMS sobre a receita de assinatura sem franquia de minutos (DOC 04), inclusive, a Fazenda Pública do Estado da Paraíba ajuizou ação rescisória que transitou desfavoravelmente (DOC 5);

o) Na hipótese de entendimento firmado nos autos do RE nº 912.888/RS, a impugnante pleiteia o sobrestamento do presente feito até o julgamento definitivo do caso supramencionado;

p) Caso seja fixado entendimento definitivo de que incide ICMS sobre a assinatura mensal sem franquia de minutos, as autoridades não poderiam aplicar o referido entendimento de forma retroativa, haja vista, à época dos fatos, existia entendimento consolidado de não tributação dos valores ora em discussão;

q) Defende a impossibilidade de aplicação da multa por reincidência e que o STF possui jurisprudência pacífica de que as multas punitivas que ultrapassem o percentual de 100% do valor do imposto são confiscatórias.

A Reclamante anexa documentos às fls. 43/93.

Com a informação de Termo de Conclusão, conforme fls. 94, os autos foram remetidos à Gerência Executiva de Julgamento de Recursos Fiscais – GEJUP, ocasião na qual foram distribuídos à julgadora fiscal Rosely Tavares de Arruda, que decidiu pela *parcial procedência* da exigência fiscal, em decisão monocrática nas fls. 97/110, nos termos da seguinte ementa:

REQUISITOS FORMAIS ATENDIDOS. NULIDADE. INOCORRÊNCIA. FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS ATINENTE A PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE COMUNICAÇÃO. INFRAÇÃO CONFIGURADA. MULTA RECIDIVA AFASTADA.

A lavratura do auto de infração atende aos requisitos formais, essenciais à sua validade, visto que são trazidos de forma particularizada todos os dispositivos legais aplicáveis à matéria, oportunizando-se ao contribuinte todos os momentos para que se defendesse, reiterando-se a ampla defesa, o contraditório, e o devido processo legal administrativo. A prestação de serviço de comunicação, quando onerosa, sujeita-se à incidência do ICMS. A atividade das concessionárias de telefônica é a prestação do serviço oneroso de fornecimento, das condições para que ocorra a comunicação entre o usuário e o seu cliente, em caráter continuado, portanto, o preço cobrado a título de prestação de serviço de comunicação é tributável. Os serviços denominados pela autuada como acessórios ou preparatórios não têm essas características, pois eles estão vinculados ao preço do serviço de



comunicação contratado, não se podendo admitir que o contribuinte do imposto cobre ao usuário um preço pela prestação de serviço de telecomunicação e, posteriormente, afaste a incidência de determinadas quantias a título de que seriam serviços complementares posto à disposição do usuário ou se referem a taxas de naturezas diversas. O contrato de prestação de serviço de comunicação engloba o fornecimento de equipamentos necessários à sua execução, restando descaracterizada a autonomia ou acessoriedade da locação ou de cessão de infraestrutura em relação ao da prestação de serviço de comunicação correspondente, tratando-se de um único serviço, o de comunicação, sobre o qual incide o imposto.

A tarifa de assinatura básica mensal é a contraprestação pelo serviço de comunicação propriamente dito. Afastada a multa recidiva por não ter se caracterizado a reincidência nos termos do art. 87 da Lei nº 6.379/96.

AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE.

Ciente da decisão de primeira instância, através do DT-e, 3/9/2021 (fl. 113), a autuada protocolou Recurso Voluntário, em 4/10/2021 (fl. 115/190), por meio do qual repetiu as teses expostas na Reclamação apresentada em sede de primeira instância, reforçando especialmente que:

1. Em primeiro lugar, a comprovação de ausência de descrição clara e precisa do lançamento fiscal independe da apresentação de Defesa Administrativa. Em segundo lugar, a apresentação de motivos de fato e direito para a manutenção do Auto de Infração, na decisão administrativa de primeira instância, **implica em inovação do critério jurídico, pois tratam de argumentos que não foram ventilados pela D. Fiscalização**, o que viola frontalmente o artigo 146 do CTN, ensejando a nulidade do ato administrativo;
2. A Recorrente entende restar demonstrada a nulidade da decisão de primeira instância administrativa em razão da ausência de fundamentação dos motivos de fato e direito que justificariam a manutenção do Auto de Infração tal qual lavrado, uma vez que este não cumpriu com os requisitos mínimos previstos em legislação;
3. O E. STJ, através do Recurso Especial nº 1.176.756/RJ, julgado sob o rito dos Recursos Repetitivos em caso da própria Recorrente (VIVO S.A., empresa que foi incorporada pela Recorrente) firmou o posicionamento no sentido de que o ICMS não incide sobre serviços adicionais ou suplementares ao serviço de comunicação;
4. Que as Autoridades Fiscais, assim como a sentença ora recorrida, pretendem submeter à tributação do imposto estadual as receitas decorrentes da prestação de serviços de valor adicionado, quais sejam, (i) Facilidade Vox 0800, (H) Secretária Eletrônica, (iii) Conversa a 3; (iv) Siga-me; (v) Ligação Simultânea; (vi) Acesso à Caixa Posta; e (vii) Superconectado;
5. Ocorre que tais serviços, até mesmo por sua natureza, apenas acrescentam uma funcionalidade a um serviço de telecomunicações.



Saliente-se que há, ainda, outro precedente também decidido sob a sistemática de recursos repetitivos, que esclarece que as atividades acessórias ao serviço de telecomunicação não se confundem com estes;

6. A sentença recorrida homologou a pretensão por parte das Autoridades Fiscais que pretendem tributar pelo imposto estadual as receitas advindas da atividade de locação de equipamentos, ou seja, que claramente não se caracterizam como obrigações de fazer, uma vez que questiona os seguintes serviços: (1) Locação de Plataforma Gerenciamento de Dados e Voz; (ii) Locação de Infraestrutura Turbonet Power; e (iii) Mensalidade de Serviço Premium Ethernet;
7. A Recorrente oferece aos seus clientes a opção de alugar os equipamentos a serem utilizados na prestação desses serviços, para os quais a Recorrente destaca que oferece os respectivos valores à tributação. Tanto isso é verdade que o presente Auto de Infração não exige o recolhimento de ICMS sobre tais serviços, mas apenas exige o pagamento do ICMS sobre a locação dos equipamentos envolvidos;
8. Há casos em que a assinatura mensal oferecida pela Recorrente não inclui franquia de minutos, restringindo-se à mera disponibilização da estrutura necessária à prestação do serviço de telefonia, os quais não estão sujeitos ao ICMS. No presente caso, as Autoridades Fiscais pretendem a tributação desse serviço (assinatura mensal sem franquia de minutos) pelo imposto estadual, o que foi equivocadamente mantido pela sentença recorrida;
9. O fato gerador do ICMS-Comunicação somente ocorre quando da ocorrência da prestação do serviço de comunicação, que consiste em uma obrigação de fazer pelo prestador. A mera disponibilização de infraestrutura não se amolda ao conceito de comunicação e, portanto, não constitui fato gerador do imposto estadual;
10. A questão já se encontra pacificada no âmbito do STJ que, ao analisar os Embargos de Declaração opostos no RESP nº 1.022.257/RS, afastou a incidência do imposto estadual sobre os serviços de assinatura sem franquia de minutos: Inclusive, cabe mencionar que o Pleno do STF, no julgamento do RE nº 572.020/DF, reforçou a jurisprudência sobre o tema ao afirmar que não já incide ICMS sobre a assinatura mensal sem inclusão de minutos;
11. A Global Village Telecom (GVT), empresa incorporada pela Recorrente possui decisão transitada em julgado no Estado da Paraíba reconhecendo a não incidência de ICMS sobre a receita de assinatura (sem franquia de minutos) (Doc. 04 da Impugnação). A Fazenda Pública do Estado da Paraíba ajuizou Ação Rescisória, que possui trânsito em julgado desfavorável aos interesses da Fazenda Estadual (Doc. 05 da Impugnação), o que corrobora a não incidência do ICMS sobre as receitas de assinatura (sem franquia de minutos);



12. O julgador de primeira instância cita o entendimento firmado nos autos do RE nº 912.888/RS, mas é imprescindível frisar que essa decisão não é autoaplicável, pois ainda está pendente de julgamento os Embargos de Declaração que foram opostos para dirimir o alcance da decisão, bem como os seus efeitos (pedido de modulação de efeitos);
13. Ainda que seja firmado o entendimento de que incide ICMS sobre a assinatura mensal sem a franquia de minutos, esse entendimento não poderá ser aplicado aos fatos geradores pretéritos, haja vista que, à época dos fatos geradores, existia entendimento consolidado de não tributação dos valores ora em discussão;
14. Há de se concluir pela improcedência da cobrança de ICMS- Comunicação sobre a prestação de serviços de assinatura mensal sem franquia de minutos, uma vez que se trata de serviço preparatório e atividade-meio, que não se confunde com o próprio serviço de comunicação; e à época dos fatos, prevalecia entendimento jurisprudencial favorável à Recorrente;
15. Na remota hipótese de não ser integralmente cancelada a autuação, caberá a reforma da sentença ora recorrida e o afastamento da multa imposta à Recorrente no patamar de 75% (setenta e cinco por cento) do valor do imposto tido por devido, sob pena de violação aos princípios da razoabilidade, da proporcionalidade e do não-confisco.

Diante de todo o exposto, a Recorrente requer:

Seja declarada a nulidade da decisão recorrida, devendo os autos retornarem à instância de origem para novo julgamento, apreciando a apontada nulidade do Auto de Infração em razão da ausência de descrição clara e precisa das acusações fiscais, especialmente dos motivos de fato e direito que justificam a incidência do imposto estadual sobre as rubricas questionadas, sob pena de violação a seu direito de defesa.

Caso superada a preliminar de nulidade, no mérito, seja dado provimento ao presente Recurso Voluntário, para cancelar por completo o Auto de Infração, uma vez que não incide ICMS sobre as receitas de assinatura mensal; bem como sobre as atividades meio, serviços preparatórios e serviços de valor adicionado, tampouco sobre a locação de bens móveis.

Subsidiariamente, caso seja fixado o entendimento de que incide ICMS sobre a assinatura mensal sem a franquia de minutos nos autos do RE nº 912.888/RS, a Recorrente requer o cancelamento dessa exigência fiscal, haja vista que essa interpretação não poderá atingir os fatos geradores pretéritos, nos termos do artigo 24 da Lei nº 13.655/15.

Ainda subsidiariamente, caso se entenda pela manutenção da cobrança do imposto, mesmo que de forma parcial, seja determinada a redução da multa de 75% (setenta e cinco) sobre o valor do imposto, em respeito aos princípios da vedação ao confisco, razoabilidade e proporcionalidade.



Pugna, ainda, pela realização de sustentação oral, nos termos do art. 82 da Lei 10.094/2013, conforme o disposto no art. 92 do Regimento do Conselho de Recursos Fiscais, aprovado pela Portaria Sefaz nº 080/2021.

Acompanha o Recurso os documentos anexados nas fls. 138/194.

Termo de Juntada de documentos pela defesa (fls. 195/236), sob a alegação de superveniência de fato novo: aplicação obrigatória do recente entendimento do E. STF no julgamento do RE nº 912.888/RS, com repercussão geral reconhecida, inclusive em relação a modulação de efeitos fixada pelos Ministros da Suprema Corte e pugna pelo reconhecimento da insubsistência da cobrança do ICMS sobre receitas de interconexão.

Segue novo Termo de Juntada de documentos nas fls. 238/357.

Remetidos ao Conselho de Recursos Fiscais, os autos foram distribuídos a esta Relatoria para análise e julgamento.

Considerando o pedido de sustentação oral, solicitamos à Assessoria Jurídica desta Casa a emissão de parecer quanto à legalidade do lançamento, nos termos do art. 20, X, da Portaria nº 0080/2021/SEFAZ, o qual foi juntado aos autos.

Eis o breve relato.

VOTO

Versa a presente demanda sobre os recursos de ofício e voluntário, interpostos contra a decisão de primeira instância, que julgou parcialmente procedente a acusação de falta de recolhimento do ICMS atinente à prestação de serviços de comunicação, em face da empresa **TELEFÔNICA BRASIL S/A**, já previamente qualificada nos autos.

Inicialmente, importa declarar a regularidade do recurso de ofício e que o recurso voluntário apresentado atende ao pressuposto extrínseco da tempestividade, haja vista ter sido interposto dentro do prazo legalmente estabelecido no art. 77 da Lei nº 10.094/13.

1. Arguição de nulidades da decisão da primeira instância e do auto de infração

A Recorrente argui a ausência de fundamentação dos motivos de fato e de direito que justificariam a manutenção do Auto de Infração tal qual lavrado, uma vez que este não cumpriu com os requisitos mínimos previstos em legislação e discorre que a motivação do auto de infração foi realizada pela julgadora, na sentença monocrática.

Cumprе observar, preliminarmente, que consta da peça inicial que o contribuinte suprimiu o recolhimento do ICMS sobre a prestação de serviços de comunicação sujeitos à incidência do imposto estadual e que foram indicados pela autuada como sendo isentas ou não tributadas. Neste passo, a infração fiscal está perfeitamente delineada.

A fundamentação legal resta igualmente irretocável, pois consta nos autos a infringência ao art. 13, III, c/c art. 3º, III, art. 11, V, art. 12, VII, todos, todos da Lei



6.379/96, que estabelecem precisamente a incidência, a alíquota, o momento da ocorrência do fato gerador e a base de cálculo do ICMS sobre serviços de comunicação.

Foram ainda anexados aos autos, o demonstrativo com as notas fiscais nas quais a Fiscalização promove a cobrança do ICMS considerado devido, de forma que os motivos de fato também estão bem esclarecidos nesses autos.

Assim, com todas as vênias ao raciocínio argumentativo trazido pela Recorrente, mas os aspectos formais da lavratura do auto de infração estão em harmonia com o art. 41 da Lei nº 10.094/13 e o art. 142 do CTN, não se vislumbrando casos de nulidade considerados nos artigos 14 a 17 da Lei nº 10.094/13.

Cabe destacar, todavia, que a imposição de multa recidiva, que não é uma espécie nova, mas uma majoração da penalidade aplicada, quando da ocorrência dos pressupostos do art. 87 da Lei 6.379/96, impõe a demonstração dos antecedentes fiscais específicos por parte da Fiscalização, e nesse caso, tal multa foi afastada na instância singular, de forma que será tratada como questão de mérito dessa demanda.

Nessa linha, o julgamento da instância singular, apenas retratou esses fatos, da forma como foram descritos no auto de infração e nos seus anexos, não havendo inovação de fundamentação, de forma que ratifico a decisão singular quando declara que o auto de infração respeitou todos os aspectos de natureza formal, bem como permitiu ao sujeito passivo o exercício do direito de defesa e do contraditório.

A discordância da Recorrente quanto à natureza das prestações, se são serviços de comunicação ou não, vai além da motivação do auto de infração, pois avança no exame de mérito e será tratada em seguida.

2. Do exame de mérito

O lançamento tributário teve por fundamento a infringência aos art. 13, III, c/c o art. 3º, III; art. 11, V e art. 12, VII, todos da Lei 6.379/96, que especificam a incidência, a alíquota e o momento da ocorrência do fato gerador referente à prestação de serviço de comunicação, nos seguintes termos:

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;

Art. 11. As alíquotas do imposto são as seguintes:

(...)

V - 28% (vinte e oito por cento), nas prestações de serviços de comunicação;

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

(...)

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

Art. 13. A base de cálculo do imposto é:



(...)

III - na prestação de serviço de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, o preço do serviço;

(...)

§ 1º Integra a base de cálculo do imposto, inclusive na hipótese do inciso V 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;

b) frete, caso o transporte seja efetuado pelo próprio remetente ou por sua conta e ordem e seja cobrado em separado. (grifos nossos)

Demonstrada a infração, foi proposta a multa punitiva com fundamento no artigo 82, IV da Lei 6.379/96, *verbis*:

Art. 82. As multas para as quais se adotará o critério referido no inciso II, do art. 80, serão as seguintes:

Nova redação dada ao inciso IV do art. 82 pelo inciso XI do art. 1º da Lei nº 10.008/13 - DOE de 06.06.13 – REPUBLICADA POR INCORREÇÃO NO DOE DE 08.06.13. OBS: EFEITOS A PARTIR DE 01.09.13

IV - de 75% (setenta e cinco por cento) aos que indicarem como isentas ou não tributadas, nos documentos fiscais, as operações ou prestações sujeitas ao imposto;

A Constituição Federal disciplina no art. 155, II, e IX, “a” e X, “d” a competência para os Estados e o Distrito Federal instituir ICMS sobre a prestação de serviços de comunicação, ainda que iniciados no exterior, ou de prestações no exterior, e que não incidirá nas modalidades de radiodifusão sonora de sons e imagens de recepção livre e gratuita, nos seguintes termos:

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

(...)

II – Operações relativas à circulação de mercadorias e sobre a prestação de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior.

(...)

IX - incidirá também:

a) sobre a entrada de bem ou mercadoria importados do exterior por pessoa física ou jurídica, ainda que não seja contribuinte habitual do imposto, qualquer que seja a sua finalidade, assim como sobre o serviço prestado no exterior, cabendo o imposto ao Estado onde estiver situado o domicílio ou o estabelecimento do destinatário da mercadoria, bem ou serviço; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 33, de 2001)

(...)

X - não incidirá:



(...)

d) nas prestações de serviço de comunicação nas modalidades de radiodifusão sonora e de sons e imagens de recepção livre e gratuita; (grifo nosso)

A Lei Complementar nº 87/96 disciplina no art. 2º, inciso III, que o ICMS incide sobre “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”.

Por sua vez, o artigo 155, parágrafo 2º, inciso XII, alínea “i”, da Constituição Federal República dispõe que cabe à lei complementar fixar a base de cálculo do ICMS.

Neste passo, **o art. 13, §1º, inciso II, alínea "a", da Lei Complementar nº 87/96**, determina que integre a base de cálculo do imposto o valor correspondente a seguros, juros e demais importâncias pagas, recebidas ou debitadas, bem como descontos concedidos sob condição. Senão, veja-se:

Art. 13. A base de cálculo do imposto é: (...)

§ 1º Integra a base de cálculo do imposto, inclusive na hipótese do inciso V do caput deste artigo: (Redação dada pela Lcp 114, de 16.12.2002)

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;

b) frete, caso o transporte seja efetuado pelo próprio remetente ou por sua conta e ordem e seja cobrado em separado. (grifo nosso)

Como vimos acima, a Constituição, a Lei Complementar nº 87/96 e a Lei Estadual nº 6.379/96, ao disciplinar a matéria, discorrem que o imposto incide sobre **a prestação de serviço de comunicação**, contudo, não houve uma delimitação precisa do conceito.

Em seguida, o Convênio ICMS 69/98, do qual o Estado da Paraíba é signatário, firma o entendimento em relação à composição da base de cálculo de ICMS nas prestações de serviços de comunicação, nos termos da Cláusula Primeira, *in verbis*:

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.

Importante destacar, também, o conceito de serviço de telecomunicações enunciado no art. 60 da Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997 – Lei Geral de Telecomunicações, do qual se extrai sua natureza de conjunto de atividades que possibilita a oferta de telecomunicação, *in verbis*:



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.).

Feitas essas primeiras considerações, percebe-se que a Defendente promoveu argumentações sobre os serviços descritos na acusação alegando, em síntese, que se tratam de prestação de serviços de valor adicionado, receitas advindas da atividade de locação de equipamentos, assinatura Mensal sem Minutos e Cobrança do ICMS sobre receitas de interconexão, e que em todas elas não haveria incidência do ICMS.

3. Prestação de serviços de valor adicionado

A Recorrente advoga que as Autoridades Fiscais, assim como a sentença ora recorrida, pretendem submeter à tributação do imposto estadual as receitas decorrentes da prestação de serviços de valor adicionado, quais sejam: facilidade Vox 0800, secretária eletrônica, conversa a 3, siga-me, ligação simultânea, acesso à caixa postal; e superconectado.

Os precedentes invocados pela Recorrente não conduzem, por si sós, ao afastamento da exigência fiscal. Com efeito, no REsp nº 1.176.753/RJ foram examinadas atividades conexas, preparatórias ou intermediárias, tais como troca de titularidade, troca de aparelho, mudança de número, alteração de endereço de cobrança, troca de plano, habilitação e religação, tendo o Superior Tribunal de Justiça reconhecido que tais atividades não se confundem com a prestação do serviço de comunicação propriamente dito.

Situação diversa se apresenta em relação às rubricas objeto da presente acusação. Os serviços denominados Facilidade Vox 0800, Secretária Eletrônica, Conversa a 3, Siga-me, Ligação Simultânea, Acesso à Caixa Postal e Superconectado correspondem a funcionalidades disponibilizadas no curso da prestação contratada, não se identificando, tão somente pela denominação que lhes atribui a Recorrente, com os atos preparatórios ou intermediários examinados nos precedentes por ela invocados.

Ademais, não foram apresentados elementos probatórios suficientes para demonstrar que as receitas individualizadas pela fiscalização correspondem efetivamente a serviços de valor adicionado, na acepção do art. 61 da Lei nº 9.472/1997, isto é, atividades que acrescentam novas utilidades relacionadas ao acesso, armazenamento, apresentação, movimentação ou recuperação de informações a um serviço de telecomunicações que lhes dá suporte e com o qual não se confundem.

Nesse sentido, não basta à Recorrente atribuir às rubricas autuadas a natureza de serviços de valor adicionado ou atividades-meio, incumbindo-lhe



demonstrar a efetiva natureza das prestações identificadas no levantamento fiscal, sobretudo quando os documentos fiscais as apresentam associadas aos serviços contratados pela usuária.

Assim, não demonstrada a correspondência entre as rubricas atuadas e os serviços preparatórios, acessórios ou de valor adicionado alcançados pelos precedentes invocados, não há elementos suficientes para afastar a exigência fiscal, devendo ser mantidos os valores que integram o preço da prestação de comunicação, nos termos do art. 13, III, c/c § 1º, II, “a”, da Lei Complementar nº 87/1996.

Tal entendimento encontra respaldo, inclusive, em precedentes desta Corte Administrativa que, ao examinar controvérsia envolvendo a própria Recorrente e rubricas de mesma natureza, afastaram a alegação de que a simples classificação dos serviços como atividades-meio ou serviços de valor adicionado seria suficiente para descaracterizar a exigência do ICMS, quando desacompanhada de elementos probatórios aptos a demonstrar a efetiva natureza das prestações. O **Acórdão nº 377/2023 do Tribunal Pleno**.

É sobremodo importante assinalar que o imposto tem como base de cálculo o preço do serviço. Dessa forma, é equivocado retirar da base de cálculo do ICMS comunicação qualquer atividade diretamente e essencialmente ligada à prestação de serviço, **por eventos ocorridos durante a prestação do serviço de telecomunicações**, e cobrada do usuário na nota fiscal de serviço de comunicação, *ex vi* do art. 13, § 1º, inciso II, alínea “a”, da Lei Complementar nº 87/96.

Art. 13. A base de cálculo do imposto é: (...)

§ 1º Integra a base de cálculo do imposto, inclusive nas hipóteses dos incisos V, IX e X do caput deste artigo: (Redação dada pela Lei Complementar nº 190, de 2022)(Produção de efeitos)

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;

b) frete, caso o transporte seja efetuado pelo próprio remetente ou por sua conta e ordem e seja cobrado em separado.

Por todo exposto, julgo que os itens discriminados nas NFST como atividades de facilidade vox 0800, a secretária eletrônica, a conversa a 3; o siga-me; a ligação simultânea; o acesso à caixa postal; e o superconectado devem compor a base de cálculo relativa à prestação de serviço de telecomunicação por conformar o preço do serviço, a teor do estatuído no art. 13, inciso III, § 1º, II “a”, da Lei Complementar nº 87/96.

4. Assinatura mensal sem minutos

Na nota explicativa do auto de infração, a Fiscalização destaca que o imposto foi cobrado em parte em face da não inclusão na base cálculo do imposto dos valores oriundos de assinatura mensal.



Por sua vez, a Recorrente defende que oferece assinatura mensal sem incluir franquia de minutos, restringindo-se à mera disponibilização da estrutura necessária à prestação do serviço de telefonia, e que a mera disponibilização de infraestrutura não se amolda ao conceito de comunicação e, portanto, não constitui fato gerador do imposto estadual.

No intuito de afastar a exigência, invoca decisão judicial proferida no Mandado de Segurança nº 999.2010.000465-7/001 (fls. 63/75), que tem como parte a Global Village Telecom S.A. – GVT, inscrita no CNPJ/MF sob o nº 03.420.926/0098-57, pessoa jurídica cuja situação cadastral foi baixada em 01/04/2016, constando como motivo da baixa “Cisão Total”, conforme comprovante de inscrição e situação cadastral no CNPJ.

Com efeito, a presente exigência foi constituída em face da Telefônica Brasil S.A., CCICMS/PB nº 16.136.950-2 e CNPJ/MF nº 02.558.157/0026-10, relativamente a prestações de serviços por ela realizadas e identificadas na planilha que instrui o Auto de Infração. Assim, a decisão judicial invocada pela Recorrente não pode ser automaticamente transposta para as operações objeto deste lançamento apenas em razão da sucessão empresarial da GVT.

Nesse contexto, não se mostra suficiente a mera invocação da decisão judicial obtida pela GVT para afastar a presente exigência. Para que os efeitos da coisa julgada formada naquele *mandamus* possam alcançar as operações objeto destes autos, incumbiria à Recorrente demonstrar que, em decorrência da cisão total da GVT, os direitos decorrentes da referida decisão judicial lhe foram efetivamente transferidos e, ainda, que as prestações au tuadas se encontram compreendidas nos limites objetivos e subjetivos da coisa julgada invocada.

Não demonstrada tal correspondência, não há como estender automaticamente à Telefônica Brasil S.A. os efeitos da decisão judicial proferida em favor da GVT, especialmente quando a acusação fiscal recai sobre prestações realizadas e titularizadas pela própria au tuada.

Aduz, ainda, a Recorrente que há jurisprudência firmada no REsp nº 1.022.257/RS, do STJ, e no RE nº 572.020, do STF, no sentido da não incidência do ICMS sobre a assinatura básica sem franquia de minutos. Afirma que o julgador de primeira instância fundamentou sua decisão no entendimento firmado no RE nº 912.888/RS, ressaltando, contudo, que tal decisão ainda não seria autoaplicável, por se encontrarem pendentes de julgamento os Embargos de Declaração opostos com o objetivo de definir o alcance do julgado e os seus efeitos, inclusive quanto ao pedido de modulação.

Com efeito, a i. Julgadora, em análise dos argumentos e precedentes trazidos pela defesa, discorre que o STF fixou a tese contrária às pretensões da empresa, no RE nº 912.888/RS, 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”. Veja-se:

13/10/2016 PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 912.888 RIO GRANDE DO SUL



RELATOR: MIN. TEORI ZAVASCKI RECTE.(S) :ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL PROC.(A/S)(ES) :PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL RECDO.(A/S) :OI S/A (NOVA DENOMINAÇÃO DE BRASIL TELECOM S/A) ADV.(A/S) :SACHA CALMON NAVARRO COELHO ADV.(A/S) :CLÁUDIO LEITE PIMENTEL E OUTRO(A/S)
EMENTA: TRIBUTÁRIO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ICMS SOBRE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE COMUNICAÇÃO. TARIFA DE ASSINATURA BÁSICA MENSAL. CONTRAPRESTAÇÃO AO SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO PROPRIAMENTE DITO PRESTADO PELAS CONCESSIONÁRIAS DE TELEFONIA. INCIDÊNCIA DO TRIBUTO.

1. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 572.020 (Rel. Min. MARCO AURÉLIO, Rel. p/ acórdão Min. LUIZ FUX, DJe de 13/10/2014), assentou que o ICMS não incide sobre serviços preparatórios aos de comunicação, tais quais o de habilitação, instalação, disponibilidade, assinatura (= contratação do serviço), cadastro de usuário e equipamento, etc., já que tais serviços são suplementares ou configuram atividade-meio.
2. A tarifa de assinatura básica mensal não é serviço (muito menos serviço preparatório), mas sim a contraprestação pelo serviço de comunicação propriamente dito prestado pelas concessionárias de telefonia, consistente no fornecimento, em caráter continuado, das condições materiais para que ocorra a comunicação entre o usuário e terceiro, o que atrai a incidência do ICMS.
3. Fica 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”

A matéria, de fato, como afirmou a Recorrente ficou pendente de julgamento em sede de Embargos de Declaração, tendo a Suprema Corte decidido definitivamente a demanda, no julgamento do dia 1/12/2022, ocasião em que ficou definida a modulação de efeitos da decisão de constitucionalidade em 21/10/2016, nos seguintes termos:

01/12/2022 PLENÁRIO
SEGUNDOS EMB.DECL. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 912.888 RIO GRANDE DO SUL
RELATOR: MIN. ALEXANDRE DE MORAES
REDATOR DO ACÓRDÃO: MIN. LUIZ FUX
EMBT.(S): SINDICATO NACIONAL DAS EMPRESAS DE TELEFONIA E DE SERVIÇO MÓVEL CELULAR E PESSOAL (SINDITELEBRASIL)
ADV.(A/S): BEATRIZ DONAIRE DE MELLO E OLIVEIRA
EMBT.(S): OI S.A.
ADV.(A/S): SACHA CALMON NAVARRO COELHO
EMBDO.(A/S): ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROC.(A/S)(ES): PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
EMENTA: CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. IMPOSTO SOBRE OPERAÇÕES DE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS E DE SERVIÇOS DE COMUNICAÇÃO E DE TRANSPORTE INTERMUNICIPAL E INTERESTADUAL DE PESSOAS E DE BENS.
ICMS. TELEFONIA. ASSINATURA BÁSICA MENSAL SEM FRANQUIA DE MINUTOS. CARACTERIZAÇÃO COMO TELECOMUNICAÇÃO. INCIDÊNCIA. PROCESSUAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. EFEITOS MODIFICATIVOS OU INFRINGENTES. CONTRADIÇÃO. ERRO DE



FATO. PREMISSA. ALEGADA INTERPRETAÇÃO EQUIVOCADA DA OPERAÇÃO REMUNERADA COM A ASSINATURA BÁSICA MENSAL SEM FRANQUIA. INEXISTÊNCIA. QUESTÃO DE DIREITO RELACIONADA À CLASSIFICAÇÃO JURÍDICA. PEDIDO PARA MODULAÇÃO TEMPORAL DOS EFEITOS DA DECLARAÇÃO DE CONSTITUCIONALIDADE. REQUISITOS PRESENTES. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO CONHECIDOS E PARCIALMENTE PROVIDOS.

1. O conceito constitucionalmente admissível para comunicação envolve a efetiva prestação do serviço de transmissão de sinais de um emissor a um receptor, mediante um canal. Tais sinais compõem a mensagem, que será decodificada segundo uma chave.

2. Na razões de embargos de declaração, o embargante alega que o conceito de “assinatura básica mensal” foi mal empregado, na medida em que ele é aplicável apenas à prestação de serviços de comunicação, e não aos serviços preparatórios ou ancilares necessários à própria telecomunicação (que corresponderia à “assinatura básica mensal sem franquia”).

3. Apesar das ressalvas dos votos vencidos quanto ao mérito da discussão, não há erro de fato, nem de premissa.

4. Portanto, inexistente contradição entre premissa e conclusão que autorize a rediscussão da matéria pelo instrumento dos embargos de declaração. Eventual revisita à matéria deve ser realizada mediante os instrumentos adequados do devido processo legal constitucional.

5. Estão presentes os requisitos que ensejam a modulação temporal dos efeitos da declaração de constitucionalidade.

6. Anteriormente à formação deste precedente, havia legítima expectativa consolidada à favor da não incidência do ICMS sobre as operações remuneradas pela “assinatura básica mensal sem franquia de minutos”.

7. Formavam essa expectativa legítima:

7.1. A circunstância de o STJ possuir jurisprudência pacífica em favor dos contribuintes;

7.2. A existência de decisões desta Suprema Corte dando por infraconstitucional ou dependente de reexame de provas a análise da matéria;

7.3. A robustez do argumento pela inconstitucionalidade e a complementar contingência do argumento contrário, demonstrada na formação da linha vencida (de modo a afastar unanimidade).

8. Embargos de declaração CONHECIDOS e aos quais se dá 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 de publicação da ata de julgamento do acórdão no qual o mérito foi apreciado, isto é, 21/10/2016 (No sentido da ata de julgamento como marco para modulação de efeitos: RE 605552-ED-segundos, Rel. Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, julgado em 15/03/2021, DJe 12/04/2021; ADI 2040-ED, Rel. Min. Marco Aurélio, Redator p/ Acórdão Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, DJe 08/09/2021; ADI 1220, Rel. Min. Roberto Barroso, Tribunal Pleno, DJe 13/03/2020; ADI 3498, Rel. Min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, DJe 1º/06/2020).

Não há dúvida, assim, que a motivação fazendária para o lançamento do crédito tributário é o fato de a empresa prestar serviços de telecomunicações, tendo disponibilizado a estrutura necessária à prestação do serviço, sendo remunerada pela



tarifa básica mensal sem franquia de minutos, o que demonstra a legalidade da cobrança.

Nada obstante a controvérsia judicial sobre a incidência do ICMS sobre tarifa básica mensal sem franquia de minutos ter se encerrado com a decisão do Plenário do STF no RE nº 912.888/RS, a corte Constitucional, depois de grande divergência de entendimento, acatou a modulação de efeitos da decisão, de forma que a constitucionalidade restou declarada com efeitos a partir de 21/10/16.

Dessa forma, como está em julgamento fatos geradores de 01/01/2016 a 31/12/2016, é certo que em atenção ao art. 72-A, da Lei 10.094/13, e diante da declaração de constitucionalidade com modulação de efeitos, a segurança jurídica e o devido processo administrativo, oriente essa Relatoria a decidir pela exclusão da parcela do crédito tributário, cujos fatos geradores são anteriores à data de fixação de efeitos pela Suprema Corte.

A tabela abaixo demonstra o crédito tributário dos serviços contidos na Planilha acusatória cuja descrição contenha o texto “ASSINATURA MENSAL SEM MINUTOS” – de 01/01/2016 até 21/10/16, data limite da modulação de efeitos da decisão do STF, que julgou procedente a cobrança de assinatura básica mensal sem franquia de minutos.

CRÉDITO TRIBUTÁRIO DO SERVIÇO: “Assinatura Mensal sem Minutos” – até 21/10/16			
Período	Base de cálculo	ICMS cancelado	Multa cancelada
2016/04	2.096.289,90	586.961,17	440.220,88
2016/05	2.072.912,97	580.415,63	435.311,72
2016/06	2.015.357,27	564.300,04	423.225,03
2016/07	1.955.936,67	547.662,27	410.746,70
2016/08	1.904.072,33	533.140,25	399.855,19
2016/09	1.860.998,51	521.079,58	390.809,69
2016/10	1.414.428,54	396.039,99	297.029,99

5 Receitas advindas de atividade atividades-meio e serviços preparatórios

Aduz também a Recorrente que a sentença recorrida homologou a pretensão por parte das Autoridades Fiscais que pretendem tributar pelo imposto estadual as receitas advindas de atividades-meio e serviços preparatórios, haja vista o questionamento sobre os seguintes serviços:

(i) **Locação de Plataforma Gerenciamento de Dados e Voz**, que consistem na locação de equipamentos para que o usuário visualize os dados de utilização da sua rede de telecomunicações, disponibilidade dos seus serviços e outros relatórios gráficos;

(ii) **Locação de Infraestrutura Turbonet Power**, que consiste na locação de equipamentos para acesso à Internet;



(iii) **Taxa de Adesão Banda Larga**, que consiste no pagamento de única parcela para adesão e configuração do aparelho de acesso à Internet; e

(iv) **Mensalidade de Serviço Premium Ethernet** que consiste na locação de equipamentos para usufruir de uma solução baseada em ethernet, que interliga ambientes de rede locais de unidades da empresa ou comunidade de negócios.

No entendimento da Recorrente não se caracterizam como obrigações de fazer.

Quanto à rubrica denominada “**Taxa de Adesão Banda Larga**”, entendo assistir razão à Recorrente. Conforme descrição constante dos autos, trata-se de valor cobrado em parcela única para adesão e configuração do aparelho destinado ao acesso à internet, atividade que, por sua natureza, antecede a efetiva prestação do serviço de comunicação.

Nesse aspecto, a operação se aproxima materialmente das atividades de habilitação e instalação examinadas pela jurisprudência dos Tribunais Superiores, caracterizadas como procedimentos preparatórios destinados a viabilizar a posterior fruição do serviço de comunicação, sem constituírem, por si sós, prestação onerosa de comunicação. O próprio precedente invocado nos autos distingue a atividade-fim de comunicação das atividades preparatórias ou intermediárias que apenas possibilitam seu acesso e utilização.

Assim, diversamente das demais rubricas examinadas, não vislumbro na **Taxa de Adesão Banda Larga** a materialidade necessária à incidência do ICMS- Comunicação, porquanto sua cobrança se relaciona a procedimento prévio de adesão e configuração do equipamento, e não à efetiva transmissão, emissão ou recepção de informações. Por essa razão, em consonância com o entendimento firmado acerca dos serviços de habilitação e demais atividades preparatórias, **afasto da acusação os valores correspondentes à referida rubrica**, promovendo, neste ponto, a reforma da decisão recorrida. A tabela abaixo demonstra os valores do ICMS cancelado por período de apuração.

PERÍODO	DS_SERVICO	VL_BASE ICMS	VALOR ICMS A RECOLHER
2016/05	Taxa de Adesão Banda Larga 35 Mega 1	99,90	27,97
2016/05	Taxa de Adesão Banda Larga 35 Mega 1	99,90	27,97
2016/05	Taxa de Adesão Banda Larga 35 Mega 1	99,90	27,97
2016/05	Taxa de Adesão Banda Larga 35 Mega 1	99,90	27,97
2016/05	Taxa de Adesão Banda Larga 35 Mega 1	99,90	27,97
<u>2016/05</u> <u>Resultado</u>		<u>499,50</u>	<u>139,86</u>
2016/06	Taxa de Adesão Banda Larga 35 Mega 1	99,90	27,97
<u>2016/06</u> <u>Resultado</u>		<u>99,90</u>	<u>27,97</u>
2016/07	Taxa de Adesão Banda Larga 35 Mega 1	99,90	27,97



<u>2016/07</u> <u>Resultado</u>		<u>99,90</u>	<u>27,97</u>
2016/09	Taxa de Adesão Banda Larga 35 Mega 1	99,90	27,97
<u>2016/09</u> <u>Resultado</u>		<u>99,90</u>	<u>27,97</u>
2016/10	Taxa de Adesão Banda Larga 35 Mega 1	99,90	27,97
<u>2016/10</u> <u>Resultado</u>		<u>99,90</u>	<u>27,97</u>
<u>Soma geral</u>		<u>899,10</u>	<u>251,75</u>

Completa que oferece aos seus clientes a opção de alugar os equipamentos a serem utilizados na prestação desses serviços, e sob os serviços destaca que oferece os respectivos valores à tributação.

Com todas as vênias, mas não assiste razão à Recorrente.

Situação diversa se verifica quanto às rubricas denominadas “Locação de Plataforma Gerenciamento de Dados e Voz”, “Locação de Infraestrutura Turbonet Power” e “Mensalidade de Serviço Premium Ethernet”. Embora a Recorrente lhes atribua natureza de locação de bens móveis, tal denominação, por si só, não se mostra suficiente para afastar a exigência do ICMS, sendo necessário examinar a efetiva natureza das prestações e sua relação com o serviço de telecomunicação objeto da contratação.

Com efeito, não se discute que a locação autônoma de bens móveis, considerada isoladamente, não configura prestação de serviço de comunicação. Ocorre que, no caso concreto, a Recorrente não trouxe aos autos elementos capazes de demonstrar que as rubricas autuadas decorrem de negócios jurídicos efetivamente autônomos e dissociados da prestação de telecomunicação, tampouco apresentou os respectivos instrumentos contratuais de modo a evidenciar que o usuário poderia contratar o serviço de comunicação independentemente dos equipamentos disponibilizados pela operadora, inclusive mediante aquisição ou locação destes junto a terceiros.

Ao contrário, segundo a própria descrição apresentada pela Recorrente, os equipamentos relacionados às rubricas em questão são disponibilizados para viabilizar funcionalidades diretamente relacionadas à utilização da rede de telecomunicações contratada, seja para gerenciamento dos dados e voz, acesso à internet ou interligação de ambientes de rede por solução *Ethernet*. Nessas circunstâncias, ausente comprovação da alegada autonomia contratual e econômica, não há elementos que permitam segregar as respectivas receitas do preço da prestação de comunicação apenas em razão da nomenclatura de “locação” utilizada nos documentos fiscais.

Dessa forma, diferentemente da Taxa de Adesão Banda Larga, cuja cobrança única se relaciona a procedimento prévio de adesão e configuração e, portanto, ostenta natureza preparatória, as rubricas ora examinadas apresentam-se vinculadas à fruição continuada dos serviços contratados. Não demonstrada pela Recorrente a existência de efetivas operações autônomas de locação, mantenho os respectivos valores



na base de cálculo do ICMS-Comunicação, nos termos do art. 13, III, c/c § 1º, II, “a”, da Lei Complementar nº 87/1996.

6. Cobrança do ICMS sobre receitas de interconexão

A Recorrente, em documento juntado aos autos após a interposição do recurso, promove o argumento de que a fiscalização incluiu, indevidamente, na base de cálculo do imposto estadual, serviços que não dizem respeito a comunicação propriamente dita, dentre os quais os valores recebidos a título de interconexão ("ITX").

Em atenção ao princípio da verdade material, corolário do princípio da legalidade, embora a defesa tenha trazido essa informação somente nos arrazoados de juntada de documentos ao processo, as prestações de serviço materialmente sem incidência do ICMS devem ser abatidas do levantamento acusatório.

Ao filtrar o CFOP 5301 na planilha acusatória, de fato, comprova-se a ocorrência das operações abaixo consignadas, que tem como tomadora do serviço as empresas CLARO S/A, TIM CELULAR S.A., OI MOVEL S.A. e NEXTEL TEL. LTDA.

PERIODO	CNPJ_NOTA	RAZAO	NOTA	CD_CONSUMIDOR	DATA EMISSAO	CD_CFOP	DS_SERVICO	CD_CLASSITEM	UND	VL_BASE ICMS	VALOR ICMS
2016/01	40432544006420	CLARO S/A	8	DF0014PB	8/1/2016	5301	MMS	312	MIN	22,83	6,39
2016/01	40432544006420	CLARO S/A	29	DF0014PB	8/1/2016	5301	SMS	312	MIN	5.553,20	1.554,90
2016/01	4206050008599	TIM CELULAR S.A.	55	DF0411PB	8/1/2016	5301	SMS	312	MIN	8.860,19	2.480,85
2016/01	4206050008599	TIM CELULAR S.A.	88	DF0411PB	8/1/2016	5301	MMS	312	MIN	48,73	13,64
2016/01	5423963015143	Oi Movel S.A.	107	DF0561PB	8/1/2016	5301	MMS	312	MIN	65,08	18,22
2016/01	5423963015143	Oi Movel S.A.	119	DF0561PB	8/1/2016	5301	SMS	312	MIN	10.992,00	3.077,76
2016/01 Resultado										25.542,03	7.151,77
2016/02	40432544006420	CLARO S/A	9	DF0014PB	10/2/2016	5301	SMS	312	MIN	5.132,44	1.437,08
2016/02	40432544006420	CLARO S/A	19	DF0014PB	10/2/2016	5301	MMS	312	MIN	20,45	5,73
2016/02	4206050008599	TIM CELULAR S.A.	49	DF0411PB	11/2/2016	5301	MMS	312	MIN	32,38	9,07
2016/02	4206050008599	TIM CELULAR S.A.	78	DF0411PB	11/2/2016	5301	SMS	312	MIN	8.408,22	2.354,30
2016/02	5423963015143	Oi Movel S.A.	93	DF0561PB	11/2/2016	5301	SMS	312	MIN	10.763,97	3.013,91
2016/02	5423963015143	Oi Movel S.A.	111	DF0561PB	11/2/2016	5301	MMS	312	MIN	44,06	12,34



<u>2016/02 Resultado</u>										<u>24.401,52</u>	<u>6.832,43</u>
2016/03	40432544006 420	CLARO S/A	9	DF0014PB	11/3/2016	5301	SMS	312	MIN	4.787,27	1.340,44
2016/03	40432544006 420	CLARO S/A	15	DF0014PB	11/3/2016	5301	MMS	312	MIN	16,50	4,62
2016/03	42060500085 99	TIM CELULAR S.A.	65	DF0411PB	11/3/2016	5301	MMS	312	MIN	26,62	7,45
2016/03	42060500085 99	TIM CELULAR S.A.	70	DF0411PB	11/3/2016	5301	SMS	312	MIN	7.876,95	2.205,55
2016/03	54239630151 43	Oi Movel S.A.	100	DF0561PB	11/3/2016	5301	MMS	312	MIN	36,12	10,11
2016/03	54239630151 43	Oi Movel S.A.	103	DF0561PB	11/3/2016	5301	SMS	312	MIN	9.540,41	2.671,31
<u>2016/03 Resultado</u>										<u>22.283,87</u>	<u>6.239,48</u>
2016/04	40432544006 420	CLARO S/A	237	DF0014PB	18/4/2016	5301	MMS	312	MIN	20,55	5,75
2016/04	40432544006 420	CLARO S/A	263	DF0014PB	18/4/2016	5301	SMS	312	MIN	4.473,89	1.252,69
2016/04	54239630151 43	Oi Movel S.A.	281	DF0561PB	18/4/2016	5301	MMS	312	MIN	42,97	12,03
2016/04	54239630151 43	Oi Movel S.A.	300	DF0561PB	18/4/2016	5301	SMS	312	MIN	9.734,53	2.725,67
2016/04	42060500085 99	TIM CELULAR S.A.	336	DF0411PB	18/4/2016	5301	SMS	312	MIN	7.769,08	2.175,34
2016/04	42060500085 99	TIM CELULAR S.A.	339	DF0411PB	18/4/2016	5301	MMS	312	MIN	32,85	9,20
<u>2016/04 Resultado</u>										<u>22.073,87</u>	<u>6.180,68</u>
2016/05	54239630151 43	Oi Movel S.A.	11	DF0561PB	11/5/2016	5301	MMS	312	MIN	31,76	8,89
2016/05	54239630151 43	Oi Movel S.A.	36	DF0561PB	11/5/2016	5301	SMS	312	MIN	9.054,15	2.535,16
2016/05	42060500085 99	TIM CELULAR S.A.	73	DF0411PB	12/5/2016	5301	SMS	312	MIN	6.800,18	1.904,05
2016/05	42060500085 99	TIM CELULAR S.A.	77	DF0411PB	12/5/2016	5301	MMS	312	MIN	23,20	6,50
2016/05	40432544006 420	CLARO S/A	130	DF0014PB	13/5/2016	5301	MMS	312	MIN	20,55	5,75
2016/05	40432544006 420	CLARO S/A	138	DF0014PB	13/5/2016	5301	SMS	312	MIN	3.864,17	1.081,97
2016/05	66970229014 974	Nextel Telecomunicacoes LTDA.	173	DF0711PB	19/5/2016	5301	SMS	312	MIN	0,06	0,02
<u>2016/05 Resultado</u>										<u>19.794,07</u>	<u>5.542,34</u>
2016/06	40432544006 420	CLARO S/A	24	DF0014PB	16/6/2016	5301	SMS	312	MIN	4.074,02	1.140,73
2016/06	40432544006 420	CLARO S/A	54	DF0014PB	16/6/2016	5301	MMS	312	MIN	26,36	7,38



2016/06	54239630151 43	Oi Movel S.A.	80	DF0561PB	16/6/2016	5301	SMS	312	MIN	9.087,51	2.544,50
2016/06	54239630151 43	Oi Movel S.A.	88	DF0561PB	16/6/2016	5301	MMS	312	MIN	26,78	7,50
2016/06	42060500085 99	TIM CELULAR S.A.	116	DF0411PB	17/6/2016	5301	MMS	312	MIN	22,57	6,32
2016/06	42060500085 99	TIM CELULAR S.A.	117	DF0411PB	17/6/2016	5301	SMS	312	MIN	6.718,20	1.881,10
<u>2016/06 Resultado</u>										<u>19.955,44</u>	<u>5.587,52</u>
2016/07	40432544006 420	CLARO S/A	9	DF0014PB	12/7/2016	5301	SMS	312	MIN	3.881,62	1.086,85
2016/07	40432544006 420	CLARO S/A	36	DF0014PB	12/7/2016	5301	MMS	312	MIN	32,80	9,18
2016/07	54239630151 43	Oi Movel S.A.	60	DF0561PB	12/7/2016	5301	MMS	312	MIN	31,29	8,76
2016/07	54239630151 43	Oi Movel S.A.	72	DF0561PB	12/7/2016	5301	SMS	312	MIN	8.004,81	2.241,35
2016/07	42060500085 99	TIM CELULAR S.A.	97	DF0411PB	13/7/2016	5301	MMS	312	MIN	19,77	5,54
2016/07	42060500085 99	TIM CELULAR S.A.	101	DF0411PB	13/7/2016	5301	SMS	312	MIN	5.709,57	1.598,68
<u>2016/07 Resultado</u>										<u>17.679,86</u>	<u>4.950,36</u>
2016/08	40432544006 420	CLARO S/A	22	DF0014PB	10/8/2016	5301	MMS	312	MIN	26,47	7,41
2016/08	40432544006 420	CLARO S/A	26	DF0014PB	10/8/2016	5301	SMS	312	MIN	3.693,50	1.034,18
2016/08	54239630151 43	Oi Movel S.A.	71	DF0561PB	11/8/2016	5301	SMS	312	MIN	8.672,69	2.428,35
2016/08	54239630151 43	Oi Movel S.A.	77	DF0561PB	11/8/2016	5301	MMS	312	MIN	26,00	7,28
2016/08	42060500085 99	TIM CELULAR S.A.	109	DF0411PB	11/8/2016	5301	SMS	312	MIN	5.824,55	1.630,87
2016/08	42060500085 99	TIM CELULAR S.A.	110	DF0411PB	11/8/2016	5301	MMS	312	MIN	25,06	7,02
<u>2016/08 Resultado</u>										<u>18.268,27</u>	<u>5.115,12</u>
2016/09	54239630151 43	Oi Movel S.A.	15	DF0561PB	12/9/2016	5301	SMS	312	MIN	8.618,79	2.413,26
2016/09	54239630151 43	Oi Movel S.A.	36	DF0561PB	12/9/2016	5301	MMS	312	MIN	28,80	8,06
2016/09	42060500085 99	TIM CELULAR S.A.	56	DF0411PB	12/9/2016	5301	MMS	312	MIN	24,29	6,80
2016/09	42060500085 99	TIM CELULAR S.A.	57	DF0411PB	12/9/2016	5301	SMS	312	MIN	5.661,18	1.585,13
2016/09	40432544006 420	CLARO S/A	94	DF0014PB	13/9/2016	5301	MMS	312	MIN	25,95	7,27
2016/09	40432544006 420	CLARO S/A	101	DF0014PB	13/9/2016	5301	SMS	312	MIN	3.810,49	1.066,94



<u>2016/09 Resultado</u>										<u>18.169,50</u>	<u>5.087,46</u>
2016/10	54239630151 43	Oi Movel S.A.	16	DF0561PB	13/10/2016	5301	MMS	312	MIN	33,16	9,28
2016/10	54239630151 43	Oi Movel S.A.	17	DF0561PB	13/10/2016	5301	SMS	312	MIN	8.028,24	2.247,91
2016/10	40432544006 420	CLARO S/A	65	DF0014PB	13/10/2016	5301	MMS	312	MIN	26,47	7,41
2016/10	40432544006 420	CLARO S/A	82	DF0014PB	13/10/2016	5301	SMS	312	MIN	3.525,95	987,27
2016/10	42060500085 99	TIM CELULAR S.A.	99	DF0411PB	13/10/2016	5301	MMS	312	MIN	32,85	9,20
2016/10	42060500085 99	TIM CELULAR S.A.	122	DF0411PB	13/10/2016	5301	SMS	312	MIN	5.331,29	1.492,76
<u>2016/10 Resultado</u>										<u>16.977,96</u>	<u>4.753,83</u>
2016/11	54239630151 43	Oi Movel S.A.	35	DF0561PB	10/11/2016	5301	SMS	312	MIN	5.656,00	1.583,68
2016/11	54239630151 43	Oi Movel S.A.	37	DF0561PB	10/11/2016	5301	MMS	312	MIN	32,23	9,02
2016/11	40432544006 420	CLARO S/A	77	DF0014PB	10/11/2016	5301	SMS	312	MIN	3.491,27	977,56
2016/11	40432544006 420	CLARO S/A	78	DF0014PB	10/11/2016	5301	MMS	312	MIN	12,04	3,37
2016/11	42060500085 99	TIM CELULAR S.A.	101	DF0411PB	11/11/2016	5301	MMS	312	MIN	33,47	9,37
2016/11	42060500085 99	TIM CELULAR S.A.	102	DF0411PB	11/11/2016	5301	SMS	312	MIN	5.858,37	1.640,34
<u>2016/11 Resultado</u>										<u>15.083,38</u>	<u>4.223,35</u>
2016/12	40432544006 420	CLARO S/A	33	DF0014PB	9/12/2016	5301	MMS	312	MIN	13,18	3,69
2016/12	40432544006 420	CLARO S/A	39	DF0014PB	9/12/2016	5301	SMS	312	MIN	3.390,31	949,29
2016/12	54239630151 43	Oi Movel S.A.	73	DF0561PB	9/12/2016	5301	SMS	312	MIN	5.472,86	1.532,40
2016/12	54239630151 43	Oi Movel S.A.	85	DF0561PB	9/12/2016	5301	MMS	312	MIN	38,45	10,77
2016/12	42060500085 99	TIM CELULAR S.A.	116	DF0411PB	13/12/2016	5301	SMS	312	MIN	5.289,41	1.481,03
2016/12	42060500085 99	TIM CELULAR S.A.	131	DF0411PB	13/12/2016	5301	MMS	312	MIN	29,74	8,33
<u>2016/12 Resultado</u>										<u>14.233,95</u>	<u>3.985,51</u>
<u>Geral Soma</u>										<u>234.463,72</u>	<u>65.649,84</u>

Como se sabe, a responsabilidade pelo recolhimento do imposto incidente sobre a cessão dos meios de rede entre empresas relacionadas no Ato COTEPE 13/13, de 13 de março de 2013 é atribuída ao prestador do serviço ao usuário final, na forma do Convênio ICMS nº 17, de 5 de abril de 2013, vigente à época dos fatos geradores, que em seguida transcrevo:



Convênio ICMS nº 17, de 5 de abril de 2013

Dispõe sobre concessão de regime especial na cessão de meios de rede entre empresas de telecomunicação.

Cláusula primeira Na prestação de serviços de telecomunicação entre empresas relacionadas no Ato COTEPE 13/13, de 13 de março de 2013, fica atribuída a responsabilidade pelo recolhimento do imposto incidente sobre a cessão dos meios de rede ao prestador do serviço ao usuário final.

Renumerado o parágrafo único da cláusula primeira para § 1º pelo Conv. ICMS 72/19, efeitos a partir de 01.09.19.

§ 1º Aplica-se, também, o disposto nesta cláusula às empresas prestadoras de serviços de telecomunicações que tenham como tomadoras de serviço as empresas referidas no caput desta cláusula, desde que observado o disposto na cláusula segunda e as demais obrigações estabelecidas em cada unidade federada.

Redação original, efeitos até 31.08.19.

Parágrafo único. Aplica-se, também, o disposto nesta cláusula às empresas prestadoras de Serviço Limitado Especializado - SLE, Serviço Móvel Especializado - SME e Serviço de Comunicação Multimídia - SCM, que tenham como tomadoras de serviço as empresas referidas no caput, desde que observado o disposto na cláusula segunda e as demais obrigações estabelecidas em cada unidade federada.

Acrescido o § 2º à cláusula primeira pelo Conv. ICMS 72/19, efeitos a partir de 01.09.19.

§ 2º Não poderão constar no Ato COTEPE 13/13, previsto na cláusula quarta deste convênio, operadoras de Serviço Móvel Pessoal – SMP por meio de Rede Virtual (RRV-SMP).

Cláusula segunda O tratamento previsto na cláusula primeira fica condicionado à comprovação do uso do serviço como meio de rede, da seguinte forma:

I - apresentação de demonstrativo de tráfego, contrato de cessão de meios de rede ou outro documento, contendo a natureza e o detalhamento dos serviços, endereços e características do local de instalação do meio;

II - declaração expressa do tomador do serviço confirmando o uso como meio de rede;

III - utilização de código específico para as prestações de que trata esta cláusula, nos arquivos previstos no Convênio ICMS 115/03, de 12 de dezembro de 2003;

IV - indicação, no corpo da nota fiscal, do número do contrato ou do relatório de tráfego ou de identificação específica do meio de rede que comprove a natureza dos serviços e sua finalidade.

Cláusula terceira A empresa tomadora dos serviços fica obrigada ao recolhimento do imposto incidente sobre a aquisição dos meios de rede, sem direito a crédito, nas hipóteses descritas a seguir:

I - prestação de serviço a usuário final que seja isenta, não tributada ou realizada com redução da base de cálculo;

II - consumo próprio;



III - qualquer saída ou evento que impossibilite o lançamento integral do imposto incidente sobre a aquisição dos meios de rede na forma prevista no caput da cláusula primeira.

§ 1º Para efeito do recolhimento previsto no caput, nas hipóteses dos incisos I e II, o montante a ser tributado será obtido pela multiplicação do valor total da cessão dos meios de rede pelo fator obtido da razão entre o valor das prestações previstas nesses incisos e o total das prestações do período.

§ 2º Caso o somatório do valor do imposto calculado nos termos do § 1º com o imposto destacado nas prestações tributadas próprias seja inferior ao imposto incidente sobre a aquisição dos meios de rede, a empresa tomadora dos serviços efetuará, na qualidade de responsável, o pagamento da diferença do imposto correspondente às prestações anteriores.

§ 3º Para fins de recolhimento dos valores previstos nos §§ 1º e 2º, o contribuinte deverá:

I - emitir Nota Fiscal de Serviço de Comunicação (modelo 21) ou Nota Fiscal de Serviço de

Telecomunicação (modelo 22);

II - utilizar os códigos de classificação de item específicos nos arquivos previstos no Convênio ICMS nº 115/2003.

Dessarte, a Recorrente tem razão quando afirma que a acusação incide sobre operações nas quais se apresenta como cedente de meios de rede e por esse motivo cancelo o crédito tributário indicado na Tabela acima.

Registre-se que a aplicação de multa tributária pelos Órgãos de Fiscalização é uma operação vinculada à Lei, e conforme observado a penalidade proposta encontra previsão no art. 82, IV, da Lei nº 6.379/96, supracitado.

7. Da multa aplicada e da majoração

A Recorrente aduz a reforma da sentença ora recorrida e o afastamento da multa imposta à Recorrente no patamar de 75% (setenta e cinco por cento) do valor do imposto tido por devido, sob pena de violação aos princípios da razoabilidade, da proporcionalidade e do não-confisco.

Importa consignar que os Órgãos Julgadores estão proibidos de afastar a aplicação da lei sob a alegação de inconstitucionalidade, ressalvadas as matérias decididas definitivamente em ADI ou em via incidental, quando o Senado Federal tenha suspenso a execução do ato, *ex vi*, dos art. 55 e art. 72-A, da Lei 10.094/13, e na Súmula nº 03, aprovada pelo CRF/PB, *ipsis litteris*:

Art. 55. Não de inclui na competência dos órgãos julgadores:

I – a declaração de inconstitucionalidade

(...)

Art. 72-A. No julgamento do processo administrativo tributário é vedado afastar a aplicação de lei sob alegação de inconstitucionalidade, ressalvadas as hipóteses em que a inconstitucionalidade tenha sido proclamada:

I - em ação direta de inconstitucionalidade;



II - por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal, em via incidental, desde que o Senado Federal tenha suspenso a execução do ato normativo.

SÚMULA 03 – A declaração de inconstitucionalidade de lei não se inclui na competência dos órgãos julgadores administrativos.

Portanto, foi correta a aplicação da multa punitiva, com fulcro no art. 82, IV, da Lei nº 6.379/96, dado que o contribuinte **indicou como não tributadas, nos documentos fiscais, prestações sujeitas ao imposto.**

No tocante à majoração da multa por motivo de reincidência, essa hipótese tem previsão legal no art. 87 da Lei 6.379/96. *In verbis*:

Art. 87. A reincidência punir-se-á com multa acrescida de 50% (cinquenta por cento), adicionando-se a essa pena 10% (dez por cento) da multa original a cada nova recidiva.

Nova redação dada ao parágrafo único do art. 87 pelo art. 1º da Lei nº 10.446/15 - DOE de 31.03.15.

Parágrafo único. Considera-se reincidência a prática de nova infração ao mesmo dispositivo legal, por parte da mesma pessoa, natural ou jurídica, dentro de 5 (cinco) anos contados da data do pagamento da infração, da decisão definitiva referente à infração anterior ou da inscrição em Dívida Ativa na hipótese de crédito tributário não quitado ou não parcelado, conforme disposto no art. 39 na Lei nº 10.094, de 27 de setembro de 2013.

O disciplinamento para aplicação da referida multa encontra-se presente nos artigos 38 e 39 da Lei nº 10.094/13:

Art. 38. Constatada a existência de antecedentes fiscais e configurada a reincidência, de imediato, o auditor fiscal, proporá a multa recidiva, nos termos do art. 87 da Lei nº 6.379, de 02 de dezembro de 1996.

§ 1º Para fins do disposto no “caput”, no momento da lavratura do Auto de Infração, o autor do procedimento efetuará a pesquisa sobre antecedentes fiscais do sujeito passivo no sistema de controle da Secretaria de Estado da Receita.

§ 2º No Termo de Antecedentes Fiscais deverá constar:

I - o número do processo do qual conste a decisão que houver condenado o contribuinte por idêntica infração;

II - a data do julgamento que tornou definitiva a decisão;

III - os dispositivos infringidos;

IV - a data da ciência, ao autuado, da decisão final administrativo-tributária ou da lavratura do Termo de Revelia;

V – a data de pagamento da infração.

Art. 39. Considera-se reincidência a prática de nova infração ao mesmo dispositivo legal, por parte da mesma pessoa, natural ou jurídica, dentro de 5 (cinco) anos contados da data do pagamento da infração, da decisão definitiva referente à infração anterior ou da inscrição em Dívida Ativa na hipótese de crédito tributário não quitado ou não parcelado.

A interpretação do dispositivo legal específico, art. 39 da Lei 10.094/13



(transcrito acima), nos dá o rumo de que se considera reincidência a prática de nova infração ao mesmo dispositivo legal, contados da data do pagamento da infração, da decisão definitiva referente à infração anterior ou da inscrição em Dívida Ativa.

Conforme consta da decisão singular, a consulta aos antecedentes fiscais da empresa autuada, percebe-se que não há processos antecedentes com a acusação da mesma infração e com os mesmos dispositivos legais, com o pagamento, a decisão definitiva ou a inscrição em dívida ativa ocorridos antes da data de ocorrência dos fatos geradores da presente autuação.

Assim, ratifico a decisão da instância singular para excluir a majoração da multa no valor total de **R\$ 1.973.463,50**.

Descrição da Infração	Período de apuração	ICMS AI	Multa AI	Recidiva AI	ICMS Cancelado	Multa Cancelado	Recidiva Cancelado	ICMS Devido	Multa Devida
0314 - FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS ATINENTE A PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE COMUNICAÇÃO	01/16	7.843,72	5.882,79	2.941,40	7.151,77	5.363,83	2.941,40	691,95	518,96
	02/16	7.550,09	5.662,57	2.831,29	6.832,43	5.124,32	2.831,29	717,66	538,25
	03/16	7.123,79	5.342,84	2.671,42	6.239,48	4.679,61	2.671,42	884,31	663,23
	04/16	599.032,56	449.274,42	224.637,21	593.141,85	444.856,39	224.637,21	5.890,71	4.418,03
	05/16	603.813,47	452.860,10	226.430,05	586.097,83	439.573,37	226.430,05	17.715,64	13.286,73
	06/16	608.917,95	456.688,46	228.344,23	569.915,53	427.436,65	228.344,23	39.002,42	29.251,81
	07/16	610.726,35	458.044,76	229.022,38	552.640,60	414.480,45	229.022,38	58.085,75	43.564,31
	08/16	615.480,66	461.610,50	230.805,25	538.255,37	403.691,53	230.805,25	77.225,29	57.918,97
	09/16	620.709,81	465.532,36	232.766,18	526.195,01	394.646,26	232.766,18	94.514,80	70.886,10
	10/16	623.027,78	467.270,84	233.635,42	400.821,79	300.616,34	233.635,42	222.205,99	166.654,50
	11/16	626.611,85	469.958,89	234.979,45	4.223,35	3.167,51	234.979,45	622.388,50	466.791,38
	12/16	331.731,24	248.798,43	124.399,22	3.985,51	2.989,13	124.399,22	327.745,73	245.809,30
TOTAIS		5.262.569,27	3.946.926,96	1.973.463,50	3.795.500,53	2.846.625,40	1.973.463,50	1.467.068,74	1.100.301,56

Por todo o exposto,

VOTO pelo recebimento do recurso de ofício, por regular, e do voluntário, por regular e tempestivo, e, quanto ao mérito, pelo desprovisionamento do recurso de ofício e parcial provimento do recurso voluntário, para alterar quanto aos valores a decisão monocrática que julgou *parcialmente procedente* o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00002060/2020-56, lavrado em 3 de dezembro de 2020 contra a TELEFÔNICA BRASIL S/A, inscrição estadual nº 16.136.950-2, acima qualificada, mantendo o crédito tributário na quantia de **R\$ 2.567.370,31 (dois milhões, quinhentos e sessenta e sete mil, trezentos e setenta reais e trinta e um centavos)**, sendo **R\$ 1.467.068,74 (um milhão, quatrocentos e sessenta e sete mil, sessenta e oito reais e setenta e quatro centavos)** de ICMS, por infringência ao art. 13, III, c/c art. 3º, III, art. 11, V, art. 12, VII, todos da Lei nº 6.379/96, e **R\$ 1.100.301,56 (um**



milhão, cem mil, trezentos e um reais e cinquenta e seis centavos) de multa por infração, arrimada no art. 82, IV, da Lei nº 6.379/96.

Ao tempo em que mantenho cancelado, por indevido, o crédito tributário de **R\$ 1.973.463,50 (um milhão, novecentos e setenta e três mil, quatrocentos e sessenta e três reais e cinquenta centavos)** de multa por reincidência.

E cancelo o crédito tributário no valor de **R\$ 6.642.125,93 (seis milhões, seiscentos e quarenta e dois mil, cento e vinte e cinco reais e noventa e três centavos)**, sendo **R\$ 3.795.500,53 (três milhões, setecentos e noventa e cinco mil, quinhentos reais e cinquenta e três centavos)** de ICMS e **R\$ 2.846.625,40 (dois milhões, oitocentos e quarenta e seis mil, seiscentos e vinte e cinco reais e quarenta centavos)** de multa por infração.

Intimações necessárias a cargo da repartição preparadora, na forma regulamentar.

Tribunal Pleno, sessão realizada por meio de videoconferência em 24 de setembro de 2026.

Lindemberg Roberto de Lima
Conselheiro Relator