

A. I. N° - 279692.0002/12-9
AUTUADO - TNL PCS S/A
AUTUANTES - RICARDO RODEIRO M. DE AGUIAR e PAULO ROBERTO SILVEIRA MEDEIROS
ORIGEM - IFEP SERVIÇOS
INTERNET - 31.08.2012

2^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0192-02/12

EMENTA: ICMS. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO. SERVIÇO DE TELECOMUNICAÇÃO. FALTA DE RECOLHIMENTO. OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS ESCRITURADAS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. ALUGUEL DE EQUIPAMENTO DE TERMINAIS DE REDE TC CPE SOLUTION. O ICMS incide sobre a comunicação propriamente dita, inclusive sobre os serviços complementares, suplementares e facilidades adicionais configurando-se o todo na prestação de serviço de telecomunicação, prevista no Convênio 69/98. Os serviços de comunicações tributáveis pelo ICMS são aqueles que permitem que a mensagem transmitida pelo emissor seja recebida e compreendida pelo receptor. Ocorrendo esse processo, sendo ele oneroso, o ICMS será devido pelo prestador do serviço de comunicação. Auto de Infração **PROCEDENTE** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 26/03/2012, exige ICMS de R\$ 141.897,31, em decorrência da falta de recolhimento decorrente da prestação de serviço de comunicação por escrituração de valores tributados como não tributados.

O autuado impugnou o lançamento tributário, fls. 42 a 62 dos autos, por meio de advogados legalmente constituídos, aduzindo que a exigência fiscal se refere ao ICMS sobre aluguéis de bens móveis (equipamentos), denominado “TC CPE SOLUTION-ALUGUEL”, “TC CPE SOLUTION-ALUGUEL PEQUENO PORTE” e “TC CPE SOLUTION-ALUGUEL MÉDIO PORTE”, conforme consta nas planilhas que embasam a autuação.

Frisa que os códigos tarifários que contém a descrição “CPE SOLUTION” se refere à atividade de locação de equipamentos em conjunto com os serviços de manutenção, instalação, garantia e atualização de *software*, e que a sigla CPE significa *Customer Premises Equipment*, sendo o termo utilizado para designar equipamentos terminais de rede que serão locados aos usuários.

Afirma que a locação do equipamento não configura serviço de qualquer tipo, seja de comunicação ou de outra natureza, conforme jurisprudência pacífica do Plenário do STF que no julgamento do RE 116.121/SP, declarou a inconstitucionalidade da expressão “locação de bens móveis” contida na Lista de Serviços anexa ao Decreto-Lei 406/68.

Aduz que o Exmo. Presidente da República ao sancionar a LC 116/2003, atual legislação geral do ISS, vetou expressamente o item 3.02 da Lista de Serviços anexa, que previa a atividade de locação de bens móveis como passível da incidência do ISS, conforme trecho transscrito. Assim, desde agosto de 2003, locar bens imóveis não configura prestação de serviços para fins de incidência do ISS ou, muito menos, do ICMS.

Traça um paralelo entre sua operação e o arredamento mercantil, transcrevendo, dispositivos do artigo 3º, da Lei 7.014/96, para fundamentar sua tese de não incidência do ICMS na operação em tela, citando decisões de outros tribunais para embasar suas alegações.

Argumenta que as atividades de locação de bens móveis objeto da autuação fiscal constituem mera atividade-meio, ou seja, não envolvem qualquer serviço de comunicação, não atraindo a

incidência do ICMS, uma vez que constitui mero serviço auxiliar e preparatório ao serviço de comunicação propriamente dito (atividade-final), o qual é tributado pelo ICMS. Tais atividades, justamente por não consistirem em atividades finalísticas da impugnante, não são passíveis de tributação pelo ICMS. Servem, tão-somente, como condição à implementação de sua atividade tributada pelo ICMS.

A seguir, transcreve trechos dos artigos 155, da Constituição Federal, 2º e 13 da Lei Complementar nº 87/96, destacando que para que houvesse incidência do ICMS sobre os referido serviços, seria necessária expressa previsão na Lei Complementar, entendendo que a norma do Convênio ICMS nº 69/98, que ampliou a base de cálculo do ICMS relativo aos serviços de comunicações, incluindo todas as atividades e serviços adicionais a ele correlatos, a qual foi incorporada pelo Regulamento do ICMS do Estado da Bahia, § 4º, do artigo 4º, é inconstitucional.

Aduz que é composta unicamente pelo preço cobrado pelas empresas pela prestação do serviço de telecomunicação propriamente dito, e não pelas receitas decorrentes de atividades meramente acessórias, que inclusive, possuem materialidade própria.

Registra que a ANATEL autoriza as operadoras de telefonia a auferirem receitas alternativas, complementares ou acessórias, sem que estas constituam novas modalidades de serviços de comunicação, transcrevendo entendimento doutrinário e jurisprudência de outros tribunais sobre o tema.

Ao final, requer pela improcedência da autuação.

Os autuantes, na informação fiscal prestada às fls. 80 a 90, inicialmente discorrem sobre a autuação e as razões de defesa.

Destacam que o autuado segrega as faturas enviadas aos clientes relativas ao serviço de telecomunicação prestado dos equipamentos fornecidos e utilizados para que ocorra efetivamente a prestação do serviço de telecomunicação, o que implica em uma indevida redução da base de cálculo do ICMS.

Aduzem que, por um lado, é juridicamente possível que duas pessoas se vinculem duas vezes, com independência, por meio de dois contratos através de um único instrumento e é possível que esses dois contratos tratem, um deles, da prestação de serviço de comunicação e o outro, independentemente, da locação de bens móveis. No entanto, dizem, para que isso ocorra, as respectivas obrigações devem ser independentes, pois obrigações interdependentes, tantas quantas possam ser, denunciam vontades contratuais interdependentes, convergentes em apenas um contrato.

Salientam que, no caso em tela, não se trata da prestação de dois serviços independentes, nem de um serviço principal e outro acessório, seja um de comunicação, seja o outro de locação. Trata-se apenas de um serviço de comunicação com fornecimento de materiais para sua viabilização, cobrado em separado, mas não por causa separada. Entendem que não apenas o chamado contrato de aluguel de equipamentos, pretensamente acessório, segue a sorte do pretendente principal, de prestação de serviço de comunicação, mas também vice-versa, já que a falta do fornecimento dos equipamentos de conexão importa inadimplência da obrigação de fornecer serviço de comunicação.

Destacam que os aluguéis de bens móveis e equipamentos de telecomunicações, a exemplo de CPE's Solutions, Modems, Roteadores, Chave Selecionadora, Circuito Integrado, Unidade de Derivação, Micro Estação, e outros, estão dentro do campo de incidência do ICMS, pois estão totalmente associados e vinculados ao serviço de telecomunicação prestado pelo autuado, sendo imprescindíveis para que ocorra a efetiva comunicação entre dois pontos. Sem tais equipamentos oferecidos pelo autuado aos seus clientes, não haveria possibilidade de ocorrer a prestação do serviço de telecomunicação.

Concluem, portanto, que os serviços de telecomunicações oferecidos e a utilização dos equipamentos são dependentes entre si, visto que são prestados num mesmo momento e de forma simultânea.

Observam que o que expõem está em consonância com o Parecer DITRI que transcrevem, fls. 81 a 86 dos autos.

No mesmo sentido, também transcrevem a Decisão Normativa CAT-5, de 02-12-2004, do Estado de São Paulo, fls. 86 a 90.

Finalizam, pedindo a procedência total do Auto de Infração.

O autuado recebeu cópia da informação fiscal e foi intimado para se manifestar, fl. 91 dos autos.

Às folhas 92 a 98, em nova manifestação defensiva, o autuado reitera seus argumentos apresentados na peça defensiva inicial.

VOTO

Após analisar as peças que compõem o presente PAF, constatei que o autuante lavrou o Auto de Infração em tela, para exigir imposto decorrente da falta de recolhimento decorrente da prestação de serviço de comunicação por escrituração de valores tributados como não tributados.

Conforme planilha que embasou a autuação, os serviços objeto da exigência tributária na infração se referem à locação de equipamentos denominados: “TC CPE SOLUTION-ALUGUEL”, “TC CPE SOLUTION-ALUGUEL PEQUENO PORTE” e “TC CPE SOLUTION-ALUGUEL MÉDIO PORTE”

Em sua defesa, em síntese, o sujeito passivo assevera que a atividade nada mais é do que a disponibilização onerosa de meios para terceiros, exemplo de locação de bens móveis, que não configura serviço de qualquer tipo, seja de comunicação ou de outra natureza, e como tal não configura prestação de serviços para fins de incidência do ISS ou, muito menos, do ICMS, razão pela qual se impõe a exclusão de tais atividades do auto de infração. Argumenta que a ANATEL autoriza as operadoras de telefonia a auferirem receitas alternativas, complementares ou acessórias, sem que estas constituam novas modalidades de serviços de comunicação. Entende que a norma do Convênio ICMS nº 69/98, que ampliou a base de cálculo do ICMS relativo aos serviços de comunicações, incluindo todas as atividades e serviços adicionais a ele correlatos, a qual foi incorporada pelo Regulamento do ICMS do Estado da Bahia, § 4º, do artigo 4º, é inconstitucional.

Em relação a inconstitucionalidade argüida pela defesa, cabe ressaltar que o art. 167, I, do RPAF/99, exclui da competência dos órgãos julgadores a declaração da mesma, razão pela qual me abstendo de manifestar a respeito.

No mérito, observo que o Conselho de Fazenda Estadual (CONSEF), através das Juntas de Julgamento Fiscal e das Câmaras de Julgamento Fiscal, nos julgamentos reiterados dos litígios decorrentes de lançamentos fiscais envolvendo os serviços de comunicações, firmou o entendimento de que o ICMS incide sobre a comunicação propriamente dita, inclusive sobre os serviços complementares, suplementares e facilidades adicionais configurando-se o todo na prestação de serviço de telecomunicação, prevista no Convênio 69/98. Os serviços de comunicação tributáveis pelo ICMS são aqueles que permitem que a mensagem transmitida pelo emissor seja recebida e compreendida pelo receptor. Ocorrendo esse processo, sendo ele oneroso, o ICMS será devido pelo prestador do serviço de comunicação. A título de exemplo, citou os Acórdãos: JJF Nº 0084-02/10, JJF nº 0250-04/09, JJF Nº 0102-04/11, JJF nº 0160-01/10, CJF Nº 0139-11/12, CJF Nº 0045-12/12.

Conforme restou comprovado nos autos, o sujeito passivo segregava as faturas enviadas aos clientes relativas ao serviço de telecomunicação prestado dos equipamentos fornecidos e utilizados para que ocorra efetivamente a prestação do serviço de telecomunicação, o que implica em uma indevida redução da base de cálculo do ICMS.

É pacífico o entendimento de que os TC CPE SOLUTION (terminais de rede) utilizados são indispensáveis à efetivação do serviço de comunicação prestado pelo impugnante. Esses equipamentos são alugados aos usuários do serviço de telecomunicação presta pelo o autuado, sob “contratos de aluguel”, cuja receita da locação dos equipamentos não é levada à tributação pelo autuado. Ocorre que a exploração da atividade de comunicação é tributada pelo ICMS é,

nesse caso, vinculada à locação do equipamento que lhe seja próprio e cujas funcionalidades lhes sejam exclusivas, o valor do aluguel deve compor a base de cálculo da operação para efeito de tributação do ICMS. Tal cobrança decorre da previsão contida no art. 155, inciso II da Constituição Federal e está amparada no art. 2º, inciso III da Lei Complementar nº 87/96 e no art. 2º, inciso VII, c/c o § 1º da Lei nº 7.014/96.

Assim, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 279692.0002/12-9, lavrado contra TNL PCS S/A, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$141.897,31, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso II, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 16 de agosto de 2012

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – RELATOR

ANGELO MÁRIO DE ARAUJO PITOMBO – JULGADOR