

PROCESSO - A. I. N° 300201.0013/12-4
RECORRENTE - TELEMAR NORTE LESTE S/A. (OI)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2^a JJF n° 0107-02/13
ORIGEM - IFEP SERVIÇOS
INTERNET - 26.12.2013

3^a CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0528-13/13

EMENTA: ICMS. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO. SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO. OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS ESCRITURADAS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. ALUGUEL DE EQUIPAMENTO DE TERMINAIS DE REDE TC CPE SOLUTION. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. O ICMS incide sobre as prestações onerosas de serviços de comunicação, por qualquer meio, inclusive a geração, a emissão, a recepção, a transmissão, a retransmissão, a repetição e a ampliação de comunicação de qualquer natureza. No caso, os serviços cobrados no lançamento de ofício (locação, montagem, e configuração de equipamentos) são considerados como serviços de comunicação postos à disposição dos usuários e independentemente do nome ou código que lhe sejam dados, existe uma mensagem, sua transmissão e sua recepção, constituindo-se em uma efetiva prestação onerosa do serviço de telecomunicação. Infração caracterizada. Não compete aos órgãos julgadores administrativos a apreciação de argüição de constitucionalidade. Rejeitadas as preliminares suscitadas. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão por maioria.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra julgamento, em Primeira Instância, do Auto de Infração n° 300201.0013/12-4, lavrado em 26/12/2012 para exigir ICMS no valor histórico total de R\$663.343,58, acrescido da multa de 60%, em razão da falta de recolhimento do imposto devido por prestação de serviços de comunicação, decorrente de escrituração de valores tributáveis como não tributáveis, no período de janeiro a julho de 2012, conforme demonstrativo às fls. 06 e 07, e arquivo eletrônico à fl. 09.

O autuado impugnou o lançamento de ofício às fls. 14 a 22 no mérito , em síntese, argüindo não serem tributáveis os aluguéis dos objetos denominados “TC CPE SOLUTION-ALUGUEL”, “TC CPE SOLUTION-ALUGUEL PEQUENO PORTE”, “TC CPE SOLUTION-ALUGUEL MÉDIO PORTE”, “TC CPE SOLUTION-ALUGUEL GRANDE PORTE” e “TC CPE VOZ ALUGUEL”, pelas razões e dados que expôs.

O autuante prestou informação fiscal às fls. 123-A a 132 contestando as alegações defensivas e mantendo as imputações. Dentre outros aspectos destacou a jurisprudência dominante neste Conselho, citou Parecer da PGE/Profis, legislação nacional e estadual sobre o tema, decisões de outros tribunais administrativos e concluiu pugnando pela procedência total do Auto de Infração.

O julgamento unânime em primeira instância manteve integralmente o Auto de Infração, conforme Acórdão n° 0107-02/13, às fls. 135 a 147. Em seu voto assim se expressa o digno Relator:

VOTO

Incialmente, com relação ao pedido para intimação do advogado do sujeito passivo no endereço indicado na peça impugnatória, inexiste óbice a seu atendimento, desde que respeitado o disposto no artigo 108 do RPAF/99.

Quanto ao argumento defensivo de que por ser indevida a cobrança dos serviços autuado, questão que será tratada no exame do mérito da autuação, também é indevida a cobrança do adicional 2% na alíquota do ICMS ao FUNCEP, ressalto que tal percentual é legalmente previstos nos artigos 16 e 16-A, da Lei nº 7.014/96.

No mérito, na infração foi imputado que contribuinte deixou de recolher o ICMS relativo a prestação de serviço de comunicação por escrituração de valores tributados como não tributados, ou seja, deixou de incluir na base de cálculo as parcelas cobradas dos seus usuários pelo serviço de comunicação, denominadas de “TCE Solution - Aluguel e TC CPE VOZ – Aluguel”, no período de janeiro a julho de 2012.

Verifico que o levantamento fiscal que resultou nos valores que foram consignados no Demonstrativo de Débito às fls.01 e 02, se encontram discriminados no Demonstrativo às fls.06 e 07, o qual, foi entregue cópia ao sujeito passivo, e no CD à fl. 9, cuja mídia eletrônica também foi entregue, conforme comprova o Recibo de Arquivos Eletrônicos, fl. 8, fato que possibilitou o pleno exercício do direito de defesa do autuado, que por sinal apresentou impugnação, sem contudo, contestar os números do lançamento.

O lançamento foi impugnado com base no argumento de que não há incidência de ICMS sobre operações de TC CPE Solution - Aluguel, que por se tratar de locação que não é tributado pelo ICMS, conforme entendimento do STF, do eg. Conselho de Recursos Fiscais da Paraíba, Minas Gerais, deixando a entender ser inconstitucional a aplicação do Convênio CONFAZ no 69/98, para cobrança do ICMS sobre serviços suplementares.

Quanto aos aspectos constitucionais que diretamente ou indiretamente foram abordados na peça defensiva em relação a ilegalidade na legislação tributária estadual constante no enquadramento legal que fundamenta a infração, destaco a regra estabelecida no artigo 167, inciso I, do RPAF/99, que retira do órgão julgador administrativo a competência para a declaração de inconstitucionalidade ou negativa de aplicação de Lei, decreto ou ato normativo.

É importante destacar ainda que as decisões administrativas e judiciais colacionadas pelo contribuinte na peça de defesa, não podem servir de lastro para alterar o entendimento aqui externado, visto que as mesmas não vinculam o Estado da Bahia.

Cumpre registrar que o autuado é uma empresa de telecomunicação, relacionada no Anexo Único do Conv. ICMS 126/98, e por força do regime especial de tributação do ICMS, nele concedido e no Art. 569-A do RICMS, possuindo uma Inscrição única no Cadastro Estadual com escrituração fiscal e recolhimento do ICMS centralizado, sendo o regime de apuração do ICMS o normal.

Saliento que, conforme dito acima, o motivo para a exigência fiscal, foi a constatação da falta de tributação dos serviços denominados de: TC CPE SOLUTION – ALUGUEL; TC CPE VOZ – ALUGUEL.

Portanto, o núcleo central da discussão tributária é se os citados produtos utilizados na prestação de serviço de comunicação estão sujeito ao ICMS.

Verifico que no mérito, é recorrente a questão sob análise, conforme jurisprudência do CONSEF, a exemplo do Acórdão JJF Nº 0192-02/12, desta Junta de Julgamento Fiscal, que trata da mesma matéria, bem como a quase literalidade das argüições trazidas pela defesa e informação fiscal.

Verificada a identidade entre os argumentos trazidos pelo impugnante e o voto proferido no citado Acórdão JJF Nº 0192-02/12, (decisão unânime), cujo entendimento acolho, - haja vista que participei como um dos julgadores - para integrar o presente voto, passando, assim, a reproduzir a conclusão do aludido voto, quanto ao mérito em questão, in verbis:

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 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.

Cumpre observar ainda que a decisão acima está fundamentada no parecer jurídico da Procuradoria Fiscal da PGE sobre a amplitude da hipótese de incidência do ICMS sobre serviços onerosos de comunicação, previstos na LC nº 87/96 e explicitados no Convênio ICMS 69/98.

Acompanhando o mesmo entendimento esposado pela decisão acima transcrita, uma vez que este tem sido o entendimento deste órgão julgador nos processos relativos a incidência do ICMS nas operações realizadas pelo autuado e pelas demais empresas que atuam no mesmo ramo, no caso dos serviços denominados de cálculo as parcelas cobradas dos seus usuários pelo serviço de comunicação, denominadas de “TCE Solution - Aluguel e TC CPE VOZ – Aluguel, como podemos observar, a título de exemplo, nos Acórdãos: 2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL - ACÓRDÃO CJF Nº 0197-12/03; 1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL - ACÓRDÃO CJF Nº 0476-11/03; 2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL - ACÓRDÃO CJF Nº 0191-12/07 e 2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL - ACÓRDÃO CJF Nº 0160-12/06; CJF nº 0202/12.12.

Os julgamentos reiterados do CONSEF, constantes dos acórdãos acima alinhados, entre muitos outros, acerca da matéria sob apreciação, têm-se fixado no entendimento de que o ICMS incide sobre prestações de serviços de comunicação postos à disposição dos usuários e independentemente do nome ou código que lhe sejam dados, pois existe uma mensagem, sua transmissão e sua recepção, constituindo-se em uma efetiva prestação onerosa do serviço de telecomunicação, e, portanto, onerados pelo ICMS, vez que se encontra no seu âmbito de incidência.

Tal conclusão, encontra-se embasada no artigo 1º, § 2º, inciso VII do RICMS/BA, vigente à época dos fatos geradores: o ICMS incide sobre – VII. “a prestação onerosa de serviços de comunicação, por qualquer meio, inclusive a geração, a emissão, a recepção, a transmissão, a retransmissão, a repetição e a ampliação de comunicação de qualquer natureza”.

No mesmo sentido, dispõe ainda o art. 4º, § 4º do supracitado regulamento: “Estão compreendidos no campo de incidência do ICMS os serviços cobrados a título de acesso, adesão, ativação, habilitação, disponibilidade, assinatura e utilização dos serviços, bem como os serviços suplementares e facilidades adicionais que otimizem ou agilizem o processo de comunicação, independentemente da denominação que lhes seja dada (Conv. ICMS 69/98)”.

Também não merece acolhimento uma possível alegação de que os serviços encontram-se no campo de incidência do ISS, uma que tais os serviços prestados pelo impugnante aos seus clientes, objeto da presente lide, não são utilidades acessórias da informação, e sim, prestações de serviços onerosos de comunicação, estando inseridos no campo de incidência do ICMS, conforme previsto na legislação acima aludida. A Constituição da República ao arrolar os serviços de comunicação em seu art. 155, II, não se refere à comunicação propriamente dita, em seu sentido literal, mas sim, a todo seu processo e à relação comunicativa.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

Inconformado com a decisão proferida, o sujeito passivo interpôs Recurso Voluntário às fls. 158 a 171, reproduzindo as suas alegações da impugnação originária. Em apertada síntese, o Recorrente

cita a tempestividade do Recurso, descreve a imputação e os dispositivos normativos aplicados pelo Fisco, fala sobre a decisão de base também aduzindo que a decisão deveria ser reformada porque, em suma, não haveria tributação sobre aluguel do modem e que por via de consequência também não seria exigível o percentual de 2º de adicional [Adicional do Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza].

Fala que a jurisprudência que traz aos autos tem por finalidade ressaltar a divergência entre a interpretação dada pelo Fisco baiano e o restante do país aos fatos objeto da autuação; compara a locação do modem alvo da exigência tributária ao aluguel de outros modems; descreve o que é “TC CPE SOLUTION-ALUGUEL”, “TC CPE SOLUTION-ALUGUEL PEQUENO PORTE”, “TC CPE SOLUTION-ALUGUEL MÉDIO PORTE”, “TC CPE SOLUTION-ALUGUEL GRANDE PORTE” e “TC CPE VOZ ALUGUEL”; descreve o processo de contratação de aluguel do modem que utiliza na prestação dos serviços de comunicação; discorre acerca de locação; cita jurisprudência de outros tribunais da esfera administrativa e judicial, e a Súmula Vinculante nº 31; diz que o artigo 6º do RICMS/BA/97 afasta a incidência do ICMS sobre locação; cita a Constituição da República e a LC 87/96; e conclui pedindo o conhecimento e provimento do Recurso Voluntário interposto, com o julgamento pela anulação do Auto de Infração. Pede para ser intimado em nome do Advogado e no endereço que indica.

A PGE/PROFIS, por intermédio da Procuradora Ângeli Maria Guimarães Feitosa, emite Parecer às fls. 175 a 184 aduzindo que compulsando os autos verifica-se, à saciedade, que tanto as imputações fiscais estão absolutamente claras, devidamente tipificadas e alicerçadas na legislação estadual, como o lançamento atende a todos os requisitos descritos no artigo 39 do RPAF/99.

Discorre acerca da incidência do ICMS sobre os serviços de comunicação citando a Constituição da República, a LC 87/96, CTN, texto de jurista, Decreto 97.057/97, a ADIN 1.467-6/DF, a Lei 9472/87, o Convênio ICMS 69/98; diz que não como se aceder à tese recursal; afirma que as argüições de constitucionalidade devem ser rechaçadas por quanto falece ao Conselho de Fazenda a declaração de constitucionalidade, a teor do artigo 167, inciso I, do RPAF/99.

Conclui opinando pelo conhecimento e Improvimento do Recurso Voluntário interposto.

VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto no sentido de modificar a Decisão da 1ª Instância no que tange à infração imputada.

Preliminarmente, no quanto pertinente ao pedido de declaração de nulidade do presente lançamento de ofício verifico que, tal como já devidamente apreciado no julgamento de primeira instância, estão presentes os pressupostos de validade processual, encontrando-se definidos o autuado, os montantes e os fatos geradores dos débitos tributários reclamados, não estando, o lançamento de ofício e o processo administrativo fiscal dele decorrente, incursos nas hipóteses previstas no artigo 18 do RPAF/99.

Embora o contribuinte, ao final do recurso interposto, peça a declaração de nulidade da autuação, nada traz de objetivo que lastreie seu pedido. Ademais ficou evidenciado, tanto da impugnação ao lançamento de ofício, quanto do teor do Recurso Voluntário, que o contribuinte entendeu as imputações, tendo recebido os demonstrativos atinentes às mesmas e exercido tempestivamente seu direito de defesa tendo, inclusive, pronunciado-se quanto ao mérito neste processo. Argüição de nulidade rejeitada.

Assinalo, por oportuno, que está afastada da competência deste contencioso administrativo a apreciação de constitucionalidade, e de ilegalidade de dispositivo normativo em vigor, nos termos do artigo 125 do Código Tributário do Estado da Bahia – COTEB.

No quanto pertinente às multas aplicadas, como também os acréscimos moratórios incidentes sobre o débito, os atos administrativos obedecem ao disposto na legislação tributária estadual,

mais especificamente no artigo 42 da Lei nº 7.014/96 e no artigo 102, § 2º, II, também do COTEB, com as alterações introduzidas pela Lei nº 7.753/00.

Assinalo, por oportuno, quanto à possibilidade de redução de multa por descumprimento da obrigação principal, que é a imputação presente no Auto de Infração em foco, inexistir previsão normativa para sua avaliação nesta instância de julgamento administrativo fiscal, motivo pelo qual não o analiso.

No mérito, alinhando-me ao entendimento esposado pela PGE/PROFIS nos autos deste processo, entendo que não merece reparo a decisão recorrida.

Tal como já exposto no Relatório que antecede este voto, o contribuinte restringe-se a trazer, em sede de Recurso, o quanto já apreciado em primeira instância.

Trata-se de assunto reiteradamente analisado neste Conselho de Fazenda, inclusive com a apreciação do tema pelos dignos representantes da PGE/PROFIS, tendo sido, até aqui, predominante o entendimento no sentido de que todas as facilidade e atividades vinculadas necessariamente à prestação dos serviços de telecomunicação compõem a base de tributação do ICMS.

Como é de conhecimento comum, a grande velocidade das inovações tecnológicas traz, diariamente, a necessidade de adequação das regras sociais à realidade nova que se impõe. A necessidade de adequação atinge, igualmente, o ordenamento jurídico brasileiro.

Neste sentido, no Brasil, após a promulgação da Emenda Constitucional nº 08/1995, que flexibilizou o modelo brasileiro de telecomunicações ao eliminar a exclusividade estatal da concessão para exploração dos destes serviços, foi criada a Lei Federal nº 9.472/97, ou Lei Geral de Telecomunicações, como é conhecida, que dispôs sobre a organização dos serviços de telecomunicações.

Trazendo então a previsão tributária acerca de serviços de comunicação presente na Constituição da República:

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

II - operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior;

Na Lei Complementar nº 87/96:

Art. 2.º 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;

Na Lei Estadual nº 7.014/96:

Art. 2º. O ICMS incide sobre:

VII - a prestação onerosa de serviços de comunicação, por qualquer meio, inclusive a geração, a emissão, a recepção, a transmissão, a retransmissão, a repetição e a ampliação de comunicação de qualquer natureza;

No RICMS/BA, em redação vigente à época dos fatos objeto da autuação:

Art. 4º. Nas prestações de serviços de comunicação de qualquer natureza, por qualquer processo, ocorre o fato gerador do ICMS no momento:

I - da prestação onerosa de serviço de comunicação de qualquer natureza, inclusive na geração, emissão, transmissão, retransmissão, repetição, ampliação ou recepção de comunicação, por qualquer meio ou processo, ainda que iniciada ou prestada no exterior;

(...)

§ 1º. Entende-se por comunicação, para os efeitos deste Regulamento, o ato ou efeito de gerar, emitir, transmitir, retransmitir, repetir, ampliar e receber mensagens acerca de determinado ato ou fato mediante métodos ou processos convencionados, quer através da linguagem falada ou escrita, quer através de outros sinais, sons, figuras, imagens, signos ou símbolos, quer através de aparelhamento técnico sonoro ou visual, a exemplo dos serviços de telefonia, telex, telegrafia, fax, radiodifusão sonora ou de imagens e televisão por

assinatura, quando de caráter oneroso, isto é, sempre que a prestação consistir, por parte do prestador, numa obrigação de fazer, e, por parte do usuário do serviço, numa obrigação de dar.

Assim, adequada a legislação à nova realidade tecnológica, não apenas os serviços de chamadas telefônicas configuram-se como serviços de comunicação, mas todos os serviços relacionados e/ou necessários à prestação de serviços de comunicação. Uma vez que o legislador não poderia prever as denominações que as operadoras viriam a utilizar para os serviços que viriam a prestar a seus usuários, relacionados à prestação de serviços de comunicação, o texto normativo descreve a abrangência dos serviços tributáveis em termos exemplificativos.

A prestação do serviço de telecomunicação abrange também sua disponibilização, o que implica computar na base de cálculo todas as cobranças financeiras feita pelo prestador do serviço, ao seu usuário, para que seja possível a prestação do serviço de comunicação contratado. Este é o caso específico, por exemplo, do modulador-demodulador, ou “modem”.

O uso dos equipamentos objeto da autuação, tal como dito pelo contribuinte, é tão essencial à prestação dos serviços de telecomunicação que presta, que se o seu cliente não “aluga” tal equipamento do ora Recorrente, isto poderá ser em razão de o usuário já possuir tal aparelho, ou terá a opção de alugá-lo alhures. Ou seja, sem tal equipamento, cuja receita do dito “aluguel” entra, necessariamente, na conta que cobra do consumidor dos seus serviços de telecomunicação, então o cidadão não pode usar os serviços de telecomunicação. Não se trata, portanto, sequer de uma “facilidade”, e sim de condição imprescindível para que o seu serviço de comunicação seja prestado.

Em realidade não se trata de locação, e sim de disponibilização onerosa de equipamento componente da operação de prestação de serviço de comunicação. Ou seja, o valor objeto da autuação é mera parcela do valor cobrado ao cliente pela prestadora do serviço de comunicação, e não oferecida à tributação.

Assinalo que em nenhum momento qualquer dispositivo da legislação mencionada pelo contribuinte, e/ou mencionada e transcrita neste voto, exige, seja de forma expressa, ou tácita, que aquele que faça a transmissão da comunicação seja um terceiro, portanto pessoa diferente daquele que armazena, ou que gera, emite, o dado a ser comunicado.

Pelo contrário, o inciso III do artigo 2º da Lei Complementar nº 87/96, e o inciso VII do artigo 2º da Lei nº 7.014/96, já transcritos neste voto, prevêem a incidência do ICMS na prestação onerosa de serviços de comunicação por qualquer meio, incluindo tanto a geração, emissão, quanto a transmissão de comunicação de qualquer natureza. Sem ressalvas. Portanto, inexiste base legal para considerações dissonantes relativamente a este aspecto.

No início da existência dos serviços de comunicação telefônica, utilizando-se inclusive apenas aparelhos e telefonia fixa, e sequer estando disponibilizado ao público o espaço virtual que veio a ser denominado mundialmente como “internet”, de fato ainda apenas existia a possibilidade de estabelecer-se ligação telefônica para efeito de originar, ou receber, chamada telefônica, que ordinariamente consistia em um serviço de comunicação de vozes humanas. Mas ocorre a inovação tecnológica ininterrupta.

Quando o sujeito passivo passa a disponibilizar conteúdo para venda a seus usuários, em determinado momento coloca-se como originador da mensagem, ou dado, informação. Passa a ser um agente que gera a comunicação. E, de forma a também auferir receita, presta o serviço de transmissão necessário para que a venda ocorra. Trata-se de lícita opção do sujeito passivo, atuar destas duas formas, e receber a contraprestação financeira pela informação que vende, e pelo serviço que presta de levar a comunicação vendida até o comprador/usuário.

Neste sentido, entendendo que o ICMS não incide sobre comunicação, mas sobre a prestação de serviços de comunicação, isto é, a atividade de fornecimento, em caráter oneroso, de condições materiais para que a comunicação ocorra; que os chamados serviços e facilidades que otimizam, ou agilizam, o processo de comunicação, são serviços acessórios do serviço de comunicação, relacionados a uma comunicação à qual dão viabilidade, ou suporte, tais aludidos serviços estão incluídos no campo de incidência do ICMS, pois o acessório segue a sorte do principal. O valor

cobrado pelas operações que baseiam o lançamento de ofício é parte integrante do custo do serviço de comunicação, portanto incluído no campo de incidência do ICMS.

Este tem sido o entendimento seguidamente esposado por este Conselho de Fazenda.

Assinalo, ainda, a resposta da ANATEL no Ofício n. 113/06/SUE ANATEL à consulta formal feita pelo CONFAZ via Ofício n. 0260/06/SE-CONFAZ, na qual a ANATEL pronuncia-se no sentido de que de acordo com o artigo 60 da LGT, os equipamentos e a estrutura necessários ao serviço de telecomunicação são parte integrante da prestação do mencionado serviço, a exemplo de roteadores, etc.

Quanto ao percentual de 2% relativo ao Fundo para a Erradicação da Pobreza observo que, tal como já dito na decisão *a quo*, este encontra-se previsto no artigo 16-A c/c artigo 16, ambos da Lei 7014/96.

Por tudo quanto exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, para declarar mantida a Decisão recorrida que julgou PROCEDENTE o Auto de Infração.

VOTO DIVERGENTE

Com a devida vénia, divirjo da Ilustre Conselheira Relatora, para votar pelo provimento do recurso voluntário, de acordo com os seguintes fundamentos.

O presente processo gira em torno da suposta falta de recolhimento de ICMS devido na prestação de serviço de comunicação, por escrituração de valores tributáveis como não tributáveis. A partir de tal descrição fática, importa saber se os serviços glosados correspondem à hipótese de incidência do ICMS-Comunicação.

O contribuinte, em seu recurso voluntário, sustenta que não incidiria ICMS-Comunicação sobre aluguéis de bens móveis (equipamentos), denominados “TC CPE SOLUTION-ALUGUEL”, “TC CPE SOLUTION-ALUGUEL PEQUENO PORTE”, “TC CPE SOLUTION-ALUGUEL MÉDIO PORTE”, “TC CPE SOLUTION-ALUGUEL GRANDE PORTE” e “TC CPE VOZ ALUGUEL”.

De acordo com o art. 145, inciso II, da Constituição Federal, os Estados e ao Distrito Federal o detêm o poder de instituir o imposto sobre prestações de serviço de comunicação. O conceito de “prestação de serviço de comunicação” está definido na Lei Complementar nº 87/96 que vaticina o seguinte:

Art. 2.º 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;

Nesse sentido, a doutrina especializada é firme no sentido de que, para que se considere ocorrida a hipótese de incidência do ICMS-Comunicação, é imprescindível que ocorram cumulativamente os seguintes elementos, conforme ensina Sacha Calmon Navarro Coêlho. Curso de Direito Tributário Brasileiro, 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 74):

(a) existe uma relação comunicativa (formada por cinco elementos: emissor, receptor, meio de transmissão, código e mensagem transmitida);

(b) a comunicação seja viabilizada por um terceiro, mediante remuneração.

No caso em tela, vejo que os valores glosados no auto de infração não se enquadram na hipótese de incidência do ICMS-Comunicação, pois não estão subsumidos aos elementos caracterizadores da prestação do serviço de comunicação.

Não há dúvidas de que os valores glosados se referem à locação de aparelhos e equipamentos, pelo entendo ser claro e evidente que tal negócio não se confunde com a prestação de qualquer serviço, pois se consubstancia numa típica obrigação de dar, e não obrigação de fazer. Assim, inexistindo a realização de uma atividade humana (fazer algo em favor de outrem), não há que se falar em serviço, tampouco em hipótese de incidência de ICMS-Comunicação. Nesse sentido é pacífico o entendimento jurisprudencial, conforme aresto do STJ, *in verbis*:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL INTERPOSTO CONTRA ACÓRDÃO QUE APRECIOU A APELAÇÃO. TRIBUTÁRIO. ICMS SOBRE HABILITAÇÃO, LOCAÇÃO DE APARELHOS CELulares E ASSINATURA (ENQUANTO CONTRATAÇÃO DO SERVIÇO).

SERVIÇOS SUPLEMENTARES AO SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO. ATIVIDADE-MEIO. NÃO INCIDÊNCIA. PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS. "FACILIDADES ADICIONAIS" DE TELEFONIA MÓVEL CELULAR. SÚMULA 07 DO STJ. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. INOCORRÊNCIA.

1. Os serviços de habilitação e locação de telefones móveis celulares e de assinatura (enquanto sinônimo de contratação do serviço de comunicação) não sofrem a incidência do ICMS. (Precedentes: REsp 666.679/MT, Rel. Ministro Teori Zavascki, DJe 17/12/2008; REsp 909.995/RJ, Rel. Ministra Eliana Calmon, DJe 25/11/2008; REsp 1022257/RS, Rel. Ministro Castro Meira, DJe 17/03/2008) REsp 703695 / PR, Rel. Min. Luiz Fux, DJ 20/09/2005; REsp 622208 / RJ, Rel. Min. Castro Meira, DJ 17/05/2006; REsp 418594 / PR, Rel. Min. Teori Zavascki, DJ 21/03/2005; RMS 11368 - MT, Relator Ministro Francisco Falcão, DJ 09/02/2005). (REsp 945037 / AM RECURSO ESPECIAL 2007/0086541-9 Relator(a) Ministro LUIZ FUX (1122) Órgão Julgador S1 - PRIMEIRA SEÇÃO Data do Julgamento 24/06/2009 Data da Publicação/Fonte DJe 03/08/2009)

É importante frisar que a matéria ora em debate está de tal forma pacificada na jurisprudência que o SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL editou a Sumula Vinculante nº. 31, cristalizando o entendimento de que a locação de bens não se confunde com prestação de serviços para fins de incidência tributária. Vejamos:

SÚMULA VINCULANTE 31: É INCONSTITUCIONAL A INCIDÊNCIA DO IMPOSTO SOBRE SERVIÇOS DE QUALQUER NATUREZA - ISS SOBRE OPERAÇÕES DE LOCAÇÃO DE BENS MÓVEIS.

Apesar de Súmula Vinculante nº. 31 estar relacionado ao Imposto Sobre Serviço, não há dúvidas de que o fundamento para tal entendimento aplica-se integralmente para o ICMS-Serviço.

Por fim, registro que, o voto apresentado pela nobre Conselheira Relatora não infirma que os valores glosados correspondem à contratos de locação. Até porque, o Auto de Infração não apontou qualquer questionamento acerca do tipo de negócio jurídico realizado pela recorrente, consistindo apenas na exigência do ICMS sobre a locação de equipamentos.

Pelo exposto, voto pelo PROVIMENTO do Recurso Voluntário, julgando, em consequência, IMPARCIALMENTE o Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão por maioria, com voto de qualidade do presidente, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 300201.0013/12-4, lavrado contra **TELEMAR NORTE LESTE S/A. (OI)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$663.343,58**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a”, da Lei nº 7014/96 e dos acréscimos legais.

VOTO VENCEDOR: Conselheiros – Osmira Freire de Carvalho Ribeiro da Silva, Álvaro Barreto Vieira e Fernando Antonio Brito de Araújo.

VOTO DIVERGENTE: Conselheiros – Leonardo Baruch Miranda de Souza, Oswaldo Ignácio Amador e Rafael Barbosa de Carvalho Figueiredo.

Sala das Sessões do CONSEF, 17 de dezembro de 2013.

FERNANDO ANTÔNIO BRITO DE ARAÚJO - PRESIDENTE

OSMIRA FREIRE DE CARVALHO RIBEIRO DA SILVA – RELATORA

LEONARDO BARUCH MIRANDA DE SOUZA – VOTO DIVERGENTE

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JUNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS