

A.I. Nº - 2986333001/16-3
AUTUADO - CABLE BAHIA LTDA
AUTUANTE - ANGELA MARIA MENEZES BARROS
ORIGEM - IFEP SERVIÇOS
INTERNET - 23. 02. 2017

1^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0011-01/17

EMENTA: ICMS. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO. SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO. RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO EM RAZÃO DE VALORES TRIBUTADOS INFORMADOS COMO NÃO TRIBUTADOS. Nos termos do § 11 do art. 17 da Lei nº 7.014/96, estão incluídas 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. A disponibilidade de equipamentos e a assistência técnica, onerosa e mediada exclusivamente pelo prestador, é parcela do valor cobrado ao cliente pela prestação de serviço de comunicação. Infração caracterizada. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 28/06/2016, formaliza a exigência de ICMS no valor total de R\$ 562.796,52, em decorrência da falta de recolhimento do ICMS na prestação de serviço de comunicação por escrituração de valores tributários como não tributários (02.08.38), no ano de 2014, acrescido de multa de 60%, prevista na alínea “a” do inciso II do art. 42 da Lei nº 7.014/96.

O autuado apresentou defesa das fls. 20 a 27. Diz que não incide ICMS sobre a locação de equipamentos e outras atividades acessórias à sua atividade principal. Afirma que o ICMS incide apenas sobre os serviços de telecomunicação e não sobre a locação de cable modem (na Internet a cabo), o aparelho portátil de radio-comunicação (nos serviços dessa natureza), o decodificador de sinais (na televisão a cabo), o PABX (na telefonia), dentre outros. Conclui que, apesar do serviço contratado ser apenas um, há cláusulas específicas prevendo a remuneração pela locação de equipamentos.

Entende que a locação de equipamentos não é e nunca foi serviço de comunicação. Sequer é serviço, consoante já assentou o Pleno do STF no julgamento do RE nº 116.121/SP, que declarou inconstitucional a tributação, pelo ISS, da locação de bens móveis, por não estar configurada prestação de serviço na hipótese, mas apenas cessão de direito de uso de bem ou produto. Argumenta ainda que se a locação de equipamentos fosse serviço, não seria serviço de comunicação. Somente este é objeto de tributação pelo ICMS.

Explica que é essencial para se falar em ICMS sobre comunicação, que haja uma fonte emissora, uma fonte receptora e uma mensagem transmitida pelo prestador do serviço. Sem isso, não há comunicação; sem comunicação, não há ICMS. Assim, a locação de aparelhos, bem como as demais atividades intermediárias não satisfaz o basilar requisito autorizativo da cobrança do ICMS sobre comunicação. Não há qualquer transmissão de mensagem quando o usuário aluga um equipamento, inexistindo, via de consequência, as fontes transmissora e receptora. Toda a cadeia necessária à ultimação do serviço de comunicação se encontra ausente nessa atividade. Alega que a locação de equipamentos é dispensável quando o usuário já tiver o aparelho ou optar pela sua compra.

Comenta que a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça já assentou que a mera disponibilização de meios para assegurar ao usuário a possibilidade de fruição do serviço de telecomunicações não se confunde com a sua efetiva prestação, sobre a qual há a incidência do ICMS (REsp 816.512/PI, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 08/09/2010, DJe 13/10/2010).

Conclui que a locação de equipamentos consiste tão somente em atividade preparatória para que o usuário possa utilizar-se do serviço de comunicação. Essa cessão de direito de uso, entretanto, não se confunde em hipótese alguma com o serviço de comunicação, que atrai a incidência do ICMS.

O autuado considera equivocado e abusivo a aplicação da multa no percentual de 60%, uma vez que não houve qualquer crime ou dolo. Por isso, entende que a multa aplicada extrapola o princípio da razoabilidade e é de extrema penalidade.

Alega que uma multa desproporcional, além de caracterizar confisco, de tão distante do caráter educativo e punitivo que deveria ter, pode levar o contribuinte a uma condição de total impossibilidade de cumprir com a quitação de seu passivo, causando sérios danos à empresa e, também, ao Estado, pois a impossibilita de adimplir com os impostos. Configura-se no presente a contrariedade ao dispositivo constitucional elencado no artigo 150, IV, da Carta Magna, que veda utilizar tributo com efeito de confisco.

Em resumo, o autuado reitera que sobre a locação de equipamentos e atividades acessórias/preparatórias para transmissão de sinal não incide ICMS, e, portanto, não é obrigado a recolher. Assim, requer que o presente Auto de Infração:

- a) seja julgado improcedente, uma vez que totalmente indevida a diferença apurada, já que não é obrigado a recolher ICMS sobre os valores recebidos a título de locação de equipamentos e atividades acessórias;
- b) subsistindo a sua cobrança, tenha as multas aplicadas reduzidas para 20%;

Por fim, requer seja efetuada a regularização processual com a inclusão do procurador outorgado Felipe Franchi de Lima, inscrito na OAB/RS 87.674 e Rosangela Silva Martins, inscrita na OAB/RS 70.475, que têm escritório profissional na Rua Mos-tardeiro, 366 conj. 501, Bairro Moinhos de Vento, em Porto Alegre/RS, telefones(51)92731420 e (51) 82649190, a quem as intimações exclusivamente devem ser enviadas.

A autuante prestou informação fiscal às fls. 59 e 60. Confirma que todos os equipamentos e softwares necessários à execução do serviço de telecomunicações fazem parte do serviço de comunicação, pois são indispensáveis à execução do mesmo. Cita dispositivo do RICMS que determina que todos os meios e equipamentos necessários à prestação do serviço, quando fornecidos pela empresa prestadora, devem estar incluídos no preço total do serviço de comunicação.

Diz que os equipamentos necessários para prestação do serviço de televisão por assinatura do autuado não são vendidos no mercado. Confirma que o autuado cobra dos clientes serviço de locação de equipamentos de internet, locação terminal CM-MP, taxa de assistência técnica e taxa de locação de decoder. Entende que o serviço de telecomunicações prestado pelo autuado só se dá por concluído na saída do sinal do aparelho decodificador para a TV do cliente. É de responsabilidade do autuado garantir o envio do sinal até o aparelho televisor do cliente, conforme inciso I do art. 30 do Regulamento de Proteção e Defesa dos Direitos dos Assinantes dos Serviços de Televisão por Assinatura.

Deste modo, a autuante entende que o autuado não tem direito de cobrar do cliente serviço de assistência técnica indispensável à prestação de um serviço de telecomunicações pelo qual ele está pagando. Tudo que é cobrado ao cliente integra o valor do serviço de telecomunicações. Alerta que, de acordo com a Lei nº 116/03, que trata da lista de serviços sujeitas ao ISS, inclui a assistência técnica, subitem 14.02, está incluído no item 14, que trata de “serviços relativos a bens de terceiros”. Assim, não é serviço sujeito ao ISS a assistência técnica prestada em equipamentos próprios.

A autuante conclui que é dever do autuado manter o correto funcionamento de todos os equipamentos necessários à prestação do serviço, sem custo adicional para o tomador do serviço, já que este não pode contratar assistência técnica que não seja do autuado.

VOTO

Verifiquei que foram observados todos os requisitos que compõe o Auto de Infração, previstos no art. 39 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF), Decreto nº 7.629/99.

Afasto toda discussão acerca da constitucionalidade das multas aplicadas no presente Auto de Infração. De acordo com o inciso I do artigo 167 do RPAF, não é competência deste órgão julgador a declaração de constitucionalidade da legislação tributária estadual e que as multas aplicadas estão previstas no art. 42 da Lei nº 7.014/96.

A presente lide reside na exigência ou não de ICMS sobre atividades descritas pelo autuado como de locação de equipamentos e assistência técnica vinculadas à prestação de serviços de comunicação.

A Lei nº 9.472/97 (Lei Geral de Telecomunicações) dispôs, no caput de seu art. 60, o conceito de serviços de telecomunicação como o “conjunto de atividades que possibilita a oferta de telecomunicação”, o que demonstra que a prestação de serviço de telecomunicação não ocorre apenas quando se realiza a telecomunicação propriamente dita, mas abrange até mesmo sua disponibilização, estendendo-se a todo o conjunto de atividades a ela relacionado, o que implica computar na base de cálculo do imposto todas as facilidades e serviços complementares que agilizem ou otimizem o serviço de telecomunicação.

O Convênio ICMS 69/98 foi celebrado entre os Estados e o Distrito Federal visando uniformizar os procedimentos tributários nas prestações de serviços de comunicações e de esclarecer o contribuinte para que corretamente cumprisse suas obrigações tributárias. Nele foi firmado o entendimento 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 fosse dada. Posteriormente, tal entendimento foi trazido para o § 11 do art. 17 da Lei nº 7.014/96, por meio da Lei nº 11.899, de 30/03/10.

A assistência técnica prestada exclusivamente pelo autuado, em seu próprio equipamento disponibilizado ao cliente, faz parte do preço cobrado pela prestação de serviço de comunicação. Não está sujeita ao ISS pois não se trata de assistência a bens de terceiro, como indicado no item 14 da lista de serviços sujeitos ao ISS anexa à Lei Complementar nº 116/03.

É pacífico o entendimento do CONSEF de que 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 (Acórdãos: CJF Nº 0528-13/13, 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 e CJF Nº 0332-11/09). Desta forma, os equipamentos indispensáveis à efetivação do serviço de comunicação prestado pelo autuado, ainda que declarados como alugados aos usuários, bem como os valores cobrados a título de assistência técnica, deverão ter suas receitas tributada pelo ICMS.

A disponibilização de equipamento e a assistência técnica, ambas onerosas e mediadas exclusivamente pelo prestador de serviço de comunicação, é condição para que a relação de consumo se concretize e constitui-se em parcela do valor cobrado ao cliente pela prestação do serviço de comunicação e, portanto, devem ser oferecidas à tributação pelo ICMS.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **2986333001/16-3**, lavrado contra **CABLE BAHIA LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 562.796,52**, acrescido de multa de 60%, prevista na alínea “a” do inciso II do art. 42 da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 02 de fevereiro de 2017

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS. – PRESIDENTE

OLEGÁRIO MIGUEZ GONZALEZ – RELATOR

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO – JULGADOR