

PROCESSO - A. I. Nº 278003.0001/13-0
RECORRENTE - TELEMAR NORTE LESTE S/A.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 5º JJF nº 0130-05/13
ORIGEM - IFEP SERVIÇOS
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 04/12/2018

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C.J.F. Nº 0322-12/18

EMENTA: ICMS. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO. SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO. PRESTAÇÃO TRIBUTÁVEL CONSIDERADA COMO NÃO TRIBUTÁVEL. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. É devido o ICMS sobre os serviços de auxílio à lista, instalação, configuração, montagem e manutenção de rede, mas não sobre os serviços de transferência física, *in loco*, de linhas telefônicas e de locação de bens móveis, cujos valores foram excluídos em sede de diligência. Inteligência baseada em decisão do STF, conforme exposto em Parecer da PGE/PROFIS. Modificado o lançamento. Recurso **PARCIALMENTE PROVIDO**. Vencido o voto da relatora. Decisão por maioria.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário contra Decisão proferida pela 5ª JJF, através do Acórdão nº 0130-05/13, que julgou Procedente o Auto de Infração, lavrado em 18/01/2013, no valor histórico de R\$13.486.181,67, mais multa de 60% por ter a recorrente efetuado o recolhimento de ICMS a menos relativo a prestações de serviços de comunicação, em virtude da falta de inclusão, na base de cálculo, de parcelas cobradas dos seus usuários de serviços por entender que tais valores não são tributados pelo ICMS, uma vez que se trata de aluguéis ou locação de equipamentos, montagem, instalação e configuração de aparelhos.

Por unanimidade, os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual entenderam por bem julgar totalmente procedente o Auto de Infração mantendo o valor de R\$13.486.181,67, conforme voto abaixo transcrito:

VOTO

O presente lançamento de ofício, ora impugnado, contempla a infração por falta de inclusão, na base de cálculo, de parcelas cobradas dos seus usuários de serviços por entender que tais valores não são tributados pelo ICMS, uma vez que se referem a aluguéis ou locação de equipamentos, montagem, instalação e configuração de aparelhos.

Embora o sujeito passivo tenha formulado o pedido de perícia, esta é necessária quando a prova do fato depender de conhecimento especial de técnicos, o que não é o caso, mas que o critério do órgão julgador pode ser convertida em determinação de diligência, contudo, nego a diligência, haja vista que os elementos contidos nos autos são suficientes para a formação de minha convicção, na qualidade de relatora deste PAF. Deste modo, não há razão para o deferimento do pedido de perícia ou de diligência, consoante o RPAF/99, Decreto nº 7.629/99, art. 147, I, “b”, c/c § 1º: “Deverá ser indeferido o pedido de diligência quando for destinada a verificar fatos vinculados à escrituração comercial e fiscal ou a documentos que estejam na posse do requerente e cuja prova ou cópia simplesmente poderia ter sido por ele juntada aos autos.” e “A critério do órgão julgador, o pedido ou proposta de perícia fiscal poderá ser convertido em determinação de diligência, em atendimento ao disposto neste artigo.”

No que diz respeito a aluguéis ou locação de equipamentos, instalação e configuração de aparelhos, gerenciamento e manutenção de rede, independentemente da denominação que lhes seja atribuída, integram o valor da prestação de serviços de comunicação, pois sem os equipamentos, aparelhos e dispositivos, inclusive com suas instalações, montagens e configurações, gerenciamento de rede, não seria possível a realização dos serviços que permitam a transmissão da palavra ou de outros sons, como o serviço telefônico, bem como a emissão, transmissão e recepção de palavras escritas como os serviços de mensagens, de modo que para a

execução dos seus serviços de comunicação o contribuinte também fornece materiais e equipamentos para sua viabilização.

O autuado observa que a infração se refere à não inclusão na base de cálculo do ICMS dos valores relativos à locação (aluguel) de equipamentos, e sustenta não haver incidência de ICMS sobre locação, pois locação não é serviço, e muito menos serviço de comunicação. Faz ver que locação de coisas é mera cessão de direito de uso, não havendo atividade humana, sendo inexistente o esforço físico e intelectual.

De fato, locação (aluguel) não é serviço de comunicação. Se alguém aluga bens móveis a outrem não tem que pagar ICMS por esse fato. O problema é quando o contrato de aluguel está atrelado a outro negócio. Aí, há que se perquirir se o valor cobrado a título de aluguel constitui um débito autônomo ou se constitui uma despesa acessória em relação ao negócio ao qual está associado.

No presente caso, os valores objeto da autuação dizem respeito a cobranças relativas à locação de equipamentos de voz e dados, nos quais estão inclusos serviços de manutenção, garantia e atualização.

De acordo com o § 1º, II, “a”, do art. 13 da Lei Complementar nº 87/96, integra a base de cálculo do ICMS o valor correspondente a seguros, juros e demais importâncias pagas, recebidas ou debitadas, bem como descontos concedidos sob condição.

Destaque para a expressão “demais importâncias pagas, recebidas ou debitadas”. Isto significa que o legislador considera que devem integrar a base de cálculo do imposto quaisquer importâncias ou despesas acessórias pagas pelo tomador do serviço de comunicação ou a ele debitadas, do mesmo modo que ocorre com as despesas acessórias em relação às operações com mercadorias e com as prestações de serviços de transporte.

A Lei Complementar nº 87/96, no art. 2º, III, estabelece 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”, e no art. 13, III, prevê que a base de cálculo do imposto é, “na prestação de serviço de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, o preço do serviço”.

Por “preço do serviço” há que se entender o valor cobrado pelo serviço. Se no preço estão incluídas outras despesas, a base de cálculo é o total cobrado ou debitado. Integram a base de cálculo do imposto quaisquer despesas acessórias “pagas, recebidas ou debitadas”, nos termos do art. 13, § 1º, II, “a”, da supramencionada lei complementar.

Importa notar que o ICMS não incide sobre a comunicação, mas sobre a prestação do serviço de comunicação, assim considerada a atividade de, em caráter negocial, alguém fornecer a terceiro condições materiais para que a comunicação ocorra. Embora para ocorrer o processo de comunicação seja necessário haver remetente, mensagem, destinatário, contexto, código e contacto, sendo este um canal físico e uma conexão psicológica entre o remetente e o destinatário, que os capacite a entrar e permanecer em comunicação, para a incidência do ICMS apenas interessam os aspectos relacionados ao contacto, no que concerne aos meios físicos ou materiais que o prestador do serviço ponha à disposição do usuário, para que a comunicação se torne possível. Nesse conceito incluem-se os equipamentos locados ao usuário do serviço pelo prestador.

No caso em exame, consta que os bens locados são necessários à prestação do serviço de comunicação. Fazem parte da prestação do serviço, porque, sem eles, o processo não se realizaria, não seria possível prestar o serviço de comunicação, que é a disponibilização de meios para que a comunicação ocorra, e, portanto, a locação dos mesmos é atividade-meio necessária à ocorrência da comunicação, integrando o valor da prestação do serviço de comunicação. Sendo assim, o preço cobrado pela locação dos referidos bens constitui uma despesa acessória do serviço de comunicação. Integra, pois, a base de cálculo do imposto estadual, nos termos do art. 13, § 1º, II, “a”, da Lei Complementar nº 87/96.

Diante do acima alinhado é devido o ICMS sobre as parcelas relativas à locação dos equipamentos em discussão, não pelo fato de a locação constituir fato gerador da obrigação tributária, mas por constituir uma despesa acessória cobrada ou debitada pelo prestador do serviço de comunicação, este, sim, fato jurídico gerador da obrigação, haja vista que o acessório segue a sorte do principal.

O sujeito passivo não inclui também na tributação os valores cobrados sob o título de serviços de hora programada, manutenção e gerenciamento de redes, reprogramação de circuito e transferência física de linha telefônica e equipamento de clientes, sendo também por ele considerados como prestações isentas/não tributadas ou outras, na maioria das vezes tributando indevidamente pelo ISS, cuja alíquota é bastante inferior a do ICMS ou simplesmente não oferecendo tais rubricas à tributação.

Destaco a observação das autuantes de que no “Portfólio de Produtos Telemar, onde a empresa esclarece de forma detalhada o que compõe a prestação desse serviço, descrito como “uma avançada rede corporativa que oferece facilidades exclusivas das centrais públicas digitais no ambiente dos Clientes empresariais, agilizando as comunicações de voz e integrando todos os endereços de uma empresa”, pode-se observar claramente que

não se trata da prestação de serviços independentes, tampouco de um principal e outros acessórios, mas apenas de um serviço de comunicação, com a disponibilização de equipamento, instalação e outros itens que compõem a infraestrutura necessária para a sua viabilização.”

Ocorre formação de uma rede com a integração de terminais telefônicos, transformando-os em ramais, sem a necessidade de uso de um equipamento de PABX, utilizando as centrais públicas da Telemar. Ver tabela apresentada pelas autuantes, relativo ao aludido Portfólio, mostrando os impostos que deverão incidir sobre as denominações “itens fixos e itens eventuais”.

Sem dúvidas não se trata da prestação de serviços independentes, tampouco de um principal e outros acessórios, mas apenas de um serviço de comunicação, com a disponibilização de equipamento, instalação e outros itens que compõem a infra-estrutura necessária para a sua viabilização e neste exemplo, o próprio Contribuinte de forma totalmente contraditória às suas alegações de defesa, informa que os serviços de instalação de terminais e mudança externa de terminais deve ser oferecida à tributação pelo ICMS.

Efetivamente o sujeito passivo deixa de adicionar à base de cálculo do ICMS todas as importâncias pagas, recebidas ou debitadas, ou seja, tudo o que foi cobrado do usuário final, tais como receitas de aluguéis ou locação de equipamentos, montagem, instalação e configuração de aparelhos e demais dispositivos ou elementos necessários à prestação do serviço de comunicação.

No que alude às receitas relativas à prestação de serviços de telecomunicações denominados de Serviço de Informação 102 (auxílio à lista), e Serviço de Hora Programada, concordo com as autuantes de que fica evidenciada a existência de uma mensagem, um emissor, sua transmissão, um receptor e recepção, bem como a sua onerosidade, caracterizando a efetiva prestação de um serviço de comunicação dentro do campo de incidência do ICMS.

Cabe apontar o Acórdão, apresentado na informação fiscal, exarado por esse Egrégio Conselho de Fazenda, em grau de recurso ao Acórdão 5ª JFJ Nº 0188-05/05 sobre a procedência da exigibilidade do ICMS para os serviços em análise e outros da mesma natureza, bem como o Acórdão JFJ Nº 0313-01/12.

No que tange ao questionamento da defesa da Impugnante sobre uma suposta majoração da base de cálculo do ICMS pelo Fisco, o chamado Gross up, considero que este procedimento está amparado no art. 13 da lei Complementar nº 87/96, que estabelece como elemento formador da base de cálculo in abstracto do ICMS, o próprio montante do imposto, engendrando o que foi denominado de cálculo “por dentro” do tributo estadual. Este dispositivo foi incorporado ao RICMS/BA através do art. 52 que no seu caput determinando que: “o montante do ICMS integra a sua própria base de cálculo, constituindo o respectivo destaque mera indicação para fins de controle”.

Destarte, em síntese, o ICMS não incide sobre a comunicação, mas sobre a prestação de serviço onerosa de comunicação, assim considerada a atividade de, em caráter negocial, alguém fornecer a terceiro os meios físicos ou materiais para que a comunicação se torne possível. Nesse conceito incluem-se aluguéis ou locação de equipamentos, instalação e configuração de aparelhos, gerenciamento e manutenção de rede, independentemente da denominação que lhes seja atribuída, integram o valor da prestação de serviços de comunicação, pois sem os equipamentos, aparelhos e dispositivos, inclusive com suas instalações, montagens e configurações, gerenciamento de rede, não seria possível a realização dos serviços que permitam a transmissão da palavra ou de outros sons, como o serviço telefônico, bem como a emissão, transmissão e recepção de palavras escritas como os serviços de mensagens, de modo que para a execução dos seus serviços de comunicação o contribuinte, também, efetivamente, é atividade-meio necessária à ocorrência da comunicação, integrando o valor da prestação do serviço de comunicação. O preço cobrado pela locação dos referidos bens constitui uma despesa acessória do serviço de comunicação, e por isso integra a base de cálculo do imposto estadual, nos termos do art. 13, § 1º, II, “a”, da Lei Complementar nº 87/96, art. 17, VIII e § 11, da Lei nº 7.014/96.

É importante destacar, ainda, que as decisões judiciais colacionadas pelo contribuinte, na peça de defesa, não podem servir de amparo para alterar o entendimento aqui externado no presente voto, visto que as mesmas não vinculam o Estado da Bahia. Somente através de decisão judicial, no caso concreto em que o autuado seja parte, ou através de ação de efeitos “erga omnes”, a exemplo da ADIN, estará a Bahia obrigada a adotar posição distinta da externada no presente voto, assim como não cabe competência a esse Contencioso Administrativo para decretar a inconstitucionalidade de seus dispositivos, em conformidade com o art. 167, I do RPAF/BA.

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

A recorrente interpôs Recurso Voluntário alegando que a decisão da 5ª JFJ encontra-se em desconformidade com o que determina a Constituição Federal, manifestando seu inconformismo, conforme alegações abaixo.

Alega a recorrente que, apesar das decisões exaradas no judiciário não tenham o condão de

vincular as decisões do Estado da Bahia, mister se faz trazer à baila o entendimento sedimentado pelo STJ, por conter fundamentos de extrema relevância para o caso em espeque.

Aduz a recorrente ser imprescindível o alinhamento dos entendimentos da seara administrativa e judiciária, quando sedimentados por julgamentos em recurso repetitivos. Transcreve o acórdão do RESP 1176753, submetido ao regime do art. 543 do CPC (recurso repetitivo), o qual decidiu pela não incidência do ICMS em serviços conexos (suplementares) aos de comunicação.

Relata que a primeira seção do STJ apenas consolidou o entendimento majoritário do Eg. Tribunal, utilizando o regime de recursos repetitivos, demonstrando que o serviço de comunicação em si, não deve ser confundido com os serviços preparatórios, acessórios ou intermediários.

Entende que o aparato físico que possibilita um terceiro manter a comunicação entre o receptor e o emissor, quais sejam as torres de transmissão, os cabos de eletricidade, os fios ópticos, ou seja, é, em si, a imensa rede de telecomunicações a qual o emissor e o receptor estão conectados, não se confundindo assim com os serviços preparatórios, acessórios e intermediários para a efetiva conexão. Assim, conclui a recorrente que deve integrar a base de cálculo do ICMS a tarifa ou preço da assinatura básica, não incluindo assim o preço de serviços suplementares.

Reclama a recorrente que a JJF ao decidir pela procedência do Auto de Infração, mantendo a incidência do ICMS sobre: *1. Locação de equipamentos destinados à prestação de serviço de comunicação; 2. Locação de equipamentos de infraestrutura; 3. Serviço de transferência física, in loco, de linha telefônica e equipamentos de clientes; 4. Serviços de valor adicionado/facilidade (hora programada); 5. Serviços de auxílio à lista; 6. Serviços de instalação; 7. Serviços de configuração e montagem; 8. serviço de manutenção de rede; 9. serviço de gerenciamento de rede; 10. serviço de reprogramação de circuito; 11. serviços prestados a consulados, incorreu em indevido, ilegal e inconstitucional alargamento da hipótese de incidência e base de cálculo do ICMS- Comunicação.*

Explica a recorrente que não se pode confundir a atividade-fim, prestação de serviço de comunicação, entendida como o processo de transmissão de informação de qualquer natureza, com a atividade-meio, que são aqueles conexos ao de comunicação, que ainda que sejam essenciais para a transmissão da mensagem, não constituem efetivamente serviço de comunicação, sendo vedada a exigência do ICMS.

Pontua a recorrente para a indevida cobrança do ICMS sobre a locação de equipamentos. Explica que em diversos contratos celebrados pelas prestadoras de serviços de telecomunicação, ofereceu-se como facilidade para o cliente a opção de alugar o equipamento a ser utilizado, como o cable modem e roteadores (na internet), o aparelho portátil de radiocomunicação (nos serviços dessa natureza), o decodificador de sinais (na televisão a cabo), o PABX (na telefonia), entre outros. Sinaliza que o objeto da contratação é a mera cessão de direito de uso de equipamento utilizado na prestação do serviço de comunicação, mediante remuneração e que o serviço de comunicação em si é contratado em outro instrumento (em alguns casos, no mesmo contrato, mas sempre remunerado de forma apartada da locação). Cita o art. 6º, inciso XIV do RICMS/BA de 1997 que dispõe sobre a não incidência do ICMS na saída de bens em decorrência de contrato de comodato (empréstimo), locação ou arrendamento mercantil (“leasing”), bem como o respectivo retorno.

Sinaliza que o aluguel de bens móveis sequer faz parte da lista anexa à Lei Complementar nº 116/03, justamente por não se enquadrar no conceito de serviço e que a Súmula Vinculante nº 31 aplica-se analogicamente ao presente caso, pois sua *ratio* consiste em afastar a incidência da tributação do ISS nas operações que consistem em obrigação de dar, como é o presente caso, não podendo, portanto, cogitar que referida receita seja considerada “SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO”.

Quanto a exigência do ICMS nos serviços de auxílio a lista, instalação, configuração, montagem e manutenção de rede ressalta a recorrente que, em sendo determinado fato tributável pelo ISS, por força da competência atribuída aos Municípios para instituição desse imposto, exclui-se

automaticamente a possibilidade de cobrança de ICMS pelos Estados (art. 156, III da CR/88).

Em referência aos serviços de transferência física, *in loco*, de linha telefônica e equipamento de clientes, alega a recorrente que essa modalidade de serviço em nada se assemelha a um serviço de comunicação, encontrando amparo legal no item da lista anexa à LC nº 116/03 que dispõe sobre a prestação de serviços técnicos.

Afirma a recorrente que os serviços de transferência física, *in loco*, de linha telefônica e equipamentos de clientes, assim como os demais não se subsumi a hipótese de incidência do ICMS-comunicação, vez que não há a realização da transmissão de mensagens entre um receptor e um emissor, este nem mesmo é indispensável ao serviço de comunicação, e sim esporádico e eventual, apenas quando o cliente solicita, note que caso o usuário da linha já possua os equipamentos não há a necessidade de realização do serviço de transferência.

Contesta a recorrente para a cobrança indevida do ICMS sobre os serviços de gerenciamento de redes e reprogramação de circuito. Repete que, estando referido serviço previsto na lista da LC 116/03, escapa ao Fisco estadual a possibilidade de exigir o tributo em cotejo (mesmo se não estivesse previsto, também seria intributável pelo ICMS, haja vista não se subsumir ao conceito de serviço de comunicação).

No caso da cobrança do ICMS sobre a “hora programada” entende que essa facilidade não é prevista na relação de serviços tributáveis, não sendo possível sustentar-se a incidência do ICMS nesse caso, tendo em vista que não configura relação comunicativa viabilizada por terceiro de forma onerosa.

Entende ainda a recorrente que o valor exigido, caso considerado procedente, deve ser minorado, vez que o Estado ao apurar os valores a serem pagos pelo contribuinte, utilizou a técnica do *gross up*, majorando a base de cálculo do imposto, o que no seu entendimento não guarda a menor consonância com os princípios que permeiam o direito tributário e a legislação concernente à incidência tributária.

A PGE/PROFIS se manifesta nos autos emitindo Parecer favorável à autuação, concluindo que o ICMS incide sobre os serviços de comunicação, do qual a telecomunicação é uma subespécie, por qualquer meio, abrangendo os serviços eventuais, os serviços complementares e todo o conjunto de atividades a eles relacionados. Entende a Procuradoria que não cabe guarida as alegações esposadas pelo recorrente, entendendo perfeitamente emoldurado no campo de incidência do ICMS o aluguel de equipamento de terminais de rede, mesmo que prestados de forma eventual ou não, por conta do sentido amplo conferido à norma impositiva tributária escalada na Lei Complementar nº 87/96 e explicitado pelo Convênio ICMS 69/98.

Na sessão do dia 16/03/2016 a 2ª CJF decidiu por converter o presente PAF em diligência destinada à Procuradoria Fiscal do Estado a fim de que fosse elaborado novo parecer jurídico, confrontando as orientações firmadas em precedentes judiciais do STJ e do STF.

A PGE/PROFIS exarou Parecer Opinativo, devidamente ratificados pelos Ilmos. Procuradores Chefe da Especializada e Procurador Geral do Estado quanto a inexigibilidade do ICMS sobre a locação de bens móveis e sobre os serviços de transferência física de linhas telefônicas. No que tange a locação de bens móveis entende a procuradoria que uma vez não alcançada por tributos cuja base impositiva seja a prestação de serviços, reside, portanto, óbice para que o ICMS-Comunicação incida sobre os valores cobrados pelas empresas como contrapartida pela locação os equipamentos necessários à prestação do serviço, ainda que ambas as remunerações- a de locação e ao próprio serviço, venham exigidas numa mesma fatura, em rubricas apartadas.

O PAF foi submetido a nova diligência com intuito de excluir do lançamento fiscal todos os valores concernentes a “transferências físicas de linhas telefônicas e à locação de bens móveis utilizados na prestação de serviços de comunicação”. A diligência foi cumprida e as exclusões foram devidamente aplicadas.

Em sessão de julgamento, considerando que não foi possível identificar nos Autos a ratificação demandada pelo Procurador Chefe, decidiram os membros do Conselho converter o PAF em nova diligência à PGE com vistas a sanar o relatado vício processual.

O Conselheiro Luís Amaral não participou do julgamento deste PAF por ter feito parte do colegiado de Primeira Instância, sendo substituído pela conselheira suplente Maria Auxiliadora Gomes Ruiz.

VOTO VENCIDO

O Auto de Infração ora em discussão traz como irregularidade a falta de recolhimento do ICMS na prestação de serviço de comunicação por escrituração de valores tributáveis como não tributáveis.

Consoante demonstrativos acostados aos autos, verifico que a acusação fiscal decorre da constatação de que o contribuinte não ofereceu à tributação as receitas 1) locação de equipamentos, 2) auxílio a lista (serviço 102), 3) instalação, configuração e montagem de equipamentos, 4) manutenção de rede, 5) transferência física, *in loco*, de linhas telefônicas, 6) gerenciamento de rede, 7) reprogramação de circuito e 8) hora programada.

Considerando que a Procuradoria exarou opinativo legal com ratificação dos Ilmos. Procuradores Chefe da Especializada e Procurador Geral do Estado, no sentido de que não há incidência do ICMS na comunicação sobre (i) a transferência física, *in loco*, de linhas telefônicas e (ii) a locação de bens móveis utilizadas na prestação do serviço de comunicação, ratifico referido entendimento, julgando improcedente a exigência do ICMS sobre as rubricas referidas.

Avanço, portanto, meu voto ao mérito dos demais itens ainda objeto de apreciação.

O cerne da questão gravita em torno da amplitude do conceito “prestação de serviço de comunicação” previsto no art. 155, II, da Constituição Federal e no art. 2, III, da LC 87/96, a fim de discriminar que espécie de serviços prestados pelas empresas de telefonia se subsomem à hipótese de incidência do imposto estadual em comento.

A recorrente, em sede recursal, alega que a exigência do ICMS sobre as rubricas acima mencionadas não procede, na medida em que são consideradas atividade meio, de caráter eventual e esporádico na relação contratual.

Sinaliza também para a afirmação trazida na ementa do Eg. Superior Tribunal de Justiça (RESp nº 1176753) que diz: *“prestação de serviços conexos ao de comunicação por meio da telefonia móvel (que são preparatórios, acessórios ou intermediários da comunicação) não se confunde com a prestação da atividade fim processo de transmissão (emissão ou recepção) de informações de qualquer natureza, esta sim, passível de incidência pelo ICMS.”*

A Procuradoria se manifesta nos autos alegando que *“Não obstante, agindo com a necessária cautela, advertiu o Grupo de Trabalho que o objeto do ato declaratório deve se restringir à específica hipótese tratada na decisão paradigma - serviços conexos ao de comunicação prestados por meio da telefonia móvel -, bem assim que não deve abranger todo e qualquer serviço conexo, mas apenas aqueles que, expressamente ou por identidade, foram excluídos da incidência do ICMS, por força do entendimento firmado pelo STJ.”*

Peço vênia para discordar das restrições aplicadas no referido Parecer, entendendo ser inviável a análise subjetiva e individualizada de cada item da prestação de serviços da recorrente, sendo, portanto, favorável ao conceito amplo de que o que se tributa é a prestação onerosa de serviços de telecomunicação, assim entendido aquele que propicia a troca de mensagens/informações entre um emissor e um receptor.

Assim sendo, as cobranças a título de auxílio a lista, instalação, configuração, montagem de equipamentos, manutenção de rede, gerenciamento de rede, reprogramação de circuito e hora

programada não podem ser considerados serviços essenciais à telecomunicação e, portanto, não podem ser tributados com o imposto estadual.

Voto pelo PROVIMENTO do Recurso Voluntário, reformando a decisão recorrida para julgar IMPROCEDENTE o Auto de Infração.

VOTO VENCEDOR

Divirjo da nobre Relatora em relação a algumas rubricas exigidas no Auto de Infração, exceto pelas indicadas no Parecer da PGE/PROFIS, ou seja, entendo, assim como o fez a PGE/PROFIS nos pareceres e despachos que exarou (fls. 341 a 360, 415 a 424, 511 e 516 – cópia da fl. 424), que o ICMS exigido somente não é devido em relação aos serviços de transferência física de linhas telefônicas e de locação de bens móveis, mas incide em relação aos demais serviços, quais sejam: 1) auxílio à lista (serviço 102), 2) instalação, configuração e montagem de equipamentos, 3) manutenção de rede, 4) gerenciamento de rede, 5) reprogramação de circuito e 6) hora programada.

O ICMS não incide em relação aos serviços de transferência física, *in loco*, de linhas telefônicas, por não se enquadrar no âmbito de uma prestação de serviço de comunicação, apenas um serviço técnico de mudança física de pontos.

Por outro lado, o Art. 6º, XIV, “a”, do RICMS/97, vigente à época dos fatos, exclui expressamente a locação de bens móveis da incidência do ICMS. É cediço de que, em alguns casos, o contrato de locação mascara uma verdadeira operação de compra e venda de equipamentos, já que não há devolução dos mesmos ao fim do contrato, mas não consta dos autos a prova da ocorrência de tal fato.

Neste sentido, foi aprovada diligência às Autuantes para excluir do levantamento de ofício “todos os valores concernentes à tarifa pertinente à transferência física de linhas telefônicas e à locação de bens móveis utilizados na prestação de serviços de comunicação” (fls. 431 e 432), o que foi atendido (fls. 437 a 439), com elaboração de novos demonstrativos em CD (fl. 440).

Diante do exposto, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário para reduzir o valor histórico do Auto de Infração de R\$13.486.181,67 para R\$4.789.607,26, conforme demonstrativo elaborado pelas Autuantes (CD - fl. 440), o qual está resumido a seguir:

Data Ocorrência	Data Vencimento	ICMS Auto de Infração		ICMS Julgamento	
		Normal	F. Pobreza	Normal	F. Pobreza
31/01/2010	20/02/2010	522.907,72	41.832,62	171.816,87	13.745,35
28/02/2010	20/03/2010	532.605,68	42.608,45	171.678,03	13.734,24
31/03/2010	20/04/2010	535.317,61	42.825,41	172.068,88	13.765,51
30/04/2010	20/05/2010	526.252,25	42.100,18	166.603,57	13.328,29
31/05/2010	20/06/2010	523.106,60	41.848,53	168.919,31	13.513,54
30/06/2010	20/07/2010	527.269,66	42.181,57	180.509,28	14.440,74
31/07/2010	20/08/2010	496.308,84	39.704,71	154.478,56	12.358,28
31/08/2010	20/09/2010	493.708,98	39.496,72	157.232,89	12.578,63
30/09/2010	20/10/2010	470.129,99	37.610,40	138.102,69	11.048,22
31/10/2010	20/11/2010	533.858,89	42.708,71	204.759,52	16.380,76
30/11/2010	20/12/2010	511.089,82	40.887,19	184.955,48	14.796,44
31/12/2010	20/01/2011	560.734,73	44.858,78	235.735,20	18.858,82
31/01/2011	20/02/2011	509.465,75	40.757,26	188.662,30	15.092,98
28/02/2011	20/03/2011	531.594,70	42.527,58	196.304,88	15.704,39
31/03/2011	20/04/2011	555.239,30	44.419,14	221.261,92	17.700,95
30/04/2011	20/05/2011	528.859,48	42.308,76	197.497,93	15.799,83
31/05/2011	20/06/2011	516.516,92	41.321,35	185.702,38	14.856,19
30/06/2011	20/07/2011	522.115,81	41.769,26	194.103,79	15.528,30
31/07/2011	20/08/2011	533.195,22	42.655,62	206.204,79	16.496,38
31/08/2011	20/09/2011	511.919,51	40.953,56	186.575,56	14.926,04
30/09/2011	20/10/2011	511.724,12	40.937,93	187.430,85	14.994,47

31/10/2011	20/11/2011	523.399,28	41.871,94	199.804,31	15.984,34
30/11/2011	20/12/2011	506.563,92	40.525,11	183.528,54	14.682,28
31/12/2011	20/01/2012	503.320,47	40.265,64	180.884,02	14.470,72
Subtotal		12.487.205,25	998.976,42	4.434.821,54	354.785,72
Total		13.486.181,67		4.789.607,26	

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão por maioria, com voto de qualidade do presidente, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **278003.0001/13-0**, lavrado contra **TELEMAR NORTE LESTE S/A.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$4.789.607,26**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

VOTO VENCEDOR – Conselheiros(as): Marcelo Mattedi e Silva, Maria Auxiliadora Gomes Ruiz e Maurício Souza Passos.

VOTO VENCIDO – Conselheiros(as): Leila Barreto Nogueira Vilas Boas, Carlos Antonio Borges Cohim Silva e José Carlos Barros Rodeiro.

Sala das Sessões do CONSEF, 10 de outubro de 2018.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS – PRESIDENTE

LEILA BARRETO NOGUEIRA VILAS BOAS – RELATORA/VOTO VENCIDO

MARCELO MATTEDI E SILVA - VOTO VENCEDOR

LEÔNCIO OGANDO DACAL - REPR. DA PGE/PROFIS