

PROCESSO	- A. I. N° 281081.0001/15-1
RECORRENTE	- TNL PCS S/A. (OI MÓVEL S/A.)
RECORRIDA	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO	- RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 5ª JJF nº 0050-05/16
ORIGEM	- DAT METRO / IFEP SERVIÇOS
PUBLICAÇÃO	- INTERNET: 19/07/2022

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0164-12/22-VD

EMENTA: ICMS. 1. FALTA DE RECOLHIMENTO. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO. SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO. a) SERVIÇOS DE COMUNICAÇÃO TC DATA E TC 080. Infração reconhecida pelo contribuinte no que se refere à incidência do ICMS. Contestada a quantificação da base de cálculo, com a inclusão do imposto “por dentro”. Infração integralmente mantida. b) SERVIÇOS DE ALUGUEL DE EQUIPAMENTOS, MONITORAMENTO DE REDES E CESSÃO DE SOFTWARES (PROGRAMAS), NECESSÁRIOS À PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE COMUNICAÇÃO. Os aluguéis de equipamentos constituem obrigação de dar e não estão sujeitos à incidência do ICMS, bem como os serviços de disponibilização de software e gerenciamento de redes, por não gerarem mensagens entre emissor e receptor. Exigência insubstancial. 2. SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO. RECOLHIMENTO A MENOR DO IMPOSTO. SERVIÇO DE OI TV. Infração reconhecida pelo sujeito passivo. Modificada a Decisão recorrida. Recurso PARCIALMENTE PROVIDO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra a Decisão que julgou pela Procedência do Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 27/08/2014, para exigir crédito tributário no valor de R\$ 666.506,77, em função das seguintes irregularidades:

Infração 01 - 02.08.38 - Falta de recolhimento do ICMS na prestação de serviço de comunicação por escrituração de valores tributados como não tributados, nos meses de fevereiro e agosto de 2013, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 26.023,79, acrescido da multa de 60%, prevista no Art. 42, II, “a”, da Lei nº 7.014/96. Infração julgada procedente e objeto do Recurso Voluntário.

Consta em complemento que o Autuado não ofereceu à tributação os serviços de comunicação TC DATA e TC 080, apesar de os mesmos serem tributados pelo ICMS, e que o ICMS compõe sua própria base de cálculo e como o Autuado não ofereceu os serviços de telecomunicações à tributação, o Fisco/BA incluiu o imposto na base de cálculo das prestações.

Infração 02 - 02.08.38 - Falta de recolhimento do ICMS na prestação de serviço de comunicação por escrituração de valores tributados como não tributados, nos meses de janeiro a dezembro de 2013 e janeiro de 2014, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 622.178,23, acrescido da multa de 60%, prevista no Art. 42, II, “a”, da Lei nº 7.014/96. Infração julgada procedente e objeto do Recurso Voluntário.

Consta em complemento que o Autuado não ofereceu à tributação diversos serviços de comunicação, discriminados na planilha de cobrança, e que o ICMS compõe sua própria base de cálculo e como o Autuado não ofereceu os serviços de telecomunicações à tributação, o Fisco/BA incluiu o imposto na base de cálculo das prestações.

Infração 03 - 03.09.01 - Recolheu a menor o ICMS relativo à prestação de serviços de comunicação, no mês de julho de 2013, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 18.304,75, acrescido da multa de 60%, prevista no Art. 42, II, “a”, da Lei nº 7.014/96. Infração foi reconhecida e não é objeto do Recurso Voluntário.

A 5ª JJF decidiu pela Procedência do Auto de Infração, por unanimidade, mediante o Acórdão nº 0050-05/16 (fls. 197 a 204), com base no voto do Relator, a seguir transscrito:

“O Auto de Infração em lide é composto de 3 (três) infrações conforme foi detalhadamente apresentado no relatório, parte integrante e inseparável do presente Acórdão.

O contribuinte reconheceu a integralidade da exigência fiscal que compõe o item 03 da autuação, pertinente aos serviços de comunicação OI TV em razão de erro na aplicação da alíquota incidente na prestação.

Em relação à infração 01 houve também o reconhecimento da exigência fiscal no que se refere à incidência do imposto sobre os serviços de TC Data e TC 080, divergindo a defesa apenas em relação à sistemática de quantificação do imposto, com a inclusão do ICMS na sua própria base de cálculo.

Efetuou o pagamento das parcelas reconhecidas, no importe principal de R\$ 37.297,75, conforme atesta o Documento de Arrecadação e comprovante de quitação juntados à fl. 173 dos autos.

No tocante à infração 02 a defesa contesta todo o lançamento alegando, em síntese, que o serviço denominado TC CPE SOLUTION consiste na locação de equipamentos, negócio jurídico autônomo, não passível de tributação pelo ICMS por não constituir serviço de comunicação. Citou a Súmula Vinculante nº 31, do STF que excluiu, por inconstitucionalidade, a tributação pelo ISS municipal das operações de locação de bens móveis.

Contestou também a exigência fiscal em relação aos serviços, ADVANCED SERVICES e TI (OI SERVIÇOS INTEGRADOS). O primeiro destinado à monitoração e gerenciamento da rede/circuito de dados dos usuários, por meio do qual se busca o aperfeiçoamento da rede interna de comunicações, visando prevenir situações que possam causar interrupções e prejuízos ao seu funcionamento. O segundo serviço, correspondente à remuneração pela licença adquirida pelos clientes da autuada para utilização de softwares específicos que visam à gestão de negócios dos usuários. A empresa argumenta que esses serviços foram oferecidos à tributação pelo ISS municipal, estando inseridos no item 1.05 da lista anexa à Lei Complementar nº 116/03, com a seguinte denominação: “Licenciamento ou cessão de direito de uso de programas de computação”.

Diante das explicações e detalhamentos trazidos pelas partes entendo ser desnecessária a realização de perícia ou diligência fiscal, visto que para o deslinde da questão é essencial tão somente se entender a forma e o conteúdo dos serviços prestados pela autuada, a saber: locação de equipamentos para a prestação de serviço de comunicação (TC CPE SOLUTION); monitoramento de redes e circuitos de dados dos usuários dos serviços de comunicação prestados pela empresa (ADVANCED SERVICES) e, cessão de uso de softwares para a gestão de negócios dos usuários que utilizam os serviços de comunicação fornecidos pela autuada (TI - OI SERVIÇOS INTEGRADOS).

O serviço de locação de equipamentos é em essência um serviço atrelado ao de comunicação com fornecimento de materiais para sua viabilização, cobrado em separado, mas não em razão de causa distinta. O denominado contrato de aluguel de equipamentos constitui em verdade um negócio jurídico acessório que segue a sorte do principal e que tem por objeto ou finalidade a prestação de serviço de comunicação. Se houver a falta do fornecimento dos equipamentos de conexão a obrigação de fornecer serviço de comunicação fica inviabilizada.

No serviço de monitoramento de redes e circuitos de dados (ADVANCED SERVICES), há também uma vinculação direta com o serviço de comunicação prestado pela operadora de telefonia. Nessa modalidade o prestador de serviço monitora a rede interna de comunicações do cliente prevenindo e corrigindo situações que possam causar interrupção e mau funcionamento que possam afetar o serviço de transmissão de dados, voz ou imagens prestado pela própria operadora. Há neste caso uma relação de complementariedade entre as prestações. Porém o objeto principal é sempre entrega do serviço de comunicação com maior nível de qualidade.

Na cessão de uso de software, correspondente ao serviço denominado TI - OI SERVIÇOS INTEGRADOS, também identificamos um total atrelamento dessa prestação com o serviço de comunicação fornecido pela operadora. Nessa modalidade de serviço a empresa de telecomunicação cobra de seus clientes a licença de uso dos softwares que são utilizados para viabilizar a prestação de serviço de comunicação, possibilitando que os tomadores do serviço possam gerir melhor os seus negócios ou atividades, conforme atestam os exemplos que foram detalhados na peça de defesa e descritos no relatório (fl. 83 do PAF).

Identificamos nos serviços acima descritos a disponibilização de meios físicos (equipamentos), lógicos (softwares), ou atividades complementares de manutenção de redes e circuitos (obrigações de fazer). Essas prestações estão diretamente vinculadas ao fornecimento de serviço de comunicação. São, portanto, atividades acessórias e complementares do serviço de comunicação, cobradas dos clientes pela operadora de telefonia.

Incide o ICMS sobre essas prestações acessórias ou complementares, visto que o § 1º, II, “a”, do art. 13 da Lei Complementar nº 87/96, prescreve que integra 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.

Essa mesma disposição normativa consta da Lei do ICMS do Estado da Bahia, no art. 17, § 1º, inc. II, letra “a”.

Os serviços de seguro e a cobrança de juros considerados de forma isolada não são fatos geradores do ICMS. Porém quando esses encargos são transferidos ao adquirente de mercadorias ou ao tomador dos serviços, devem integrar a base de cálculo do imposto. São despesas acessórias da operação ou da prestação.

A base de cálculo do ICMS, portanto, deve ser composta do valor da prestação do serviço de comunicação e das demais cobranças vinculadas àquele serviço, a exemplo dos encargos pela disponibilização de meios físicos (alugueis de equipamentos), lógicos (cessão de uso softwares), ou atividades complementares de manutenção de redes e circuitos (outros serviços complementares que venham a constituir obrigações de fazer).

Não acolho, portanto, os argumentos defensivos que sustentam que as prestações objeto da autuação estão fora do campo de incidência do ICMS. O imposto incidente sobre as prestações de serviços de comunicação, por disposição constitucional, deve recair obrigatoriamente sobre as atividades onerosas, razão pela qual alcança o serviço principal cobrado dos clientes da operadora de telefonia e todas as demais prestações acessórias ou complementares, também onerosas, que viabilizam o serviço de comunicação.

Por sua vez, as decisões judiciais e administrativas reproduzidas na peça de defesa, inclusive aquelas proferidas pelo STJ (Superior Tribunal de Justiça), não são vinculantes para a Administração Pública Estadual, posto que proferidas em sede de ações ordinárias, a exemplo do Mandado de Segurança, fazendo coisa julgada somente em relação às partes envolvidas na lide.

No tocante à inclusão do ICMS na base de cálculo da prestação do serviço de comunicação, o art. 13, § 1º, inciso I, da LC 87/96, e a correspondente regra contida no art. 17, § 1º inc. I, da Lei Estadual do ICMS (Lei nº 7.014/96), prescrevem que integra a base de cálculo do imposto, o montante do próprio imposto, constituindo o respectivo destaque mera indicação para fins de controle.

No caso concreto a autuada deixou de agregar o imposto ao valor cobrado dos seus clientes por entender que algumas prestações se encontravam fora do campo de incidência do ICMS. Assim procedendo agiu em desconformidade com a expressa previsão da lei que determina que o imposto integra a sua própria base de cálculo. Idêntica exigência ocorre nas operações de fornecimento de energia elétrica pelas concessionárias do setor, nas importações de mercadorias do exterior e nas hipóteses de diferimento com produtos primários quando o benefício se encerra na etapa de entrada. São operações ou prestações em que não há cobrança anterior do imposto, razão pela qual, na primeira incidência, o imposto é integrado à sua base de cálculo.

Sobre essa questão há diversas decisões do CONSEF, a exemplo dos Acórdãos citados pelos autuantes na informação fiscal: 0191-12.07, 216-12.07, 212.11.08, 0338-12.08, 0286-01/12 e 0145-12.09. São decisões originárias de Câmaras e Juntas de Julgamento.

Transcrevo abaixo a ementa de um dos acórdãos acima mencionados:

**2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL
ACÓRDÃO CJF Nº 0145-12/09**

EMENTA: ICMS. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO. SERVIÇO DE TELECOMUNICAÇÃO. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. O ICMS incide sobre todas 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, bem como sobre atividades preparatórias e conexas ao serviço de comunicação. O ICMS incidente nas prestações de serviços de comunicações deve ser incluído na própria base de cálculo. Indeferido o pedido de perícia. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime.

Frente ao acima exposto nosso voto é pela PROCEDÊNCIA “in totum” do Auto de Infração. Os valores recolhidos pelo sujeito passivo deverão ser homologados pela repartição fiscal.”

O Autuado apresentou Recurso Voluntário (fls. 215 a 229), nos termos do Art. 169, I, “b” do RPAF/99, no qual informou que só é objeto deste as Infrações 01 e 02, em relação à majoração da base de cálculo (“gross up”) e, no tocante à Infração 02, da exigência do ICMS sobre TC CPE-SOLUTION, por se tratar de locação de equipamentos, e de facilidades tais como gerenciamento de redes (ADVANCED SERVICES) e serviços de tecnologia da informação como o software OI SERVIÇOS INTEGRADOS.

Informou o reconhecimento da procedência da Infração 03, tendo realizado o seu recolhimento integral, decorrente de erro na alíquota do serviço OI TV, bem como do mérito da Infração 01, decorrente do cadastro indevido de 2 (dois) clientes como isentos, embora ainda questione o referido “gross up”.

Explicou que a rubrica TC CPE-SOLUTION abriga o serviço de locação, e consequente instalação, configuração e manutenção, de equipamentos, não incidindo o ICMS nem incluindo a contratação de serviços de dados, cobrados de forma apartada, conforme as cláusulas 2.1 e 6.5 do contrato e cópia de nota fiscal que acostou, inexistindo obrigação de alugar estes equipamentos para que os serviços de comunicação sejam prestados, quanto mais que a locação seja efetuada exclusivamente junto ao Autuado.

Ressaltou que esta matéria já está pacificada, inclusive com efeitos repetitivos, no STJ, e no STF, com a edição da Súmula Vinculante nº 31, bem como já existem decisões favoráveis ao Autuado na 11ª Vara de Fazenda Pública de Salvador (*sentença nos embargos à execução fiscal nº 0317548-59.2014.8.05.0001 da Juíza Maria Verônica Moreira Ramiro em 07/11/2014, DJ em 11/11/2014*), no Conselho do Estado de Minas Gerais e em votos divergentes de Decisões deste CONSEF, como se observa no Acórdão CJF nº 0528-13/13, que só não prevaleceram em razão do voto de qualidade do Presidente da 3ª CJF.

Lecionou que também não incide o ICMS sobre a rubrica “ADVANCED SERVICES”, que representa a prestação de serviço de gerenciamento de redes telefônicas, constante do item 17.23 da lista de serviços anexa à Lei Complementar nº 116/03, o qual também pode ser contratado de empresa não prestadora de serviços de comunicação.

Salientou que já há decisão favorável neste sentido, em sede de antecipação de tutela deferida nos autos da Ação Anulatória nº 1016493-22.2013.8.26.0053, da 4ª Vara de Fazenda Pública de São Paulo.

Alegou que o ICMS também não incide sobre a rubrica OI SERVIÇOS INTEGRADOS, que se trata serviços de TI fornecidos pelo Autuado, pois correspondem à remuneração pela licença pela utilização de softwares específicos que visam à gestão dos negócios dos usuários, a exemplo dos serviços prestados à empresa CRBS S/A, consistentes no gerenciamento da sua frota de veículos por dispositivos eletrônicos de telemetria, e à Superintendência de Trânsito e Transporte Público da Prefeitura de Camaçari, relativos à automatização do seu processo de fiscalização, controle e auditoria por meio de “smartphones”, para a emissão eletrônica de multas, notificações, etc.

Destacou que também já existe decisão favorável a esta matéria no REsp 123.022/RS, proferida pela Primeira Turma do STJ em 14/08/1997, DJ em 27/10/1997, e no REsp 760.230/MG, proferida pela Primeira Seção do STJ em 27/05/2009, DJe em 01/07/2009.

Aduziu que os Autuantes presumiram o valor de uma base de cálculo ficta, incluindo o montante que hipoteticamente seria acrescido ao valor cobrado, desconsiderando o real preço do serviço, à revelia do Art. 13, III da Lei Complementar nº 87/96.

Afirmou que não discute a possibilidade da utilização do cálculo “por dentro” do ICMS, mas apenas a impossibilidade da majoração da base de cálculo do imposto promovida pelos Autuantes (“gross up”), justamente por serem sistemáticas distintas, já que criaram um novo método de cálculo em que o preço do serviço corresponderia tão somente a um percentual da efetiva base de cálculo do tributo, sem qualquer lógica ou base legal.

Disse que o STF, no RE 212.209/RS, declarou que o ICMS deve incidir sobre o preço real efetivamente prestado e não sobre a base de cálculo ficta, e que o Tribunal Administrativo do Estado de Pernambuco já consolidou seu posicionamento contrário ao pleito fiscal ora combatido.

Requeru o cancelamento do ICMS exigido na Infração 02, o afastamento da majoração da base de cálculo adotada na autuação para o cálculo das Infrações 01 e 02 e o reconhecimento da quitação integral da Infração 03 e parcial da Infração 01.

Reiterou o pedido de produção de prova pericial nos termos e quesitos formulados em sua impugnação e solicitou que todas as intimações acerca das datas de julgamento e das decisões proferidas sejam feitas em nome do seu patrono, conforme o nome e o endereço que indicou, sob pena de nulidade.

Submetido à PGE/PROFIS, esta apresentou parecer (fls. 233 a 243), opinando pelo Conhecimento e Não Provimento do Recurso Voluntário lastreado nos seguintes argumentos:

1) O serviço de locação de equipamentos é, em essência, um negócio jurídico acessório que segue a sorte do principal, tendo como objeto ou finalidade a prestação do serviço de comunicação, pois sem os equipamentos a obrigação de fornecer serviço de comunicação fica inviabilizada.

- 2) Há vinculação direta do serviço de monitoramento de redes e circuitos de dados com a prestação de serviço de comunicação, pois o objeto principal é sempre a entrega do serviço de comunicação com maior nível de qualidade.
- 3) Também identificou uma vinculação direta da cessão de uso de software com a prestação de serviço de comunicação, possibilitando que os tomadores do serviço possam gerir melhor os seus negócios ou atividades.
- 4) Incide o ICMS sobre as prestações acessórias ou complementares, visto que o § 1º, II, “a”, do Art. 13 da LC nº 87/96, bem como o § 1º, II, “a”, do Art. 17 da Lei nº 7.014/96, prescreve que integra 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, sendo que os serviços de seguro e a cobrança de juros, quando considerados de forma isolada, não são fatos geradores do ICMS mas, quando são transferidos ao adquirente de mercadorias ou ao tomador do serviço, devem integrar a base de cálculo do imposto, por serem despesas acessórias da operação ou da prestação.
- 5) As decisões judiciais e administrativas reproduzidas na peça defensiva, inclusive as proferidas pelo STJ, não são vinculantes para a administração pública estadual, fazendo coisa julgada somente em relação às partes envolvidas na lide.

Na assentada do julgamento, o Autuado noticiou que havia obtido decisão favorável, transitada em julgado, no Mandado de Segurança nº 0000729-02.2009.8.05.0000, requerendo a juntada da cópia das suas principais peças e do Acórdão exarado pelo TJ/BA nos autos da Apelação nº 0368612-79.2012.8.05.0001 (fls. 247 a 396), tendo esta 2ª CJF deliberado pelo envio dos autos em diligência à PGE/PROFIS para avaliar a repercussão da referida decisão judicial no âmbito do processo administrativo fiscal (fl. 397).

A PGE/PROFIS exarou parecer, ratificado pela PGE/PROFIS/NCA (fls. 401 a 404), no sentido de que a decisão no referido Mandado de Segurança, bem como no REsp 1.176.753/RJ, adstrito ao regime dos recursos repetitivos, não permite afirmar a existência de efeito reflexo no presente contencioso, posicionamento assentado no Incidente de Uniformização PGE nº 2016.164780-0.

O Autuado informou que já havia quitado parcialmente a Infração 01, referente ao cadastro de 2 (dois) clientes como isentos, e integralmente a Infração 03, e, em 21/12/2018, efetuou o pagamento do “gross up” da Infração 01 que remanesce em discussão (fls. 463 e 464).

Pugnou pela homologação e baixa dos valores quitados, provimento do Recurso Voluntário e, eventualmente, na remota hipótese de manutenção da autuação quanto aos pontos impugnados, o refazimento do cálculo do imposto considerando o efetivo preço do serviço destacado na nota fiscal, nos termos do Art. 13, III e § 1º, I da LC nº 87/96.

Incluído em pauta de julgamento, o Autuado alegou que foi emitido o Parecer PGE nº 2017.184436-0, em 08/01/2018, acolhido em 21/05/2019, nos autos para julgamento do Auto de Infração nº 279468.0002/16-6, concluindo que o serviço ADVANCED SERVICES não se trata de atividade de comunicação.

Também foi informado que o Acórdão CJF nº 0261-12/17, referente ao Auto de Infração nº 281081.0017/14-7, decidiu, com lastro em parecer da PGE/PROFIS, referendado pelo Procurador Geral do Estado, que não incide ICMS sobre o serviço TC CPE-SOLUTION, por se tratar de locação de equipamentos.

Diante da controvérsia, esta 2ª Câmara de Julgamento Fiscal, por unanimidade, resolveu remeter o presente processo em DILIGÊNCIA à PGE (fl. 473), para que seja emitido parecer jurídico no sentido de esclarecer as seguintes questões:

- 1) Há incidência do ICMS sobre o serviço ADVANCED SERVICES, relativo ao gerenciamento e monitoramento de redes internas e circuitos de dados dos usuários?
- 2) Há incidência do ICMS sobre o serviço OI SERVIÇOS INTEGRADOS, definido como gestão de negócios do usuário, a exemplo de monitoramento de frotas de veículos por telemetria e de

automatização do processo de fiscalização, controle e auditoria de trânsito por meio de smartphones para a emissão eletrônica de multas e notificações?

A PGE/PROFIS exarou parecer (fls. 481 a 505), com base nas conclusões do Grupo de Trabalho 10/2019 (Processo SEI nº 006.10299.2019.0011365-83) homologadas pelo Procurador Chefe da PGE/PROFIS, no sentido de que não há incidência do ICMS sobre os serviços ADVANCED SERVICES e OI SERVIÇOS INTEGRADOS.

O Autuado teve vistas dos autos (fl. 506).

Registro a presença da advogada do Autuado que efetuou a sustentação oral, Sra. Gessana de Sousa Silveira, OAB/RJ nº 233.649.

VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra a Decisão que julgou pela Procedência do presente Auto de Infração, lavrado para exigir ICMS e multa em razão de três infrações, sendo objeto do presente Recurso apenas as Infrações 01 e 02, em relação à majoração da base de cálculo (“*gross up*”), e no tocante à Infração 02, da exigência do ICMS sobre TC CPE-SOLUTION, por se tratar de locação de equipamentos e de facilidades, tais como gerenciamento de redes (ADVANCED SERVICES) e serviços de tecnologia da informação (OI SERVIÇOS INTEGRADOS).

O Autuado reconheceu a procedência da Infração 03, tendo realizado o seu recolhimento integral, decorrente de erro na alíquota do serviço OI TV, bem como a incidência do imposto sobre os serviços TC DATA e TC 080, mérito da Infração 01, decorrente do cadastro indevido de 2 (dois) clientes como isentos, embora questione nesta infração o referido “*gross up*”.

Embora conste o registro de que houve o pagamento do valor restante da Infração 01, não tenho comprovação nos autos de que a Infração está quitada, motivo pelo qual, mantendo tal questão ainda em lide, não havendo nenhum prejuízo para o Autuado ou o Estado da Bahia.

Portanto, resta em lide apenas a exigência consubstanciada na Infração 02, consoante a tributação dos serviços com as rubricas TC CPE-SOLUTION, ADVANCED SERVICES e OI SERVIÇOS INTEGRADOS, e o referido “*gross up*” relativo às exigências das Infrações 01 e 02.

No final da peça recursal, o Autuado protestou pela realização de prova pericial. No entanto, constato que o processo contém todos os elementos para a decisão sobre a lide, sendo desnecessária a realização da prova pericial para o julgamento do presente feito, motivo pelo qual, com fulcro no Art. 147, II do RPAF/99, indefiro o pedido do Autuado.

Ressalto que as intimações são efetuadas nos termos do Art. 108 e seguintes do RPAF/99.

Em relação ao serviço com a rubrica TC CPE-SOLUTION, me socorro do julgamento do Auto de Infração nº 281081.0017/14-7, mediante o Acórdão CJF nº 0261-12/17, quando foi decidido, com lastro em parecer da PGE/PROFIS, referendado pelo Procurador Geral do Estado, que não incide ICMS sobre este serviço, por se tratar de locação de equipamentos, conforme transcreto abaixo:

“Em resposta, em Parecer muito bem elaborado, a Procuradora Assistente, Dra. Rosana Maciel Passos Bittencourt, com a anuência do Procurador Chefe da Especializada Fiscal e do Procurador Geral do Estado, manifestou o posicionamento de que não pode haver incidência do ICMS sobre o aluguel de equipamentos pelas seguintes razões, em suma:

1. *a locação de bens móveis consiste numa obrigação de dar, enquanto que a prestação de serviços configura uma obrigação de fazer;*
2. *ainda que se admita a incidência do ICMS sobre serviços diversos da comunicação propriamente dita, “só poderá o imposto incidir, nessa hipótese, sobre prestações de serviço, sob pena de violação de seu figurino constitucional”;*
3. *como o STF, na Súmula Vinculante nº 31, assentou o entendimento de que a locação de bens móveis não pode ser alcançada por tributos cuja base impositiva seja a prestação de serviços, não há como aceitar a incidência do ICMS sobre tais locações de equipamentos;*
4. *“mesmo que se estivesse tratando do ICMS incidente sobre as operações relativas à circulação de*

mercadorias – as quais, estas sim, têm por objeto uma obrigação de dar -, estaria afastada a incidência do imposto, à vista do disposto no art. 6º, XIV, ‘a’, do RICMS/97, vigente à época dos fatos geradores”.

Vale salientar que o artigo 6º, inciso XIV, alínea ‘a’, do RICMS/97, vigente até 31/03/12, dispunha da seguinte forma:

Art. 6º O ICMS não incide nas seguintes situações:

(...)

XIV - saída ou fornecimento:

(...)

a) de bem de uso em decorrência de contrato de comodato (emprestimo), locação ou arrendamento mercantil (“leasing”), bem como o respectivo retorno (art. 563);

O raciocínio lógico apresentado pela ilustre Procuradora Assistente me leva à conclusão de que, realmente, não pode haver incidência do ICMS sobre a locação de equipamentos, por se tratar de atividade não incluída pela legislação entre os “serviços adicionais” ao de comunicação, devendo, portanto, ser excluídos os débitos concernentes às rubricas TC CPE SOLUTION – Aluguel; TC CPE SOLUTION - Aluguel Médio Porte, TC CPE SOLUTION - Aluguel Pequeno Porte, TC CPE SOLUTION - Aluguel Grande Porte.”

Naquele mesmo julgamento, também foi decidido que incide ICMS sobre o serviço ADVANCED SERVICES, por constituiram prestações onerosas de serviços de comunicação, nos termos da legislação vigente, conforme transcrito abaixo:

“Ademais, entendo que o gerenciamento de redes telefônicas (“ADVANCED SERVICES”) não se enquadra nos serviços sobre os quais incide o Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza, visto que na Lista Anexa à LC nº 116/2003 (ISS) o item 17.23 (fl. 29), indica serviços de “assessoria” e a “gerenciamento de informações”, atividades não coincidentes com a indicada nesta autuação.”

Pelo exposto, devem ser computadas na base de cálculo do ICMS os chamados “advanced services”, por constituiram prestações onerosas de serviços de comunicação, nos termos da legislação vigente.”

Também, o parecer da PGE/PROFIS (fl. 241), referendado pela PGE/PROFIS/NCA, destacou que há vinculação direta do serviço de monitoramento de redes e circuitos de dados com a prestação de serviço de comunicação, pois o objeto principal é sempre a entrega do serviço de comunicação com maior nível de qualidade, devendo, portanto, incidir o ICMS sobre este serviço.

No mesmo parecer da PGE/PROFIS (fl. 241), referendado pela PGE/PROFIS/NCA, foi também identificada uma vinculação direta da cessão de uso de software, serviço identificado pela rubrica OI SERVIÇOS INTEGRADOS, com a prestação de serviço de comunicação, possibilitando que os tomadores do serviço possam gerir melhor os seus negócios ou atividades.

Entretanto, a PGE/PROFIS exarou novo parecer (fls. 481 a 505), com base nas conclusões do Grupo de Trabalho 10/2019 (Processo SEI nº 006.10299.2019.0011365-83), homologadas pelo Procurador Chefe da PGE/PROFIS, no sentido de que não há incidência do ICMS sobre os serviços ADVANCED SERVICES e OI SERVIÇOS INTEGRADOS.

No parecer do referido Grupo de Trabalho 10/2019, se concluiu que facilidades, tais como gerenciamento de redes (ADVANCED SERVICES) e serviços de tecnologia da informação (OI SERVIÇOS INTEGRADOS), “são meros meios de gerenciamento e detalhamentos de consumo, sem que se tenha uma mensagem entre emissor e receptor”.

Concordando com as conclusões expostas, voto pelo PROVIMENTO do Recurso Voluntário em relação à Infração 02, a qual resta insubstancial.

No tocante ao referido “gross up”, novamente me socorro do julgamento do Auto de Infração nº 281081.0017/14-7, mediante Acórdão CJF nº 0261-12/17, quando foi decidido que o cálculo do imposto “por dentro” tem respaldo legal, conforme abaixo:

“No que se refere ao argumento recursal, de que teria havido majoração da base de cálculo, o posicionamento já assentado neste CONSEF é de que o procedimento da fiscalização encontra respaldo no artigo 13 da Lei Complementar nº 87/96, que estabelece o “cálculo por dentro” na formação da base sobre a qual deve incidir o tributo.”

De acordo com a regra estampada no § 1º, I do Art. 13 da LC nº 87/96, também presente no § 1º, I, do Art. 17 da Lei nº 7.014/96, o montante do próprio imposto integra a sua base de cálculo, o que respalda o procedimento exigido no Auto de Infração.

Também deve ser ressaltado, que incide o ICMS sobre as prestações acessórias ou complementares, visto que o § 1º, II, “a” do Art. 13 da LC nº 87/96, bem como o § 1º, II, “a” do Art. 17 da Lei nº 7.014/96, prescrevem que integra 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, sendo que os serviços de seguro e a cobrança de juros, quando considerados de forma isolada, não são fatos geradores do ICMS, mas quando são transferidos ao adquirente de mercadorias ou ao tomador do serviço, devem integrar a base de cálculo do imposto, por serem despesas acessórias da operação ou da prestação.

Portanto, entendo corretos os cálculos efetuados para a exigência do ICMS na Infração 01.

Diante do exposto, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário, para julgar PARCIALMENTE PROCEDENTE o presente Auto de Infração, com a exclusão da Infração 02, conforme demonstrado a seguir:

Infração	Ocorrência	Valor PAF	Valor 5ª JJF	Valor 2ª CJF	Multa	Julgamento
1	01/02/2013	25.587,58	25.587,58	25.587,58	60%	Procedente
1	01/08/2013	436,21	436,21	436,21	60%	
2	01/01/2013	22.873,85	22.873,85	-	-	
2	28/02/2013	49.535,98	49.535,98	-	-	
2	31/03/2013	41.484,01	41.484,01	-	-	
2	30/04/2013	42.363,97	42.363,97	-	-	
2	31/05/2013	45.620,42	45.620,42	-	-	
2	30/06/2013	46.050,68	46.050,68	-	-	
2	31/07/2013	46.829,27	46.829,27	-	-	
2	31/08/2013	49.329,18	49.329,18	-	-	
2	30/09/2013	36.383,90	36.383,90	-	-	Improcedente
2	31/10/2013	35.954,75	35.954,75	-	-	
2	30/11/2013	69.644,79	69.644,79	-	-	
2	31/12/2013	82.954,04	82.954,04	-	-	
2	31/01/2014	53.153,39	53.153,39	-	-	
3	01/07/2013	18.304,75	18.304,75	18.304,75	60%	Reconhecida
Valor Total		666.506,77	666.506,77	44.328,54		

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado, para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **281081.0001/15-1**, lavrado contra TNL PCS S/A. (OI MÓVEL S/A.), devendo ser intimado o recorrente, para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$ **44.328,54**, acrescido da multa de 60%, prevista no Art. 42, II, “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologados os valores efetivamente recolhidos.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 2 de junho de 2022.

MAURICIO SOUZA PASSOS – PRESIDENTE

MARCELO MATTEDI E SILVA – RELATOR

RAIMUNDO LUIZ DE ANDRADE – REPR. DA PGE/PROFIS