

PROCESSO - A. I. Nº 279468.0002/16-6
RECORRENTE - TELEMAR NORTE LESTE S/A.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JF nº 0176-03/16
ORIGEM - DAT METRO / IFEP SERVIÇOS
PUBLICAÇÃO - INTERNET 09/01/2023

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0374-11/22-VD

EMENTA: ICMS. SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO. PRESTAÇÃO TRIBUTADA COMO NÃO TRIBUTADA. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Os serviços “TC CPE SOLUTION-ALUGUEL”, “TC VOICE NET-ALUGUEL”, “TC VISASOLUTION-LOCAÇÃO”, os serviços de gerenciamento de redes telefônicas “ADVANCED SERVICES” e “TC VISA SOLUTION HOUSING”, os serviços de atividades-meio (montagem, instalação, configuração) e serviços suplementares e de valor adicionado (HORA PROGRAMADA, COMPLETAMENTO DE CHAMADA LOCAL e “INFORMAÇÃO 102”) são meros serviços de otimização da prestação efetiva da comunicação em si, não ensejando a cobrança de ICMS. Modificada a Decisão recorrida. Recurso **PROVIDO**. Auto de Infração **Improcedente**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário contra a Decisão de piso que julgou Procedente o Auto de Infração, lavrado em 19/04/2016, o qual exige crédito tributário no valor de R\$6.127.019,02, acrescido da multa de 60% em decorrência de uma única infração, descrita da forma a seguir.

Infração 01: 02.08.38 - Falta de recolhimento do ICMS na prestação de serviço de comunicação por escrituração de valores tributados como não tributados.

Consta na descrição dos fatos que “o contribuinte, na qualidade de prestador de serviços de comunicação, deixou de incluir na base de cálculo do ICMS, parcelas cobradas dos seus usuários pelo serviço de comunicação, por entender que tais valores não são tributados pelo ICMS, uma vez que se trata de aluguéis ou locação de equipamentos, montagem, instalação, configuração de aparelhos, compartilhamento de infraestrutura, retirada de equipamentos, manutenção e gerenciamento de redes. Estes valores, independentemente da denominação que seja atribuída as suas parcelas, integram o valor das prestações de serviços. Sem os equipamentos, aparelhos e dispositivos, que fazem parte da infraestrutura dos sistemas de comunicação, inclusive com suas instalações, montagens e configurações, não seria possível a realização dos serviços. Logo, todos os valores cobrados do usuário, a qualquer título, na intenção da realização da atividade de prestação de serviços de comunicação devem integrar a base de cálculo, pois são instrumentos essenciais e indispensáveis para o desenvolvimento da atividade, demonstrativos 01 e 01.A”.

Consta ainda que “O contribuinte por considerar os serviços de Hora Programada (serviço 134), Completadas, Chamadas Locais, Informação (102), como de utilidades e serviços de valor adicionado entende que não são tributados pelo ICMS. Porém os §§ 1º e 11º do art. 17 da Lei 7014/96 dispõem que integram a base de cálculo do imposto, todas as importâncias pagas, recebidas ou debitadas aos clientes e que se deve incluir na base de cálculo dos serviços de comunicação oneroso, os valores relativos a serviços suplementares e facilidades adicionais que otimizem ou agilizem o processo de comunicação, independentemente da denominação que lhes sejam dadas. Uma vez que estes serviços estão vinculados a um valor estabelecido em contrato, o montante correspondente a essa obrigação, independentemente do título que lhe seja atribuído, a si ou a parcelas que integram o seu valor, faz parte da base de cálculo do imposto. Além do que, estes serviços são complementares providos pela infraestrutura dos serviços de telecomunicações não podendo ser oferecido isoladamente, compondo, conseqüentemente, serviços de telecomunicação, conforme demonstrado nos anexos 01 e 01-B”.

Após a devida instrução processual, a 3ª Junta de Julgamento Fiscal decidiu pela Procedência, por unanimidade, nos termos a seguir.

“VOTO

Mesmo não sendo arguidas questões específicas de nulidade quanto ao Auto de Infração, entendo que todos os requisitos previstos nos artigos 18 e 39 do RPAF/99 foram preenchidos. Percebo que a imputação foi clara, a base de cálculo foi determinada conforme o valor previsto em lei, foram fornecidos os demonstrativos de débito referentes à autuação em discussão e foram respeitados todos os direitos e garantias do contribuinte, como a ampla defesa, o contraditório e o devido processo legal administrativo, dentro deste específico PAF.

Em relação à solicitação de diligência feita pelo autuado, cabe, de plano, consignar que os elementos existentes no processo são suficientes para a formação do convencimento dos julgadores, visto que a prova do fato não depende do conhecimento especial de técnicos e com fulcro no art.147, inciso I, do RPAF/99, indefiro tal pedido, pois o processo contém todos os elementos necessários e suficientes para convicção dos julgadores sobre a lide.

No mérito, o Auto de Infração acusa o sujeito passivo de falta de recolhimento do ICMS na prestação de serviço de comunicação por escrituração de valores tributados como não tributados, no exercício de 2015, conforme demonstrativos contidos nos arquivos em CD fl. 07. Consta na descrição dos fatos que o contribuinte na qualidade de prestador de serviço de comunicação, deixou de incluir na base de cálculo do ICMS parcelas cobradas dos seus usuários pelo serviço de comunicação, por entender que tais valores não são tributados pelo ICMS, uma vez que se trata de aluguéis ou locação de equipamentos, montagem, instalação, configuração de aparelhos, compartilhamento de infraestrutura, retirada de equipamentos, manutenção e gerenciamento de redes.

Em sede defesa, o autuado refutou a autuação sustentando a não incidência de ICMS sobre valores auferidos a título de locação de equipamentos, sobre atividades - meio preparatórias ao efetivo serviço de telecomunicação, sobre serviços suplementares e serviços de valor adicionado (SVA), por entender que consistem em meras comodidades fornecidas aos clientes e estariam fora do campo de incidência do ICMS - comunicação, por não implicarem prestação de serviço de comunicação propriamente dito. Disse também, que a base de cálculo do ICMS promovida pelo Fisco foi majorada (“Gross up”), não encontrando respaldo na legislação.

Na informação fiscal as autuantes rebateram os argumentos defensivos afirmando que durante a fiscalização, ficou constatado que o contribuinte não adicionou à base de cálculo todas as importâncias pagas, recebidas ou debitadas, ou seja, tudo o que foi cobrado do usuário final, tais como aluguéis/locação de equipamentos, montagem, instalação e configuração de aparelhos e dispositivos, compartilhamento de infraestrutura, retirada de equipamentos, manutenção e gerenciamento de rede ou demais elementos necessários à prestação do serviço de comunicação, bem como, serviços suplementares e valor adicionado (hora programada, complemento de chamada e Informação 102), infringindo dessa forma, dispositivos da legislação. Afirmaram que uma Rede de Telecomunicação necessita de equipamentos terminais para realizar a interface entre o usuário e o sistema de telecomunicação e para que eles funcionem é preciso que sejam instalados, configurados ou montados, conforme o caso. Deram exemplo da Norma 04/95 da ANATEL que tem por objetivo regular o uso de meios da rede Pública de Telecomunicações para o provimento e utilização de Serviços de Conexão à Internet, onde se verifica a composição do serviço e sem dúvida alguma, a dependência entre a utilização de equipamentos e a efetiva prestação de serviço de telecomunicação.

O contribuinte não negou os fatos, mas se contrapôs ao lançamento de ofício alegando que os citados serviços não se configuram como serviços de telecomunicação, e sim atividades meios que visam facilitar a comunicação de seus clientes, portanto fora da incidência do ICMS. Alegou ainda, que o simples monitoramento de redes internas de transmissão, não pode ser transvertido em serviço de comunicação e estaria enquadrado no âmbito de incidência do Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza - ISSQN e não do ICMS.

Analizando os elementos que compõem o presente PAF, observo que o mesmo possui como fundamento o art. 2º, inciso III, da Lei Complementar nº 87/96 que definiu como sujeitas ao ICMS as prestações onerosas de serviço de comunicação. Tal previsão está também contida no art. 1º, inciso III, c/c o art. 2º, inciso VII, da Lei nº. 7.014/96, os quais prevêem que 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.

Ressalto que o inciso II do artigo 155 da Constituição Federal concedeu aos Estados a competência para a instituição do ICMS sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, aí incluído o serviço de telecomunicação, e o inciso III do artigo 2º da Lei Complementar nº 87/96 definiu que o imposto estadual 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, regras repetidas no inciso III do artigo 1º e no inciso VII do artigo 2º da Lei nº 7.014/96. Vejamos a legislação mencionada:

Lei Complementar nº 87/96:

Art. 2º 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;

Lei nº 7.014/96:

Art. 1º O Imposto sobre Operações Relativas a Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação (ICMS), de que tratam o art. 155, inciso II, §§ 2º e 3º, da Constituição da República Federativa do Brasil e a Lei Complementar nº 87, de 13 de setembro de 1996, tem como fatos geradores:

(...)

III - a prestação de serviços de comunicação.

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;

Considerando a necessidade de uniformizar os procedimentos tributários nas prestações de serviços de comunicação e de esclarecer aos contribuintes para que pudessem cumprir corretamente suas obrigações tributárias, os Estados e o Distrito Federal resolveram celebrar o Convênio ICMS 69/98, firmando o entendimento no sentido 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 seja dada”.

Assim, desde a edição do Convênio ICMS 69/98 e a inserção de suas regras na legislação tributária baiana, existe previsão legislativa para a incidência do imposto estadual sobre os serviços de fornecimento oneroso de imagens, televisão por assinatura, comunicação, transmissão de dados, telefonia, como se pode observar da leitura do inciso VII artigo 2º da Lei 7014/96, acima reproduzido.

Friso ainda, que a celebração do Convênio 81/2011, é uma demonstração de que vários Estados reconhecem a incidência do ICMS sobre diversos serviços de comunicação, conforme Cláusula Primeira que dispõe:

Cláusula Primeira: Ficam os Estados do Acre, Bahia, Ceará, Espírito Santo, Goiás, Mato Grosso, Mato Grosso do Sul, Minas Gerais, Paraíba, Paraná, Pernambuco, Rio Grande do Sul, Rondônia, Santa Catarina, São Paulo e Tocantins e o Distrito Federal autorizados a reduzir ou não exigir juros e multas relativos ao não pagamento do ICMS decorrentes das prestações dos serviços de comunicação, tais como: serviços de valor adicionado, serviços de meios de telecomunicação, serviços de conectividade, serviços avançados de internet, locação ou contratação de porta, utilização de segmento espacial satelital, disponibilização de endereço IP, disponibilização ou locação de equipamentos, de infra-estrutura ou de componentes que sirvam de meio necessário para a prestação de serviços de transmissão de dados, voz sobre IP (voip), imagem e internet, independentemente da denominação que lhes seja dada, realizadas até a data do termo inicial de vigência deste convênio.

Logo, descabe a alegação defensiva, uma vez que a locação de equipamentos prestada aos assinantes é atividade onerosa e preparatória à prestação de serviços de telecomunicações, pois para a efetivação da sua prestação de serviço se faz necessária tal estrutura (aparelho decodificador), devendo a remuneração decorrente da cessão dos equipamentos integrarem o campo de incidência do ICMS, conforme previsão legal acima, visto 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.

Da mesma forma, na base de cálculo do ICMS, também devem ser incluídos os valores incondicionais cobrados aos assinantes a título de assistência técnica disponíveis, por força do contrato de adesão, uma vez que os custos de manutenção dos equipamentos devem ser inclusos no preço total do serviço de comunicação, constituindo da base de cálculo do imposto, não incidindo ISS por se tratar de assistência técnica realizada em seus próprios equipamentos, conforme determina a LC Nº 116/2003.

O defendente arguiu que caberia o recálculo do tributo devido, visto que a base de cálculo nos termos consignados no levantamento fiscal estaria supostamente majorada (gross up) ou cálculo por dentro.

Não acato esta alegação, pois analisando o demonstrativo que serve de base para apuração do imposto devido, observo que o mesmo foi elaborado em observância ao art. 13, III da LC 87/96 que estabelece que a base de cálculo é, na prestação de serviço de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, o preço do serviço. Vejo que o Gross up, ou cálculo “por dentro” do tributo estadual, foi o procedimento adotado pelo

Fisco baseado no art. 13 da lei Complementar 87/96 que determina que o montante do próprio imposto integra a base de cálculo (calculado sobre si mesmo), constituindo o respectivo destaque mera indicação para fins de controle. Considerando que o contribuinte por entender que as receitas ora discutidas não sofreriam tributação do ICMS, claro está que as citadas receitas deixaram de compor o Preço dos Serviços, não agregando os impostos ao valor final que será cobrado do tomador do serviço, razão pela qual o Fisco corretamente adotou o cálculo “por dentro” incluindo tais valores para determinação da base de cálculo do ICMS.

O certo é que este CONSEF já firmou o entendimento, ainda que não unânime, de que todos os serviços e equipamentos postos à disposição dos usuários pela empresa fornecedora dos serviços de comunicação devem ser incluídos na base de cálculo do ICMS.

Por tudo acima exposto, não resta dúvida de que 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. Dentro desse raciocínio, incluem-se na base de cálculo do ICMS os valores cobrados pelo dependente a título de locação de equipamentos, instalação, configuração lógica, gerência de equipamentos, cessão de uso de software e assistência técnica, ou seja, tudo o que foi cobrado do usuário final, tais como aluguéis/locação de equipamentos, montagem, instalação e configuração de aparelhos e dispositivos, compartilhamento de infraestrutura, retirada de equipamentos, manutenção e gerenciamento de rede ou demais elementos necessários à prestação do serviço de comunicação, bem como, serviços suplementares e valor adicionado (hora programada, complemento de chamada e Informação 102)

Ressalto que este entendimento possui inúmeros precedentes no âmbito deste Conselho, pelo que cito os Acórdãos CJF 045-12/12; 323-13/13; 271-13/13.

Quanto ao pedido do patrono do impugnante para que todas as intimações sejam efetuadas em nome de seu advogado, Por derradeiro, requer sejam as intimações acerca das datas de julgamento, bem como das decisões proferidas, feitas em nome do advogado Sacha Calmon Navarro Coêlho, OAB/MG nº 9.007, com endereço à Alameda da Serra, nº 119, 13º andar, Vale do Sereno, Nova Lima/MG, CEP nº 34.000-000, sob pena de nulidade (art. 272, § 5º, do CPC), saliento que embora não seja obrigatória a comunicação de intimações e decisões ao advogado da empresa, mas sim à parte envolvida na lide, no endereço constante do seu cadastro junto ao estado, nada obsta de que seu pleito seja atendido pelo setor competente deste CONSEF enviando as intimações sobre o presente processo no endereço indicado.

Diante do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.”

Inconformado, o Sujeito Passivo interpôs Recurso Voluntário objetivando a reapreciação da decisão de piso, repisando os termos da impugnação inicial.

Inicialmente, tece um breve relato dos fatos, apontando as razões pela qual a decisão proferida em primeira instância deve ser alterada, quais sejam:

- a) o ICMS não incide sobre locação, justamente por esta operação não se constituir em “serviço”, conforme uníssono entendimento tanto do STF quanto do STJ;
- b) o ICMS não incide sobre atividades-meio, preparatórias ao efetivo serviço de telecomunicação, que com este não se confunde;
- c) o ICMS não incide sobre serviços suplementares e serviços de valor adicionado (SVA), por consistirem em meras comodidades fornecidas aos clientes que estão fora do campo de incidência do ICMS-comunicação por não implicarem na prestação de serviço de comunicação propriamente dito;
- d) sucessivamente, a majoração da base de cálculo do ICMS promovida pelo Fisco (“Gross up”) não encontra respaldo na legislação, que determina que o ICMS deve incidir sobre o preço do serviço e não sobre um outro valor arbitrado (fictício).

Quanto ao item “a”, informa que grande parte diz respeito ao “TC CPE SOLUTION-ALUGUEL”, “TC VOICE NET-ALUGUEL”, “TC VISASOLUTION-LOCAÇÃO”, em suas variadas modalidades, contratos que consistem, basicamente, na criação (ou compartilhamento) de infraestrutura (hardware) de comunicação interna em clientes corporativos, por meio da locação e consequente instalação, configuração e manutenção de equipamentos.

E mais, a materialidade dessas rubricas consiste, basicamente, em efetivas operações de locação contratadas entre a Recorrente (locatária) e os usuários dos serviços de comunicação (locadores),

possibilitando a interligação da rede virtual corporativa de voz dos usuários, por meio do sistema de comutação e transmissão digital.

Assevera que, por meio da cláusula primeira destes contratos, é possível identificar exatamente o objeto da contratação, ou seja, aluguel, instalação e manutenção de equipamentos, sempre relacionados com infraestrutura ou meios físicos a possibilitar a existência de uma rede de comunicação.

Aduz a Recorrente que discriminou os montantes dos preços correspondentes a serviços de telecomunicações propriamente ditos, conforme definidos pela regulamentação vigente e serviços que não são de telecomunicações, conforme evidenciado pelo fragmento colacionado ao bojo da peça recursal da Nota Fiscal nº 00000059572, no intuito de comprovar que não se trata de tentativa de se ludibriar o Fisco, ou de se reduzir a base tributável. O serviço de comunicação foi segregado e efetivamente tributado (em grande monta, inclusive).

Apresenta a Súmula Vinculante nº 31 do STJ, aplicável perfeitamente ao presente caso, pois originária do entendimento segundo o qual, operações de locação de bens móveis não configuram prestação de serviço, além de jurisprudência e decisões deste próprio Conselho de Fazenda.

Seguindo a mesma lógica, fundamenta a não incidência do ICMS sobre a prestação do serviço de gerenciamento de redes telefônicas (“ADVANCED SERVICES” e “TC VISA SOLUTION HOUSING”), eis que tal serviço é destinado à mera monitoração e gerenciamento da rede/circuitos de dados dos usuários, por meio do qual se busca o aperfeiçoamento do funcionamento da rede interna de comunicações, prevenindo situações que possam causar interrupções e prejuízos ao seu funcionamento.

Atesta, inclusive, que o referido serviço consta da lista anexa à LC nº 116/03, atraindo, portanto, a incidência do ISS, e não do ICMS, conforme notas fiscais trazidas a estes autos. Confira-se os termos do item 17.23 da Lista de ISS:

“17.23 – Assessoria, análise, avaliação, atendimento, consulta, cadastro, seleção, gerenciamento de informações, administração de contas a receber ou a pagar e em geral, relacionados a operações de faturização (factoring).” (destacamos)

BASE DE CÁLCULO			ALIQ.	VALOR	ATENDENTE:U25472	VENCIMENTO	TOTAL DE SERVIÇOS
ICMS	R\$ 1426.566,48	28,00%	R\$ 399.438,61				
ICMS	R\$ 305.692,82	00,00%	R\$ 0,00				
ISS	R\$ 305.692,82	05,00%	R\$ 15.284,64		LOJA: 001 24000	28/02/2015	R\$ 2.037.952,12

Alega que o mesmo ocorre com a rubrica intitulada “TC VISA SOLUTION-HOUSING”, conforme comprova o contrato acostado aos presentes autos.

Salienta, definitivamente, que tais materialidades não representam qualquer prestação do serviço de comunicação, existindo independentemente de qualquer transmissão de mensagens, requisito indispensável à caracterização da comunicação (e, conseqüentemente, da prestação desse serviço). É o que se depreende, por exemplo, da descrição do serviço de operação da rede.

Nesta senda, cita julgados do Tribunal de Impostos e Taxas de São Paulo (TIT/SP), o qual entendeu pela exclusão da base de cálculo do ICMS, dos serviços de gerenciamento de redes.

Assim, requer a exclusão da exigência do ICMS sobre “ADVANCED SERVICES” e sobre “TC VISA SOLUTION-HOUSING” da presente autuação.

Nesta mesma linha, argumenta pela não incidência do ICMS sobre atividades-meio (montagem, instalação, configuração) e serviços suplementares e de valor adicionado (hora programada, completamente de chamada local e “Informação 102”), destacando que:

- i. Atividades-meio (instalação, configuração, montagem, manutenção): trata-se de atividades preparatórias e necessárias para que o serviço de comunicação seja colocado à disposição do usuário; e
- ii. Serviços complementares e serviços de valor adicionado (hora programada, completamente

de chamada local e “Informação 102”): serviços extras oferecidos ao usuário, sem que haja qualquer intermediação de mensagem entre ele e determinado receptor; tais serviços servem para oferecer maiores facilidades e comodidades ao cliente, potencializando um serviço de comunicação pré-existente, mas que com ele não se confunde.

Deste modo, apresenta entendimento do STJ, que, confirmando decisão do TJBA, consignou que *“a prestação de serviços conexos ao de comunicação (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.”* (STJ, REsp nº 1.271.947/BA, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, jul. em 03.02.2014, DJ: 11.02.2014).

Traz entendimento do Pleno do Conselho de Contribuintes do Estado do Rio de Janeiro, ao apreciar o Auto de Infração nº 04.019467-2, também lavrado em face da ora Autuada, o qual reconheceu a intributabilidade do “Serviço de Informação 102” pelo ICMS, sendo este um simples serviço de consultoria, eis que o seu cerne é oferecer ao usuário, não o estabelecimento de uma relação comunicativa entre dois pontos, de forma onerosa, mas sim, apenas e tão somente, fornecer-lhe determinadas informações do seu interesse.

Sucessivamente, na remota hipótese de manutenção da autuação fiscal quanto aos pontos impugnados, hipótese que apenas se cogita por segurança e precaução, inescapável se mostra o recálculo do tributo devido, em obediência ao princípio da legalidade, defende a Recorrente que a base de cálculo do ICMS-comunicação é o “preço do serviço”, ou seja, o “valor da operação”, nos termos do art. 13, III c/c § 1º, I da LC nº 87/96.

Neste ponto, destaca a Recorrente que NÃO discute a possibilidade de cálculo “por dentro” do ICMS, porém apenas a impossibilidade da majoração da base de cálculo do imposto ora promovido pela Fiscalização (*Gross up*).

Observa que o Supremo Tribunal Federal, no RE nº 212.209/RS declarou que o ICMS deve incidir sobre o preço real efetivamente prestado e não sobre a base de cálculo ficta, como pretende fazer o Fisco no presente caso.

Cita também decisão do Tribunal Administrativo do Estado de Pernambuco, o qual já consolidou seu posicionamento contrariamente ao pleito fiscal ora combatido.

Assim, requer a restauração da legalidade da autuação, para que seja retificada a base de cálculo do ICMS, adotando como tal o preço efetivamente cobrado do usuário.

Neste passo, para não restar dúvidas acerca do seu posicionamento sobre a matéria em discussão, a Recorrente respondeu aos quesitos elaborados pela Telemar que, como não poderia deixar de ser, atestou a não incidência do ICMS sobre as receitas autuadas. São elas:

- *“Analisando as NFST fica claramente evidenciado que a empresa separa do preço do serviço de comunicação o valor cobrado dos clientes relativo a locação de equipamento, distinguindo-se, visivelmente os valores que o contribuinte oferece à tributação.”* (Resposta oferecida ao quesito nº 01 da Recorrente);
- *“Os equipamentos podem ser remetidos aos clientes através de contrato de locação, contrato de comodato ou em alguns casos o consumidor já o possui.”* (Resposta oferecida ao quesito nº 02 da Recorrente);
- *“Sim, a NFST separa detalhadamente todos os serviços prestados aos seus usuários.”* (Resposta oferecida ao quesito nº 03 da Recorrente); e,
- *“Sim. Analisando a NFST citada como exemplo, diz verificar que o Contribuinte discrimina os serviços prestados ao assinante (...).”* (Resposta oferecida ao quesito nº 04 da Recorrente).

Por fim, requer a procedência do presente Recurso Voluntário, para que seja reconhecida a não incidência do ICMS sobre as rubricas ora autuadas, com a consequente anulação do Auto de Infração impugnado e a extinção do crédito tributário nele exigido, com a posterior baixa e arquivamento do processo fiscal instaurado.

Ademais, requer sejam as intimações feitas em nome do advogado ANDRÉ MENDES MOREIRA,

OAB/MG nº 87.017, com endereço em Nova Lima/MG à Avenida Alameda da Serra, 190, 12º e 13º andares, CEP: 34.000-00, Vale do Sereno, sob pena de nulidade.

Em Sessão de Julgamento realizada em 30/03/2017, esta 1ª CJF converteu o feito em diligência para que a PGE/PROFIS se manifestasse em relação quanto às questões e argumentações manejadas pelo contribuinte em seu apelo, em especial, com enfoque na questão de incidência do ICMS sobre as supostas locações, objeto da lide.

Em Parecer (fls. 223/228), após tecer as considerações atinentes a não incidência de ICMS nas operações de locação, diz o D. Procurador que: *“No que diz respeito, particularmente, ao ICMS sobre serviços de comunicação, tem-se que o arquétipo constitucional do tributo reclama sua incidência sobre prestações de serviço, assim compreendidas as atividades materiais ou imateriais executadas por alguém em favor de outrem, mediante retribuição. Assim é que, portanto, o núcleo dessas prestações consiste numa conduta, num facere.*

E conclui afirmando que: *“Não desconhecemos que, em muitos casos, findo o contrato de prestação de serviços, a empresa de telecomunicações jamais adota quaisquer providências no sentido de reaver os equipamentos locados. Nessa situação, pensamos seja legítimo pretender a incidência do ICMS, numa perspectiva de que, sob o manto de suposto contrato de locação, mascarou-se uma verdadeira operação de compra e venda dos equipamentos. Todavia, para ser levada a cabo tal exigência, far-se-ia necessária a prévia realização de auditoria fiscal com o propósito de apurar o não retorno de tais equipamentos”.*

Em manifestação (fls. 264/266), a recorrente afirma que, em atenção ao parecer exarado, dúvidas não pairam acerca da ilegitimidade do crédito tributário perseguido pela fiscalização baiana, que devem de pronto, ser decotado da autuação lavrada.

E mais. Aduz que apesar de o procurador não ter se manifestado expressamente sobre as rubricas autuadas, ele citou jurisprudência pacífica da Corte Suprema sobre o tema – o que corrobora a defesa da requerente.

Afirma que tais atividades consistem em operações autônomas, com materialidades próprias, que não transmitem qualquer mensagem – representam, por um lado atividades burocráticas e administrativas (v.g. atividades-meio) e, de outro, meras facilidades disponibilizadas ao usuário (serviços complementares e serviços de valor adicionado).

Finaliza, afirmando a procedência integral das razões trazidas pela recorrente que, complementadas com o irretocável parecer emitido pela PGE/PROFIS, torna imperioso o reconhecimento da não incidência de ICMS sobre as rubricas ora autuadas, com a consequente anulação do Auto de Infração impugnado e a extinção do crédito tributário nele exigido, com a posterior baixa e arquivamento do processo fiscal instaurado.

Em manifestação das autuantes (fls. 271/273), estas esclarecem que durante as fiscalizações realizadas no contribuinte no período de 2004 até o presente exercício, constatou-se que:

- a) Não há emissão de NFE de remessa de bens em aluguel/locação;
- b) O contribuinte tem por procedimento cobrar o aluguel dos equipamentos na fatura e emitir nota fiscal como se fosse uma operação de comodato;

Afirma, ainda, que esta conduta é atestada pelo contribuinte quando da leitura:

- a) Da resposta do e-mail enviado pelo fisco em 08/01/2013, copiado à fl. 272;
- b) Em atendimento ao item 3 da intimação 01_CIA_P 2012, Intimação 01_CIA_P 2013 e Intimação CIA_P 2014, lavradas em 2015 (fls. 275 s 280), a empresa explica que não há um contrato específico para a remessa dos bens em comodato, sendo que a empresa cobra aluguel do equipamento enquanto ele estiver sendo utilizado.

Assim, aponta a irregularidade do procedimento adotado pela empresa; concorda com a observação da Procuradoria de que “não havendo devolução dos equipamentos locados, que é

legítima a incidência de ICMS”; ressalta que não procede a pretensão do contribuinte relativa à ilegitimidade dos créditos reclamados correspondentes a atividade-meio, hora programada, serviço de informação 102 e Advanced Services, tendo o auto sido lavrado com base na legislação vigente.

Informa a inclusão de uma coluna no demonstrativo anexo para destacar valores relativos a locação de equipamentos e solicita o encaminhamento do PAF à Supervisão da IFEP Serviços para conhecimento e deliberação.

O Inspetor fazendário (fl. 282) afirma que se torna necessário configurar a locação de cada uma das rubricas escrituradas, para certificar que não há nesse título a infraestrutura da rede própria da autuada que é compartilhada entre todos os clientes, diferente dos equipamentos disponibilizados de forma dedicada para uso exclusivo do cliente, os quais podem ser vendidos ou locados pela operadora, bem como a razoabilidade do valor do aluguel dos equipamentos comprovadamente disponibilizados aos clientes em relação ao objeto principal da empresa que é vender comunicações/telecomunicações.

Assim, sugere o retorno do PAF aos autuantes para realizarem as diligências necessárias para fazer a certificação e esclarecimento dos fatos.

À fl. 283, as fiscais autuantes, no intuito de certificar as questões trazidas pelo inspetor, consideraram o mês de abril de 2016 como modelo e fonte da seguinte maneira: selecionou-se todos os clientes (CPF/CNPJ) cuja NFST constassem CPE Solution_Aluguel. Obteve-se, nos arquivos do Convênio ICMS 115/03, todas as NFST emitidas para estes clientes, então se calculou o percentual de participação do Aluguel sobre o valor do serviço tributado + Aluguel, conforme Anexos 01 ao 04, encontrado o resultado de 7%.

Assim, para certificar a veracidade dos valores escriturados nas rubricas de alugueis de equipamento, as autuantes sugerem que seja nomeado um perito técnico em comunicação para atestar quais equipamentos compõe a infraestrutura dos serviços prestados pela Telemar, tendo em vista os que prepostos fiscais não possuem conhecimento técnico específico na área.

Em Sessão de julgamento realizada em 29/09/2017, a CJF novamente converteu o feito em diligência à PGE para manifestação acerca da locação, tendo a i. Procuradora ratificado o Parecer já exarado.

Convertido novamente em diligência à PGE/PROFIS com base no incidente de uniformização que reconheceu a não incidência de ICMS em algumas rubricas, sendo matéria de apreciação os itens: ADVANCED SERVICES E TC VISA SOLUTION HOUSING que tratam de gerenciamento de rede/circuito de dados.

Em Parecer exarado às fls. 303/305, o i. Procurador Dr. José Augusto Martins Júnior afirma que a rubrica Advanced Service trata de um serviço pós-comunicação, sendo que inexistente uma comunicação propriamente dita, com a transmissão duma mensagem, um emissor e um receptor.

Afirma que tais serviços funcionam como suporte para manutenção de redes de comunicação do contratante, conforme se extrai da descrição dos serviços. Ou seja, presente a rede de telecomunicação, não deve incidir o imposto no provimento de softwares de serviços sobre a rede de computadores nas instalações do cliente, de aplicativos nos terminais moveis do cliente ou aplicações hospedadas no provedor de serviços com provimento remoto ao cliente “virtualização”, ainda que, eventualmente, relacionados à atividade comunicativa.

Por fim, entende pelo não cabimento da incidência de ICMS do ADVANCED SERVICES, por se tratar de serviços adicionais de comunicação.

Em Sessão realizada em 26/09/2018, após discussões acerca das rubricas autuadas, esta 1ª CJF novamente decidiu converter o feito em diligência à PGE/PROFIS (fls. 311/312) para emissão de parecer opinativo sobre a incidência ou não de ICMS em relação aos serviços: TC VISA SOLUTION HOUSING, HORA PROGRAMADA, COMPLEMENTO DE CHAMADA LOCAL E INFORMAÇÃO 102.

Em resposta (fls. 316/319), o i. Procurador, analisando a matéria posta, entendeu que, em relação ao produto TC VISA SOLUTION HOUSING, o mesmo se encontra inserido no conceito de gerenciamento de Redes (ADVANCED SERVICES), sendo um serviço pós comunicação, vez que inexistente uma comunicação propriamente dita, com a transmissão duma mensagem, um emissor e um receptor.

Assim, afirma tratar-se duma prestação de serviço autônoma ao processo de comunicação propriamente dito, conclusão que deflui claramente do contrato firmado entre a recorrente e a Visanet. E mais. Entende que se trata dum mecanismo de controle de informações, prestados por um terceiro, não se tratando duma atividade de comunicação.

Nestes termos, em relação a tal serviço, entende que não cabe a incidência do ICMS.

No que tange aos serviços de HORA PROGRAMADA, COMPLETAMENTO DE CHAMADA LOCAL E INFORMAÇÃO 102, em que pese a existência de decisões desfavoráveis a tese do Fisco, entende-se tratar de serviços de comunicação propriamente dito, com a existência clara, em especial na “hora programada e informação 102” dum emissor, receptor e uma mensagem.

Já o serviço “COMPLETAMENTO DE CHAMADA LOCAL”, como o próprio nome está a indicar, não resta dúvida se tratar dum serviço de comunicação, tratando-se duma tarifação a maior pela utilização além do tempo de utilização da tarifa normal.

O Parecer foi endossado pela Procuradora Assistente (fl. 320).

Pautado para julgamento na sessão dia 29/07/2019, após informação trazida pelo representante da PGE/PROFIS, acerca da constituição de Grupo de trabalho para análise da matéria, esta 1ª CJF deliberou por converter o feito em nova diligência, à d. procuradoria, para emissão de opinativo atualizado, abordando a incidência (ou não) de ICMS sobre as rubricas autuadas.

Às folhas 326/327, o representante da procuradoria, Dr. José Augusto Martins, sugere que o tema seja levado à próxima reunião do Grupo de Trabalho sobre Serviços de Comunicações, de modo a uniformizar o tratamento da questão.

Pede, portanto, o sobrestamento do feito até análise da matéria e a emissão de correspondente orientação jurídica.

À folha 328, consta despacho da Procuradora Assistente, acolhendo o pronunciamento de Dr. José Augusto, ao tempo em que designa o dia 18/02/2020 para a realização da reunião do Grupo de Trabalho.

Após emissão do relatório final do Grupo de Trabalho, foi emitido o parecer por Dr. José Augusto, em 04/07/2021, conforme folhas 336/342, tecendo as considerações que seguem.

Explica, inicialmente, que o presente opinativo se cinge à incidência (ou não) do ICMS sobre prestação de serviços de comunicação, relativamente às seguintes rubricas: HORA PROGRAMADA, COMPLETAMENTO DE CHAMADA LOCAL e INFORMAÇÃO 102.

Passa, a seguir, ao exame, utilizando-se das conclusões tracejadas no Grupo de Trabalho constituído pela Portaria nº PGE -010/2020, em conformidade com as atribuições estabelecidas pelo art. 2º, 20, II e VII, XXI da Lei Orgânica da Procuradoria Geral do Estado - Lei Complementar nº 34, de 06 de fevereiro de 2009.

Quanto ao SERVIÇO HORA PROGRAMADA, afirma que não se trata de um serviço autônomo de comunicação, na medida em que, para obtê-lo, é preciso ter o acesso à internet, registrar a solicitação no site, e obter a funcionalidade similar a um serviço de despertador. Em suma, a “ligação local” é tributada, porém o *serviço de informação* que transmite os dados (horário programado) não, por se caracterizar como uma facilidade ou serviço adicional ao serviço de telecomunicação (ligação local) nele integrado.

Informa que o Supremo Tribunal Federal já assentou que os Serviços de Valor Adicionado efetivamente distinguem-se dos serviços de telecomunicações. Nos autos da ADI-MC nº

1.491/DF27, o Ministro Relator, Carlos Velloso, asseverou que, ontologicamente, o serviço de telecomunicações não se identifica com o serviço de valor adicionado. Este último nada mais é que “um acréscimo de recursos a um serviço de comunicações que lhe dá suporte, criando novas utilidades relacionadas ao acesso, armazenamento, apresentação e recuperação de informações”. Assim, o SVA corresponderia a uma “mera adição de valores a serviços de comunicações já existentes”.

No caso dos serviços *hora programada*, afirma não haver dúvidas da impossibilidade de mudança de entendimento da jurisprudência sobre o tema, na medida em que ausente qualquer fato novo que infirme a conceituação dada pelo judiciário aos Serviços de Valor Adicionados de comunicação (SVA).

Assim, conclui pela não incidência na prestação dos serviços de HORA PROGRAMADA.

Em relação aos serviços de INFORMAÇÃO 102, informa que o mesmo representa uma das maiores demandas repetitivas no âmbito do poder judiciário. A título de amostragem, sobre este tema, informa que foram verificados os Processos Judiciais nºs 2007.01.00166, 2013.01.024792, 2014.01.034263, 2014.01.036097, 2014.01.054778, 2015.01.007370, 2015.01.009252, 2015.01.032608, 2015.01.15270, 2016.01.037059, 2016.01.027915, 2016.01.042832, 2017.01.019110, 2019.01.012798 e 2019.01.024792, evidenciando que se trata de litígio de massa.

Nesta análise, explica que constatou a existência de sentenças e acórdãos do Tribunal de Justiça da Bahia, recursos especiais julgados pelo Superior Tribunal de Justiça (*Agls no REsp 1.547.732. rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado 17/03/2017; RESP 816.512/PI, Min. Luiz Fux. jl, 1702/2010; AgRg no AG 1.301.934. Min. Herman Benjamin. j. 27/09/2010*), decisões que entendem o auxílio à lista como uma “facilidade adicional”, e, portanto, serviço de valor adicionado. Mais recentemente o Superior Tribunal de Justiça julgou Recurso Especial REsp 1.721.126/RJ, j. 26/02/2019, onde entendeu que **não incide o ICMS sobre o Auxílio à Lista (102)**. Transcreve ementa conforme abaixo.

TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL ENUNCIADO ADMINISTRATIVO N.2/STJ. OFENSA AO ARTIGO 535 DO CPC/1973. NÃO CARACTERIZAÇÃO. ICMS. NÃO INCIDÊNCIA NOS SERVIÇOS DE PRESTAÇÃO DE INFORMAÇÕES CONHECIDO COMO “AUXÍLIO À LISTA”. MERO “SERVIÇO DE VALOR ADICIONADO” AO DE COMUNICAÇÃO. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE PROVIDO.

No mesmo sentido, explica que diversas decisões do TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA BAHIA afastam a incidência do ICMS sobre *auxílio à lista*, v.g., Acórdão proferido na Apelação nº 0347743-27.2014.8.05.0001, julgado pela 2ª Câmara Cível, pela Rel. Des. Gardênia Pereira Duarte, em 27/01/16, negando provimento aos recursos das apelantes. Da mesma forma, outros TRIBUNAIS ESTADUAIS, v.g., no Acórdão proferido pela 10ª Câmara de Direito Público, nos autos da Apelação nº 025121-51.2012.8.26.0053, tendo como Apelado, a FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO e Apelante, a TELEFÔNICA BRASIL S.A.

No caso dos serviços de *auxílio à lista*, da mesma forma, afirma não haver dúvidas da impossibilidade de mudança de entendimento do Superior Tribunal de Justiça sobre o tema, na medida em que ausente qualquer fato novo para superação do precedente anteriormente apontado. Assim, argumentar que o serviço de informação 102 possui todos os elementos da atividade comunicativa: emissor, receptor, mensagem e onerosidade, não traz nenhum novo argumento que já não tenha sido objeto da apreciação superior e possa influir ou alterar o que foi decidido.

Em sendo assim, conclui pela não incidência na prestação dos serviços de INFORMAÇÃO 102 (AUXÍLIO A LISTA).

No tocante ao serviço de COMPLETAMENTO DE CHAMADA LOCAL, tendo em vista que o Grupo de Trabalho não se pronunciou sobre o mesmo, sugeriu a remessa do presente feito à IFEP SERVIÇOS para que esclareça se o conteúdo do mesmo é o mesmo do serviço CHAMADA COMPLETADA (chamada estabelecida em que ocorre a sinalização de atendimento, motivada por: **a)** Atendimento pelo usuário de destino; **b)** Encaminhamento para o sistema de mensagens do usuário de destino; **c)** Recebimento de mensagens do destino de usuários com restrição de

completamento), descrito na Resolução nº 605, de 26 de dezembro de 2012 (REVOGADA) da Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL).

Observa que, aparentemente, trata-se de mudança na forma com que as chamadas locais entre telefones fixos são faturadas, deixando de ser tarifadas por pulso para ser tarifadas por minuto, sendo um componente na tarificação do Plano Alternativo de Oferta Obrigatória (PASOO). Informa que o Plano Alternativo (PASOO) apresenta um custo muito próximo do plano por pulso com a cobrança de uma taxa de completamento no início da chamada (equivalente a 4 minutos) e um custo menor por minuto em relação ao Plano Básico.

Destarte, em face da dúvida na caracterização do serviço denominado COMPLETAMENTO DE CHAMADA LOCAL, entende ser de bom alvitre a remessa à IFEP SERVIÇOS para esclarecimento.

À folha 343, consta parecer emitido pela IFEP Serviços, assinado pelo auditor Edinaldo Avelino de Paiva, tecendo as considerações seguintes.

Explica que, em atendimento a solicitação da PGE (fl. 341), o serviço de COMPLETAMENTO DE CHAMADA LOCAL, foi analisado com base na “Resposta intimação nº 03_2016 TLM BA_2015”, referente fiscalização exercício 2015.

Transcreve a resposta citada, explicando que, segundo a autuada, o código tarifário SR93252 corresponde a cobrança do completamento da chamada para o número solicitado. O cliente liga para o serviço 102 e solicita a informação do número telefônico de alguma empresa, o atendente fornece o número e oferece ao cliente o serviço de encaminhamento da chamada. Se o cliente aceitar o atendente direciona a ligação para o número de telefone solicitado e a partir do momento que o destinatário da chamada atender a ligação a chamada começa a ser bilhetada, ou seja, o serviço de telecom começa a ser prestado.

Explica que, a partir desse momento, a cobrança da chamada é realizada com base no plano contratado pelo cliente que ligou para o serviço 102 e solicitou a consulta do número junto com o serviço de encaminhamento da chamada (completamento de chamada). Dessa forma, em função do serviço de completamento de chamada local não se tratar de um serviço telecom, o mesmo não foi oferecido a tributação do ICMS.

Como base nas descrições acima, explica que o serviço de COMPLETAMENTO DE CHAMADA LOCAL, não corresponde a serviço de telecomunicações e sim facilidade oferecida ao cliente, que não se encontra no campo da incidência do ICMS.

Retornado o processo para a PGE/PROFIS, Dr. José Augusto Martins Júnior, arremata o seu opinativo, afirmando que, diante da resposta de fl. 343, reitera os termos do opinativo de fls. 336/342, ao tempo que, diante das informações prestadas pela IFEP SERVIÇOS, conclui que o serviço de COMPLETAMENTO DE CHAMADA LOCAL não se trata de serviços de comunicação, não sofrendo a incidência do ICMS.

Em seguida o processo foi redistribuído para este relator face ao término do mandato da Conselheira Laís de Carvalho Silva.

VOTO

Considerando que não foram arguidas questões preliminares, adentro diretamente ao mérito da recursal, conforme segue.

A presente autuação diz respeito à cobrança de ICMS sobre os serviços contratados pelos clientes da recorrente de rubrica “TC CPE SOLUTION-ALUGUEL”, “TC VOICE NET-ALUGUEL”, “TC VISASOLUTION-LOCAÇÃO”, bem como sobre a prestação do serviço de gerenciamento de redes telefônicas “ADVANCED SERVICES” e “TC VISA SOLUTION HOUSING”, além dos serviços de atividades-meio (montagem, instalação, configuração) e serviços suplementares e de valor adicionado (HORA PROGRAMADA, COMPLETAMENTO DE CHAMADA LOCAL e “INFORMAÇÃO 102”).

Cabe ressaltar que serviço de comunicação é uma operação de caráter oneroso, tributada pelo ICMS. Todavia, é importante fazer a distinção entre serviços de comunicação e meros serviços facilitadores da comunicação.

A Lei Complementar nº 9.472 (Lei Geral das Telecomunicações), em seu art. 60 explica os conceitos de serviços de telecomunicações e o que seriam os serviços de valor adicionado. Vejamos:

Art. 60. Serviço de telecomunicações é o conjunto de atividades que possibilita a oferta de telecomunicação.

§ 1º Telecomunicação é a transmissão, emissão ou recepção, por fio, radioeletricidade, meios ópticos ou qualquer outro processo eletromagnético, de símbolos, caracteres, sinais, escritos, imagens, sons ou informações de qualquer natureza.

§ 2º Estação de telecomunicações é o conjunto de equipamentos ou aparelhos, dispositivos e demais meios necessários à realização de telecomunicação, seus acessórios e periféricos, e, quando for o caso, as instalações que os abrigam e complementam, inclusive terminais portáteis.

Art. 61. Serviço de valor adicionado é a atividade que acrescenta, a um serviço de telecomunicações que lhe dá suporte e com qual não se confunde, novas utilidades relacionadas ao acesso, armazenamento, apresentação, movimentação ou recuperação de informações.

§ 1º Serviço de valor adicionado não constitui serviço de telecomunicações, classificando-se seu provedor como usuário do serviço de telecomunicações que lhe dá suporte, com os direitos e deveres inerentes a essa condição.

§ 2º É assegurado aos interessados o uso das redes de serviços de telecomunicações para prestação de serviços de valor adicionado, cabendo à Agência, para assegurar esse direito, regular os condicionamentos, assim como o relacionamento entre aqueles e as prestadoras de serviço de telecomunicações (grifo nosso).

Percebe-se, a partir da leitura do texto acima, que tais serviços auxiliares, facilitadores da comunicação, não se confundem com a comunicação propriamente dita, conforme o art. 61 supracitado.

Deste modo, resta claro que os serviços “TC CPE SOLUTION-ALUGUEL”, “TC VOICE NET-ALUGUEL”, “TC VISASOLUTION-LOCAÇÃO”, os serviços de gerenciamento de redes telefônicas “ADVANCED SERVICES” e “TC VISA SOLUTION HOUSING”, os serviços de atividades-meio (montagem, instalação, configuração) e serviços suplementares e de valor adicionado (HORA PROGRAMADA, COMPLEMENTO DE CHAMADA LOCAL e “INFORMAÇÃO 102”) são meros serviços de otimização da prestação efetiva da comunicação em si.

Neste sentido, não incide ICMS sobre os serviços tidos como complementares e de valor adicionado, diferentemente do que ocorre com os serviços que incontestavelmente objetivam a comunicação, como é o caso das ligações e mensagens via SMS.

Imperioso destacar que as ligações e mensagens ligadas à prestação do serviço, como um canal direto entre o consumidor e a operadora prestadora dos serviços de telefonia, são consideradas também como facilitadores da comunicação, não se confundindo com a comunicação em si, já que são meras atividades-meio para conduzirem, facilitarem a comunicação, motivo este de não serem tributados os serviços “ADVANCED SERVICES” e “TC VISA SOLUTION HOUSING” e serviços suplementares e de valor adicionado (hora programada, complemento de chamada local e “Informação 102”).

Esse entendimento já encontra farta aceitação no mundo jurídico, estando pacificado no STJ, conforme entendimento exarado no **RECURSO ESPECIAL RESP 816512 PI 2006/0020865-7 (STJ)**:

Ementa: PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. 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. ART. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. INOCORRÊNCIA.

1. Os serviços de habilitação, instalação, disponibilidade, assinatura (enquanto sinônimo de contratação

do serviço de comunicação), cadastro de usuário e equipamento, entre outros serviços, que configurem atividade-meio ou serviços suplementares, não sofrem a incidência do ICMS. (Precedentes: REsp 945037/AM, Rel. Ministro Luiz Fux, DJe 03/08/2009; 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). (grifo nosso).

2. “Este Superior Tribunal de Justiça, ao analisar o Convênio 69, de 19.6.1998, concluiu, em síntese, que: (a) a interpretação conjunta dos arts. 2º, III, e 12, VI, da Lei Complementar 87/96 (Lei Kandir) leva ao entendimento de que o ICMS somente pode incidir sobre os serviços de comunicação propriamente ditos, no momento em que são prestados, ou seja, apenas pode incidir sobre a atividade-fim, que é o serviço de comunicação, e não sobre a atividade-meio ou intermediária, que é, por exemplo, a habilitação, a instalação, a disponibilidade, a assinatura, o cadastro de usuário e de equipamento, entre outros serviços. Isso porque, nesse caso, o serviço é considerado preparatório para a consumação do ato de comunicação.” (grifo nosso).

Insta ressaltar que a relação trazida na Jurisprudência colacionada traduz o caráter meramente exemplificativo do que seriam alguns dos serviços intermediários. Deste modo, torna-se salutar o entendimento proferido pelo ministro Mauro Campbell quando diz que: “A despeito de alguns deles serem essenciais à efetiva prestação do serviço de comunicação e admitirem a cobrança de tarifa pela prestadora do serviço (concessionária de serviço público), por assumirem o caráter de atividade meio, não constituem, efetivamente, serviços de comunicação, razão pela qual não é possível a incidência do ICMS”.

Provocada a se manifestar sobre as rubricas atinentes ao gerenciamento de dados “ADVANCED SERVICES” e “TC VISA SOLUTION HOUSING”, a PGE/PROFIS em seu Parecer, confirmou que o item ADVANCED SERVICES trata-se de um serviço pós-comunicação, sendo que inexistente uma comunicação propriamente dita, com a transmissão duma mensagem, um emissor e um receptor. Deste modo, não seria cabível a incidência de ICMS por se tratar de serviços adicionais de comunicação.

Quanto aos serviços suplementares, a Procuradoria, mudando o posicionado anteriormente adotado, manifestou-se pela impossibilidade de cobrança do ICMS, conforme já relatado.

Ademais, quanto aos serviços contratados de aluguel, especificados nesta autuação como sendo “TC CPE SOLUTION-ALUGUEL”, “TC VOICE NET-ALUGUEL”, “TC VISASOLUTION-LOCAÇÃO”, referentes a locação de equipamentos, conforme demonstram os contratos e notas fiscais anexados a este processo, não há que se falar em incidência de ICMS sobre a locação de equipamentos utilizados na prestação de serviços de comunicação, uma vez que o próprio art. 6º, XIV, “a” do RICMS/97, recepcionado pelo RICMS /12, determina a não incidência do imposto em casos de locação.

Em Parecer exarado, a PGE/PROFIS neste processo, em que pese tenha se posicionado favorável ao entendimento de que o aluguel afasta a incidência de ICMS, defendeu a necessária comprovação da devolução dos equipamentos locados. E afirma: *Nessa situação, pensamos seja legítimo pretender a incidência do ICMS, numa perspectiva de que, sob o manto de suposto contrato de locação, mascarou-se uma verdadeira operação de compra e venda dos equipamentos. Todavia, para ser levada a cabo tal exigência, far-se-ia necessária a prévia realização de auditoria fiscal com o propósito de apurar o não retorno de tais equipamentos.*

Restou claro pela própria manifestação do contribuinte que não há um contrato específico para a remessa dos bens em comodato, sendo que a empresa cobra aluguel do equipamento enquanto ele estiver sendo utilizado. O que restou demonstrado nas notas apresentadas.

Este também vem sendo o entendimento da nossa jurisprudência, inclusive, a própria PGE/PROFIS, recentemente, se posicionou neste sentido, em Parecer da lavra da i. Procuradora Dra. Rosana Passos, no Auto de Infração nº 298636.0107/14-7, o qual conclui que:

“O nosso opinativo foi chancelado pelo Procurador Chefe desta Especializada Fiscal, assim como pelo Procurador Geral do Estado, de sorte que, portanto, a novel orientação desta Procuradoria é no sentido de que não incide ICMS sobre locação de equipamentos utilizados na prestação dos serviços de comunicação”.

Ante o exposto, em consonância com a manifestação da PGE/PROFIS, amparada no entendimento jurisprudencial, voto pelo PROVIMENTO do Recurso Voluntário, para reconhecer a não incidência do ICMS Comunicação sobre os serviços autuados.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER** o Recurso Voluntário apresentado para reformar a Decisão recorrida e julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº 279468.0002/16-6, lavrado contra a **TELEMAR NORTE LESTE S.A.**

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 13 de dezembro de 2022.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

LUIZ ALBERTO AMARAL DE OLIVEIRA – RELATOR

RAIMUNDO LUIZ DE ANDRADE – REPR. DA PGE/PROFIS