



**GOVERNO DO
ESTADO DO CEARÁ**
*Secretaria da Fazenda
Contencioso Administrativo Tributário
Conselho de Recursos Tributários
1ª Câmara de Julgamento*

RESOLUÇÃO Nº:741/2015
126ª SESSÃO ORDINÁRIA de 13 de agosto de 2015.
PROCESSO DE RECURSO Nº: 1/2151/2012
AUTO DE INFRAÇÃO Nº: 1/201205112
RECORRENTE: VIDEOMAR REDE NORDESTE S/A.
RECORRIDO: CÉLULA DE JULGAMENTO 1ª INSTÂNCIA.
RELATOR: MANOEL MARCELO A. MARQUES NETO.

EMENTA: ICMS - SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO. FALTA DE RECOLHIMENTO – ALUGUEL DE EQUIPAMENTOS. Empresa autuada por deixar de recolher ICMS referente a serviços de comunicação, denominado: "aluguel de equipamentos", compreendendo receitas de serviços Banda Larga e de TV por assinatura, relativo aos exercícios de 2009, 2010 e 2011. **AUTO DE INFRAÇÃO IMPROCEDENTE.** Recurso Voluntário conhecido e provido com fundamento na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, em que os serviços preparatórios para a prestação de serviços de comunicação que incluía locação de equipamentos - Banda Larga e TV por assinatura não se sujeitam ao ICMS. Decisão em concordância com a douta Procuradoria Geral do Estado e por unanimidade de votos.

RELATÓRIO

Consta do Auto de Infração lavrado contra a empresa Videomar Rede Nordeste S/A, que a mesma deixou de recolher ICMS referente a serviços de comunicação, denominado: "aluguel de equipamentos", compreendendo receitas de serviços banda larga e de TV por assinatura, relativo aos exercícios de 2009, 2010 e 2011 no valor de R\$ 2.592.813,03 e multa de igual valor.

Os autuantes apontaram como dispositivo infringido o artigo 2º, inciso VII da Lei nº 12.670/96 e sugerem como penalidade o art. 123, I, "c" da Lei nº 12.670/96 com nova redação dada pela Lei nº 13.418/03.

Nas Informações Complementares, ratificam a acusação constante da peça inicial e esclarecem o procedimento adotado para apurar a falta de recolhimento do ICMS, acostando toda a documentação que deu suporte ao lançamento.

Constam dos autos: Ordem de Serviço nº 2012.08767, Termo de Intimação nº 2012.06971 e anexos I, II e III, CD contendo o arquivo "VIDEOMAR SERVIÇO DE ALUGUEL_2009_2011.

A autuada devidamente representada impugna o feito fiscal, alegando:

I – que os agentes do Fisco invocam o Convênio nº 69/1998, para a lavratura do AI, mas tal interpretação, não é compatível com o princípio da legalidade que rege a relação tributária;

II – que nas Informações Complementares os agentes fiscais reconhecem que a impugnante pagou o ICMS no tempo e modo devidos, mas cobram o imposto sobre o valor da sua receita relativa à locação de equipamentos, que como se sabe, não incide o ICMS sobre a locação de bens móveis, que é o caso dos autos;

III- que a Lei Complementar nº 87 de 13.09.1996, em atenção a tal limite, ao tratar da hipótese de incidência do imposto se refere a *serviços de comunicação* e a Lei nº 12.670/96, ao criar esse imposto no âmbito do Estado do Ceará, também se reporta a serviços de comunicação. Não há – em tempo algum – menção a possibilidade de incidência do ICMS sobre a locação de bens móveis, nem poderia haver, pois se trata de fato estranho à competência constitucionalmente estabelecida;

IV – Assim não é possível alcançar com o ICMS a locação dos equipamentos da impugnante, mesmo que sob o pretexto de ampliar o conceito de serviços de comunicação, pois isso ofende frontalmente a Constituição Federal/88 e a LC 87/96;

V – Cita jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça: “a cobrança do ICMS sobre os serviços suplementares ao serviço de comunicação viola o princípio da tipicidade tributária, segundo o qual o tributo só pode ser exigido quando todos os elementos da norma jurídica estão contidos em lei”;

Protesta por todos os meios de prova em direito admitidos, especialmente pela realização de perícia técnica contábil e pela juntada de documentos, requisição e informações, etc.;

Requer, ao final, que a presente ação fiscal seja julgada no todo improcedente, com o arquivamento do respectivo processo.

M

O julgador singular, diante da análise das peças processuais julgou o feito fiscal procedente, nos termos do Convênio nº69/98 e art. 2º inciso VII da Lei nº 12.670/96.

A empresa inconformada com a decisão singular apresenta recurso voluntário, reiterando os argumentos da impugnação e requerendo a improcedência do feito fiscal, reafirmando que:

I – A interpretação realizada pelo agente fiscal de que a locação seria necessária à prestação do serviço de comunicação e por isso deveria ser tributado com base no Convênio nº 69/98, fere o princípio da legalidade;

II – Não há menção na Constituição Federal, na LC nº 87/96 e na Lei nº 12.670/96 à hipótese de incidência do ICMS sobre a locação de bens móveis, o que ofende frontalmente a legislação mencionada e contraria a orientação do Superior Tribunal de Justiça, conforme jurisprudência colacionadas as fls. 147/153;

O processo foi encaminhado a Célula de Assessoria Processual Tributária onde foi solicitado diligência junto a CEPED, requerendo documentos para esclarecer a autuação fiscal,

Laudo pericial (fls. 160/162) informa que foi solicitado à fiscalização e a empresa autuada documentos e informações específicas com o objetivo de esclarecer a lide (Contrato Social e aditivo, Contrato de prestação de serviços de Telecomunicação e contrato de locação de bem móvel celebrado entre a operadora e seus clientes).

O Parecer circunstanciado nº 369/2014, da lavra do eminente representante da Doutra Procuradoria Geral do Estado, sugere: Conhecer do Recurso Voluntário, negar-lhes provimento, para confirmar a decisão proferida pela 1ª Instância de PROCEDÊNCIA do feito fiscal.

É o relatório.



VOTO DO RELATOR

Através do auto de infração em análise, foi constatado que a empresa deixou de recolher ICMS referente a serviços de comunicação, denominado: "aluguel de equipamentos", compreendendo receitas de serviços banda larga e de TV por assinatura, relativo aos exercícios de 2009, 2010 e 2011 no valor de R\$ 2.592.813,03.

A exigência do ICMS no auto de infração em tela, segundo os autuantes, está fundamentada na Cláusula primeira do Convênio ICMS nº 69/98, sob a interpretação de que a locação de equipamentos para a realização de serviços banda larga e TV por assinatura se enquadram como "serviços suplementares" integrantes do serviço de comunicação, conforme demonstrado nas Informações Complementares.

Cláusula primeira Os signatários firmam 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.

Importante observar o que dispõe o art. 60 da Lei Geral de Telecomunicações (Lei n. 9.472/97), que trata da definição de serviço de telecomunicações:

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

Em sua defesa, o contribuinte alega que os agentes do Fisco invocam o Convênio nº 69/1998 para efetuar o lançamento do crédito tributário, entretanto, tal interpretação não é compatível com o princípio da legalidade que rege a relação tributária, uma vez que não incide o ICMS sobre a locação de bens móveis, por ofender frontalmente o art. 155, II da Constituição Federal e a Lei Complementar nº 87/96.

Impõe destacar sobre o assunto em tela o art. 155, II, da Constituição Federal, *In verbis*:

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

(...)

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



Por sua vez, a Lei Complementar nº 87/96, dispõe sobre o ICMS, no art. 2º, III e trata especificamente sobre a incidência do imposto na 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. Ou seja, ao tratar da hipótese de incidência do imposto se refere a *serviços de comunicação*.

“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.”

Da mesma forma o art. 2º, VII da Lei nº 12.670/96, ao criar esse imposto no âmbito do Estado do Ceará, também se reporta a serviços de comunicação. Entretanto, não há menção a possibilidade de incidência do ICMS sobre a locação de bens móveis, pois se trata de fato estranho à competência constitucionalmente estabelecida, nos termos do art. 4º, VIII da referida lei.

Art. 4º O ICMS não incide sobre:

(...)

VIII - operações resultantes de comodato, locação ou arrendamento mercantil, não compreendida a venda do bem arrendado ao arrendatário;

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça colacionadas as fls. 147/153 dos autos, indica que “a cobrança do ICMS sobre os serviços suplementares ao serviço de comunicação viola o princípio da tipicidade tributária, segundo o qual o tributo só pode ser exigido quando todos os elementos da norma jurídica estão contidos em lei”.

Consultando a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça – STJ, verifica-se que o tema já fora abordado pelas duas turmas conforme podemos verificar nos julgados abaixo transcritos.

A Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça em acórdão prolatado à unanimidade – já assentou – que a mera disponibilização de meios para assegurar ao usuário a possibilidade de fruição do serviço de telecomunicações não se confunde com a sua efetiva prestação, sobre a qual há a incidência do ICMS (STJ, 1ª Seção, ROMS nº 11.368/MT, Relator Min. FRANCISCO FALCÃO, DJ 09.02.2005, p. 182).

A decisão uniformizou o entendimento daquela Corte acerca da não-incidência do ICMS sobre a habilitação de telefones celulares (procedimento que consiste em programar o telefone para que o mesmo passe a funcionar). Em seu voto condutor, o relator afirmou que na habilitação de telefones não ocorre “qualquer serviço efetivo de telecomunicação, senão de disponibilização do serviço, de modo a assegurar ao usuário a possibilidade de usufruir do serviço de telecomunicações”.

No mesmo sentido foi a decisão no REsp nº 402.407/MG, na qual se assentou que: “A Lei faz incidir o ICMS sobre serviços de comunicação, em cujo conceito se insere os de telecomunicações. A interpretação do art. 2º, III, da LC 87/96, indica que só há incidência de ICMS nos serviços de comunicação stricto sensu□, onde não se incluem os serviços meramente acessórios ou preparatórios à comunicação propriamente dita.” (STJ, 1ª Turma, REsp nº 402.047/MG, Relator Min. HUMBERTO GOMES DE BARROS, DJ 09.12.2003, p. 214)

Processo AgRg no REsp 867820 / MG AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL 2006/0153275-5 Relator (a) Ministro CASTRO MEIRA (1125) Órgão Julgador T2 - SEGUNDA TURMA Data do Julgamento 23/06/2009 Data da Publicação/Fonte DJe 04/08/2009.

Ementa: TRIBUTÁRIO. TV A CABO. TAXA DE ADESÃO. ICMS. NÃO-INCIDÊNCIA. 1. Segundo iterativa jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça, os serviços preparatórios para a prestação de serviços de comunicação adesão a TV a cabo que inclua instalação de equipamentos, dentre eles não se sujeitam ao ICMS. 2. Precedentes desta Corte: AgREsp 1.064.596/SP, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe 09.03.09; REsp 677.108/PR, DJe 01º.12.08; REsp 710.774/MG, Rel. Min. Eliana Calmon, DJU 06.03.06; REsp 418.594/PR, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJU 21.03.05. 3. Agravo regimental não provido.

O mesmo entendimento tem o Supremo Tribunal Federal ao afirmar em decisões, que a locação de equipamentos não é e nunca foi serviço de comunicação. Ao contrário, sequer é serviço, consoante já assentou o Pleno do STF no julgamento do RE nº 116.121/SP (que declarou inconstitucional a tributação, pelo ISS, da locação de bens móveis, por não estar configurada prestação de serviço na hipótese, mas apenas cessão de direito de uso de bem ou produto). Confira-se, para tanto, o seguinte excerto do voto do Ministro CELSO DE MELLO:

“Cabe advertir, neste ponto, que a locação de bens móveis não se identifica e nem se qualifica, para efeitos constitucionais, como serviço, pois esse negócio jurídico – considerados os elementos essenciais que lhe compõem a estrutura material – não envolve a prática de atos que consubstanciam um praestare ou um facere.” (STF, Pleno, RE nº 116.121/SP, Relator Min. MARCO AURÉLIO, DJ 25.05.2001, p. 17).

A orientação do Pleno tem sido desde então seguida pelas Turmas aquela Corte, como se infere da decisão no AgR no AI nº 485.707/DF (2ª Turma, Relator Min. CARLOS VELLOSO, DJ 10.12.2004, p. 44).

Na hipótese dos autos, a questão que tem suscitado controvérsias é a da possibilidade de exigência de ICMS comunicação sobre os valores percebidos pelas empresas de telecomunicações a título de **aluguel de equipamentos** utilizados na consecução de sua atividade-fim.

Segundo o Professor André Mendes Moreira em artigo publicado na Revista Trinolex. São Paulo, pp. 49-51, 2005. ICMS - Não-incidência sobre locação de equipamentos destinados à prestação do serviço de comunicação. Assevera que: "... o objeto da contratação é a mera cessão de direito de uso de equipamento utilizado na prestação do serviço de telecomunicação, mediante remuneração. O serviço em si é contratado em outro instrumento (ou, em alguns casos, no mesmo contrato, mas sempre remunerado de forma apartada da locação)".

Conforme o autor acima mencionado, os contratos celebrados pelas prestadoras de serviços de telecomunicação são oferecidos como facilidade para o cliente a opção de adquirir ou cedido em regime de comodato ou locação o equipamento a ser utilizado, como o *cable modem* (na Internet a cabo), o aparelho portátil de radiocomunicação (nos serviços dessa natureza), o decodificador de sinais (na televisão a cabo), o PABX (na telefonia), dentre outros.

No presente caso, constam às (fls. 160/230), Laudo Pericial com as informações prestadas pela Célula de Fiscalização da SEFAZ/CE e da empresa autuada, em que documentos e informações específicas (Contrato Social e aditivo, Contrato de prestação de serviços de Telecomunicação e contrato de locação de bem móvel celebrado entre a operadora e seus clientes), indicam cláusulas relativas às formas de aquisição ou aluguel de equipamentos necessários à prestação dos serviços de comunicação.

Analisando o contrato padrão anexado pela parte (fls.189/223) verifica-se no objeto do contrato que o **equipamento decodificador**, poderá a critério da OPERADORA, ser **disponibilizado para aquisição ou cedido em regime de comodato ou locação**.

Nos termos do art. 4º, VIII da Lei nº 12.670/96, não há menção a possibilidade de incidência do ICMS sobre a locação de bens móveis, pois se trata de fato estranho à competência constitucionalmente estabelecida.

Art. 4º O ICMS não Incide sobre:

(...)

VIII - operações resultantes de comodato, locação ou arrendamento mercantil, não compreendida a venda do bem arrendado ao arrendatário;

As razões de decidir do STJ nos precedentes citados se aplicam ao presente caso, posto que a locação de equipamentos (Serviço de Banda Larga e de TV por assinatura) consiste tão-somente em atividade preparatória para que o usuário possa utilizar-se do serviço de comunicação (remunerado de forma apartada e autônoma). Essa cessão de direito de uso, entretanto, não se confunde em hipótese com o serviço de comunicação, que atrai a incidência do ICMS.

A douta Procuradoria Geral do Estado modificou o seu parecer, em sessão, afirmando que:

“Todo o procedimento adotado pelo agente fiscal seguiu as prescrições contidas em nossa legislação razão pela qual a manifestação sobre sua procedência seria conseqüência esperada. Para caracterizar a incidência do ICMS duas perspectivas poderiam ser adotadas: uma no sentido de que a locação é uma prestação de serviço não sujeito a incidência do ISS; a outra no sentido de que a locação não é locação, mas, serviço de comunicação qualificado como locação.

Na primeira hipótese o STF entendeu que a locação não é serviço e, portanto não está no campo da incidência do ISS. Na segunda, o STJ entendeu, em recurso repetitivo, que as empresas de comunicação realizam contrato de locação ou comodato, razão pela qual não há que incidir o ICMS sobre esses tipos de contratos.

Em decorrência desses entendimentos do STF e STJ, não restam alternativas interpretativas capazes de possibilitar a cobrança do ICMS sobre a locação em questão. Por tais razões a PGE retifica seu entendimento para a Improcedência do AI.”

Diante disso e constatado que a autuação ficou adstrita à cobrança do ICMS sobre a locação de equipamentos sobre serviço de Banda Larga e de TV por assinatura, que são outras atividades preparatórias ao serviço de comunicação (*in casu*, o aluguel de aparelhos). Resta insofismável a conclusão de que na locação de **equipamentos decodificadores**, não ocorre o fato gerador do ICMS Comunicação, seja porque não é serviço no entendimento do Supremo Tribunal Federal, seja porque é atividade preparatória, que não envolve prestação de serviço de comunicação, mas apenas cessão de direito de uso de equipamento conforme decisões do Superior Tribunal de Justiça.

É o voto.



DECISÃO

Vistos, discutidos e examinados os presentes autos, em que é recorrente: VIDEOMAR REDE NORDESTE S/A. e recorrido: CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA.

A 1ª Câmara de Julgamento do Conselho de Recursos Tributários, após conhecer do recurso interposto, resolve por unanimidade de votos, dar provimento ao recurso, julgando **IMPROCEDENTE** a presente ação fiscal, nos termos do voto do Conselheiro Relator, conforme manifestação oral do representante da douta Procuradoria Geral do Estado, alterado em Sessão e reduzido a termo nos autos. Presente, para apresentação de sustentação oral do recurso, o representante legal da autuada, Dr. Schubert de Farias Machado.

SALA DAS SESSÕES DA 1ª CÂMARA DE JULGAMENTO DO CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS, em Fortaleza, aos 16 de 10 de 2015.

Francisca Maria de Sousa
Presidente

Alexandre Mendes de Sousa
Conselheiro

Ana Mônica Vilgueiras Menescal
Conselheira

Francisco José de Oliveira Silva
Conselheiro

Manoel Marcelo Augusto Marques Neto
Conselheiro

Mateus Faria Neto
Procurador do Estado

Annelis Magalhães Torres
Conselheira

José Gonçalves Feitosa
Conselheiro

José Moaceny Felix Rodrigues
Conselheiro

André Arraes de Aquino Martins
Conselheiro

Ciente em
16/10/15