



**GOVERNO DO  
ESTADO DO CEARÁ**  
*Secretaria da Fazenda*

**CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS**

**RESOLUÇÃO Nº 854/2015**

**100ª SESSÃO ORDINÁRIA DE 19/06/2015**

**PROCESSO Nº 1/893/2012**

**AI: 1/2012.01548**

**RECORRENTE: EMPRESA BRASILEIRA DE TELECOMUNICAÇÕES S/A - EMBRATEL**

**RECORRIDO: CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA**

**CONSELHEIRO RELATOR: FRANCISCO JOSÉ DE OLIVEIRA SILVA**

**CONSELHEIRO DESIGNADO: ANDRÉ ARRAES DE AQUINO MARTINS**

**EMENTA: ICMS. FALTA DE RECOLHIMENTO. AUTO DE INFRAÇÃO JULGADO PARCIAL PROCEDENTE, POR VOTO DE DESEMPATE DA PRESIDENTE, PARA EXCLUIR DA BASE DE CÁLCULO DO VALOR EXIGIDO OS SERVIÇOS PRESTADOS PELA RECORRENTE DE "TRANSPORTE NACIONAL" E "TRANSPORTE LOCAL", POR SE TRATAREM DE SERVIÇOS DE CESSÃO DE REDE/INTERCONEXÃO E, PORTANTO SUBMETIDOS AO QUE DISPÕE O CONVÊNIO ICMS N.º 126/98, BEM COMO A EXCLUSÃO DOS OS SERVIÇOS DE INTERNET VIA EBTL, POR SE TRATAREM DE SERVIÇOS DE PROVEDOR DE ACESSO A INTERNET E, PORTANTO, NÃO SUJEITOS A INCIDÊNCIA DO ICMS. PENALIDADE APLICADA A PREVISTA NO ART. 123, I, "C", DA LEI N.º 12.670/96. DECISÃO DE ACORDO COM PARECER DA PROCURADORIA GERAL DO ESTADO.**

**RELATÓRIO**

Trata-se de auto de infração lavrado sob o fundamento de que EMPRESA BRASILEIRA DE TELECOMUNICAÇÕES S/A - EMBRATEL deixou de

recolher ICMS sobre alguns serviços de comunicação, restando assim relatada a infração:

*"FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO, NO TODO OU EM PARTE INCLUSIVE O DEVIDO POR SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA, NA FORMA E NOS PRAZOS REGULAMENTARES. O CONTRIBUINTE DEIXOU DE RECOLHER O ICMS REFERENTE A SERVIÇOS DE COMUNICAÇÃO RELATIVO AOS EXERCÍCIOS DE 2009, NO VALOR DE R\$ 262.591,50 (DUZENTOS E SESSENTA E DOIS MIL, QUINHENTOS E NOVENTA E UM REAIS E CINQUENTA CENTAVOS) E MULTA DE IGUAL VALOR."*

A empresa autuada apresentou defesa administrativa.

O Auto de Infração, no entanto, foi julgado procedente pela 1ª Instância Administrativa, nos mesmos termos da autuação.

Inconformado com a decisão exarada, o contribuinte apresentou Recurso Voluntário basicamente com os mesmos argumentos de defesa, defendendo, em síntese, que:

a) Os serviços autuados nesta fiscalização estão submetidos ao diferimento previsto pela Cláusula décima do Convênio ICMS 126/98, não podendo a recorrente concordar com a descaracterização dos serviços de telecomunicações como cessão de rede;

b) A natureza dos serviços prestados – "transporte nacional me transporte local" confirma a sua subsunção aos termos da cláusula décima do convênio ICMS n.º 126/98;

c) Os serviços de internet não configuram como hipótese de fato gerador de ICMS, vez que não podem ser considerados como serviços de telecomunicação – (Lei Geral de Telecomunicações, Lei n.º 9.472 de 16/07/1997);

d) Os contratos firmados pela recorrente com a Claro, Tim e Vivo demonstram a plena aplicação do diferimento do ICMS;

e) Os serviços listados no auto de infração devem ser classificados como cessão onerosa de meios de rede da recorrente às empresas Claro, Tim e Viv, entre outras (empresas incluídas no ato Cotepe n.º 10/08) fazendo jus ao tratamento previsto pela Cláusula décima do convênio ICMS n.º 126/98;

f) Os serviços de "transporte local e transporte nacional" são claramente serviços de interconexão para que os usuários de uma das redes possam comunicar-se com os usuários de outras redes;

g) Caso a recorrente houvesse incorrido em erro ao utilizar o código específico conforme determina o inciso III do art. 2.º da cláusula décima do convênio ICMS 126/98, deveria ter arbitrado multa por descumprimento de obrigação acessória;



h) O imposto incidente sobre as cessões de meios de rede realizadas pela recorrente é transferido para etapa posterior e se encontra identificado no RICMS/CE em seu art. 801;

i) Colaciona doutrinas e decisões em sua defesa proferidas pelas Secretarias Estaduais de Fazenda de outras unidades da Federação;

j) Ausência de proporcionalidade e razoabilidade entre a penalidade aplicada e a suposta infração cometida; e

k) Necessidade de perícia com apresentação de quesitos as fls. 272 dos autos para serem respondidos.

O processo foi remetido para a célula de assessorial tributária, onde o ilustre assessor técnico emitiu parecer nº 694/2014, concluindo e opinando em consonância com a decisão proferida em 1ª instância pela procedência do auto de infração.

É o relatório.

### VOTO

Conforme se infere da análise dos presentes autos, trata-se de acusação de falta de recolhimento de ICMS, sobre serviços de comunicação supostamente não incluídos na base de cálculo do imposto, conforme detalhado nas planilhas de fls. 13 a 15 dos autos.


O questionamento levantado nos autos, através da defesa e recurso apresentados pela autuada, contudo, diz respeito tão somente aos serviços de "TRANSPORTE LOCAL", "TRANSPORTE NACIONAL" e "INTERNET VIA EBTL" constantes nas planilhas de fls. 14 e 15 dos autos.

Tanto em sua defesa, como em seu recurso ordinário a autuada, através de seus advogados, alegaram que referidos serviços jamais poderiam estar incluídos na base de cálculo do ICMS.

Em relação aos serviços de TRANSPORTE LOCAL E TRANSPORTE NACIONAL, o agente fiscal entendeu que *"solicitamos da EMBRATEL que nos enviasse os contratos relativos a estes serviços. Após análise consideramos que estes serviços não se enquadram como serviços de interconexão, portanto, não são alcançados pela cláusula décima do convênio 126/98"*.

Como se pode observar, a exigência fiscal se deu somente por que os agentes fiscais entenderam não ser aplicável o Convênio n.º 126/98 aos serviços acima referidos, por não serem serviços de cessão de rede/interconexão.

Em que pese tal entendimento a Recorrente alega tais serviços jamais poderiam ter sido desconsiderados como cessão de redes e,

 3

conseqüentemente, excluídos da aplicação do diferimento previsto pela cláusula décima do convênio ICMS 126/98.

Isso porque o SERVIÇO DE TRANSPORTE LOCAL compreende a utilização dos meios da RECORRENTE na prestação do serviço entre o terminal do destino e a origem da chamada telefônica originária da tomadora dos serviços (CLARO, TIM, VIVO, OUTRAS).

Os SERVIÇOS DE TRANSPORTE NACIONAL, por sua vez, é o conjunto operacional contínuo de circuitos e equipamentos, incluindo funções de transmissão, comutação, multiplexação ou quaisquer outras indispensáveis a operação do serviço de telefonia de longa distância nacional prestado pela RECORRENTE a outras operadoras para a prestação do serviço por parte destas a seus usuários finais.

Assim, não há como negar que referidos serviços se referem a serviços de interconexão, que são serviços que permitem a ligação entre redes de telecomunicações funcionalmente compatíveis, de modo que os usuários de serviços de uma das redes possam comunicar-se com usuários de serviços de outra ou acessar serviços nela disponíveis.

Analisando os mesmos contratos apresentados a fiscalização e constantes nos autos, restou entendido de forma unânime pelos conselheiros desta 1.ª Câmara e pelo Ilustre Procurador do Estado, que tais serviços são, de fato, serviços de cessão de rede ou interconexão, aplicando-se perfeitamente aos mandamentos do convênio n.º 126/98, em sua Cláusula Décima.

A simples leitura do objeto do contrato celebrado entre a RECORRENTE e a TIM, constante as fls. 187 dos autos, deixa inquestionável a conclusão obtida. É o que se vê:

"[...]. 2. Cláusula Segunda – Objeto

2.1. O presente contrato tem por objeto a prestação, pela EMBRATEL a TIM, do serviço de encaminhamento do tráfego Telefônico Automático de LDN e VC1 da TIM, conforme detalhamento constante no Anexo 2 deste contrato ("Serviço").

2.1.1. O Tráfego Telefônico Automático de LDN e VC1 deverá ser entregue pela TIM ou pelas Operadoras diretamente à Rede de Telefonia Nacional da EMBRATEL, nos Pontos de Interligação, conforme especificação técnica contida no Anexo 2, sendo que, exceto para as chamadas com CSP\$! Recebidas das Operadoras para encaminhamento a TIM, a EMBRATEL fará a inclusão do CSP21 para encaminhamento do referido tráfego até a rede de telefonia da operadora STFC, SMC e/ou SMP, para que então, seja encaminhada a seu destinatário final.

2.1.2 As chamadas com CSP41 originadas na rede de outra Operadora, nas localidades constantes do Anexo 1 deste Contrato,

deverão ser entregues pela Operadora diretamente para a EMBRATEL, nas Áreas Locais de Origem dessas chamadas, mantendo o CSP 41 da TIM, para que a EMBRATEL efetue o transporte da chamada, até o Ponto de Interligação com a Rede de SMP da TIM, conforme especificação técnica contida no Anexo 2.

### 3. Cláusula Terceira: Uso do Serviço

3.1. O serviço objeto do Presente Contrato está restrito ao encaminhamento de tráfego telefônico automático de LDN e VC1, conforme descrito na cláusula segunda e especificação técnica contida no Anexo 2, sendo vedado quaisquer outros usos e/ou destinações, bem como a entrega de qualquer outro tráfego pela TIM a EMBRATEL. [...].”

Assim, não há que se falar em exigência de ICMS da RECORRENTE, mas sim das operadoras que tomaram os serviços e efetivamente prestaram os serviços de comunicação ao usuário final, conforme art. 801 do RICMS e Convênio ICMS n.º 126/98. Ora. Se o ICMS é diferido e somente deve ser cobrado sobre o preço do serviço cobrado do usuário final, quem deve o ICMS é o prestador do serviço de comunicação ao usuário final, ou seja, o tomador do serviço de cessão de uso da Recorrente. O ICMS deve ser recolhido por quem recebeu o preço do usuário final.

Em relação aos serviços de “INTERNET VIA EBTL”, entendido como serviço de PROCEDOR DE ACESSO A INTERNET, após debates na sessão de julgamento, restou decidido, por voto de desempate da presidente, conforme entendimento proferido pela douta PGE, que sobre os serviços de PROVEDOR DE INTERNET não incidi o ICMS, por se tratar de serviço de valor adicionado.

A Exma. Presidente ao analisar o caso, em seu voto de desempate, assim entendeu:

“A questão que ora se me apresenta, conforme dantes relatado, denuncia que a recorrente, relativamente ao período de Janeiro a Dezembro de 2009 deixou de recolher ICMS referente aos serviços de comunicação, conforme demonstra planilha que repousa as fls. 14 e 15 dos autos.

Na hipótese dos autos urge mencionar que por ocasião dos debates somente surgiram entendimentos divergentes no tocante a incidência ou não do ICMS n que se referem aos serviços de Transporte Nacional, Transporte Local e Provedor de Internet, de modo que, as teses levantadas para deliberação resumiram-se em síntese em torno dos seguintes aspectos: a) Não incidência do ICMS com relação aos serviços de Transporte Nacional e Local; b) Não incidência do ICMS com relação ao serviço de Provedor de Internet.

Submetida a deliberação, os conselheiros Francisco José de Oliveira Silva (Relator), Manoel Marcelo Augusto Marques Neto, Ana Monica Figueiras Menescal e Alexandre Mendes de Sousa manifestaram-se



sobre o entendimento de que deveriam ser excluídos do levantamento as fls. 14 e 15 dos autos, apenas os serviços atinentes ao item "a", permanecendo a cobrança no tocante aos demais itens, inclusive ao provedor de internet. Em contrapartida, os Conselheiros André Arraes de Aquino Martins, José Gonçalves Feitosa, Anneline Magalhães Torres e Vanessa Albuquerque Valente votaram pela exclusão dos serviços elencados nos itens "a" e "b", remanescendo o levantamento quanto aos demais serviços relacionados no levantamento já citado.

Verificando o empate, com suporte no que estatui o art. 37, §4.º do Decreto n.º 25.711/99 (Regimento Interno do Conselho de Recursos Tributários), diante da necessidade do exame dos autos, sobrestei o anúncio da decisão para proferir a posteriori, o respectivo voto de desempate, com os fundamentos que lhe são inerente, e que ora passo a expender:

A controvérsia trazida para manifestação em Voto de Desempate desta Presidente gravita unicamente em torno da cobrança de ICMS sobre o serviço elencado as fls. 14 dos autos, "INTERNET VIA EBTL" – serviços de internet prestados pela recorrente.

Neste momento faço parêntese para registrar que esta Egrégia 1.ª Câmara de Julgamento do Conselho de Recursos Tributários tem sempre se manifestado no tocante a temática ICMS e serviços de comunicações no sentido de seguir a orientação jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça.

Não me afastando desta trilha e por comungar inteiramente com o entendimento proferido, com o fim de fundamentar este voto, reproduzo a ementa do Resp 453.107-PR, Relatora Ministra Denise Arruda, do STJ, in verbis:

**RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. ICMS. SERVIÇOS PRESTADOS PELOS PROVEDORES DE ACESSO À INTERNET. NÃO-INCIDÊNCIA. POSICIONAMENTO DA PRIMEIRA SEÇÃO. JULGAMENTO DOS ERESP 456.650/PR. RECURSO DESPROVIDO.**

1. No julgamento dos EREsp 456.650/PR, em 11 de maio de 2005, a Primeira Seção, por maioria de votos, negou provimento aos embargos de divergência, fazendo prevalecer o entendimento da Segunda Turma, no sentido de ser indevida a incidência de ICMS sobre os serviços prestados pelos provedores de acesso à internet, sob o fundamento de que esses prestam serviços de valor adicionado, nos termos do art. 61, § 1º, da Lei 9.472/97, apenas liberando espaço virtual para comunicação.

2. Em algumas oportunidades, esta Relatora posicionou-se no sentido da possibilidade de incidência do referido imposto sobre os serviços prestados pelos provedores de conexão à internet, entendendo que esses prestam serviços de comunicação, espécie de serviço de telecomunicação, de maneira que deveria incidir ICMS sobre a prestação de serviço, nos termos do art. 2º da Lei Complementar 87/96. No entanto, a partir do julgamento dos EREsp 456.650/PR, passa-se a adotar a orientação pacificada pela Primeira Seção.

 6

3. Recurso especial desprovido.

(REsp 453.107/PR, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 14/02/2006, DJ 13/03/2006, p. 187)

E ainda calha reproduzir a SUMULA N.º 334, assim ementada: O ICMS não incide no serviço dos provedores de acesso a internet. Precedentes: ERESP 456.650-PR (1.ª S, 11.05.2005 – DJ 20.03.2006); RESP 453.107-PR (1.ª T, 14.02.2006 – DJ 13.03.2006); RESP 456.650-PR (2.ª T, 24.06.2003 – DJ 08.09.2003; RESP 511.390-MG (1.ª T, 19.05.2005 – DJ 19.12.2005; RESP 736.607-PR (1.ª T, 25.10.2005 – DJ 19.12.2005; RESP 75.534 (1.ª T, 09.03.2006 – DJ 27.03.2006).

Ex positis, considerando, destarte que o caso “sub examen” requer voto de desempate desta Presidência, conforme consta do registro da Ata da Sessão de Julgamento, manifesto em DESEMPATE, com os fundamentos acima delineados, no sentido de que, sobre os serviços prestados pelos provedores de acesso a internet, em obediência ao princípio da legalidade e da tipicidade fechada não incidem ICMS, vez que estes prestam serviços de valor adicionado, nos termos do art. 61, §1.º, da Lei n.º 9.472/97.

Na forma regimental fica designado para lavrar a respectiva resolução o Conselheiro André Arraes de Aquino Martins, por ter proferido o primeiro voto divergente vencedor.”

Assim, conforme o voto de desempate da presidente, aqui no todo acolhido, devidamente fundamentado em reiteradas decisões proferidas pela Colendo Superior Tribunal de Justiça, não restam dúvidas quanto a impossibilidade de se exigir ICMS sobre serviços de PROVEDOR de Internet, por não se trata de serviço de telecomunicação, mas sim serviço de valor adicionado.

Em sendo assim, entendo que o presente auto de infração deve ser julgado **PARCIAL PROCEDENTE**, motivo pelo qual VOTO para que se conheça do recurso ordinário interposto e lhe seja DADO PARCIAL PROVIMENTO, reformando a decisão proferida em primeira instância para a PARCIAL PROCEDENCIA DA AUTUAÇÃO.

**DEMONSTRATIVO DO CREDITO TRIBUTÁRIO**

**BASE DE CÁLCULO: R\$ 2.305,92**

**ICMS: R\$ 622,59**

**MULTA: R\$ 622,59**

**TOTAL: R\$ 1.245,18**

**DECISÃO**

Vistos, discutidos e examinados os presentes autos, em que é Recorrente **EMPRESA BRASILEIRA DE TELECOMUNICAÇÕES - EMBRATEL** e Recorrido **CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1.ª INSTÂNCIA**. A 1ª Câmara de Julgamento do

 7

Conselho de Recursos Tributários, após conhecer do recurso interposto, dar-lhe parcial provimento, por voto de desempate da presidente desta 1.ª Câmara, apresentado na 115.ª (centésima décima quinta sessão ordinária), anexa à presente resolução, no sentido de reformar em parte a decisão proferida pela 1ª instância para a PARCIAL PROCEDÊNCIA, no sentido de excluir da base de cálculo da presente exigência fiscal os valores correspondentes aos serviços de transporte nacional e local, bem como os serviços de provedor de internet, constantes nas planilhas de fls. 14 e 15 do autos, nos termos do voto do Conselheiro Relator, conforme parecer proferido em sessão pelo representante da douda Procuradoria Geral do Estado. Presente a sessão para apresentação de defesa oral a representante legal da autuada, Dra. Marcelia Regina Freire Gomes.

SALA DAS SESSÕES, em Fortaleza, aos 11 de 12 de 2015,

Francisca Marta de Sousa  
Presidente

Alexandre Mendes de Sousa  
Conselheiro

Manoel Marcelo Augusto Marques Neto  
Conselheiro

Mônica Filgueiras Menescal  
Conselheiro

Francisco José de Oliveira Silva  
Conselheiro

Matheus Viana Neto  
Procurador do Estado

Anneline Magalhães Torres  
Conselheira

Vanessa Albuquerque Valente  
Conselheira

José Gonçalves Feitosa  
Conselheiro

André Arraes de Aquino Martins  
Conselheiro Relator