



GOVERNO DO ESTADO DE SÃO PAULO
SECRETARIA DA FAZENDA
COORDENADORIA DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA
TRIBUNAL DE IMPOSTOS E TAXAS

DRT	Número	Ano	AIIM	Câmara
05	4129674-6	2019	4129674-6	QUARTA CÂMARA JULGADORA

Tipo de Impugnação:	RECURSO ORDINÁRIO
Recorrente:	BT BRASIL SERVICOS DE TELECOMUNICACOES LTDA
Recorrido:	FAZENDA PÚBLICA
Responsáveis Solidários:	
Relator:	FLAVIO MITSUISHI
Sustentação Oral Requerida:	SIM

VOTO INICIAL DO RELATOR - Juiz: FLAVIO MITSUISHI

Ementa:

ICMS. Falta de pagamento, serviço de comunicação. Item 1, erro de determinação da base de cálculo em razão de ter emitido notas fiscais de serviços de comunicação - modelo 21 – com exclusão de valores da base de cálculo, itens como "OUTSOURCING" e "GERENCIAMENTO", valores estes oferecidos a tributação do ISSQN. Item 2, serviços tributados como não tributados. Item 2. Decisão singular manteve a acusação. Serviços essenciais à prestação do serviço de comunicação. Art. 60, Lei Geral de Telecomunicações, Lei 9.472/97. Decisão Normativa CAT-5, de 2-12-2004. Recurso Ordinário conhecido e não provido.

Relatório e Voto:

I. RELATÓRIO

1. O AIIM inaugural é composto por 2 itens infracionais relativos à falta de pagamento de ICMS na prestação de serviço de comunicação. O item 1 versa sobre erro na determinação da base de cálculo em razão de ter consignado parte dos valores dessas prestações, em especial serviços de "OUTSOURCING" e "GERENCIAMENTO", como tributados pelo ISSQN. O item 2 cuida de erro ao considerar serviços tributados com não tributados.

I - INFRAÇÕES RELATIVAS AO PAGAMENTO DO IMPOSTO:

1. Deixou de pagar o ICMS no montante de R\$ 10.786.481,22 (dez milhões, setecentos e oitenta e seis mil, quatrocentos e oitenta e um reais e vinte e dois centavos), no período de Janeiro de 2015 a Dezembro de 2015, conforme Demonstrativo I, por emissão de notas fiscais de serviços de comunicação - modelo 21, para CAIXA ECONÔMICA FEDERAL e EMPRESA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS, referente a prestações de serviço de comunicação tributadas, com erro na determinação da Base de Cálculo, pela exclusão indevida dos itens denominados pelo contribuinte como "OUTSOURCING" e "GERENCIAMENTO", parcelas indissociáveis do serviço de comunicação prestado, independente do título atribuído. Os valores destas prestações foram consignados indevidamente em notas fiscais de serviços do ISSQN, deixando de oferecê-las à tributação do ICMS. O imposto ora exigido foi calculado pela aplicação da alíquota de 25% (artigo 55, inciso I, do RICMS/00) sobre os itens indevidamente consignados em notas fiscais de serviços do ISSQN. O Memorial Descritivo do Trabalho Fiscal apresenta os pormenores da infração, que se comprova pelos documentos juntados.

INFRINGÊNCIA: Arts. 37, arts. 58, arts. 87, art. 175, inc. X, do RICMS (Dec. 45.490/00), art. 5o. da Portaria CAT 79/03 c/c art. 250, § 2o. do RICMS/00.

CAPITULAÇÃO DA MULTA: Art. 85, inc. I, alínea "c" c/c §§ 1º, 9º e 10º, da Lei 6.374/89

2. Deixou de pagar o ICMS no montante de R\$ 20.879,37 (vinte mil, oitocentos e setenta e nove reais e trinta e sete centavos), no período de Janeiro de 2015 a Dezembro de 2015, conforme Demonstrativo II, por emissão de notas fiscais de serviços de comunicação - modelo 21, relativas à prestações onerosas de serviços de comunicação indevidamente consideradas como não tributadas. Em resposta à Notificação No. 04, o contribuinte informou que "por uma falha sistêmica as operações não foram tributadas pelo ICMS". O imposto ora exigido foi calculado pela aplicação da alíquota de 25% (artigo 55, inciso I, do RICMS/00) sobre os itens das notas fiscais de serviço de comunicação, conforme arquivos da Portaria CAT 79/2003. O Memorial Descritivo do Trabalho Fiscal apresenta os pormenores da infração, que se comprova pelos documentos juntados.

INFRINGÊNCIA: Arts. 37, arts. 58, arts. 87, art. 175, inc. X, do RICMS (Dec. 45.490/00), art. 5o. da Portaria CAT 79/03 c/c art. 250, § 2o. do RICMS/00..

CAPITULAÇÃO DA MULTA: Art. 85, inc. I, alínea "c" c/c §§ 1º, 9º e 10º, da Lei 6.374/89

2. Lavrado o AIIM a Autuada apresentou Impugnação que foi julgada improcedente, mantendo-se a íntegra da autuação pelo Julgador singular da Unidade de Julgamento de RIBEIRÃO PRETO (fls. 1455/1467).

3. A Autuada apresentou apelo Ordinário pleiteando o cancelamento da acusação, em brevíssima síntese suas razões são: (i) tratam-se de serviços suplementares e facilidades adicionais, que não se confundem com os serviços de comunicação, possuindo natureza distinta, não sendo fato típico do ICMS; (ii) sujeitam-se ao ISS e não têm a natureza de serviços de comunicação e, portanto, não são tributáveis pelo ICMS, confirmam este entendimento os instrumentos contratuais firmados e a jurisprudência; (iii) o Tribunal de Contas da União analisou os contratos e validou o entendimento da Autuada. A Representação Fiscal apresentou parecer asseverando, em síntese, que se aplica ao caso a Decisão Normativa CAT-5 de 2004.

4. O feito foi distribuído a minha relatoria.

II. VOTO

5. A Autuada é contribuinte do imposto e “tem por atividade econômica a prestação de serviços de comunicação, a prestação de serviços de informática e tecnologia e a compra, venda e locação de bens móveis (fls. 1472).

6. Sobre o mérito da acusação a recorrente se defende apenas do item 1, que versa sobre a inclusão na base de cálculo do ICMS de valores relativos a serviços de gerenciamento de rede (“outsourcing”); traz também alegações sobre juros e atualização da base de cálculo da multa para todo o AIIM.

7. Segundo expõe a Autuada estes serviços são tributados pelo ISSQN e traz laudo técnico (fls. 1392/1441) que corroboram seu entendimento de que os serviços tratados neste AIIM são diversos dos serviços de comunicação por ela prestados.

8. Tratando a acusação de prestação de serviços de comunicação e seu alcance, transcrevo trecho da Lei Geral de Telecomunicações, Lei 9.472/97, traz a definição de serviço de telecomunicações, que servirá como norte normativos para minha interpretação sobre o caso.

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.

9. Segundo a recorrente “classificar todo e qualquer valor cobrado por uma empresa de comunicação como sujeito ao ICMS é inadmissível e insustentável. É o mesmo que dizer que uma empresa comercial que prestou um serviço de consultoria deve submeter tal serviço ao ICMS!” (fls. 1480).

10. É possível a oferta exclusiva de serviços de gerenciamento sem que haja prestação de serviços de comunicação ou contratação de serviços de comunicação sem serviços de gerenciamento, como demonstra a Autuada em sua impugnação. Porém não é disto que se trata este AIIM.

11. Segundo esclarece o fisco em seu Memorial Descritivo do Trabalho Fiscal (fls. 8/69) neste AIIM cobra-se o ICMS de serviços de comunicação decorrentes de contratos cujos escopos são todos o de prestação de serviços de comunicação, por exemplo: serviço de comunicação multimídia (SCM) (fls. 13); serviços de telecomunicações destinados a suportar aplicações de dados, incluindo ainda instalação, manutenção e suporte- satélite (fls. 17); prestação de serviço de disponibilização de Solução de Captura e Transferência em estabelecimentos (fls. 17); prestação de serviços de telecomunicação (fls. 18).

12. Os serviços de gerenciamento tratados neste AIIM são objeto de uma mesma contratação e destinados ao mesmo interesse dos contratantes de serviços de comunicação, mas, segundo a Autuada, ainda assim não se confundem com os serviços de comunicação por ela prestados. Transcrevo abaixo.

“O fato de os serviços adicionais, por vezes, serem prestados concomitantemente aos serviços de comunicação não lhes retira a sua natureza própria. Assim, a prestação concomitante não transforma estes serviços em serviços de comunicação” (fls. 1478).

13. Da análise dos editais e contratos juntados ao feito (fls. 215 e seguintes), cujos principais trechos foram transcritos no Memorial Descritivo do Trabalho Fiscal, verificamos que se trata de prestação de serviço de comunicação., abaixo transcrevo um exemplo,

1.1. A presente contratação tem como objeto a prestação de serviço de comunicação multimídia (SCM) com a finalidade de interligar as unidades prediais (UP's) dos Correios por meio de uma rede de telecomunicações com cobertura nacional, conforme Projeto Básico e demais condições do Edital e seus Anexos. (fls. 227)

14. O mesmo se vê nos demais contratos juntados e transcritos no Memorial Descritivo do Trabalho Fiscal.

15. Em síntese a Autuada foi contratada para prestar o serviço de comunicação e para poder prestar este serviço, para que a comunicação chegue aos diversos pontos de seus clientes ela é obrigada a gerenciar a rede. Não pode a autuada colocar o serviço de comunicação disponível a seus clientes em local e qualidade diversos do contratado.

16. No Laudo técnico trazido pela autuada ela faz uma segregação de serviço de comunicação e serviço de gerenciamento que na realidade inexistem, trata-se de um único serviço, com uma única finalidade, indissociável.

17. O exemplo, trazido pela recorrente, da possibilidade de empresa comercial prestar serviço de consultoria e este não ser tributado pelo ICMS expõe de forma clara a divergência de entendimento. Em uma venda de um produto o custo de se manter um vendedor técnico especializado, como um engenheiro ou arquiteto, não pode ser segregado da base do imposto como prestação de serviço de consultoria. Pensar de forma diferente expõe a base de cálculo a possibilidade de esvaziamento ao alvedrio do sujeito passivo, que uma vez que vende o serviço e o produto pode atribuir ao serviço o valor que quiser de forma a executar um pretensão planejamento tributário que julgo impraticável. Não pode o estado ficar sujeito ao talante do contribuinte.

18. Agora a situação seria outra se o cliente da empresa comercial contratar um terceiro, como um arquiteto ou engenheiro sem relação com a empresa comercial, para lhe prestar uma consultoria, de certo a consultoria não será incorporada à base de cálculo do imposto.

19. O mesmo ocorre aqui, caso a Autuada fosse contratada para deixar o ponto de comunicação a disposição de seu cliente e este se encarregasse de distribuir esta capacidade comunicacional, ou o cliente contratasse terceiro para esta distribuição estaria, esse gerenciamento da comunicação poderia ser um serviço de "outsourcing". Não é o que temos do conjunto probatório, que se vê que desde a contratação os serviços de comunicação são o núcleo do contrato, os serviços adicionais de comunicação são marginais. Mas ao realizar as faturas a Autuada exercendo seu arbítrio esvaziou indevidamente a base de cálculo do ICMS, como pode ser observado dos contratos e notas emitidas e bem elucidou o julgador singular (parágrafos 22 a 25 da decisão recorrida).

20. Ainda cumpre ressaltar que como esclarece o autor do feito "*Trata-se de continuação do trabalho desenvolvido através da OSF 05.0.05357/15-4, que culminou na lavratura do AIIM 4.093.609-3*" (fls. 08). O AIIM 4.093.609-3 já teve seu tramite pelo contencioso administrativo, restando o entendimento pela unanimidade dos integrantes da C. 5ª Câmara Julgadora de que a segregação que pretende realizar a Autuada é inviável. Observo que o voto vista vencedor, do Dr. GALDERISE FERNANDES TELES, não divergiu no ponto do voto do D. Relator SILVIO RYOKITY ONAGA. Transcrevo trechos do voto de vista, pois as mesmas circunstâncias são verificadas no presente AIIM.

Com efeito, da análise da documentação colacionada pela própria Recorrente, verifica-se: i) ainda que eventualmente existentes, as cláusulas contratuais não permitem realizar uma segura divisão das materialidades estranhas à competência do tributo estadual, ii) os contratos trazidos à análise não especificam, individualmente, o serviço prestado, fazendo incidir preço único ao serviço prestado; iii) em diversas passagens das cláusulas contratuais a Recorrente faz uso da nomenclatura prestação de serviços de telecomunicações – expressão essa diretamente relacionada a incidência do serviço de comunicação; iv) em julgado proferido por este E. Tribunal de Impostos e Taxas no AIIM nº 3.106.178, foi consubstanciado entendimento que "outsourcing apenas representa mais um nome atribuído pela Autuada à parcela da prestação do serviço de comunicação realizada por seus funcionários nas dependências de clientes cuja rede de comunicação, fornecida pela própria autuada, necessita de atenção constante e "in loco"".

Por essas razões, compreendo que serviço prestado pela Recorrente possui expressa relação ao enunciado prescritivo do artigo 2º da Lei Kandir, alhures asseverado, se configurando como prestação onerosa de serviços de comunicação.

21. Passo a análise dos demais argumentos trazidos com a impugnação.

22. No tocante aos juros aplicados e a atualização da base de cálculo da multa, inviável qualquer análise quanto à constitucionalidade da Lei 13.918/2009, pois o art. 28, da Lei 13.457/2009, veda a análise.

23. Não consta que a Lei 13.918/2009 tenha sido proclamada inconstitucional na forma prevista nos incisos do artigo 28 da Lei 13.457/2009.

24. Para pôr fim às discussões administrativas sobre o tema foram editadas as Súmula TIT 10/2017 e 13/2018.

"Em virtude do disposto no art. 28 da Lei 13.457 de 2009, aplica-se ao montante do imposto e multa, exigidos em auto de infração, a taxa de juros de mora prevista no artigo 96 da Lei 6.374, de 1º de março de 1989."

Súmula TIT 10/2017.

"É legítima a atualização do valor básico da multa nos termos do §9º, do artigo 85, da Lei n. 6374/1989."

Súmula TIT 13/2018.

25. Assim, inviável a análise de constitucionalidade de lei no bojo das discussões deste processo, conseqüentemente mantenho os juros conforme aplicados.

III. DISPOSITIVO.

26. Em conclusão, por todo o exposto, conheço nego provimento ao apelo Ordinário.

Flavio Mitsuishi
Julgador Relator

VOTO DE VISTA - Juiz: WALTER CARVALHO MULATO DE BRITTO

Ementa:

EMENTA:

ICMS – Contrato global de serviços de telecomunicações. Serviços adicionais essenciais para execução para prestação de serviços de comunicação. Impossibilidade de incidência de ICMS. Serviços sem relação com a geração, transmissão e recepção de comunicação. Recurso ordinário conhecido parcialmente e parcialmente provido, com relação ao item 1, do AIIM.

Relatório e Voto:

RELATÓRIO/VOTO VISTA/DISPOSITIVO:

Presidente, pedi vista dos autos para melhor ponderar sobre os argumentos do d. Relator, Juiz Dr. Flávio Mitsuishi, que foi na direção da incidência do ICMS sobre serviços globais, a saber: **(i) serviços de gerenciamento; (ii) assistência técnica; (iii) teleconferência e consultoria.**

Vale ressaltar que, no sentido de serviços de valor adicionado, os autos estão suportados por laudo técnico, elaborado por **profissional com habilitação em telecomunicações**, fls. 1392/1441.

A Constituição Federal de 1988 outorgou competência aos Estados e ao Distrito Federal para instituírem o **imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação**, embora com todos os seus arquétipos implícitos, o legislador infraconstitucional tributante não definiu o que seria serviços de comunicação.

Considerando que o serviço de comunicação é abrangente, no que diz respeito à definição da hipótese incidência do ICMS sobre o serviço de telecomunicação, competiu à Lei Geral de Telecomunicações – LGT nº 9.4972/97, art. 60, descrever os eventos possíveis para a sua exigência pelos Estados e Distrito Federal, senão 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.

Considerando a possibilidade da existência de outros serviços que não se enquadrariam no conceito de telecomunicação, o legislador federal criou o conceito de “serviço de valor adicionado” e assim o definiu:

Art. 61. **Serviço de valor adicionado é a atividade que acrescenta**, a um serviço de telecomunicações que lhe dá suporte e com o 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.

Com base no laudo técnico, suportado ainda pela doutrina e decisões dos Tribunais Superiores, entendo que, juridicamente, não há como enquadrar os serviços prestados pela recorrente como sendo de comunicação, pois à LGT conceitua e define os serviços de valor adicionado como sendo aqueles que facilitam o **acesso, armazenamento, apresentação, movimentação ou recuperação de informações.**

Assim, o Fisco não conseguiu demonstrar que os serviços cobrados pela recorrente são relacionados à **geração, transmissão e recepção de sons, dados, imagens e informações de qualquer natureza**, estes tão somente passíveis de tributação pelo ICMS.

Porém, isso não quer dizer que o Fisco não possua competência para conferir os critérios de apuração dos gastos (custos e despesas) mais margem de lucro para fins de precificação de cada serviço, evitando que a maior parte dos gastos sejam alocados aos serviços sujeitos à incidência do ISSQN.

Dessa forma, dou provimento ao recurso, com relação ao item 1, para acolher a tese de defesa da recorrente acerca não incidência do ICMS sobre quaisquer serviços que não sejam tão somente relacionados à **geração, transmissão e recepção de sons, imagens e informações de qualquer natureza**. Mantenho a exigência com ao item 2.

É como voto Presidente!

Sala das sessões, 12 de agosto de 2021.

Walter Carvalho Mulato de Britto
Juiz Relator



GOVERNO DO ESTADO DE SÃO PAULO
SECRETARIA DA FAZENDA
COORDENADORIA DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA
TRIBUNAL DE IMPOSTOS E TAXAS

DRT	Número	Ano	AIIM	Câmara
05	4129674-6	2019	4129674-6	QUARTA CÂMARA JULGADORA

Tipo de Impugnação:	RECURSO ORDINÁRIO
Recorrente:	BT BRASIL SERVICOS DE TELECOMUNICACOES LTDA
Recorrido:	FAZENDA PÚBLICA
Responsáveis Solidários:	
Relator:	FLAVIO MITSUISHI
Sustentação Oral Requerida:	SIM
Pedidos de Vista:	WALTER CARVALHO MULATO DE BRITTO
Votos de Preferência:	FLAVIO MITSUISHI

CONFIRMAÇÃO DO VOTO DO RELATOR

Confirmo o voto que proferi na sessão de julgamento em que houve o deferimento do pedido de vista.

Sala das Sessões da QUARTA CÂMARA JULGADORA, 12 de agosto de 2021
FLAVIO MITSUISHI
Juiz Relator



GOVERNO DO ESTADO DE SÃO PAULO
SECRETARIA DA FAZENDA
COORDENADORIA DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA
TRIBUNAL DE IMPOSTOS E TAXAS

DRT	Número	Ano	AIIM	Câmara
05	4129674-6	2019	4129674-6	QUARTA CÂMARA JULGADORA

Tipo de Impugnação:	RECURSO ORDINÁRIO
Recorrente:	BT BRASIL SERVICOS DE TELECOMUNICACOES LTDA
Recorrido:	FAZENDA PÚBLICA
Responsáveis Solidários:	
Relator:	FLAVIO MITSUISHI
Sustentação Oral Requerida:	SIM
Pedidos de Vista:	WALTER CARVALHO MULATO DE BRITTO
Votos de Preferência:	FLAVIO MITSUISHI

MANIFESTAÇÃO DA REPRESENTAÇÃO FISCAL

Pedimos vênia aos juízes da c. 4ª Câmara Julgadora, para nos manifestarmos acerca do julgamento do Recurso Ordinário, relativo ao AIIM 4.129.674, ressaltando alguns tópicos já mencionados nas Contrarrazões ao Recurso Ordinário (fls. 1551 a 1562).

A infração do item 1 do AIIM trata de falta de pagamento do ICMS, por emissão de notas fiscais de serviços de comunicação - modelo 21, para CAIXA ECONOMICA FEDERAL e EMPRESA DE CORREIOS E TELEGRAFOS, referente a prestações de serviço de comunicação tributadas, com erro na determinação da Base de Cálculo, pela exclusão indevida dos itens denominados pelo contribuinte como "OUTSOURCING" e "GERENCIAMENTO", parcelas indissociáveis do serviço de comunicação prestado, independente do título atribuído.

A infração do item 2 do AIIM trata de falta de pagamento do ICMS, por emissão de notas fiscais de serviços de comunicação - modelo 21, relativas a prestações onerosas de serviços de comunicação indevidamente consideradas como não tributadas. Em resposta a notificação, o contribuinte informou que "por uma falha sistêmica as operações não foram tributadas pelo ICMS".

No Memorial Descritivo do Trabalho Fiscal, às fls. 13/56, encontra-se análise minuciosa dos contratos apresentados.

Pela análise dos referidos contratos apresentados, fica muito claro que todos eles se referem de forma global à prestação de serviços de telecomunicação, sendo a segregação de parte da prestação com a denominação de "OUTSOURCING" e "GERENCIAMENTO" apenas uma prática utilizada pela autuada para oferecer boa parte da base de cálculo da prestação de serviço a tributação do ISSQN, no lugar do ICMS, pelo fato de a alíquota do imposto municipal ser consideravelmente menor do que a do imposto estadual.

O termo "GERENCIAMENTO" um dos tipos de serviços segregados da base de cálculo do ICMS, trata-se de expressão genérica que designa atividade que necessariamente está incluída na prestação de qualquer serviço a empresas de grande porte, como as citadas clientes da autuada, não havendo nos contratos qualquer segregação das atividades de gerenciamento de estruturas e sistemas de redes, em relação às prestações de serviços de comunicação.

Importante também mencionar a discrepância apontada, pelo julgador fiscal em sua decisão (fls. 1461/1462), em relação aos valores constantes em edital de contratação de serviços de comunicação entre a sua cliente EMPRESA DE CORREIOS E TELEGRAFOS e a Autuada, referentes a prestação de serviços de telecomunicação e a prestação de serviços adicionais de telecomunicação, comparando-se com os valores levados a tributação pelo ISSQN e pelo ICMS.

O julgador de 1ª Instância ressalta que, pelo Edital de Licitação dos Correios com a defendente, encontra-se, na relação denominada "Valor Balizador da Licitação", aproximadamente 98,7% dos valores previstos para Serviços de Telecomunicações e o restante (pouco mais de 1%) previsto para Serviços Adicionais de Telecomunicações.

No entanto, ao se verificar os documentos fiscais emitidos e comparar os impostos pagos pela defendente (ICMS e ISS), constata-se valores completamente discrepantes daqueles assinados contratualmente por meio de Edital.

Por exemplo, observa-se a relação de 2/3 do valor total como valores de prestação de serviços de ISS, e 1/3 para valor de prestação de serviço de comunicação, pagos pela Empresa de Correios e Telegrafos.

Quanto à alegação da autuada de que os serviços tributados pelo ISS seriam Serviço de Valor Adicionado (SVA), a i. AFR autuante rebate frontalmente esta mesma alegação em sua manifestação fiscal (fls. 56/57), ao indicar que, de acordo com o art. 61 da LGT, o Serviço de Valor Adicionado acrescenta novas utilidades a um serviço de telecomunicações, não se confunde com serviço de telecomunicações, traz a baila duas figuras distintas: o provedor de SVA e o prestador do serviço de telecomunicações.

A i. AFR Autuante ressalta que, no caso em tela, a BT Brasil é a prestadora dos serviços de telecomunicações e alega ser, também, a provedora do suposto SVA para os mesmos clientes, e no bojo dos mesmos contratos de prestação de serviços, restando clara, desse modo, a impossibilidade de classificação dos serviços oferecidos a tributação do ISS pela BT Brasil como SVA.

A.i. AFR Autuante também indica que os serviços que a Autuada alega serem SVA e tributados pelo ISS (que apresenta alíquota muito inferior ao ICMS), nada mais são do que atividades intrínsecas ao serviço de comunicação, essenciais à manutenção do elo comunicacional, conforme previsto nos contratos de prestação de serviços.

Quanto ao item 2 do AIIM, ressaltamos que o contribuinte em seu recurso não contesta o fato da conduta infracional, resultando como incontroversa a acusação, por conta do inciso II do artigo 20 da Lei nº 13.457/09.

Isso posto, somos pelo não provimento do Recurso Ordinário.

Sala das Sessões da QUARTA CÂMARA JULGADORA, 12 de agosto de 2021

Marcos Mei Vergani
Representante Fiscal



GOVERNO DO ESTADO DE SÃO PAULO
SECRETARIA DA FAZENDA
COORDENADORIA DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA
TRIBUNAL DE IMPOSTOS E TAXAS

DRT	Número	Ano	AIIM	Câmara
05	4129674-6	2019	4129674-6	QUARTA CÂMARA JULGADORA

Tipo de Impugnação:	RECURSO ORDINÁRIO
Recorrente:	BT BRASIL SERVICOS DE TELECOMUNICACOES LTDA
Recorrido:	FAZENDA PÚBLICA
Responsáveis Solidários:	
Relator:	FLAVIO MITSUISHI
Sustentação Oral Requerida:	SIM
Votos de Preferência:	FLAVIO MITSUISHI

VOTO DE PREFERÊNCIA - Juiz: FLAVIO MITSUISHI

Ementa:

EMENTA.

ICMS. Falta de pagamento, serviço de comunicação, erro de determinação da base de cálculo em razão de ter consignado parte dos valores dessas prestações em "Faturas de Locação". Decisão singular proveu a impugnação e afastou a acusação. Fornecimento dos equipamentos é essencial à prestação do serviço de comunicação. Art. 60, Lei Geral de Telecomunicações, Lei 9.472/97. Decisão Normativa CAT-5, de 2-12-2004. Recurso de Ofício conhecido e provido.

Relatório e Voto:

I. RELATÓRIO

1. O AIIM inaugural é composto por 1 item infracional relativo à falta de pagamento de ICMS serviço de comunicação por erro na determinação da base de cálculo em razão de ter consignado parte dos valores dessas prestações em "Faturas de Locação", abaixo transcrito.

I - INFRAÇÕES RELATIVAS AO PAGAMENTO DO IMPOSTO:

1. Deixou de pagar o ICMS, no montante de R\$ 1.657.991,54 (um milhão, seiscentos e cinquenta e sete mil, novecentos e noventa e um reais e cinquenta e quatro centavos), no período de junho de 2014 a dezembro de 2015, por emissão de Notas Fiscais de Serviço de Comunicação - Modelo 21, todas relacionadas no Demonstrativo 01, no qual se relatam datas e valores, relativas a prestações onerosas de serviços de comunicação, ou seja, prestações tributadas, com erro na determinação da base de cálculo.

O erro ocorreu porque parte dos valores dessas prestações foi consignada em "Faturas de Locação", nas mesmas referências e para os mesmos tomadores de serviços, deixando de oferecê-la à tributação pelo imposto estadual, conforme comprovam os documentos anexados a este AIIM.

O Memorial Descritivo do Trabalho Fiscal integra o presente AIIM para todos os efeitos, e sua leitura é imprescindível para a total compreensão de todos os detalhes referentes à ação fiscal e à acusação formulada.

Prestações tributadas.

Alíquota de 25%.

INFRINGÊNCIA: Arts. 175, inc. X, arts. 87, arts. 58, arts. 37, art. 250, §2º, do RICMS (Dec. 45.490/00), c/c art. 5º da Portaria CAT 79/03.

CAPITULAÇÃO DA MULTA: Art. 85, inc. I, alínea "c" c/c §§ 1º, 9º e 10º, da Lei 6.374/89

2. Lavrado ao AIIM a Autuada apresentou Impugnação alegando em síntese, (i) nulidade do lançamento por precariedade do trabalho fiscal, (ii) atividade de locação de equipamentos não tem a natureza de serviços de comunicação e destes são completamente independentes e autônomos, (iii) a Decisão Normativa CAT nº 05/04 já foi diversas vezes analisada e seu entendimento afastado pelo TJSP, (iv) traz exemplos de situações diversas da tratada neste AIIM de prestação de serviços de comunicação nos quais o clientes utilizam seus próprios equipamentos e de locação de equipamentos sem prestação de serviços de comunicação, (v) traz doutrina e jurisprudência que embasariam sua tese, (vi) abusividade dos juros, (vii) indevida atualização da base da multa. A impugnação foi julgada sendo considerada improcedente a autuação pelo Julgador singular da Unidade de Julgamento de RIBEIRÃO PRETO (fls. 2696/2704), que interpôs o apelo de ofício. O Julgador afastou a acusação sob argumento de que "pela prova colacionada aos autos, a locação dos equipamentos da impugnante não era condição sine qua non à execução dos serviços de comunicação, podendo o cliente da impugnante livremente não contratar a locação e, ainda assim, receber regularmente a prestação dos serviços de comunicação" (fls. 2703).

3. A Representação Fiscal apresentou as razões do Apelo pleiteando o restabelecimento da acusação, a Autuada apresentou suas contrarrazões.

4. O feito foi distribuído a julgamento a Dra. MAUREN GOMES BRAGANÇA RETTO, que em sessão de julgamento na 1ª Câmara Julgadora anulou a decisão atacada, sendo acompanhado a unanimidade por seus pares, pois os contratos mencionados na Decisão singular não se referem aos fatos tratados na acusação.

5. Seguiu-se novo julgamento pela Unidade de Julgamento de RIBEIRÃO PRETO (fls. 2754/2764) com as mesmas conclusões anteriormente expostas, novamente recorrendo de ofício, transcrevo.

“39. Com efeito, entendo que, em regra, os contratos de locação de equipamentos, ainda que de algum modo sirvam à prestação de serviços de comunicação, não se sujeitam à incidência do ICMS, uma vez que o seu objeto não corresponde ao fato gerador do ICMS. A conclusão pode ser diferente, no sentido da incidência do ICMS ao contrato de locação, nos casos semelhantes ao versado pela Decisão Normativa CAT-5/2004, em que os negócios jurídicos são mutuamente indissociáveis, sendo um deles condição necessária à implementação do outro.

40. No caso em exame, pela prova colacionada aos autos, a locação dos equipamentos da impugnante não era condição sine qua non à execução dos serviços de comunicação, podendo o cliente da impugnante livremente não contratar a locação e, ainda assim, receber regularmente a prestação dos serviços de comunicação.”

6. A Representação Fiscal apresentou novo parecer em apelo de ofício asseverando, em síntese, que se aplica ao caso a Decisão Normativa CAT-5 de 2004.

7. O feito foi distribuído a minha relatoria.

II. VOTO

8. A Autuada é contribuinte do imposto e possui CNAE 6130-2/00, Telecomunicações por satélite.

9. A acusação versa sobre a inclusão na base de cálculo do ICMS de valores relativos ao aluguel de equipamentos, que segundo o fisco, são essenciais aos serviços de comunicação prestados pela Autuada.

10. Tratando a acusação de prestação de serviços de comunicação e seu alcance, transcrevo trecho da Lei Geral de Telecomunicações, Lei 9.472/97, traz a definição de serviço de telecomunicações, que servirá como norte normativos para minha interpretação sobre o caso.

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.

11. Para complementar o quadro normativo atinente ao feito a legislação tributária, art. 100, do CTN, contempla “os atos normativos expedidos pelas autoridades administrativas”, o art. 522, do RICMS/00, facultou “ao Coordenador da Administração Tributária a expedição de ato normativo, sempre que uma resposta tiver interesse geral”, nesse andar foi publicada a Decisão Normativa CAT-5 de 2004, cuja ementa transcrevo.

ICMS - O contrato de prestação de serviço de comunicação engloba o fornecimento de equipamentos necessários à sua execução - Descaracterização de autonomia ou acessoriedade em “Contrato de Locação de Bens Móveis” - Incidência do imposto sobre a prestação global.

12. É possível a oferta exclusiva de equipamentos sem que haja prestação de serviços de comunicação ou contratação de serviços de comunicação sem locação de equipamentos, como demonstra a Autuada em sua impugnação. Porém não é disto que se trata este AIIM.

13. Segundo esclarece o fisco em seu Memorial Descritivo do Trabalho Fiscal neste AIIM apenas foram autuadas “as prestações intituladas “locação de equipamentos” que venham acompanhadas, para um mesmo cliente e uma mesma referência, apenas de NFSC (regularmente tributadas pelo ICMS) e que não venham acompanhadas de NFS”.

14. A Autuada esclarece em sua defesa que as locações tratadas neste AIIM são objeto de uma mesma contratação e destinados ao mesmo interesse dos contratantes de serviços de comunicação, mas ainda assim não se confundem com os serviços de comunicação por ela prestados. Transcrevo abaixo.

No caso dos autos, a locação de bens móveis efetuada pela IMPUGNANTE, ainda que objeto de uma mesma contratação e destinados ao mesmo interesse do contratante, NÃO se confundem para fins de sua expressão tributária com os serviços de comunicação.

Os bens locados não caracterizam provimento de comunicação, na viabilização desta comunicação, no transporte de dados e informações. Não há, de fato, emissão, recepção, geração, ampliação repetição ou qualquer outra forma de transporte de mensagens.

15. Da análise dos contratos juntados ao feito (fls. 2139 e seguintes), cujos principais trechos foram transcritos no Memorial Descritivo do

Trabalho Fiscal, verificamos que se trata de fornecimento de equipamentos necessários e aptos a viabilizar a oferta do serviço de comunicação.

16. Entendo que não há lacuna a ser preenchida por interpretação e, uma vez que não é facultado ao julgador administrativo afastar a lei vigente, deve ser prestigiado o trabalho fiscal sendo restabelecida a acusação. Embora possa ser afastada em outras instâncias, a Lei 9.472/97 não pode ser afastada em julgamento no contencioso administrativo.

17. A Autuada traz em sua impugnação como exemplo de caso idêntico o tratado no AIIM 4.034.857-0, naquele processo a acusação fiscal foi mantida restando vencedor o voto vista do Dr. ARGOS CAMPOS RIBEIRO SIMÕES em julgamento de apelo Especial. O mesmo ocorre no processo 4.101.279-3 também mantida a acusação em decisão de apelo Especial de relatoria de Dr. CARLOS AMERICO DOMENEGHETTI BADIA.

18. Passo a análise dos demais argumentos trazidos com a impugnação.

19. Inexiste nulidade no trabalho fiscal. Como bem observou o Fisco em sua manifestação não foram consideradas sujeitas ao imposto todas as locações realizadas pela Autuada, mas somente aquelas essenciais e vinculadas aos serviços de comunicação por ela prestada.

20. A Decisão Normativa CAT 5/2004 é norma tributária complementar, não afronta as demais normas sobre o tema, está vigente e deve produzir seus efeitos.

21. O item 2 não foi controvertido pela Autuada, devendo permanecer sua cobrança tal como posta no AIIM inaugural.

22. No tocante aos juros aplicados e a atualização da base de cálculo da multa, inviável qualquer análise quanto à constitucionalidade da Lei 13.918/2009, pois o art. 28, da Lei 13.457/2009, veda a análise.

23. Não consta que a Lei 13.918/2009 tenha sido proclamada inconstitucional na forma prevista nos incisos do artigo 28 da Lei 13.457/2009.

24. Para pôr fim às discussões administrativas sobre o tema foram editadas as Súmula TIT 10/2017 e 13/2018.

"Em virtude do disposto no art. 28 da Lei 13.457 de 2009, aplica-se ao montante do imposto e multa, exigidos em auto de infração, a taxa de juros de mora prevista no artigo 96 da Lei 6.374, de 1º de março de 1989."

Súmula TIT 10/2017.

"É legítima a atualização do valor básico da multa nos termos do §9º, do artigo 85, da Lei n. 6374/1989."

Súmula TIT 13/2018.

25. Assim, inviável a análise de constitucionalidade de lei no bojo das discussões deste processo, conseqüentemente mantenho os juros conforme aplicados.

III. DISPOSITIVO.

26. Em conclusão, por todo o exposto, conheço e dou provimento ao apelo de Ofício.

Flavio Mitsuishi
Julgador Relator



GOVERNO DO ESTADO DE SÃO PAULO
SECRETARIA DA FAZENDA
COORDENADORIA DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA
TRIBUNAL DE IMPOSTOS E TAXAS

DRT	Número	Ano	AIIM	Câmara
05	4129674-6	2019	4129674-6	QUARTA CÂMARA JULGADORA

Tipo de Impugnação:	RECURSO ORDINÁRIO
Recorrente:	BT BRASIL SERVICOS DE TELECOMUNICACOES LTDA
Recorrido:	FAZENDA PÚBLICA
Responsáveis Solidários:	
Relator:	FLAVIO MITSUISHI
Sustentação Oral Requerida:	SIM
Pedidos de Vista:	WALTER CARVALHO MULATO DE BRITTO
Votos de Preferência:	FLAVIO MITSUISHI

DECISÃO DA CÂMARA

RECURSO ORDINÁRIO: CONHECIDO PARCIALMENTE. PARCIALMENTE PROVIDO.

VOTO DO JUIZ RELATOR: FLAVIO MITSUISHI

RECURSO ORDINÁRIO: Conhecido Integralmente. Provido.

JUIZES QUE ACOMPANHARAM O VOTO DO RELATOR:

FLAVIO NASCIBEM DE FREITAS

VOTO DE VISTA: WALTER CARVALHO MULATO DE BRITTO

RECURSO ORDINÁRIO: Conhecido Parcialmente. Parcialmente Provido.

JUIZES QUE ACOMPANHARAM ESSE VOTO DE VISTA:

PAULO SCHMIDT PIMENTEL (Presidente)

São Paulo, 12 de agosto de 2021
Tribunal de Impostos e Taxas



GOVERNO DO ESTADO DE SÃO PAULO
SECRETARIA DA FAZENDA
COORDENADORIA DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA
TRIBUNAL DE IMPOSTOS E TAXAS



AUTUADO
BT BRASIL SERVICOS DE TELECOMUNICACOES LTDA

IE
748125013114

CNPJ
33179565000137

LOCALIDADE
Hortolândia - SP

AIIM
4129674-6

JULGAMENTO NA CÂMARA DO TIT COM CERTIFICADO DIGITAL

Julgamento realizado na Câmara do Tribunal de Impostos e Taxas por meio do ePAT – Processo Administrativo Tributário Eletrônico, com a utilização do certificado digital dos juizes presentes na sessão de julgamento.

São Paulo, 12 de agosto de 2021
Tribunal de Impostos e Taxas