



Poder Judiciário do Estado de Goiás

3ª Vara da Fazenda Pública Municipal e Registros Públicos

Comarca de Goiânia

mProcesso digital: 0378772.02.2012.8.09.0051

Natureza: Procedimento Comum

Autor(a)(s): VIVO S/A

Requerido(a)(s): MUNICIPIO DE GOIANIA

SENTENÇA

VIVO S/A (sucetida pela TELEFÔNICA BRASIL S/A), pessoa jurídica de direito privado, devidamente qualificada, via de advogado legalmente constituído, propôs AÇÃO ANULATÓRIA DE DÉBITO FISCAL, com pedido de tutela antecipada, em desfavor do MUNICÍPIO DE GOIÂNIA, também com qualificação nos autos objetivando a anulação do Auto de Infração nº 2009-0000739, lavrado pela Secretaria de Finanças e Fiscalização Tributária do Município de Goiânia em 10/03/2011.

Alega a autora, em resumo, que tem por objeto social a prestação de serviços de telecomunicações, tendo tido lavrado contra si o Auto de Infração e Notificação Fiscal nº 2009-0000739 pelo Fisco Municipal de Goiânia, a exigir ISS supostamente incidente sobre serviços prestados pela empresa no período de janeiro de 2007 a maio de 2010, bem como multas por suposto descumprimento da legislação tributária.

Segundo a autuação, a empresa teria deixado de recolher aos cofres públicos municipais ISS incidente sobre serviços próprios denominados "SERVIÇOS ADICIONAIS", "SERVIÇOS ADICIONAIS E FACILIDADES" e "REMUNERAÇÃO PELO USO DE REDE", supostamente enquadrados nos itens 1.05, 3.03, 10.07, 12.16, 17.01 e 31.01 da lista de serviços do artigo 52 da Lei Municipal nº 5.040/75, infringindo os artigos 73 e 78 do CTM e artigos 198, parágrafo 1º, inciso IX, que aponta não existir e 199 do Decreto Municipal nº 2.273/96.

Foram ainda aplicadas multas formais com lastro no artigo 88, inciso IV, itens b e r, também do CTM.

Aponta que apresentou impugnação administrativa à autuação que, entretanto, foi mantida integralmente. Irresignada, a autora informa que também interpôs Recurso Voluntário com vistas à reforma da decisão singular. Contudo, novamente, a exigência fiscal foi integralmente mantida, desta vez pela Junta de Recursos Fiscais de Goiânia, à maioria de 04 votos a 02.

Destaca que a autuação fiscal em comento é manifestamente improcedente, especialmente porque entra em choque com a jurisprudência pacífica do STJ. Aponta as seguintes ilegalidades do auto de infração:

(a) A nulidade integral do auto de infração, já que a fiscalização não fez a necessária correlação entre os serviços autuados e os itens abarcados pela lista de serviços do artigo 52 da Lei Municipal nº 5.040/75 (CTM);

(b) Os serviços autuados configuram atividades-meio ou acessórias à realização do objeto social da autora - prestação do serviço de telecomunicação - não podendo ser considerados serviços



autônomos, aptos a ensejar a incidência do imposto municipal, consoante pacífico entendimento do STJ;

(c) O ISS não incide sobre os serviços autuados sob a rubrica "REMUNERAÇÃO P E LO USO DE REDE " por cuidar de serviço de comunicação, tributado pelo ICMS;

(d) O ISS não incide sobre a locação de bens móveis, como sumulado de forma vinculante pelo STF (Súmula Vinculante nº 31);

(e) Os serviços autuados não estão previstos na lista anexa à Lei Complementar nº 116/03, que é taxativa (e tampouco na lista do artigo 52 da Lei Municipal nº 5.040/75 - CTM), nem mesmo procedendo-se a uma interpretação ampla ou analógica;

(f) Ante a não incidência de ISS sobre os serviços autuados, inexigíveis as multas aplicadas, considerando que a declaração mensal de serviços apresentada pela autora à municipalidade está de acordo com as normas e, ademais, desnecessária a emissão de documento fiscal para serviços que não são tributados pelo ISS.

Destaca que o início do processo de fiscalização se deu pois o Município de Goiânia teve acesso a documentos apresentados ao Fisco Estadual de arquivos exigidos pelo Convênio ICMS nº 115/2003, relativamente ao período de janeiro de 2007 a maio de 2010. A fiscalização municipal, ao analisar os arquivos magnéticos de controle do ICMS, presumiu que alguns serviços deveriam ter sido tributados pelo ISS, quais sejam: "SERVIÇOS ADICIONAIS", "SERVIÇOS ADICIONAIS E FACILIDADES" e "REMUNERAÇÃO PELO USO DE REDE", todavia, não trouxe a mínima correspondência entre as atividades supostamente tributáveis e os itens da lista previstos no artigo 52 do CTM, ou seja, não informou quais receitas foram consideradas tributadas por qual hipótese de incidência do imposto.

Diz que o Município presumiu que os serviços ora debatidos, como não foram contabilizados em rubricas denominadas como serviços de telecomunicações (sujeitos, portanto, ao ICMS), deveriam ser tributados pelo ISS, em imprópria técnica de exclusão.

Defende, ainda, a não incidência do ISS sobre atividades-meio e serviços de valor adicionado, já que são serviços indispensáveis ou acessórios à prestação dos serviços de telecomunicação, especificamente de telefonia móvel, o qual é tributado pelo ICMS.

Alega que não incide ISS sobre a rubrica autuada denominada "remuneração pelo uso de rede", uma vez que se trata de operações de interconexão de redes, serviço de telecomunicação tributável pelo ICMS (que é diferido por força da cláusula X do Convênio ICMS nº 126/98), discorrendo sobre todo o processo da operação.

Frisa, outrossim, que não há incidência de ISS sobre a locação de bens móveis, consoante entendimento firmado no enunciado da Súmula Vinculante 31 do STF.

Reforça a falta de subsunção dos serviços autuados à lista anexa do CTM, sendo que não há nenhum dispositivo da lista de serviços tributáveis pelo ISS (seja da lista constante da LC nº 116/03, seja da legislação municipal) que autorize a tributação dos serviços autuados: "serviços adicionais", "serviços adicionais e facilidades" e "remuneração pelo uso de rede".

Discorre que mesmo admitindo-se que a lista comporta interpretação extensiva ou até mesmo analógica, razão não assiste ao Fisco Municipal porque tal interpretação exige a existência de elementos em comum entre os serviços prestados e os previstos na lei.

Assevera que diante da não incidência de ISS sobre os serviços autuados, inexigíveis as multas formais aplicadas, haja vista que a Declaração Mensal de Serviços apresentada pela Autora à Municipalidade está de acordo com as normas municipais.



Arremata alegando que ainda que o auto de infração esteja regular, é imperiosa a redução da multa aplicada em razão de seu caráter manifestamente confiscatório e desproporcional, aplicada no montante de R\$ 28.631.733,86, enquanto o ISS lançado alcança o valor de R\$ 20.279.888,40, 141% do imposto exigido.

Pugna, pois, para que seja reconhecida nulidade integral do Auto de Infração nº 2009-0000739 nos termos apresentados ou, ao menos, que seja determinada a redução da multa aplicada.

Apresentou documentos com a inicial, inclusive cópia integral do processo administrativo fiscal (43800493/2011).

O pedido de tutela antecipada foi deferido nos termos da decisão de doc. 008 dos autos digitalizados, oportunidade em que se determinou a suspensão da exigibilidade do crédito tributário relativo ao auto de infração nº 2009-0000739.

Regularmente citado, o MUNICÍPIO DE GOIÂNIA apresentou contestação no doc. 013 defendendo a validade do auto de infração, uma vez que respeitada os requisitos de validade do procedimento fiscal previstos no artigo 215 do CTM.

Aponta que todos os serviços autuados foram descritos no corpo do Auto de Infração, quais sejam, itens 1.05, 10.07, 17.01, 31.01, 3.03 e 12.16 da lista de serviços anexa ao artigo 52 do CTM.

Discorre acerca do fato gerador do imposto sobre serviços (ISS), sendo que os serviços prestados pela autora são fatos geradores do aludido imposto. Explica o que vem a ser o serviço de telecomunicações, nos termos da Lei nº 9.472/1997 bem como os serviços denominados "serviço de valor adicionado", afastando possível autuação pelo ICMS.

Quanto ao serviço autuado no item 3.03, destaca que a expressão uso de rede é referente à rede física da qual a autora se utiliza para transmissão dos serviços de comunicação, como cabos, postes, dutos e condutos de qualquer natureza, e não a uma rede virtual do serviço de interconexão de redes havendo equívoco de interpretação pela empresa autora.

Aponta, outrossim, que ainda que a lista de serviços sujeitos à incidência do ISS prevista no artigo 52 do Código Tributário Municipal, editada em estrita consonância com a Lei Complementar nº 116/2003, seja taxativa, o entendimento dominante nos tribunais pátrios admite interpretação extensiva de seus itens, para englobar serviços cor relatos àqueles expressamente previstos, mas portadores de denominação diversa.

Alega que o não cumprimento da obrigação acessória gera para o fisco o direito de constituir crédito tributário contra o inadimplente, cujo conteúdo é precisamente a penalidade pecuniária, ou seja, a multa correspondente, sendo certo que se a obrigação principal ocorreu conforme constatado pela fiscalização, certo é que a ocorrência da obrigação acessória.

Pugna, pois, pela improcedência dos pedidos iniciais.

A empresa autora voltou aos autos no doc. 018 dos autos digitalizados para impugnar a contestação apresentada, reafirmando, ao mesmo tempo, seus termos iniciais.

Na fase probatória, a autora pugnou pela realização de perícia contábil, que foi deferida, cujo laudo encontra-se nos docs. 055/058 dos autos digitalizados.

Quesitos complementares apresentados pela autora no doc. 059 os quais foram respondidos em laudo suplementar apresentado no doc. 075 dos autos digitalizados.

Manifestação da parte autora acerca do laudo pericial no doc. 086.



Laudo técnico do assistente pericial do Requerido no doc. 089 e manifestação do Município de Goiânia no doc. 092 dos autos digitalizados acerca do laudo pericial.

Os autos que tramitavam fisicamente foram digitalizados.

Memoriais finais do Município de Goiânia no evento nº 25.

A parte autora compareceu no evento nº 26 para manifestar-se sobre o laudo pericial do assistente pericial do Município Requerido.

O processo está em ordem e seguiu todos os trâmites legais.

É o relatório, em apertada síntese, e decido.

Esclareço, inicialmente, que o processo encontra-se maduro para julgamento, sendo suficientes as provas existentes nos autos, ensejando-se, assim, o julgamento antecipado do mérito, nos termos do artigo 355, inciso I do CPC/15, não havendo necessidade de produção de outras provas.

Outrossim, esclareço ainda que não foi colhido o parecer do Ministério Público pois não se trata de ação que exija sua intervenção, nos termos do artigo 178, caput e parágrafo único do CPC/15.

Feitas tais considerações, e estando presentes os pressupostos processuais e as condições da ação, passo diretamente ao exame do mérito.

Trata-se de ação anulatória, em que o autor alega que a nulidade do auto de infração nº 2009-0000739, em que se exige o pagamento do valor originário de R\$ 22.866.975,35 referente ao ISSQN pago a menor, devido no período apurado de janeiro 2007 a maio de 2010, e de R\$ 20.248,93 referente à multas formais.

Analisando, pois, o auto de infração, vejo que a empresa Vivo S/A foi autuado pelo recolhimento a menor de ISS no período acima mencionado pela prestação dos serviços constantes nos seguintes itens da lista do Código Tributário Municipal (Lei nº 5.040/75) previstos no artigo 52, *in verbis*:

Art. 52. Para os efeitos deste imposto, considera-se prestação de serviços, o exercício das seguintes atividades:

1.05 – Licenciamento ou cessão de direito de uso de programas de computação.

3.03 – Locação, sublocação, arrendamento, direito de passagem ou permissão de uso, compartilhado ou não, de ferrovia, rodovia, postes, cabos, dutos e condutos de qualquer natureza.

10.07 – Agenciamento de notícias.

12.16 – Exibição de filmes, entrevistas, musicais, espetáculos, shows, concertos, desfiles, óperas, competições esportivas, de destreza intelectual ou congêneres.

17.01 – Assessoria ou consultoria de qualquer natureza, não contida em outros itens desta lista; análise, exame, pesquisa, coleta, compilação e fornecimento de dados e informações de qualquer natureza, inclusive cadastro e similares.

31.01 – Serviços técnicos em edificações, eletrônica, eletrotécnica, mecânica, telecomunicações e congêneres.

Destaca-se, ainda, que o artigo 52, §2º, do CTM prevê a possibilidade de incidência do ISS sobre “os serviços não expressos na lista, mas que, por sua natureza e características, assemelhem-se a qualquer um dos que compõem cada item, desde que não constituam fato gerador de tributo de competência da União ou do Estado”.



Pois bem.

Analisando o auto de infração nº 2009-0000739 vejo que apesar de o Município de Goiânia indicar sobre quais os códigos existentes na lista prevista no artigo 52 do Código Tributário Municipal a empresa autora, ora autuada deixou de recolher o ISS, consta também a informação de que “a fiscalização se deu com base nas informações fornecidas pela própria contribuinte, que não detalhou devidamente os códigos e descrição individual dos serviços prestados, tendo agrupado todos os tios de serviços sob os títulos de “serviços adicionais” e “serviços adicionais e facilidades”.

Consta, ainda, na réplica do auditor de tributos José Carlos N. Fernandes quando da apresentação da impugnação à autuação pela autora (doc. 006 dos autos digitalizados) que:

2. Sobre os serviços autuados as rubricas foram obtidas dos arquivos magnéticos do Convênio ICMS 115/2003, entregues pela autuada à fiscalização tributária.

3. A impugnante, não discrimina, detalhadamente, como deveria, de acordo com as instruções do próprio convênio, nos arquivos magnéticos do Convênio ICMS 115/2003, os serviços que a mesma presta, com as respectivas descrições e codificações dos serviços efetivamente prestados, seja de telecomunicação ou valor adicionado e outros. Os serviços de valor adicionado são cobrados sob os títulos genéricos pelos quais foram agrupados no auto de infração e sob tais serviços prestados a impugnante possui amplo controle, pois os mesmos são detalhados nas contas telefônicas enviadas a seus clientes.

Assim, não restou à fiscalização senão indicar na peça fiscal os serviços adicionados mais comuns para a atividade de telefonia móvel, cabendo à impugnante, se discordante, provar cabalmente que tais serviços não sofrem incidência do ISS, mediante apresentação da discriminação dos valores englobados nas rubricas autuadas, sob pena alegar e não provar que os serviços não possuem a correlação que alega.

Como se sabe, é imprescindível que o auto de infração seja devidamente instruído com os documentos, demonstrativos e demais elementos que comprovem a infração cometida pelo contribuinte, de forma que o autuado se encontre possibilitado ao exercício de sua ampla defesa, o que somente ocorrerá na hipótese em que se encontrar de posse irrestrita de todos os elementos que embasam a fiscalização e, conseqüentemente, o lançamento de ofício.

É necessário que conste no auto da fiscalização o fundamento preciso da infração cometida, a determinação da matéria tributável, ou seja, o fato gerador, a base de cálculo do tributo devido, a identificação do sujeito passivo e a aplicação, se for o caso, da penalidade cabível, por meio da entrega dos respectivos documentos, demonstrativos e relatórios que o embasam.

Quanto à descrição do fato jurídico tributário infringido, a sua descrição pormenorizada tem por finalidade demonstrar os elementos e as circunstâncias da obrigação tributária que não teriam sido observados, mediante o relato detalhado no resumo da fiscalização, de forma que seja apontada a irregularidade cometida pelo contribuinte, bem como os dispositivos legais infringidos, ressaltando que, em decorrência do princípio da legalidade, esta deverá guardar relação de pertinência ao dispositivo legal transgredido pelo contribuinte autuado.

Da mesma forma, deve ser feita uma análise criteriosa acerca de cada um dos serviços prestados pelo contribuinte fiscalizado, a fim de apurar a congruência com as hipóteses de incidência e devida ocorrência do(s) fato(s) gerador(es) do tributo, o que não pode ser feito ou indicado de forma genérica.

A descrição do fato que embasa o lançamento fiscal deve ser relatada de forma clara, precisa e pormenorizada, de forma que não comporte dúvidas acerca da relação lógico-jurídica estabelecida entre o serviço prestado, no caso de incidência do ISS e a hipótese de incidência prevista em lei.

A indicação da existência da correção entre a atividade prestada pelo contribuinte e a hipótese de incidência



prevista em lei, especificamente nos itens do artigo 52 do CTM é tarefa do auditor fiscal do município, cabendo a ele apurar de forma precisa e sem generalidade a ocorrência de fatos geradores do tributo em questão.

Neste sentido, cite-se:

TRIBUTÁRIO. ISS. LANÇAMENTO DE OFÍCIO GENÉRICO. AUSÊNCIA DE ESPECIFICAÇÃO QUANTO AO FATO GERADOR. NULIDADE. ACÓRDÃO PARADIGMA VERSA SOBRE AUTOLANÇAMENTO. AUSÊNCIA DE SIMILITUDE FÁTICA. RECURSO NÃO CONHECIDO. 1. No Direito Tributário vige a regra da tipicidade fechada quanto à identificação do fato imponible. 2. Lançamento tributário que não especifica qual dos serviços constantes da lista tributada pelo ISS foi realizado pelo contribuinte é nulo, gerando, por consequência, a nulidade da inscrição em dívida ativa correspondente e extinção da execução fiscal que venha a ser ajuizada. 3. Identificar se a forma genérica pela qual foi realizada o lançamento ocasionou, ou não, dificuldade concreta no exercício de defesa do contribuinte é circunstância impossível de ser avaliada em sede de recurso especial, por implicar reexame de provas (Súmula 7/STJ). Em tese, o lançamento efetuado dessa maneira impossibilita o pleno exercício de defesa por parte do sujeito passivo tributário. 4. O acórdão recorrido refere-se ao lançamento de ofício realizado pela administração tributária. O acórdão paradigma cuida de caso em que o lançamento foi realizado pelo próprio contribuinte, lançamento por homologação. Situações fáticas dessemelhantes, que impossibilitam o conhecimento do recurso pela alínea "c" do permissivo constitucional. 5. Recurso especial não conhecido. (STJ, REsp 602.228/SC, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 11/09/2007, DJ 26/09/2007, p. 200).

Ademais, ainda que o STJ tenha firmando jurisprudência segundo a qual "*a lista de serviços tributáveis pelo ISS, a despeito de taxativa, admite a interpretação extensiva intra muros, qual seja, no interior de cada um de seus itens, permitindo a incidência da mencionada exação sobre serviços correlatos àqueles expressamente previstos na aludida lista de serviços*" (REsp 887.360), tal não autoriza a autuação genérica.

Neste diapasão, não merece prosperar a alegação do auditor fiscal de que caberia a impugnante, então contribuinte, provar que os serviços por ela prestados e atuados não possuem correlação com aqueles indicados no auto de infração ou mesmo que não sofrem a incidência do ISS.

Além disso, ressalta-se que a fiscalização em comento baseou-se nos documentos obtidos dos arquivos magnéticos do Convênio ICMS 115/2003 confeccionados para apuração do ICMS do contribuinte e não de eventual lançamento de ISS.

Percebe-se, portanto, que a autuação referente a "SERVIÇOS ADICIONAIS", "SERVIÇOS ADICIONAIS E FACILIDADES" relacionados como sendo os serviços previstos nos itens 1.05, 10.07, 17.01, 31.01 e 12.16 da lista do artigo 52 do CTM, afrontou os princípios da legalidade, tipicidade, contraditório, ampla defesa, devido processo legal, motivação e segurança jurídica, ensejando, dessa forma, a anulação do processo de fiscalização, o qual deve ser aperfeiçoado, garantido-se a devida análise dos serviços prestados pela empresa autora e devido enquadramento legal nas hipóteses de lançamento do ISS.

Ao constar no auto de infração a informação de que os "serviços adicionais" e "serviços adicionais e facilidades" foram enquadrados nos itens da lista de serviços de ISS mais comuns para a atividade de telefonia celular do contribuinte tira-lhe totalmente a tipicidade da autuação, uma vez que ausente a análise dos serviços efetivamente atuados, mormente no que tange à apuração do fato gerador.

Não se pode sequer averiguar se se tratam de atividades-meio, acessórias ou de valor adicionado na forma alegada pela autora, pela total falta de descrição dos serviços atuados, pois não consta a na autuação a natureza do serviço prestado.

Ademais, foi constato na perícia técnica (doc. 075 dos autos digitalizados) que "*ao examinar os arquivos*



magnéticos do Convênio ICMS 115/03, gerados pela Autora, ficou evidenciado que é possível afirmar que os serviços que estão na descrição das notas fiscais eletrônicas emitidas a cada mês, com as rubricas "Serviços Adicionais" e "Serviços Adicionais e Facilidades", foram submetidos à tributação pelo ICMS na alíquota de 29% (vinte e nove por cento)", o que, a priori, já afasta a incidência do ISS na forma autuada pelo Município Requerido.

Nesse diapasão vale lembrar ainda que a Lei nº 9.472/97, Lei Geral de Telecomunicações, que dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, em seu artigo 61, caput, prevê: "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". Tem-se, portanto, que o serviço de valor adicionado, embora dê suporte a um serviço de comunicação (telecomunicação), com ele não se confunde, devendo ser apurado em cada caso concreto a exata prestação do serviço a ser tributado pelo ISS, inclusive quanto à possibilidade de o ser uma atividade-meio, portanto, não tributável ou mesmo atividade de telecomunicação, na qual incide o ICMS.

Outrossim, da simples alegação de prestação de "serviços adicionais" não se pode, por exemplo, deduzir que a autora, atuante no ramo de telefonia, preste serviços de exibição de entrevistas musicais, espetáculos, shows e etc como consta no item 12.16, o que torna nula toda a autuação referente às rubricas 1.05, 10.07, 17.01, 31.01 e 12.16.

Quanto à tributação da rubrica "REMUNERAÇÃO PELO USO DE REDE" inserida como o serviço previsto no item 3.03 do artigo 52 do CTM, qual seja, "locação, sublocação, arrendamento, direito de passagem ou permissão de uso, compartilhado ou não, de ferrovia, rodovia, postes, cabos, dutos e condutos de qualquer natureza", sua autuação se deu pela contrapartida financeira recebida pela cessão de uso da estrutura de telefonia celular da Vivo, ora autuada, conforme detalhado na réplica administrativa do auditor de tributos (doc. 006 dos autos digitalizados).

A Resolução nº 588, de 07 de maio de 2012 da Anatel, que trata da telefonia fixa, define 'tarifa de Uso (TU)' como sendo o valor que remunera por unidade de tempo uma Prestadora de STFC pelo uso de sua rede e compreende a Tarifa de Uso de Rede Local, a Tarifa de Uso de Rede Interurbana Nível 1, a Tarifa de Uso de Rede Interurbana Nível 2 ou a Tarifa de Uso de Comutação; define também os critérios gerais para remuneração pelo uso de redes.

Já a Resolução nº 438, de 10 de julho de 2006 também da Anatel, que cuida do Regulamento de Remuneração pelo Uso de Redes de Prestadoras do Serviço Móvel Pessoal – SMP define "Valor de Remuneração de Uso de Rede do SMP – VU-M" como o valor que remunera uma Prestadora de SMP, por unidade de tempo, pelo uso de sua rede para troca de tráfego telefônico.

Tem-se, portanto, que a remuneração de rede é o valor recebido pela empresa de telefonia pela interconexão para encaminhamento de chamadas de outras operadoras, podendo ser de uso local ou interurbano, ou seja, é o valor pago pelas outras operadoras pelo uso da infraestrutura de rede da autora, no caso em comento.

Neste sentido, o artigo 146 da Lei Geral de Telecomunicações define que:

Art. 146. As redes serão organizadas como vias integradas de livre circulação, nos termos seguintes:

[...]

Parágrafo único. Interconexão é 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.

Ora, o STJ já pacificou entendimento segundo o qual incide ICMS na prestação dos serviços de telecomunicação, nos termos da CF e da Lei Complementar nº 87/1996, incidindo o tributo sobre os serviços de comunicação prestados de forma onerosa, através de qualquer meio, inclusive a geração, a emissão, a recepção, a transmissão, a retransmissão, a repetição e a ampliação da comunicação de qualquer natureza (REsp 1.513.841).



A simples disponibilização para os usuários dos meios materiais necessários à comunicação entre eles não tipifica a prestação do serviço em si, mas simples etapa necessária a sua implementação.

Ora, o artigo 73 da Lei nº 9.472/97 determina que: “as prestadoras de serviços de telecomunicações de interesse coletivo terão direito à utilização de postes, dutos, condutos e servidões pertencentes ou controlados por prestadora de serviços de telecomunicações ou de outros serviços de interesse público, de forma não discriminatória e a preços e condições justos e razoáveis”.

De acordo com a Resolução nº 683/2017 da Anatel, o compartilhamento é obrigatório quando houver excedente de infraestrutura.

Há, de fato, estreita relação com um contrato de locação, porém, no compartilhamento, não ocorre uma transferência de posse ao contratante, requisito obrigatório nos contratos de locação. Compartilhar significa uso conjunto de uma mesma infraestrutura, mantendo-se o seu titular com a posse do bem, mas, a permitir a sua utilização conjunta, mediante uma remuneração, assemelhando-se pois de a uma cessão de uso.

Embora figurem na lista de serviços, resta claro que as atividades relacionadas no item 3.03 do artigo 52 do CTM, na forma feita pelo Município Requerido, se tratam de mera disponibilização de um bem para uso e gozo de terceiro. Juridicamente falando, essa operação, envolvendo a disponibilização do bem, é registrada por meio de um contrato de locação ou cessão do direito de uso

Contudo, como se sabe, o STF já declarou ser inconstitucional a locação de bem móvel, nos termos do enunciado da Súmula Vinculante nº 31, sendo, portanto, indevido a cobrança de ISS sobre a remuneração pelo uso da rede da autora por terceiros, ainda que conste na lista de serviços do CTM.

Ora, “redes de telecomunicações compreendem toda a infraestrutura necessária para atender aos serviços do usuário final, seja ele um usuário corporativo ou físico. Para realizar a comunicação entre dois ou mais pontos, as redes fazem uso de sistemas de transmissão, que são basicamente combinações de meios e tecnologias de transmissão” (disponível em), ou seja, cuida-se de uma infraestrutura composta de bens móveis, sendo que não há que se falar na incidência de ISS sobre seu eventual uso por terceiro.

Dessa forma, entendo indevida a tributação realizada pelo Município de Goiânia tendo como base de cálculo a remuneração percebida pelo uso de rede, motivo pelo qual deve o auto de infração objeto desta ação ser anulado neste ponto.

Vejo, outrossim, que foram aplicadas à autora as penalidades previstas no artigo 88 do CTM, in verbis, as quais totalizaram R\$ 20.248,93:

Art. 88. As infrações cometidas pelo sujeito passivo do Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza serão punidas com as seguintes multas:

[...]

IV - por faltas relacionadas com os documentos fiscais:

b) o valor equivalente a 53,43 (cinquenta e três vírgula quarenta e três centésimos) UFIR, por mês, aos que, isentos, imunes, tributados ou não, deixarem de emitir nota fiscal de serviços;

r) o valor equivalente a 178,10 UFIR's (cento e setenta e oito inteiros e dez centésimos), aplicada a cada mês, pela não apresentação mensal da DMS - Declaração Mensal de Serviços, mesmo que não apresente movimento econômico ou por conter informações falsas e omissões dos serviços prestados.”

Claro está que as multas foram aplicadas em razão do não cumprimento de obrigações acessórias de



emissão de nota fiscal de serviços e pela não apresentação da DMS, conforme consta no auto de infração nº 2009-0000739.

Ora, constatado nos autos a ilegalidade na autuação quanto ao não recolhimento do ISS que o Município entendia devido (obrigação principal), certo é que não há que se falar na aplicação de penalidades pelas obrigações acessórias.

Neste sentido, cite-se:

APELAÇÃO CÍVEL. ANULATÓRIA DE DÉBITO FISCAL. ISS. ITENS DESCRITOS NO AUTO DE INFRAÇÃO. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO POR TERCEIRIZADA E ATIVIDADE-MEIO. SERVIÇO DE TELECOMUNICAÇÃO. PROGRAMA DE COMPUTADOR NÃO PERSONALIZADO. 1. Não incide ISS sobre serviços prestados que caracterizem atividade-meio para atingir atividade-fim, no caso de fornecimento do serviço de telecomunicação. Precedentes STJ. 2. Sobre programas de computador não personalizados, criados e vendidos de forma impessoal, incide ICMS, e não ISS (DL nº 406/68). 3. Em sendo ilegal a cobrança daquele imposto municipal, a falta de apresentação da Relação de Serviço de Terceiros - REST, bem como a ausência de emissão do documento fiscal, por se tratarem de obrigações acessórias, não são devidas. RECURSO CONHECIDO MAS DESPROVIDO." (TJGO, APELAÇÃO CÍVEL 325452-37.2012.8.09.0051, Rel. DES. NORIVAL SANTOME, 6A CÂMARA CÍVEL, julgado em 11/03/2014, DJe 1507 de 20/03/2014) – grifei.

Diante de todo o exposto, e por tudo mais que consta dos autos, hei por bem julgar procedentes os pedidos iniciais, ao passo em que resolvo o mérito, nos termos do artigo 487, inciso I do CPC/15, declarando nulo o auto de infração nº 2009-0000739 em razão da ausência de correlação entre os serviços autuados com os itens abarcados pela lista de serviços do artigo 52 da Lei Municipal nº 5.040/75, cabendo o Município autuante realizar nova fiscalização, levando-se em conta a espécie de cada serviço prestado dentre aqueles nomeados como sendo “serviços adicionais” e “serviços adicionais e facilidades”.

Declaro também nula a autuação da rubrica “remuneração pelo uso de rede” inserta no item 3.03 do CTM, uma vez que indevido o ISS nesta modalidade.

Por fim, declaro nulas as multas fixadas em desfavor da autora, uma vez que, sendo obrigações acessórias, não hão de incidir no caso em tela haja vista a inexistência do imposto (obrigação principal).

Em atenção ao princípio da sucumbência, condeno o Município de Goiânia ao pagamento de eventuais custas e despesas processuais adiantadas pela autora, bem como dos honorários advocatícios, ora fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor atualizado da causa, nos termos do artigo 85, § 4º, inciso III, do CPC/15.

Sentença sujeita ao duplo grau de jurisdição.

Custas na forma da lei.

Publique-se, registre-se e intime-se.

Goiânia, data da assinatura digital.

JUSSARA CRISTINA OLIVEIRA LOUZA

Juíza de Direito