



SECRETARIA DE ESTADO DOS NEGÓCIOS DA FAZENDA
COORDENADORIA DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA

TRIBUNAL DE IMPOSTOS E TAXAS

CAMARA	PROCESSO Nº	RECURSO
SUPERIOR	DRT14-258604-2007	ESPECIAL

RECORRENTE	PUBLICIDADE KLIMES SÃO PAULO					
RECORRIDO	FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL					
RELATOR(A)	GIANPAULO CAMILO DRINGOLI	AIIM	3.065.820-2	S. ORAL	SIM	

EMENTA

ICMS

FALTA DE EMISSÃO DE NOTA FISCAL NA VEICULAÇÃO DE PROPAGANDA MEDIANTE "OUTDOOR"

Paradigma indicado presta-se ao confronto, por ter tratado da mesma matéria com decisão favorável ao contribuinte.

A Constituição federal de 1988 não recepcionou completamente a Lista Serviços a que se refere o artigo 8º do Decreto-Lei 406/68, sobretudo, alguns itens dessa lista anteriores à Constituição Federal que não mais prevalecem, caso da "publicidade" - "promoção ou difusão ao público de determinados produtos, bens, pessoas, serviços ou idéias". A veiculação de propaganda por meio dos chamados "outdoors", painéis ou cartazes é modalidade da prestação de serviço de comunicação, portanto, sujeita apenas ao ICMS.

A atual Lei Complementar 116, de 2003, que regula o ISSQN, não estabelece a incidência do imposto municipal na veiculação de propaganda

RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO

CAPITULAÇÃO DA INFRAÇÃO	CAPITULAÇÃO DA MULTA
Artigo 175 do RICMS/2000 (Decreto 45.490/2000).	Artigo 527, IV, "a", do RICMS/2000.

Trata-se de recurso especial do particular, contra decisão de recurso ordinário que manteve a acusação fiscal relativa à falta de emissão de nota fiscal na veiculação de propaganda mediante "outdoor".

- Inconformado, o Contribuinte alega não incidência do ICMS em sua atividade de locação de espaço para publicidade. Afirma possuir a multa aplicada caráter confiscatório. Requer a oportunidade para sustentação oral às folhas 1256 e 1302, já na vigência da nova Lei 13.457, de 2009.

TRIBUNAL DE IMPOSTOS E TAXAS
CÂMARA SUPERIOR
SUSTENTAÇÃO ORAL

CERTIFICANDO que o interessado compareceu
Sessão regular desta Câmara e procedeu a
Sustentação oral requerida.

Câmara Superior de SOES, em 4 / 11 / 2010

Assinatura de Lerius Chiavassa

PROVA IDENTIFICAÇÃO: OBSP 132481


SECRETÁRIO

Olga Maria de Castilho Anunciação



SECRETARIA DE ESTADO DOS NEGÓCIOS DA FAZENDA
COORDENADORIA DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA

TRIBUNAL DE IMPOSTOS E TAXAS

CAMARA
SUPERIOR

PROCESSO Nº
DRT14-258604-2007

RECURSO
ESPECIAL

3. A d. Representação Fiscal pugna pela manutenção do acórdão recorrido.
4. É a síntese do necessário.

VOTO

5. O paradigma indicado pela Recorrente julgou a mesma matéria, com decisão favorável ao contribuinte. Há, portanto, demonstração da necessária divergência de interpretação da legislação tributária para o conhecimento do apelo do contribuinte.
6. Entretanto, deve-se prestigiar a interpretação da legislação adotada no acórdão recorrido, por ter adotado a melhor interpretação da legislação tributária ao caso presente.
7. Com efeito, vale a pena reproduzir breve trecho dos votos condutores de folhas 173 e 182, respectivamente do relator e do juiz com vista:

"A alegação não procede. A hierarquia das normas é princípio basilar do Direito e a revogação do subitem constante na Lista de Serviços trazidas pelo DL 406/68 e de que trata o recorrente ocorreu de forma tácita a partir da promulgação da Constituição de 1988 que, ao instituir do ICMS sobre Serviços de Comunicação, não recepcionou o mencionado dispositivo contido na legislação anterior. Em obediência ao princípio da estrita legalidade, ao qual o Direito Tributário deve completa submissão, tenho por claro que as operações de veiculação de publicidade por meio de 'outdoor' ou 'totem', anteriormente à vigência da Lei Complementar 116/2003, não eram alcançadas pela tributação do ISSQN, face à imposição do ICMS, por serem mutuamente excludentes. Embora a atividade da recorrente encontrar-se expressamente descrita no item 86 da Lista de Serviços imposta pelo mencionado Decreto-Lei, sua revogação já se dera quando da entrada em vigor da Constituição atual. Não poderia ser norma válida e vigente, eis que materialmente contrária ao ditame constitucional que instituiu o ICMS sobre serviços de comunicação.

Em decorrência, quanto ao contribuinte cogitar-se isento de qualquer tributação em virtude de veto ao dispositivo que trataria suas atividades como de âmbito tributário municipal, vejo total descompasso entre seu entendimento e a correta interpretação da norma constitucional que dispõe sobre o alcance da tributação dos impostos estaduais e municipais. O serviço de comunicação é tributado pelo ICMS, conforme previsão constitucional, e o mencionado veto apenas atende à busca de clareza e ausência de incertezas no sistema jurídico tributário.

8. Portanto, no mérito, não assiste qualquer razão à Recorrente.



SECRETARIA DE ESTADO DOS NEGÓCIOS DA FAZENDA
COORDENADORIA DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA

TRIBUNAL DE IMPOSTOS E TAXAS

CAMARA
SUPERIOR

PROCESSO Nº
DRT14-258604-2007

RECURSO
ESPECIAL

9. E a razão fundamental para isso está na própria Constituição federal que assim determina no inciso III artigo 156, *verbis*:

Art. 156. Compete aos Municípios instituir impostos sobre:

(...)

III - serviços de qualquer natureza, não compreendidos no art. 155, II, definidos em lei complementar. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993)

(...)

1. De fato, como está expressamente definido, não poderão ser tributados pelo ISS os serviços nos quais incide o ICMS, vale dizer, serviços de transporte intermunicipal e interestadual, e de comunicação.
10. Assim, deve-se decidir se a veiculação de propaganda mediante a utilização de outdoor é modalidade de serviço de comunicação ou não, o que excluiria ou não a incidência do ISS.
11. A Consultoria Tributária, órgão da Coordenadoria da Administração Tributária competente para a interpretação e aplicação da legislação tributária paulista, e responsável pela emissão de manifestações de observância obrigatória para toda a fiscalização, já teve oportunidade para firmar entendimento sobre a matéria de fundo desses autos, na resposta à Consulta nº. 226, de 12.04.2000, publicada no sítio da Secretaria da Fazenda (www.fazenda.sp.gov.br), *verbis*:

Resposta de Consulta nº 226/2000, de 12-04-2000.

1. Expõe a Consulente:

"A empresa foi constituída com a atividade de: Comércio de Materiais para Out-Doors, com serviços de colocação de cartazes e painéis, sendo que desde então, apenas presta serviços de veiculação e divulgação de propaganda em Out-Doors, onde todo o material usado para a prestação de serviço é considerado como despesa, estando a mesma, enquadrada no estado como EPP-A de acordo com o seu faturamento, com isso, está sendo emitida nota fiscal série A - prestação de serviço municipal, conforme Lei Complementar Municipal n.º 415 de 28/12/1994 conforme conversão do decreto Municipal 008 de 12/01/1996 - da tabela n.º 01 Artigo 94 - item 85, onde salienta que veiculação e divulgação de textos, desenhos e outros materiais de publicidade, por qualquer meio (exceto em jornais periódicos, rádio e televisão) é abrangida pelo ISS na alíquota de 4%, a dívida em questão é quanto a emissão de nota fiscal, ou seja: A consulente deverá emitir notas fiscais separadas sendo estas; modelo 1 - nota fiscal de saída para o



SECRETARIA DE ESTADO DOS NEGÓCIOS DA FAZENDA
COORDENADORIA DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA

TRIBUNAL DE IMPOSTOS E TAXAS

CAMARA
SUPERIOR

PROCESSO Nº
DRT14-258604-2007

RECURSO
ESPECIAL

material aplicado e nota fiscal série A - prestação de serviço para o serviço prestado, ou esta atividade se enquadra de acordo com o Decreto acima citado, onde é apenas prestação de serviço não citando que o material aplicado é devido pelo ICMS, nesse caso a tributação ficaria a cargo do município na alíquota de 4%."

2. Diante das questões colocadas, faz-se necessário mostrar à Consulente o quanto tem agido erroneamente. A partir da Constituição federal de 1988, os serviços de comunicação são tributados pelo ICMS. Incluem-se nesse campo de incidência os serviços de comunicação visual, tais como a propaganda em fachadas, painéis, outdoors, etc., como será explicado a seguir.

3. Não obstante a lista de serviços referida no art. 8º do Decreto-Lei n.º 406/68 encontrar-se recepcionada pelo novo ordenamento jurídico, conforme § 5º do artigo 34 do A.D.C.T. da CF/88, existem alguns itens dessa lista anteriores à Constituição Federal que não mais prevalecem, caso da "publicidade" - "promoção ou difusão ao público de determinados produtos, bens, pessoas, serviços ou idéias" (conforme Bernardo Ribeiro de Moraes in "Doutrina e Prática do Imposto Sobre Serviços", pág. 314, Ed. Revista dos Tribunais, 1975).

4. A veiculação e divulgação de publicidade em painéis ou por outros meios de comunicação, desde que realizado onerosamente, configuram-se prestação de serviço de comunicações, inserida no campo de incidência do ICMS por força do disposto no inciso II do artigo 155 da Carta Magna. Ao Município cabe ainda tributar a criação da propaganda, a elaboração artística, o planejamento da divulgação, enfim, tudo o que, relativo à propaganda e à publicidade, não diz respeito à veiculação e à divulgação.

5. Em reforço desse entendimento, podemos citar decisão do Secretário das Finanças da Prefeitura do Município de São Paulo, Portaria n.º 003/94 (D.O.M. de 06/01/94), expungindo da legislação municipal o Código de Serviço 2550 ("veiculação e divulgação de material propagandístico e publicitário, por qualquer meio"), tendo em vista "a necessidade de adequação de normas complementares expedidas no âmbito de competência da Secretaria das Finanças". Procurou referida autoridade municipal, com certeza, evitar conflitos de competência, reservados que estão à tributação do ICMS os fatos acima descritos.

6. Consequentemente, ao prestar o serviço que descreve, a Consulente deve emitir apenas um documento fiscal, a Nota Fiscal de Serviços de Comunicação, modelo 21, na forma dos arts. 167 a 169 do RICMS/91.

7. Para fins de tributação, tendo em vista que a Consulente informa que encontra-se enquadrada no regime tributário simplificado da Lei n.º 10.086, de 19/11/98, como Empresa de Pequeno Porte (EPP-A), deve cumprir as obrigações



SECRETARIA DE ESTADO DOS NEGÓCIOS DA FAZENDA
COORDENADORIA DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA

TRIBUNAL DE IMPOSTOS E TAXAS

CAMARA
SUPERIOR

PROCESSO Nº
DRT14-258604-2007

RECURSO
ESPECIAL

nela previstas e dela decorrentes, principais e acessórias, inclusive relativas ao regime especial de apuração do imposto, atendendo também a regulamentação do Decreto 43.738, de 19/11/98 e suas respectivas alterações.

Fernando Batlouni Mendroni, Consultor Tributário. Cassio Lopes da Silva Filho, Diretor da Consultoria Tributária.

12. Note-se que o entendimento da Consultoria Tributária é corroborado pelo ilustre jurista Bernardo Ribeiro de Moraes, profundo conhecedor da matéria relativa à incidência do Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza – ISS, conforme sua conhecida obra supracitada (*Doutrina e Prática do Imposto sobre Serviços*).
13. Com efeito, para o renomado jurista, a Constituição federal de 1988 não recepcionou completamente a Lista Serviços a que se refere o artigo 8º do Decreto-Lei 406/68, sobretudo, haja vista sua afirmação acima reproduzida, *verbis*: *existem alguns itens dessa lista anteriores à Constituição Federal que não mais prevalecem, caso da "publicidade" - "promoção ou difusão ao público de determinados produtos, bens, pessoas, serviços ou idéias"*.
14. Para melhor compreensão da matéria, vale reproduzir trecho da resposta à Consulta nº. 389, de 17.02.2004, também publicada no mesmo sítio da Secretaria da Fazenda, em que a Consultoria Tributária explicita o conceito de serviço de comunicação adotado, *verbis*:

5. Fernando B. Mendroni, em excelente estudo sobre o tema ("O ICMS sobre serviços de comunicação – Enfoque lógico-jurídico" in "Revista Tributária e de Finanças Públicas" nº. 50 p. 36 a 39), alerta que "segundo a doutrina predominante, prestar serviço de comunicação é fornecer um ambiente de comunicação, é colocar à disposição de terceiros meios para que eles se comuniquem. Entende-se que assim, e somente assim procedendo, alguém fica sujeito à incidência do ICMS sobre serviços de comunicação".

6. Contudo, em rigorosa análise, demonstra ser insustentável essa proposição:

"Não há um tipo legal para a prestação de serviço de comunicação. Faz-se necessário investigar o próprio conceito, de maneira nenhuma por tentar defini-lo, mas por compreender, no ordenamento jurídico, como diferenciá-lo, distingui-lo de todos os demais conceitos legais, para resolução dos casos concretos sob os aspectos sistemático e teleológico.

Com a interpretação da norma constitucional segundo o direito privado, conforme os ditames do Código Tributário Nacional, verificamos que há sujeição ao ICMS na prestação de serviços cujo interesse predominante seja a ocorrência de comunicação.



SECRETARIA DE ESTADO DOS NEGÓCIOS DA FAZENDA
COORDENADORIA DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA

TRIBUNAL DE IMPOSTOS E TAXAS

CAMARA
SUPERIOR

PROCESSO Nº
DRT14-258604-2007

RECURSO
ESPECIAL

Para que se possa identificar 'fornecer meios para que terceiros se comuniquem' com 'prestação de serviço de comunicação', deve-se submeter essa proposição ao que já foi encontrado. Isto é, verificar se o interesse contratual desse serviço é sempre e somente o fornecimento desses meios. Contudo, nenhuma relação de dependência se vislumbra entre o interesse contratual na comunicação e as considerações a respeito de meios e mensagens, ou do número de pessoas envolvidas.

A interpretação é imperfeita, mas o raciocínio, viciado, torna-se intuitivo. Eis como.

Num primeiro momento, verifica-se que a comunicação, num certo sentido, está presente em praticamente todos os fenômenos estruturais do universo. É claro que sempre que se toma todas as coisas por sua totalidade, relacionando-se, ocorre alguma forma de comunicação, pois é pela comunicação que trocas e relacionamentos acontecem.

Num segundo momento, há uma confusão de 'comunicação', tomada em sua totalidade ou variedade de sentidos, com 'prestação de serviço de comunicação', sendo esse termo levado muito além dos seus possíveis limites econômicos e tributários. Exatamente o que não pode ser feito - confundir 'comunicação' com 'prestação de serviço de comunicação' - é o que é feito, pois é esse o passo intermediário para se concluir que o ICMS não incide 'sobre a comunicação propriamente dita', mas sobre a 'relação comunicativa'.

Então, num terceiro momento, diante da necessidade de restrição do conceito de 'prestação de serviço de comunicação', confundido com 'comunicação' em sua amplitude, para que não resultem conclusões absurdas sobre a tributação, há necessidade de proceder a alguma limitação da amplitude desse conceito, para fazer surgir aparente adequação aos fins tributários.

Elege-se, a seguir, uma situação conhecida para fazer essa restrição ou adequação, que é a dos serviços de telefonia, que podem ser compreendidos como 'colocação à disposição do usuário dos meios e modos aptos à transmissão e recepção de mensagens', ou, o que é equivalente, 'em caráter negocial, alguém fornecer, a terceiro, condições materiais para que a comunicação ocorra'.

E daí surge também a separação entre meio e mensagem, que se costuma considerar evidente e necessária, mas que é inaceitável. Fornecer meios para que terceiros se comuniquem não tem relação lógica com a prestação de serviço.

Não se pode esperar muito de uma proposição que, embora abraçada pela doutrina, não é norma jurídica, não decorre de nenhuma norma jurídica e é aplicada apenas pela facilidade com que é aplicável em casos de menor complexidade.



SECRETARIA DE ESTADO DOS NEGÓCIOS DA FAZENDA
COORDENADORIA DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA

TRIBUNAL DE IMPOSTOS E TAXAS

CAMARA
SUPERIOR

PROCESSO Nº
DRT14-258604-2007

RECURSO
ESPECIAL

Admitimos que, na prática, muitas vezes - talvez, na maioria das vezes -, ocorre o fornecimento de meios para comunicação concomitantemente com a prestação dos serviços de comunicação.

Mas contratos de maior complexidade que têm surgido ultimamente, como, por exemplo, alguns que envolvem tanto telecomunicações como processamento de dados, deixam estupefatos aqueles que tentam interpretar a norma conforme preceituado pela doutrina.

O fornecimento dos meios de comunicação geralmente ocorre diante de um interesse contratual simples. Ter duas pessoas se comunicando e um terceiro prestando serviço, sem trocar mensagens, importa geralmente que esse terceiro está sendo pago para satisfazer o interesse de comunicar daquele que está pagando.

Duas pessoas se comunicando, estando uma delas prestando serviço, i. e., adimplindo obrigação de fazer, geralmente configura uma situação jurídica mais complexa, em que o interesse contratual precisa ser examinado mais de perto.

(.....)

Há um sentimento presente, mas retrógrado, no mundo jurídico, de necessidade de subsumir plenamente fatos a normas. Esse sentimento é reflexo de outro sentimento: o de que somente a subsunção pura e simples pode trazer certezas. Ora, aplicação da norma é sua constante recriação. Nem a certeza pode ser absoluta, nem a certeza absoluta está acima de todos os outros valores e princípios ordenadores do direito.

Pela necessidade psicológica de subsumir, e considerada a dificuldade de fazê-lo buscando 'prestações de serviço de comunicação' para encontrar fatos geradores do ICMS, a doutrina procurou uma 'premissa maior' para os casos reais, tentando substituir o texto legal por outro, 'fornecer meios para que terceiros se comuniquem', com o que, a partir da complexidade dos fatos sociais, discordamos.

Indecisão e incerteza, vez ou outra, surgem, pois o raciocínio puramente formal não é possível. Assim é o direito, inclusive o direito tributário. Não se escapa à necessidade de valoração das decisões".

7. E conclui que a incidência tributária sobre a prestação de serviço de comunicação se concretiza sobre o adimplemento de obrigações concernentes a essa prestação contratual de serviço:

"Então, contratos de prestação de serviços de comunicação são contratos onde há alguém que se obriga a fazer a comunicação em troca de alguma contraprestação. Sempre se caracteriza, e somente se caracteriza, o contrato de



SECRETARIA DE ESTADO DOS NEGÓCIOS DA FAZENDA
COORDENADORIA DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA

TRIBUNAL DE IMPOSTOS E TAXAS

**CAMARA
SUPERIOR**

**PROCESSO Nº
DRT14-258604-2007**

**RECURSO
ESPECIAL**

prestação de serviço de comunicação, quando o interesse principal, predominante, do acordo das vontades, for a execução de comunicação.

(.....)

Assim, prestar serviço de comunicação provoca a incidência do ICMS, pelo adimplemento de um contrato de serviços de comunicação, pela satisfação do interesse predominante da ocorrência da comunicação contratada.

O objeto imediato de um contrato dessa natureza é a atividade, não-subordinada, a ser exercida mediante retribuição ou sua promessa, tendo em vista a concentração de esforços para a realização da comunicação - um contrato de prestação de serviços, que tem por finalidade a execução de comunicação, para satisfazer o interesse contratual".

8. Sublinhamos que a validade dessa conclusão tem como fundamento o mencionado artigo 155, II, da Constituição Federal de 1988. Em harmonia com esse dispositivo, o artigo 2º, III, da Lei Complementar nº 87/86 dispõe que:

"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". (grifamos)

9. No âmbito da legislação tributária do Estado de São Paulo, encontramos disposição idêntica no artigo 1º, III, da Lei nº 6.374/89 (com a redação dada pelo inciso I do art. 1º da Lei 10.619, de 19-7-00 - DOE 20-7-00).

10. A base de cálculo é o "respectivo preço", ou seja, o valor pago pelo tomador em razão da prestação de serviço de comunicação (artigo 37, VIII, do RICMS/2000) e, nas prestações internas, a alíquota aplicável é 25% (artigo 55, I, do mesmo regulamento).

15. Assim, deve-se concluir que a veiculação de propaganda mediante a utilização de "outdoor" é modalidade de prestação de serviço de comunicação, sujeitando-se inteiramente ao ICMS, já que Lista de Serviço a que se refere o Decreto-Lei 406/68, conforme afirma o ilustre jurista Bernardo Ribeiro de Moraes, supracitado, não foi recepcionada integralmente pela ordem constitucional atual. Portanto, não se poderia concluir que, antes da edição da Lei Complementar 116, de 2003, a veiculação de propaganda por meio de "outdoor" estaria sujeita ao imposto de competência municipal.

16. Com efeito, desde a criação do ICMS-Comunicação pela Constituição de 1988,

SECRETARIA DE ESTADO DOS NEGÓCIOS DA FAZENDA
COORDENADORIA DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA

TRIBUNAL DE IMPOSTOS E TAXAS

CAMARA

REUNIDAS

PROCESSO Nº

DRT14-258604-2007

RECURSO

ESPECIAL

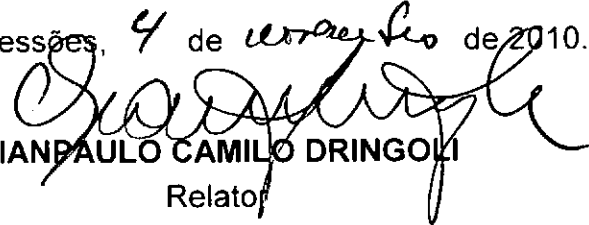
a atividade de veiculação de propaganda mediante a utilização de cartaz, painel ou "outdoor" está sujeita apenas ao imposto de competência estadual.

17. Tanto é assim que a atual Lei Complementar 116, de 2003, que regula o ISSQN, não estabelece a incidência do imposto municipal na veiculação de propaganda, por ter sido vetado o subitem "17.07 – Veiculação e divulgação de textos, desenhos e outros materiais de propaganda e publicidade, por qualquer meio.", por ter sido considerado inconstitucional.

18. Por fim, em que pese todo o esforço do contribuinte para tentar reformar o acórdão recorrido, trazendo aos autos a destempe um parecer de renomado jurista, para o presente caso, deve-se prestigiar o entendimento de outro renomado jurista, o dr. Bernardo Ribeiro de Moraes, a quem rendo minhas homenagens pelos serviços prestados ao direito tributário, sobretudo no que se refere ao Imposto sobre Serviços – ISS.

19. Por todo o exposto, e por estarem presentes seus pressupostos de admissibilidade, **DEVE-SE CONHECER DESTE RECURSO ESPECIAL DO CONTRIBUINTE**, para, no mérito, **NEGAR-LHE PROVIMENTO** e, por conseguinte, manter a decisão de recurso ordinário.

Sala das Sessões, 4 de ~~março~~ de 2010.


GIANPAULO CAMILO DRINGOLI

Relator

A pedido de vista ao processo a/c) BR. (a)

Luis Fernando Mussolini f.

pelos prazos de 15 dias (art. 623 do r.t.)

Recebi: em 04/11/2010

SALA DAS SEGRECIAS, em

[Assinatura]
Procurador



SECRETARIA DA FAZENDA
COORDENADORIA DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA

TRIBUNAL DE IMPOSTOS E TAXAS

CAMARA
SUPERIOR

PROCESSO Nº
DRT 14 258604/07

RECURSO
ESPECIAL

RECORRENTE	PUBLICIDADE KLIMES SÃO PAULO LTDA.				
RECORRIDO	FAZENDA PÚBLICA				
RELATOR	GIANPAULO DRINGOLI	AIIM	3065820 2	S.O.	
EMENTA					
ICMS ASSUNTO - DIVULGAÇÃO DE MATERIAL PUBLICITÁRIO EM OUTDOORS E OUTROS MEIOS SIMILARES. NÃO CARACTERIZAÇÃO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE COMUNICAÇÃO SUJEITA AO ICMS. MÉRITO: RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. CASO CONTRÁRIO, DECRETADA EX OFFICIO A RECAPITULAÇÃO DA PENALIDADE DA ALÍNEA "A" DO INCISO IV PARA A ALÍNEA "C" DO INCISO I DO ARTIGO 527 DO RICMS/00.					

VOTO DE VISTA DO JUIZ LUIZ FERNANDO MUSSOLINI JÚNIOR

1 Impetro vênia ao Ilustríssimo Juiz Relator para dele discordar, fazendo-o pelas razões que expendi em meu voto vencido nesta Câmara Superior, quando da apreciação do DRT-14-407534/06, que é de conhecimento dos Nobres Pares.

2 Acrescento, como já fiz alhures, desconhecer que a matéria de fundo esteja pacificada no âmbito do Superior Tribunal de Justiça; aliás, ignoro ter ela sido já examinada; o que já se debateu e ficou manso no STJ é a incidência do ICMS sobre a fabricação dos materiais publicitários em foco, *outddors*, *frontligths*, *backligts* etc.

3 Somo, e não me soa despropositado, que no próprio primeiro degrau do contencioso administrativo tributário paulista a questão é objeto de controvérsias, como deixa claro a posição adotada pela Julgadora Tributária Sueli Tumaco na apreciação da impugnação feita em caso absolutamente idêntico ao presente (Processo 1000181-1813487-2006), cancelando a imputação, verdade que a decisão foi reformada em recurso *ex officio*; também verdadeiro que o feito ainda não foi julgado em 2º grau.

4 Sublinho que já na vigência da LC nº 116/2003 e de legislação local que implementou a sua aplicação, o TJSP, pela unanimidade de sua 15ª Câmara de Direito Público, reconheceu a competência do Município de Santana do Parnaíba para reclamar o ISSQN de empresa que se dedica a atividade idêntica à da Recorrida.

Do aresto colhemos que "... se é certo afirmarmos que o item 17.07 da lista de serviços anexa à Lei Complementar n. 116/03 foi vetado, não menos certo é



SECRETARIA DA FAZENDA
COORDENADORIA DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA

TRIBUNAL DE IMPOSTOS E TAXAS

CÂMARA
SUPERIOR

PROCESSO Nº
DRT 14 258604/07

RECURSO
ESPECIAL

que persiste o disposto no item 17.06 da mesma, que prevê, taxativamente, que o tributo incide sobre *"Propaganda e publicidade, inclusive promoção de vendas, planejamento de campanhas ou sistemas de publicidade, elaboração de desenhos, textos e demais materiais publicitários,"* ... a atividade por ela desenvolvida se enquadra em sistemas de publicidade e demais materiais publicitários, não havendo como fugirmos da legalidade do tributo dela exigido". A impetrante do *mandamus* foi a META PAINÉIS LTDA.

5 Por fim, saliento a postura assumida pelo TJSC, pela unanimidade de sua 3ª Câmara de Direito Público, decidindo a AC 251780 SC 2008.025178-0.

Deslindando matéria idêntica àquela de aqui tratamos, decretou o tribunal catarinense a inexigibilidade do ICMS, como se vê do excerto da ementa do acórdão:

"... Apelação Cível. Tributário. Locação de Painéis. Serviços de Comunicação. ICMS. Não incidência.

Os serviços de locação de painéis para publicidade caracterizam comunicação em sentido amplo, enquanto se perfaz a divulgação de determinadas informações. Não há, contudo, e é o que define a incidência do tributo estadual, a transmissão de idéias a um receptor específico, ou mesmo a vários receptores, que possam interagir com o emissor. É necessário o elemento volitivo entre os participantes da ação comunicativa, não bastando a exposição da informação para o público numa gama indefinida de receptores. A comunicação, propriamente dita, não se estabelece, pois não há uma troca de informações entre os interessados".

6 Com essa fundamentação estou por conhecer e prover o RESP do particular.

7 Caso vencido – e é mais possível que o seja, em função da posição majoritária já fixada por esta Câmara Superior em pelo menos dois casos similares – **vou decretar**, fazendo *ex officio*, **a recapitulação da multa imposta**, forte no que me permite o artigo 13 da Lei nº 13457/2009, transportando-a da alínea "a" do inciso IV do artigo 527 do RICMS/00 para a alínea "c" do inciso I do mesmo dispositivo regulamentar.

Assim faço na esteira do que já decidimos em situações análogas nesta Câmara Superior, vg no julgamento do DRT-12-599580/02, em que prevaleceu, por voto de qualidade da D. Presidência, a posição assumida pelo I. Juiz José Roberto Rosa, cujo excerto essencial transcrevo:

"Como aventado pelo próprio Relator Dr. Sallaberry, às fls. 04 do seu voto, conheço "ex officio" da questão da possibilidade de recapitulação da multa do



SECRETARIA DA FAZENDA
COORDENADORIA DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA

TRIBUNAL DE IMPOSTOS E TAXAS

CÂMARA
SUPERIOR

PROCESSO Nº
DRT 14 258604/07

RECURSO
ESPECIAL

inciso IV "a" para o inciso I, "c", do artigo 85 da Lei 6374/89.

Minha decisão se amolda àquela exarada por esta Colenda Câmara Superior no Processo/DRT-12-9064087/02, na sessão de 27/08/2009, que adoto:

"I - Efetivamente, a empresa deixou de emitir o documento fiscal estadual, porém como o fez por entender a situação subsumida ao imposto municipal, emitindo e escriturando a nota fiscal de serviço consentânea com a interpretação que assumiu, entendo que deve. José ser recapitulada a penalidade para o inciso I, "c", do artigo 592, pois a consequência lógica e imediata foi a falta de pagamento do imposto por considerar operação tributada como não tributada..."

É como decido, lembrando que o D. Relator do presente feito acompanhou o Dr. José Roberto Rosa no julgado supra referido e que há de se proceder nos termos do § 1º do artigo 13 da Lei nº 13457/2009

Sala das Sessões, em 14 de dezembro de 2010

LUIZ FERNANDO MUSSOLINI JÚNIOR

Juiz com vista

Mantenho meu voto no que se refere ao mérito da ação fiscal. Entretanto, no tocante à recapitulação da multa aplicada, acompanho o Sr. Mussolini, por dois razões básicas: a) trata-se de posição jurisprudencial já adotada em processo semelhante nesta Câmara Superior; b) Embora não seja a nota fiscal exigida pela legislação do IOM, houve emissão de nota fiscal relativa ao ISS, o que elimina a possibilidade de omissão do contribuinte na declaração de fato gerador.

Gianpaulo Camilo
Dringoli

Com a dúvida vinda dos ilustres pares que têm entendimento contrário, entendendo que a alínea "c" do inciso I do art. 527 do RDC/00 não tipifica a conduta descrita na AIM.

As situações discutidas na alínea "c" do referido inciso I - pressupõem a emissão e escreitura de documento fiscal estadual, estes com erro na descrição de operação tributada como não-tributada ou isenta.

No caso presente, não houve a emissão do documento fiscal estadual, razão pela qual não vejo como proceder à reapitulação.

Acampando o ilustre J. Juczoli, exceto quanto ao complemento do seu voto, ~~se~~ acataando a reapitulação.


FERNANDO MORAES SALLABERRY



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

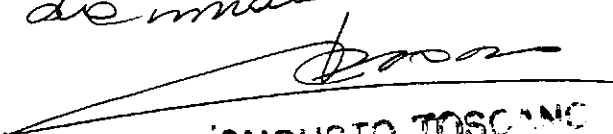
FOLHA Nº

CÂMARA SUPERIOR

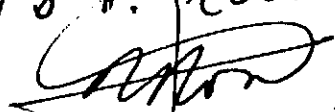
PROCESSO Nº

DRT-14.258609/07

Acompanha o Dr. Mussolini no que se refere à recapitulação "ex officio" de multa.


AUGUSTO TOSCANO

Com o Dr. Relator

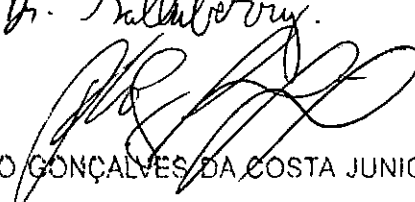

JOSÉ ROBERTO ROSA


CELSO ALVES FEITOSA

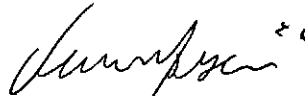

FRANCISCO ANTONIO FEIO


ROSE SOBRAL

Com o Dr. Substituto


PAULO GONÇALVES DA COSTA JUNIOR

Acompaño o Dr. Mussolini no que
 diz respeito a capacidade de morte
 "ex officio"



VICENTE DO CARMO SAPIENZA

Com o Dr. Mussolini



Vanessa P. Rodrigues Domene

c/o Dr. Dringoli



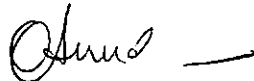
CELSO BARBOSA JULIAN

Com o Dr. Dringoli



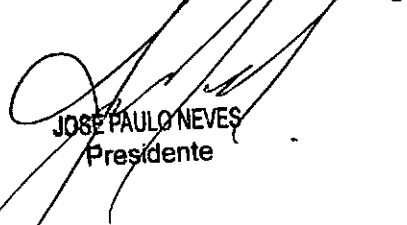
EDUARDO PEREZ SALUSSE

c/o Dr. Dringoli



Olga Maria de Castilho Arruda

Com o Dr. Dringoli



JOSE PAULO NEVES
 Presidente