



SECRETARIA DE ESTADO DOS NEGÓCIOS DA FAZENDA
COORDENADORIA DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA

TRIBUNAL DE IMPOSTOS E TAXAS

QUARTA CÂMARA

JULGADORA

PROCESSO Nº

DRT/14 – 258604/2007

RECURSO

ORDINÁRIO

RECORRENTE	PUBLICIDADE KLIMES SÃO PAULO LTDA.					
RECORRIDO	FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL					
RELATOR	CASIMIRO MOISÉS RODRIGUES	AIIM	3.065.820-2	S. ORAL	SIM	
ICMS SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO PUBLICIDADE – OUTDOOR						
CAPITULAÇÃO DA INFRAÇÃO			CAPITULAÇÃO DA MULTA			
Art. 175 do RICMS/2000 (Decreto 45.490/2000)			- Art. 527, inc. IV, alínea “a” c/c §§ 1º e 10 do RICMS/2000 (Decreto 45.490/2000).			

RELATÓRIO

Cuida-se de Auto de Infração e Imposição de Multa lavrado por falta de emissão de nota fiscal de serviço de comunicação, modelo 21, de acordo com o entendimento da Consultoria Tributária – resposta a Consulta nº 226/2000.

Em julgamento de primeira instância (fls. 904-910) a exigência fiscal foi integralmente mantida.

Em Recurso Ordinário, o contribuinte apresenta suas razões a fls. 917-965, onde requer o processamento e integral provimento do recurso no sentido de ser declarada a nulidade da inicial ou, subsidiariamente, que seja cancelada a exigência fiscal em sua totalidade. Faz acompanhar o recurso de parecer no qual apóia suas alegações.

A douta Representação Fiscal traz suas contra-razões a fls. 1033-1040, onde combate as alegações apresentadas contribuinte e encerra com o pedido de não provimento do recurso pelos motivos que ali apresenta.

Anteriormente levado a julgamento, foi concedida vista para pronunciamento de voto divergente, o qual não logrou ser apresentado anteriormente à



SECRETARIA DE ESTADO DOS NEGÓCIOS DA FAZENDA
COORDENADORIA DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA
TRIBUNAL DE IMPOSTOS E TAXAS

QUARTA CÂMARA

PROCESSO Nº
DRT/14 – 258604/2007RECURSO
ORDINÁRIO

alteração da composição cameral ocorrida em meados do corrente exercício, havendo-me retornado os autos para nova apresentação de voto, nos termos do item 2 do Ato TIT nº 08/2009.

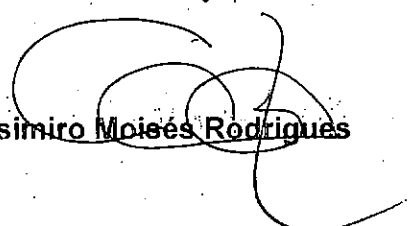
Em sustentação oral promovida em outra oportunidade, o patrono do recorrente trouxe parecer técnico elaborado por empresa de avaliações e perícias e assinado por engenheiro que afirma que o recorrente presta serviços de divulgação de material publicitário, não elaborando propaganda, a qual é de responsabilidade de agências publicitárias contratadas pelo anunciante, e que a responsabilidade quanto às exigências e imposições dos Poderes Públicos, conforme consta dos contratos de locação, corre por conta do recorrente, sendo que as atividades desenvolvidas pelo recorrente restringem-se à veiculação de publicidade, não exercendo a criação de propaganda e outros serviços congêneres.

Trouxe também parecer jurídico endereçado à empresa congênere, o qual traz, entre outras conclusões, que o auto de infração é formalmente inválido, eis que acusa falta de cumprimento de obrigação acessória (ausência de emissão de documentação fiscal), e exige o pagamento de imposto (obrigação tributária). E que identicamente a peça inicial é materialmente inválida, eis que as atividades desenvolvidas pelo consulente não se caracterizam como serviço de comunicação, conforme pretende o fisco.

Analisado o contido nos pareceres e visto tratarem de matéria pertinente ao caso em tela, foram juntados ao presente, assim como do memorial oferecido.

Face à interrupção daquela votação, reiniciando-se nova e havendo protesto por sustentação oral, interrompo o relatório para que seja concedida a oportunidade para a sua realização.

Sala das Sessões, aos 01 de setembro de 2009


Casimiro Moisés Rodrigues

TRIBUNAL DE IMPOSTOS E TAXAS
CÂMARA 4ª Julgadora
SUSTENTAÇÃO ORAL

CERTIFICO que o interessado compareceu à
Sessão de hoje desta Câmara e procedeu à
Sustentação oral requerida.

SALA DAS SESSÕES, em 01/09/09

NOME: Dr. Tarcio Chiarissa

DOC. IDENTIFICAÇÃO: 0138.481

SECRETÁRIO

Realizei a sustentação oral
do autor do recurso ordinário
no dia de hoje.

15 de Maio 1. 9. 2009

TARCIO CHIARISSA
[Assinatura]



SECRETARIA DE ESTADO DOS NEGÓCIOS DA FAZENDA
COORDENADORIA DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA
TRIBUNAL DE IMPOSTOS E TAXAS

QUARTA CÂMARA

PROCESSO Nº
DRT/14 – 258604/2007

RECURSO
ORDINÁRIO

RECORRENTE	PUBLICIDADE KLIMES SÃO PAULO LTDA.				
RECORRIDO	FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL				
RELATOR	CASIMIRO MOISÉS RODRIGUES	AIIM	3.065.820-2	S. ORAL	SIM
ICMS SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO PUBLICIDADE – OUTDOOR A titularidade da sujeição ativa do serviço de comunicação tem previsão constitucional, que não pode ser alterada por norma inferior. A acusação encontra-se instruída com farto material probatório, sobre cuja materialidade o recorrente não se insurge, apenas o fazendo para tentar descaracterizar suas operações de veiculação de publicidade como serviço de comunicação, no que não obteve sucesso. A veiculação de publicidade em "outdoor" é espécie do gênero comunicação, conforme entendimento consensual de que a referida veiculação é feita por veículos de comunicação. Recurso conhecido. Negado provimento.					
CAPITULAÇÃO DA INFRAÇÃO			CAPITULAÇÃO DA MULTA		
Art. 175 do RICMS/2000 (Decreto 45.490/2000)			- Art. 527, inc. IV, alínea "a" c/c §§ 1º e 10 do RICMS/2000 (Decreto 45.490/2000).		

COMPLEMENTO DO RELATÓRIO

Na data e hora aprazadas foi concedida oportunidade ao recorrente para realização da sustentação oral das razões do recurso, das quais ofereceu memorial.

Tendo presente as alegações do contribuinte e as contra-razões da douta Representação Fiscal, encerro o relatório e passo ao voto.

VOTO

Preliminarmente, admito o presente recurso, embora apresentado intempestivamente, em virtude de eventual nulidade da notificação da decisão em primeira instância, da qual o signatário do Comprovante de Entrega efetuada pelos Correios não seria funcionário do recorrente. Destarte, tenho por superada a alegação de nulidade daquela notificação. O recorrente prontamente ofereceu este recurso, de forma que não se verifica ter havido qualquer prejuízo à defesa, verificando-se ausência de prejuízo à parte.

Quanto à alegação de nulidade do auto de infração por ausência de descrição fática da infração, bem como da motivação do lançamento tributário e ausência de relação jurídica tributária, por confundirem-se com o mérito da questão.

FOLHAS 3



SECRETARIA DE ESTADO DOS NEGÓCIOS DA FAZENDA
COORDENADORIA DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA
TRIBUNAL DE IMPOSTOS E TAXAS

QUARTA CÂMARA

PROCESSO Nº

DRT/14 - 258604/2007

RECURSO

ORDINÁRIO

deixo-as para posterior exame.

Quanto à eventual caráter confiscatório da multa aplicada, tenho que o princípio inserto na Constituição refere-se apenas aos tributos e não às penalidades tributárias aplicáveis. Ademais, a multa foi cobrada vinculadamente e calculada de acordo com o previsto na legislação própria, não cabendo razão a recorrente.

Passo ao exame do mérito.

Ao examinar os autos, vejo que o recorrente não se insurge quanto ao aspecto fático da conduta acusada na inicial, apenas combatendo as questões jurídicas atinentes à definição do serviço de comunicação.

Vejo que o recorrente tenta subtrair suas atividades, que diz configurarem-se em serviços de veiculação de publicidade, fora do espectro dos serviços de comunicação, cuja tributação resta de competência estadual. Para tanto, defende o entendimento trazido no parecer apresentado de que, a partir da constatação de que a materialidade da comunicação pode ser entendida em sentido extenso, no qual se compreende a comunicação unívoca, sem diálogo com o receptor, e em sentido restrito, entendida como biunívoca, quando estabelece diálogo, quer que o texto constitucional somente haveria previsto a tributação, por meio do ICMS, desta última.

Rejeito esta interpretação.

A uma, porque, onde a Constituição não restringiu, não há de o aplicador do Direito fazê-lo. E a duas, porque a interpretação dada pelo ilustre parecerista contém uma contradição em seus próprios termos, vez que, a estabelecer-se que a comunicação unívoca não é comunicação, haveria de se entender que os veículos de comunicação, entre os quais se inclui o recorrente, não comunicam.

Adotado o entendimento lato da expressão "comunicação", a veiculação de publicidade e propaganda, conseqüentemente, são serviços de comunicação, eis que transmitem uma mensagem ao receptor, ainda quando este não dialogue com o emissor.

SECRETARIA DE ESTADO DOS NEGÓCIOS DA FAZENDA
COORDENADORIA DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA
TRIBUNAL DE IMPOSTOS E TAXAS

QUARTA CÂMARA

PROCESSO Nº

DRT/14 - 258604/2007

RECURSO

ORDINÁRIO

Delimitado o erro em que se apóia o silogismo apresentado, decorre não se poderem ter por certas as conclusões apresentadas naquele parecer enquanto derivadas da premissa eivada de vício.

Por sua vez, a jurisprudência trazida naquele estudo refere-se a discussões *inter partes*, não fazendo coisa julgada *erga omnes*, servindo apenas como referência ao aplicador do Direito. No caso, sequer são servíveis, vez que o serviço de comunicação, conforme exercido pelo contribuinte, encontra-se previsto na Constituição, e da contestação de sua definição formal do termo "comunicação" já se definiu contrariamente quando de sua apreciação.

Quanto à sua materialidade, no que tange às alegações de nulidade da inicial, por ausência de descrição fática da infração, bem como da motivação do lançamento tributário e ausência de relação jurídica tributária, resta claro que o serviço de comunicação é prestado para aquele que contrata o veículo de comunicação, que é quem lhe paga e com quem estabelece relação de prestação de serviço de comunicação. Restra clara a existência de relação jurídica tributária com o Estado em decorrência de previsão tributária para a cobrança do imposto. Por outro lado, a breve leitura do relato da infração é suficiente para negar a alegada ausência da descrição fática da infração. O relato da conduta infracional é claro: "Deixou de emitir (...) [Nota Fiscal de Serviço de Comunicação, modelo 21, no valor de (...)]." A emissão de documentação fiscal hábil é o procedimento inicial para o correto recolhimento do tributo. A emissão da nota fiscal é dever do contribuinte para com o Fisco e sua ausência oculta o débito do imposto que deve ser prontamente cobrado, conforme consta da inicial. Na previsão contida no art. 142 do Código Tributário Nacional, ao efetuar o lançamento, cumpre ao agente fiscal, a partir da constatação da omissão formal, *verbis*:

verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.

Destarte, não há que se falar em inexistência de descrição fática da infração ou de motivação do lançamento tributário. O trabalho fiscal foi executado de acordo com a previsão legal, e não contém os vícios alegados pelo recorrente, pelo que, afasto suas



SECRETARIA DE ESTADO DOS NEGÓCIOS DA FAZENDA
COORDENADORIA DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA
TRIBUNAL DE IMPOSTOS E TAXAS

QUARTA CÂMARA

PROCESSO Nº

DRT/14 - 258604/2007

RECURSO

ORDINÁRIO

alegações nesse sentido.

Ainda, o querer-se que ao serviço de comunicação não corresponda valor em virtude de a comunicação dar-se sem ônus para o receptor é desviar-se da questão. A tributação se dá, não sobre a comunicação, mas sobre sua prestação, o serviço de comunicação, o qual é fornecido ao contratante do serviço e é quem o paga, pelo valor que se haverá de tomar como base de cálculo.

Em outro viés, o recorrente também faz referência à existência de previsão anterior, dada pelo Decreto-Lei 406/68, do que intenta que a atividade se caracterizaria no âmbito tributário do município. Afirma que sua operação não passou ao alcance do ICMS apenas por que deixou de ser tributada pelo ISSQN a partir da edição da Lei Complementar 116/2003, face ao veto ao subitem 17.07, que convalidaria norma equivalente àquela trazida no Decreto-Lei 406/68, que o substituiu. Em seu entendimento, a partir da edição daquela Lei Complementar o que se teria é a ausência de previsão legal para tributação de suas atividades, seja pelo Município, seja pelo Estado.

A alegação não procede. A hierarquia das normas é princípio basilar do Direito e a revogação do subitem constante na Lista de Serviços trazida 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 o 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", 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 do recorrente encontrar-se expressamente descrita no item 86 da Lista de Serviços imposta pelo mencionado Decreto-Lei¹, 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.

¹ 86. Veiculação e divulgação de textos, desenhos e outros materiais, de publicidade, por qualquer meio (exceto em jornais, periódicos, rádio, e televisão);



TRIBUNAL DE IMPOSTOS E TAXAS

QUARTA CÂMARA

PROCESSO Nº

RECURSO

DRT/14 - 258604/2007

ORDINÁRIO

sobre os 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.

Por último, não acolho a alegação de que nenhuma penalidade pode ser imposta por motivo de a administração fazendária nunca ter exigido o imposto por mais de quinze anos. O ICMS tem seu lançamento originado no oferecimento espontâneo, por parte do contribuinte, das informações tributárias para posterior homologação pelo Fisco. A ausência de oferecimento destas informações configura sonegação. Por sua vez, a confissão de que tenha sonegado o tributo, ainda que involuntariamente, jamais poderia produzir regra de imunidade, com base no costume. O Direito Tributário rege-se pela estrita legalidade, sendo que as regras de isenção e de imunidade deverão encontrar previsão legal ou constitucional, sem a qual não são válidas.

O trabalho fiscal encontra-se corretamente executado e instruído com farto material probatório, com que tenho por correta a acusação inicial.

Neste caminhar, **conheço do recurso ordinário** e, nego-lhe **provimento**, para manter integralmente a exigência fiscal.

É como voto.

Sala das Sessões, aos 01 de setembro de 2009.

Casimiro Moisés Rodrigues

A pedido do dou vista ao processo 2003

César Eduardo Tenreiro

pelo prazo de 15 dias (art. 100, do R.U)

quando adiado o pagamento

SALA DAS SESSÕES, em

01.09.07

Presidente



SECRETARIA DE ESTADO DOS NEGÓCIOS DA FAZENDA
COORDENADORIA DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA

TRIBUNAL DE IMPOSTOS E TAXAS

CAMARA
4ª JULGADORA

PROCESSO Nº
DRT 14 - 258604/2007

RECURSO
ORDINÁRIO

RECORRENTE	PUBLICIDADE KLIMES SÃO PAULO LTDA.				
RECORRIDO	FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL				
RELATOR(A)	CASIMIRO MOISÉS RODRIGUES	AIIM	3.065.820-2	S. ORAL	
EMENTA					
ICMS - Exploração da atividade de outdoors considerada como serviço de comunicação, com sujeição passiva do imposto. Impossibilidade.					
RECURSO DO CONTRIBUINTE CONHECIDO E PROVIDO.					
CAPITULAÇÃO DA INFRAÇÃO			CAPITULAÇÃO DA MULTA		
Art. 175, do RICMS (Dec. 45.490/2000)			Art. 527, IV, "a", cc. §§ 1º e 10 do RICMS (Dec. 45.490/2000).		

VOTO VISTA - César Eduardo Temer Zalaf

1. Pedi vista dos presentes autos, depois de proferido o respeitável voto de relatoria do ilustre Juiz Casimiro Moisés Rodrigues para consignar minhas considerações sobre a imputação fiscal aplicada à Recorrente que foi considerada sujeito passivo do ICMS na exploração da atividade de "outdoors".

2. Todo o processado trouxe a Recorrente a tal condição pelo fato de considerar sua atividade como de serviço de comunicação, a teor do que prescreve o art. 155, II da CF/88, mantendo-se-lhe a sujeição passiva do imposto estadual.

3. Em todas as suas manifestações a Recorrente salienta ser contribuinte do ISSQN, haja vista que entende não praticar serviços de comunicação, mas, unicamente, a simples difusão de conteúdos publicitários da qual decorre mera expectativa de transmiti-los, uma vez que a recepção pelo público é potencial, ou seja, pode não ocorrer. Estamos, portanto, diante de um típico caso de conflito de competências tributárias.

4. A decisão do ilustre relator, da qual ousou divergir, se apóia no argumento de que a atividade desempenhada pela Recorrente é efetivamente de comunicação, pois, se não há restrição no texto constitucional, não cabe ao aplicador do direito fazê-lo.

SECRETARIA DE ESTADO DOS NEGÓCIOS DA FAZENDA
COORDENADORIA DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA

TRIBUNAL DE IMPOSTOS E TAXAS

CAMARA
4ª JULGADORA

PROCESSO Nº
DRT 14 - 258604/2007

RECURSO
ORDINÁRIO

5. Minha posição é a de que a dicção do inciso II, do artigo 155 da CF/88 não incide sobre a hipótese aventada nestes autos.

6. O caso aqui discutido contém peculiaridades que devem ser exploradas. Constatado inicialmente que o período da autuação (2002 a 2005) pode ser dividido em dois: anteriormente à vigência da LC 116/03 e posteriormente à sua edição.

7. Isso porque no primeiro período de consideração, a atividade desempenhada pela Recorrente era expressamente tipificada como de sujeição passiva do ISSQN por força da lista anexa ao DL 406/68, alterada pela LC 56/87. Ou seja: havia, no período compreendido entre 1987 e 2003 expressa identificação da atividade desempenhada pela Recorrente na lista taxativa de serviços previstos como tributados pelo ISSQN.

8. A tese desenvolvida no voto do Ilustre Relator emerge da consideração de que, posteriormente à CF/88, tendo o antigo ICM se convertido em ICMS, onde acrescentou-se à sua hipótese de incidência a prestação dos serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, teria havido a revogação tácita da atividade da Recorrente da condição de contribuinte do ISSQN, excluindo-a da lista anexa à LC 56/87.

9. Todavia, para que tal entendimento surtisse os efeitos necessários para contrariar a presunção de legalidade dos atos da Recorrente, que militava em seu favor, necessária seria a exclusão desse tópico constante da lista de serviços do mundo jurídico, mediante Resolução do Senado Federal. E tal não se deu.

10. Nesse sentido, inclusive, já votou o Ilustre Juiz deste Tribunal Bráulio da Silva Junior nos autos do Recurso Especial nº 0204512/2003.

11. Como é incontroverso, a lista de serviços integrante do DL 406/68 é taxativa, exaustiva, inclusive na forma já reconhecida pelo extinto 1º TAC/SP ao julgar a Apelação nº 886.646-0, em cujo acórdão diz o seguinte:



SECRETARIA DE ESTADO DOS NEGÓCIOS DA FAZENDA
COORDENADORIA DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA
TRIBUNAL DE IMPOSTOS E TAXAS

CAMARA
4ª JULGADORA

PROCESSO Nº
DRT 14 - 258604/2007

RECURSO
ORDINÁRIO

"As dificuldades que envolvem a questão sob julgamento decorrem da deficiência inerente à "Lista de Serviços". Essa lista é representativa de uma determinada técnica legislativa, utilizada para ordenar a resolução de conflitos de competência tributária entre o ISS, o ICMS e o IPI e pré-determinar quais os serviços tributáveis pelos municípios.

Como se sabe, a jurisprudência dominante considera excluídos da competência municipal todos os serviços não listados. Mas, baseados em doutrina de renomados juristas, há quem admita a interpretação extensiva dessa lista.

Essa concessão doutrinária ao alvedrio do fisco provoca rebeldia entre os contribuintes e acarreta ao judiciário dificuldades insuperáveis para distinguir, dentro da lista, o que é analogia e o que é interpretação extensiva - trabalho que o exímio Sacha Calmon Navarro Coelho define como "de chinês, com os seus sutis distinguos" (Curso de Direito Tributário Brasileiro, 2ª ed. Forense, R. de Janeiro, 1999, p. 523).

.....

Em decorrência, aquilo que até poderia ser tarefa simples (se considerado que a Constituição exclui da competência municipal aqueles deferido à competência dos estados - transporte não estritamente municipal e comunicações - o que recomendaria enunciação exemplificativa (conquanto minuciosa) dos serviços - tornou-se por omissão do Congresso Nacional, tarefa complicada, trabalho de mandarim (alto funcionário público da China antiga), trespassada de sutilezas e malícias.

A crer no que afirma o doutrinador já citado, essa omissão do legislador fez com que a jurisprudência recepcionasse a legislação anterior à Constituição, e isso implicou em concluir que os serviços tributáveis, portanto, devem constar de lista *numerus clausus*, ou seja, taxativa".

12. E é isso que se verifica no caso da Recorrente, onde a atividade por ela desempenhada consta literalmente da lista anexa ao DL 406/68, posteriormente alterado pela LC 56/87.

13. E ainda no período posterior à edição da LC 116/03, com o devido respeito, não compartilho do entendimento adotado pelo Ilustre Relator.



SECRETARIA DE ESTADO DOS NEGÓCIOS DA FAZENDA
COORDENADORIA DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA
TRIBUNAL DE IMPOSTOS E TAXAS

CAMARA
4ª JULGADORA

PROCESSO Nº
DRT 14 - 258604/2007

RECURSO
ORDINÁRIO

14. E isso pelo fato de não considerar a atividade desempenhada pela Recorrente como serviço de comunicação, tendo em vista que, sob o conceito da melhor doutrina, a simples exposição visual de uma peça, publicitária ou não, estanque e sem qualquer transferência de dados, não atinge a mens legis buscada pelo legislador constitucional. E mais, não altera a característica do serviço.

15. Nesse sentido, inclusive, já decidiu o E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo ao proferir julgamento nos autos da Apelação Cível nº 287.482-5/1-00, julgada em 28/04/2008, em situação análoga, disciplinando que:

"ICMS- MANDADO DE SEGURANÇA - Veiculação de publicidade em website - Sentença de concessão parcial da ordem - Recurso voluntário da impetrante - Extensão de imunidade tributária concedida a livros, jornais e periódicos - Inadmissibilidade. A imunidade prevista no art. 150, inciso VI, "d", da CF, estende-se somente ao papel destinado à impressão, não se incluindo os serviços prestados pela impetrante. Recurso voluntário da Fazenda. Preliminares de falta de interesse de agir e inadequação da via eleita. Inocorrência. Interesse de agir configurado e adequação do Mandado de Segurança para assegurar seu direito. Não incidência do ICMS. Admissibilidade. Ausência de fato gerador. Mera prestação de serviço de comunicação, sujeita apenas ao ISS. Recurso oficial. Sentença mantida."

16. Com efeito, não tenho com o entendimento ora esposado a intenção de aplicar restrição à norma constitucional, como sugerido pelo Ilustre Relator. Mas tenho sedimentado o entendimento de que a intenção da norma constitucional é a de regulamentar serviços de comunicação de dados, e não a atividade desempenhada pela Recorrente, especialmente suportado pelo fato de que, no caso em tela, há ausência de produção e comercialização das peças em si consideradas.

17. Caso assim não fosse, chegaríamos ao absurdo de considerar as mais diversas atividades, como a de palestras, por exemplo, como passíveis de serem tributadas pelo ICMS, haja vista que, no exemplo citado, a comunicação é muito mais eficiente, dinâmica e direta do que a desenvolvida pela Recorrente.



SECRETARIA DE ESTADO DOS NEGÓCIOS DA FAZENDA
COORDENADORIA DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA
TRIBUNAL DE IMPOSTOS E TAXAS

CAMARA
4ª JULGADORA

PROCESSO Nº
DRT 14 - 258604/2007

RECURSO
ORDINÁRIO

18. Norteado nesse raciocínio é que manifesto a conclusão de que, ainda que posteriormente à edição da LC 116/03, a atividade desempenhada pela Recorrente não pode ser considerada de comunicação, passível de incidência do ICMS, como refletido nestes autos.

19. Por óbvio que, nessa linha, ainda não me desincumbi em responder a indagação de quem será o ente tributante desta atividade, senão o Estado, haja vista a exclusão do tipo da lista de serviços sujeitas ao ISSQN. Resposta: Ninguém.

20. Isso porque equiparo a situação aqui versada com aquela que se verificou quando do julgamento pelo E. STF do RE nº 116.121-3/SP, sendo Relator o Min. Octavio Gallotti, na questão relativa à incidência do ISSQN na locação de bens móveis, segundo o qual:

"Tributo- Figurino Constitucional. A supremacia da Carta Federal é conducente a glosar-se a cobrança de tributo discrepante daqueles nela previsto.

Imposto Sobre Serviços - Contrato de Locação. A terminologia constitucional do Imposto sobre Serviços revela o objeto da tributação. Conflita com a Lei Maior dispositivo que imponha o tributo considerado contrato de locação de bem móvel. Em Direito, os institutos, as expressões e os vocábulos têm sentido próprio, descabendo confundir a locação de serviços com a de móveis, práticas diversas regidas pelo Código Civil, cujas definições são de observância inafastável - artigo 110 do Código Tributário Nacional."

21. Do acórdão acima citado extraiu-se a lição de que, desvirtuados os institutos jurídicos, a matéria trazida a decisão revela-se eminentemente como uma relação de direito civil, não sendo sujeito passivo de nenhuma das exações que, em tese, seriam conflitantes (ISSQ e ICMS).

22. Explico. O artigo 110 do CTN reza que "a lei tributária não pode alterar a definição, o conteúdo e o alcance de institutos, conceitos e formas de direito privado, utilizados, expressa ou implicitamente, pela Constituição Federal, pelas Constituições dos Estados, ou pelas Leis Orgânicas do Distrito Federal ou dos Municípios, para definir ou limitar competências tributárias."



SECRETARIA DE ESTADO DOS NEGÓCIOS DA FAZENDA
COORDENADORIA DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA
TRIBUNAL DE IMPOSTOS E TAXAS

CAMARA
4ª JULGADORA

PROCESSO Nº
DRT 14 - 258604/2007

RECURSO
ORDINÁRIO

23. Atividade ou objeto social são noções que se extrai do direito privado e se definem, caso a caso, de acordo com um conjunto complexo de elementos e hipóteses. Não podem ser conceituados no isolamento do termo. E é nessa senda que se vai extrair o critério material da hipótese de incidência de um ou outro tributo.

24. No presente caso, é possível visualizar que a atividade e objeto social da Autuada consiste no fornecimento, instalação e manutenção de uma estrutura que proporcionam a veiculação, por outra empresa, de mensagem publicitária por esta criada e com esta contratada a sua divulgação.

25. De qualquer forma, não figurando mais na lista de serviços de competência do Município não implica em dizer que tal atividade passou a ter a paternidade assumida pelo Estado.

26. Destaco a informação trazida pela Recorrente acerca do julgamento do AIIM 3.054.436-1, que trata de matéria idêntica ao dos presente autos, cujo recurso foi provido pela Oitava Câmara Temporária, sendo o voto condutor da lavra do Dr. Elcio Fiori.

27. Por todo o exposto **CONHEÇO** do Recurso Ordinário da Contribuinte e **DOU-LHE PROVIMENTO**, para o fim de cancelar o AIIM contra ela lavrado.

É como voto.

São Paulo, 24 de Setembro de 2009.

CÉSAR EDUARDO TEMER ZALAF
Juiz com vista

*Em que pese as considerações
trazidas pelo ilustre juiz com vista,
Dr. Cesar Eduardo Temer Zalf, mon-
teu meu voto por seus próprios
fundamentos*

FOLHAS 6

CASIMIRO MOISÉS RODRIGUES

7
Acompanho o juiz relator
Dr. Caminho M. Rodrigues

pm
ROSANA MARTINS CORTEZ VELOSO

Acompanho o voto do I. Dr.
Caminho Rodrigues


ALBERTO PODGAEC
Presidente



SECRETARIA DE ESTADO DOS NEGÓCIOS DA FAZENDA
CAT - TRIBUNAL DE IMPOSTOS E TAXAS

Página: 4
Data 24/09/2009
Hora 16:43:09
DAP383R

Sessão: 24/09/2009

Processo: DRT-14-258604/2007 - AIIM 3065820-2

QUARTA CÂMARA JULGADORA

Recorrente: PUBLICIDADE KLIMES SÃO PAULO

Recorrida: A FAZENDA PÚBLICA DO ESTADO

Relator: Casimiro Moises Rodrigues

Recurso: ORDINÁRIO

Advogados: Tércio Chiavassa

Ementa:

Decisão: Recurso Ordinário: Negado provimento. Decisão não unânime

Publicado em: 07 NOV 2009