

Acórdão: 14.203/01/2^a
Impugnação: 40.010103175-71
Impugnante: Master TV Video Cabo Ltda
Proc.do Suj. Passivo: Márcio Trindade Santos/Outro
PTA/AI: 01.000137437-90
Inscrição Estadual: 223.708604.00-54(Autuada)
Origem: AF/ Divinópolis
Rito: Ordinário

EMENTA

PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO -TV A CABO- FALTA DE EMISSÃO DE DOCUMENTO FISCAL E RECOLHIMENTO DO ICMS DEVIDO - Constatado nos autos a prestação de serviços de comunicação na modalidade telecomunicação por assinatura (TV a Cabo) sem emissão de documentos fiscais e sem o recolhimento do imposto devido, apurado mediante confronto entre a documentação extrafiscal apreendida no estabelecimento do Autuado com os valores por ele declarados nos documentos de apuração do imposto (DETRI e DAPI) do período. Infração caracterizada. Corretas as exigências fiscais de ICMS, MR e MI prevista no art. 55, inciso XVI, da Lei nº 6763/75. Lançamento procedente. Decisão por maioria de votos.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre constatação de prestação de serviço de comunicação na modalidade de telecomunicação por assinatura - TV a Cabo desacobertada de documentação fiscal, através do cotejo de documentação extrafiscal (controles internos manuscritos, extratos bancários, Livro Caixa), regularmente apreendida, com informações prestadas ao Fisco em DETRI e DAPI, durante o período que se estende de 1.998 a 2.000. Exige-se ICMS, MR e MI prevista no art. 55, inciso XVI, da Lei nº 6763/75.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 1.496 a 1.527, contra a qual o Fisco apresenta manifestação às fls.1.767 a 1.722.

A Auditoria Fiscal, em parecer de fls. 1.775 a 1.783, opina pela procedência do lançamento.

DECISÃO

DA PRELIMINAR

Preambularmente, importa assinalar que a perícia solicitada tem caráter meramente protelatório. A matéria em controvérsia é perfeitamente elucidável pelos elementos carreados aos autos. Além do mais, não oferecidos os quesitos, não cabe sequer conhecer do mérito do pedido, conforme disciplina o art. 98, III, da CLTA/MG.

Do mérito

Antes de tratar especificamente sobre as exigências relacionadas com o serviço de comunicação prestado sem documentação fiscal, detectado no cotejo da escrita extrafiscal com a fiscal/contábil, afigura-se relevante tecer comentário sobre a tributação da atividade, objeto de contestação pela Impugnante.

Defende, esta, a tese de que a telecomunicação na modalidade de TV a Cabo não é onerada pelo ICMS, a pretexto doutrinário de que a operadora "comunica" mensagem própria, vez transmitir programação própria e/ou com direitos autorais adquiridos, o que dá na mesma, não se caracterizando, ipso facto, prestação de serviço, pois que ninguém presta serviço para si mesmo.

Excelente trabalho fora elaborado por Luiz Geraldo de Oliveira, da CPT/SLT/SEF/MG, intitulado "AS PRESTAÇÕES DE SERVIÇOS DE COMUNICAÇÃO E O ICMS", do qual excertos podem ser extraídos para melhor análise da tese aventada pela Impugnante.

Em primeira mão, impede assinalar que a prestação de serviço de comunicação vai se caracterizar ou não em decorrência da "interação dos processos comunicacionais com as relações jurídicas decorrentes dos contratos celebrados entre as pessoas neles envolvidas". (Op cit. p. 54)

De uma síntese dos modelos de processos comunicacionais apresentados por De Mauro/Eco, Schramm e Dobb (apud C. A. BARBOSA, G. Guimarães), Luiz Geraldo infere que "prestar serviço de comunicação é laborar mensagens de variadas origens e levá-las a determinado fim" (p.56), implicando, destarte, desde a produção até o encaminhamento e recepção pelo destinatário. O que importa, segundo ele, não é a natureza da mensagem, tampouco o meio empregado, mas o vínculo jurídico que prende as pessoas pelo contrato, vínculo este, no contrato oneroso, que se caracteriza pela compra e venda de serviços de comunicação. Assim, um contrato de prestação de serviço de comunicação é aquele em que um comprador (tomador) solicita a um vendedor de serviço (prestador) a laboração de mensagem de seu interesse.

Diz L. Oliveira in litteris:

O tomador do serviço de comunicação, para efeito de aplicação da legislação tributária, será sempre identificado na pessoa que suportar o ônus pela

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

prestação de serviço de comunicação realizada. Tomador é aquele que se encarrega do pagamento do preço devido pela prestação, contratando ou não o prestador.

Dispõe o art. 2º, III, da Lei Complementar 87/96,

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;

(...)

Diversamente do que alegam doutrinadores, esse dispositivo não extrapola o texto constitucional (art. 155, II) para mais, mas para menos, pois que está a restringir o campo de incidência para as prestações onerosas, quer seja, em que exista remuneração.

Pelo Direito Positivado, aqui é o que interessa, "... presta serviço de comunicação toda aquela pessoa que, em função de um contrato de prestação de serviço, oneroso, gera, emite, recebe, transmite, retransmite, repete, ou amplia (...), conjunta ou isoladamente, comunicação, de qualquer natureza, no interesse de alguém, que é o tomador do serviço". (Opus cit., p. 70)

Consonante Decreto 1.719/95, art. 1º, parágrafo único, "um serviço é explorado em base comercial quando o outorgado é remunerado mediante preços e tarifas pagas por usuários ou por quaisquer outras formas de benefícios compensatórios vinculados, direta ou indiretamente, à exploração ou utilização do serviço por outrem.

A prestação de serviço de TV a Cabo está disciplinada pela Lei 8.977/95, regulamentada tecnicamente pela Norma nº 13/96 (do Ministério das Comunicações), aprovada pelo Decreto nº 1.206/97.

Lei 8.977/95

Art. 2º O Serviço de TV a Cabo é o serviço de telecomunicações que consiste na distribuição de sinais de vídeo e/ou áudio, a assinantes, mediante transporte por meios físicos.

Parágrafo único. Incluem-se neste serviço a interação necessária à escolha de programação e outras aplicações pertinentes ao serviço, cujas condições serão definidas por regulamento do Poder Executivo.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Não se trata obviamente de TV aberta ao público em geral, mas de um serviço contratado, cujo tomador é o assinante e prestador a operadora, mediante remuneração, via de regra, mensal, com valor variável em função do pacote (conjunto de canais/programas) escolhido.

Ainda segundo a Lei 8.977/95, são relevantes para o caso em análise, as seguintes definições:

Art. 5º (...)

II - Assinante - é a pessoa física ou jurídica que recebe o Serviço de TV a Cabo mediante contrato;

(...)

V - Operadora de TV a Cabo - é a pessoa jurídica de direito privado que atua mediante concessão, por meio de um conjunto de equipamentos e instalações que possibilitam a recepção, processamento e geração de programação e de sinais próprios ou de terceiros, e sua distribuição através de redes de sua propriedade ou não, a assinantes dentro de uma área determinada;

Em termos legais, são direitos e deveres do assinante:

Art. 33. São direitos do assinante do Serviço de TV a Cabo:

I- conhecer previamente o tipo de programação a ser oferecida;

II- receber da operadora de TV a Cabo os serviços de instalação e manutenção dos equipamentos necessários à recepção dos sinais.

Art. 34. São deveres dos assinantes:

I- pagar pela assinatura do serviço;

II- zelar pelos equipamentos fornecidos pela operadora.

Segundo o Cotejado L. Oliveira (obra citada, p. 129), "via de regra, nessa modalidade de prestação de serviço, os contratos são celebrados entre as operadoras, prestadoras de serviço, e os assinantes, tomadores, tendo por objeto uma programação básica de áudio e vídeo, denominada assinatura básica, que consiste na disponibilização diária ao cliente de um determinado número de canais de som e imagem".

Irrelevante, a toda evidência, desde que contratação de prestação onerosa, que as "mensagens" sejam de produção da própria operadora ou de terceiros.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Os ilustrados juristas, a bem do óbvio, sabe-se lá por qual razão, não se debruçaram sobre a matéria com a profundidade que o tema requer.

Contrariamente, assim, ao que a Impugnante alega, a atividade de operação de TV a Cabo, como qualquer modalidade de comunicação onerosa, está inserida no art. 5º, § 1º, 8, da Lei 6.763/75, verbis:

Art. 5º - O imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS - tem como fato gerador as operações relativas à circulação de mercadorias e às prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior.

(8) § 1º- O imposto incide sobre:

(...)

8) a prestação onerosa de serviço de comunicação de qualquer natureza, por qualquer meio, inclusive a geração, a emissão, a recepção, a transmissão, a retransmissão, a repetição e a ampliação;

Essa disposição é decorrência lógica de dispositivo constitucional (art. 155, II) e da Lei Complementar 87/96, suso transcrito (art. 2º, III).

Afastada, desse modo, a invalibilidade jurídica da infundada solicitação de restituição do tributo sobre a parcela paga.

Em segundo plano, impõe-se análise do procedimento fiscal de apuração do crédito exigido - matéria fática.

Quer a Impugnante que subfaturamento não restou provado. A se entender esse termo como o não oferecimento à tributação do total das receitas provenientes da prestação de serviços, os autos estão repletos de prova em contrário.

O trabalho fiscal toma por base volumosa documentação extrafiscal apreendida { planilhas 'resumo' do faturamento diário/mensal da empresa; livros caixas do faturamento diário/mensal de dois *showrooms* - "H" e "F"; extratos bancários (B. Brasil, Mercantil, CEF e Bilbao Viscaya), resumos de faturamento mensal tributado (com cálculo de impostos) e arquivos magnéticos}, conforme TA à fl. 50. Confrontando-a com a escriturada e declarada ao Fisco (DETRI e DAPI - fls. 18/49), detecta-se enorme diferença não oferecida à tributação e imputada como relativa a prestação de serviço de comunicação a descoberto de documentação fiscal.

Evidentemente, com relação à parcela informada ao Fisco, os Autuantes respeitam a sistemática da EPP, inclusive quanto aos benefícios por ela conferidos

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Segundo a Defendente, o Fisco não concedera o crédito pelas entradas. Ora, os créditos terão sido apropriados por ela, quando das aquisições dos insumos, lembrando, ainda, que a atividade por ela desenvolvida não é a de compra e venda de mercadorias, mas de prestação de serviço de comunicação.

Desse confronto de documentação extrafiscal com as declarações ao Fisco (DETRI/DAPI), os Autuantes, mês a mês, desde junho de 1.998 até outubro de 2.000, elaboraram planilhas constando recebimentos diários "em caixa" dos *showrooms* "H" e "F" e por intermédio dos bancos Brasil, Mercantil, CEF e Bilbao, resultando no quadro de fl. 09, auto-explicativo, em que aparecem também os valores oferecidos à tributação. A diferença apurada entre o faturamento real e o tributado deu origem ao quadro de fl. 08, com demonstração do montante do ICMS devido e não recolhido ao Erário.

A aplicação da alíquota de 18% deveu-se ao fato de o contribuinte não ser optante por redução de base de cálculo para incidir o ICMS sobre os serviços prestados, com renúncia a créditos por insumos, até porque enquadrado no regime de EPP (item 36 do Anexo IV ao RICMS/96).

Se não bastasse, os benefícios próprios à apuração e pagamento do imposto nesse regime não se aplicam às prestações desacobertadas, conforme determinação do art. 46, IX, do Anexo X ao mesmo Regulamento (antes art. 30, VIII).

Da análise dos documentos trazidos à colação, fica evidenciada a não contabilização dos faturamentos obtidos sob as rubricas "*showroom* F" e Banco Bilbao Viscaya (antes Excell).

Para demonstração exemplificativa desta informação, pode-se observar o que segue.

Na competência junho/98, o quadro resumo de fls. 55/56 (apreendido no estabelecimento) detalha as receitas obtidas através dos bancos Brasil, Mercantil, CEF, Excell e dos *showrooms* H e F, perfazendo um total de R\$171.884,34, representando um *superavit*, compensadas as despesas, de R\$77.856,03.

À fl. 54, o contribuinte resume suas receitas e tributos do mês em referência. Os valores advindos do B. Brasil (R\$17.546,17), do Mercantil (R\$10.225,51), da CEF (R\$1.483,30) e do *showroom* H (R\$11.797,07) estão presentes neste "resumo" (fl. 54). Onde as receitas auferidas por meio do *showroom* F (R\$86.039,89 - últimas colunas de fl. 55) e do Banco Excell (R\$48.057,75 - 1ª coluna de fl. 56)?

Essa é uma constante em praticamente todo o trabalho. (Também por amostragem pode-se constatar o fato pela conferência de fls. 78/81, 85/87, 91/93, 97/99 etc).

Vale destacar que os documentos de caixa (v.g. fls. 174/193, 274/294 etc) representam os faturamentos através dos *showrooms* H e F, ressaltando que não foram

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

levados à contabilidade e à escrita fiscal os obtidos pelo "F" e por meio do Banco Bilbao.

Os balancetes juntados aos autos (fls. 1540/1638) são uma prova inconteste do fato. Em nenhum deles se demonstram as entradas pelo Banco Bilbao, porquanto presentes e em valores iguais aos verificados na documentação extrafiscal as oriundas do B. Brasil, Mercantil e CEF.

Atente-se, ademais, que constam dos autos extratos do Banco Bilbao, de conta em nome de Master TV Video Cabo, v.g. fls. 1371, 1260/1261, 1206/1209 etc. Onde a escrituração contábil/fiscal de tais receitas?

De notar-se que a Impugnante, por vezes, utilizara-se, para recebimentos, até mesmo da conta em nome de TV Alvorada/Marcos Gonçalves Machado. TV Alvorada, na verdade, é nome do canal propaganda da Master TV Video Cabo.

Não cabe acolhida à excusa de que os valores lançados em nome de *showroom* "H" e "F" são meros orçamentos, tanto que se acumularam para compor o faturamento mensal, conforme quadros resumos manuscritos, a exemplo de fls. 79/81. Não há, portanto, duplicidade de exigências, vez que os valores dos extratos bancários lançados em tais resumos somam-se aos recebidos pelos dois *showrooms* para composição do faturamento global.

A imputação fiscal, resta devidamente comprovada nos autos.

Os demais argumentos apresentados pela Impugnante não são suficientes para descaracterizar as infrações.

Diante do exposto, ACORDA a 2ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, indeferir o pedido de perícia formulado pela Impugnante. No mérito, por maioria de votos, em julgar procedente o Lançamento, mantendo-se as exigências fiscais, nos termos do parecer da Auditoria Fiscal. Vencido o Conselheiro Windson Luiz da Silva que o julgava improcedente. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Edwaldo Pereira de Salles (Revisor) e Edmundo Spencer Martins.

Sala das Sessões, 08/05/01.

**Windson Luiz da Silva
Presidente**

**Glemer Cássia Viana Diniz Lobato
Relatora**

GCVDL/EJ/ES