

Acórdão: 17.976/06/1^a Rito: Ordinário
Impugnação: 40.010118497-89
Impugnante: Empresa Brasileira de Telecomunicações SA
Proc. S. Passivo: Roberta Espinha Corrêa/Outro(s)
PTA/AI: 01.000152756-29
Inscr. Estadual: 062.004049.00-83
Origem: DF/ BH-3

EMENTA

PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO – FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS. Constatado que a Autuada recolheu a menor o ICMS devido, em face de não ter submetido à tributação do imposto alguns serviços de comunicação e de telecomunicação na modalidade nacional. Procedimento fiscal respaldado pelos artigos 146, inciso III, alínea “a” e 155, inciso II, da CF/88, pelos artigos 2.º, inciso III, 12, inciso VII e 13, inciso III, da Lei Complementar n.º 87/96. Infração caracterizada. Exigências fiscais mantidas. Lançamento Procedente. Decisão pelo voto de qualidade.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre recolhimento a menor do ICMS devido, em virtude de não ter sido oferecido à tributação alguns serviços de comunicação e de telecomunicação na modalidade nacional, nos exercícios de 2003 e 2004. Exige-se ICMS e MR.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procuradora regularmente constituída, Impugnação às fls. 280 a 301, contra a qual o Fisco se manifesta às fls. 344 a 352.

A Auditoria Fiscal, em parecer de fls. 358 a 363, opina pela procedência do lançamento.

DECISÃO

O presente litígio versa sobre o recolhimento a menor do ICMS, em virtude de não ter sido levado à tributação alguns serviços de comunicação e de telecomunicação na modalidade nacional, nos exercícios de 2003 e 2004.

Os dados utilizados para apuração das irregularidades foram extraídos dos arquivos magnéticos apresentados pela própria Contribuinte, os quais foram impressos

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

e anexados à presente autuação com as seguintes denominações: “SISTEMAS DE IMPOSTOS A RECOLHER – IMP – FATURAMENTO DE 2003/2004 – APURAÇÃO DE VALORES DO ISS” (Anexo I – fls. 12/173) e “SISTEMA DE IMPOSTOS-IMP FATURAMENTO DE 2003/2004 – RESUMO ANUAL DOS SERVIÇOS COM VALORES NÃO TRIBUTÁVEIS” (Anexo II – fls. 175/235). Serviu de subsídio ao trabalho fiscal, ainda, a descrição de cada serviço prestado pela EMBRATEL, nos exercícios de 2003 e 2004, que foi tributado pelo ICMS (fls. 261/268), também fornecida pela própria Contribuinte.

O Fisco procedeu à reclassificação dos valores lançados pela Contribuinte como “não tributáveis”, levando-se em conta os seguintes critérios:

- **exclusão dos serviços considerados isentos:** enquadramento em função do tomador do serviço, em atenção ao item 83 do Anexo I, do RICMS/02;
- **exclusão dos serviços considerados não tributáveis:** não enquadramento em função da natureza do serviço descrito conforme hipóteses de não incidência contidas no artigo 5.º, do RICMS/02;
- consideradas as exclusões referidas nos itens anteriores, os demais serviços informados foram considerados como tributáveis pelo ICMS;
- os valores informados como tributados pelo ISS foram reclassificados por serem tributados pelo ICMS, em razão da natureza dos serviços prestados.

Desse modo, foram efetuadas as exclusões abaixo indicadas, ao entendimento de que não devem ser tributadas:

- serviços prestados a missões diplomáticas, repartições consulares, órgãos da administração pública direta, fundações e autarquias de Minas Gerais, com base nos itens 78 e 83, do Anexo I, do RICMS/02;
- serviços correspondentes às siglas: PDN, EXN, TZA, TZB, TZC e TZN, por se referirem a acertos de pagamentos e encargos financeiros;
- serviços referentes à disponibilização de infra-estrutura IFA e IFN;
- serviços de cessão de meios classificados nas siglas: TPI, TUN e MCI, prestados a outras operadoras de telecomunicações, desde que não constando a adquirente como usuária final dos serviços (Artigo 38, do Anexo IX, do RICMS/02);
- serviços lançados na sigla PTN, por estar relacionado a acordo de parcelamento;
- outros serviços também excluídos: PDA e PDN – pagamento em duplicidade; MAN – serviço de manutenção; IDE – Serviço gratuito relacionado com a Internet e CBC – cobrança de segunda via.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Em seguida, foram elaboradas as planilhas de fls. 237/260 – “APURAÇÃO MENSAL DO ICMS POR SERVIÇO PRESTADO – EXERCÍCIO 2003/2004” – demonstrando, mês a mês, os valores informados pela Contribuinte e aqueles apurados pelo Fisco para efeito de tributação do ICMS. A totalização geral do imposto devido (2003 + 2004) encontra-se registrada à fl. 260.

A seguir, os dispositivos legais pertinentes à matéria.

Eis o disposto no artigo 146, inciso III, alínea “a” e no artigo 155, inciso II, ambos da Constituição Federal/88:

“Art. 146 – Cabe à lei complementar:

(...)

III - estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre:

a) definição de tributos e de suas espécies, bem como, em relação aos impostos discriminados nesta Constituição, a dos respectivos **atos geradores, bases de cálculo** e contribuintes;” (g.n.)

(...)

“Art. 155 – Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:

(...)

II - operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e **de comunicação**, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior;” (g.n.)

Por sua vez, a Lei Complementar n° 87/96, editada em estrita observância aos preceitos constitucionais, em seu artigo 2.º, inciso III, assim dispõe:

“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**”. (g.n.).

Nesse sentido, a hipótese de incidência do ICMS sobre as prestações de serviços de comunicação não se manteve atrelada ao evento da transmissão de comunicação, ou seja se aplica a todas as hipóteses prenunciadas pelo inciso III do artigo 2.º, da LC n.º 87/96 (“geração”, “emissão”, “recepção”, “transmissão”, etc ...).

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Em relação à base de cálculo, assim dispõe a Lei Complementar em seu artigo 13, inciso III, e § 1º, inciso II, alínea “a”:

“Art. 13 - A base de cálculo do imposto é:

(...)

III - na prestação de serviço de transporte interestadual e intermunicipal e de **comunicação, o preço do serviço**” (grifos nossos).

(...)

§ 1º - Integra a base de cálculo:

(...)

II - o valor correspondente a:

a) seguros, juros e **demais importâncias pagas, recebidas ou debitadas**, bem como descontos concedidos sob condição”. (grifamos).

Foi ainda celebrado o Convênio ICMS n.º 69/98, tendo em vista o disposto no artigo 199 do CTN e artigo 13, § 1º, inciso II, alínea “a”, da Lei Complementar n.º 87/96, e considerando a necessidade de uniformizar os procedimentos tributários nas prestações de serviços de comunicação, de modo a esclarecer o seguinte:

“CLÁUSULA PRIMEIRA OS SIGNATÁRIOS FIRMAM ENTENDIMENTO NO SENTIDO DE QUE SE INCLUEM NA BASE DE CÁLCULO DO ICMS INCIDENTE SOBRE PRESTAÇÕES DE SERVIÇOS DE COMUNICAÇÃO OS VALORES COBRADOS A TÍTULO DE ACESSO, ADESÃO, ATIVAÇÃO, HABILITAÇÃO, DISPONIBILIDADE, ASSINATURA E UTILIZAÇÃO DOS SERVIÇOS, BEM ASSIM AQUELES RELATIVOS A SERVIÇOS SUPLEMENTARES E FACILIDADES ADICIONAIS QUE OTIMIZEM OU AGILIZEM O PROCESSO DE COMUNICAÇÃO, INDEPENDENTEMENTE DA DENOMINAÇÃO QUE LHESES SEJA DADA”

O cerne da questão consiste em enquadrar os serviços prestados como sendo tributáveis pelo ICMS, ISSQN ou não tributáveis.

Depreende-se do exame da cópia do estatuto social da Empresa Brasileira de Telecomunicações S.A. (fls. 313/341) que a mesma é, genuinamente, uma prestadora de serviço de comunicação, e todas as suas atividades são voltadas para o desenvolvimento desta prestação de serviço, que está sujeita ao tributo de competência estadual, ICMS.

Os serviços prestados pela Contribuinte e considerados pelo Fisco tributados pelo ICMS não se caracterizam como atividades distintas, mas sim como instrumentos para prestação de serviço de telecomunicações, enquadrados no precitado Convênio ICMS n.º 69/98, recepcionado pelo artigo 43, inciso X e § 4.º, do RICMS/02, assim redigido:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

“Art. 43 - Ressalvadas outras hipóteses previstas neste Regulamento e nos Anexos IV e IX, a base de cálculo do imposto é:

(...)

X - na geração, emissão, transmissão ou retransmissão, repetição, ampliação ou recepção de comunicação de qualquer natureza, por qualquer processo, ainda que iniciada ou prestada no exterior, observado o disposto no § 4º deste artigo, o **preço do serviço**, ou, nas prestações sem preço determinado, o valor usual ou corrente, assim entendido o praticado na praça do prestador de serviço, ou, na sua falta, o constante nas tabelas baixadas pelos órgãos competentes.

(...)

§ 4º - Na hipótese do inciso X do caput deste artigo, incluem-se também na base de cálculo do imposto, quando for o caso, os valores cobrados a **título de acesso, adesão, ativação, habilitação, disponibilidade, assinatura e utilização dos serviços, bem como de serviços suplementares e facilidades adicionais** que otimizem ou agilizem ao processo de comunicação, independentemente da denominação que lhes seja dada” (grifamos).

Conclui-se assim que todas as parcelas cobradas pelo prestador de serviço de comunicação, sejam preparatórias, auxiliares ou acessórias, serão sempre aderentes à prestação de serviço que ele se propõe a realizar, que se constitui em atividade fim, e serão todas levadas a compor a base calculada, em cada caso concreto, para efeito de apuração do preço do serviço, base de cálculo do ICMS na prestação.

Tal entendimento encontra-se também consubstanciado nos Acórdãos n.º 15.287/03/2ª, 16.303/05/2ª, 16.969/06/2ª e 2.821/03/CE.

Vale acrescentar que, muito embora o artigo 88, inciso I, da CLTA/MG determine que “*não se incluem na competência do órgão julgador a declaração de inconstitucionalidade ou negativa de aplicação de lei, decreto ou ato normativo*”, o Convênio n.º 69/98 tão-somente veio a esclarecer/uniformizar o disposto na Constituição Federal/88 e na Lei Complementar n.º 87/96, mormente o artigo 13, inciso III e § 1º, inciso II, alínea “a”, não trazendo qualquer inovação.

No tocante à Lei Geral de Telecomunicações (LGT), a que se reporta a Impugnante (fls. 290 e 293/294), mormente o seu § 1º do artigo 61, o qual prevê que o “*serviço de valor adicionado não constitui serviço de telecomunicações*”, não significa, de maneira alguma, que as referidas atividades não pertençam ao gênero “comunicação” ou que não possam integrar a base de cálculo do ICMS, quando debitadas ao usuário.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Verifica-se, assim, que restaram plenamente caracterizadas as infringências à legislação tributária, sendo, por conseguinte, legítimas as exigências fiscais de ICMS e da Multa de Revalidação de 50% (cinquenta por cento).

Diante do exposto, ACORDA a 1ª Câmara de Julgamento do CC/MG, pelo voto de qualidade, em julgar procedente o lançamento. Vencidos, em parte, os Conselheiros Antônio César Ribeiro (Revisor) e Cássia Adriana Lima Rodrigues, que o julgavam parcialmente procedente, para excluir as parcelas relativas a aluguel de equipamentos. Pela Fazenda Pública Estadual, sustentou oralmente a Dra. Elaine Coura. Compareceu, pela Impugnante, à sessão de julgamento a Dra. Maria Lúcia da Silva. Participou do julgamento, além do signatário e dos Conselheiros supracitados, a Conselheira Aparecida Gontijo Sampaio.

Sala das Sessões, 16/11/06.

**Roberto Nogueira Lima
Presidente/Relator**

RNL/EJ

Acórdão: 17.976/06/1^a Rito: Ordinário
Impugnação: 40.010118497-89
Impugnante: Empresa Brasileira de Telecomunicações SA
Proc. S. Passivo: Roberta Espinha Corrêa/Outro(s)
PTA/AI: 01.000152756-29
Inscr. Estadual: 062.004049.00-83
Origem: DF/ BH-3

Voto proferido pelo Conselheiro Antônio César Ribeiro, nos termos do art. 43 do Regimento Interno do CC/MG.

A divergência entre o voto vencido e a decisão proferida no acórdão em referência decorre dos fundamentos a seguir expostos.

Com a devida “*vênia*” o aluguel de equipamentos não se trata de modalidade afeta à tributação do ICMS tendo em vista tratar-se de serviço totalmente desvinculado à comunicação em si, até porque, sabido e consabido que estes equipamentos podem até mesmo ser adquiridos pelos consumidores através de terceiros que não possuem qualquer vinculação com a Autuada.

Pelo exposto, reputo que o aluguel de equipamentos, pela sua própria nomenclatura, não pode ser objeto de tributação pelo ICMS.

Diante disso, julgo parcialmente procedente o lançamento, para excluir as parcelas relativas a aluguel de equipamentos.

Sala das Sessões, 16/11/06.

**Antônio César Ribeiro
Conselheiro**

Acr/ml