

Acórdão: 18.155/07/3ª Rito: Sumário
Impugnação: 40.010119098-38
Impugnante: Telemig Celular S.A.
Proc. S. Passivo: Daniela Silveira Lara/Outro(s)
PTA/AI: 01.000152957-60
Inscr. Estadual: 062728155.00-80
Origem: DF/BH-3

EMENTA

PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO – BASE DE CÁLCULO – LOCAÇÃO – FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS. Constatada a falta de inclusão na base de cálculo do ICMS dos valores cobrados a título de locação de equipamentos vinculados à prestação de serviços de comunicação/telecomunicação, em desacordo com a previsão contida no art. 43, inciso X e § 4º, do RICMS/02 (e correspondente no RICMS/96), acarretando as exigências de ICMS e multa de revalidação de 50% (cinquenta por cento) sobre o valor do imposto. Infração plenamente caracterizada. Lançamento procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre a falta de inclusão na base de cálculo do ICMS, no período de 2001 a 2005, dos valores incidentes sobre a locação de equipamentos vinculados à prestação de serviços de comunicação/telecomunicação, em desacordo com a previsão contida no art. 43, inciso X e § 4º, do RICMS/02 (e correspondente no RICMS/96), acarretando as exigências de ICMS e multa de revalidação de 50% (cinquenta por cento) sobre o valor do imposto.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 85/102, contra a qual o Fisco se manifesta às fls. 148/155.

Em sessão realizada em 29/11/2006, a 3ª Câmara de Julgamento exara despacho interlocutório, solicitando documentos junto à Autuada (fls. 161).

A Autuada se manifesta às fls. 171/174, juntando documentos às fls. 178/206.

O Fisco se manifesta às fls. 208/209.

DECISÃO

O presente litígio versa sobre acusação fiscal de falta de inclusão na base de cálculo do ICMS, no período de 2001 a 2005, dos valores incidentes sobre a locação de equipamentos vinculados à prestação de serviços de comunicação/telecomunicação, em desacordo com a previsão contida no art. 43, inciso X e § 4º, do RICMS/02 (e correspondente no RICMS/96), acarretando as exigências de ICMS e multa de revalidação de 50% (cinquenta por cento) sobre o valor do imposto.

Ressalta-se, inicialmente, que os fundamentos expostos na Manifestação Fiscal foram, em parte, os utilizados pela Câmara para sustentar sua decisão e por esta razão passarão a compor parte do presente Acórdão.

De início, esclareça-se que a alegação de nulidade do Auto de Infração nada mais é do que uma inconformidade intrínseca com parte do mérito do lançamento, e assim será tratada.

O Contribuinte, ao exercer a atividade de prestador de serviços de telecomunicações, nos estritos termos da Lei n.º 9.472/97 – Lei Geral de Telecomunicações, possibilita, através de todo o sistema, a transmissão, recepção e emissão de palavras faladas e sons, que compreendem o “serviço de telefonia”, cuja alíquota do imposto exigível é de 25%, bem como, a transmissão, recepção e emissão de sinais, imagens, símbolos, etc., que correspondem aos “serviços de dados”, tributados conforme a legislação mineira a 18%.

“Art. 60. Serviço de telecomunicações é o conjunto de atividades que possibilita a oferta de telecomunicação.

§ 1º Telecomunicação é a transmissão, emissão ou recepção, por fio, radioeletricidade, meios ópticos ou qualquer outro processo eletromagnético, de símbolos, caracteres, sinais, escritos, imagens, sons ou informações de qualquer natureza.”

Ou seja, a legislação que rege o instituto do ICMS no Estado de Minas Gerais, diferentemente das demais Unidades da Federação, definiu as alíquotas desse imposto de forma distinta, sendo 25% para os serviços de comunicação na modalidade de telefonia e 18% para os demais serviços.

RICMS/96

“Art. 43 – As alíquotas do imposto são:

I – nas operações e prestações internas:

a – 25% (vinte e cinco por cento), na prestação de serviço de comunicação, na modalidade de telefonia, e nas operações com as seguintes mercadorias:

(...)

f - 18% (dezoito por cento), nas operações e nas prestações não especificadas nas alíneas anteriores;

(...)

§ 3º - Na prestação de serviço de comunicação, de transporte de passageiros, de carga destinada a não-contribuinte do ICMS e de bens pertencentes a particular, a alíquota aplicável será a correspondente à prestação interna.” (destacamos)

RICMS/02

Art. 42 - As alíquotas do imposto são:

I - nas operações e prestações internas:

a - 25% (vinte e cinco por cento), na prestação de serviço de comunicação, na modalidade de telefonia, e nas operações com as seguintes mercadorias:

(...)

e - 18% (dezoito por cento), nas operações e nas prestações não especificadas nas alíneas anteriores;

(...)

§ 3º - Na prestação de serviço de comunicação, de transporte de passageiros, de carga destinada a não-contribuinte do ICMS e de bens pertencentes a particular, a alíquota aplicável será a correspondente à prestação interna.”

Como se verifica, através do “Anexo II”, as saídas de serviços de telecomunicações com as alíquotas de 25% significaram, no período fiscalizado (Janeiro/2001 a Dezembro/2005), 96% (noventa e seis por cento) do valor total de todas as saídas.

Contudo, à vista da legislação indicada e pautando-se nas normas, métodos e procedimentos geralmente aceitos da técnica de auditoria contábil e ainda, conforme anteriormente assinalado, a atividade operacional da Impugnante não se resumir em transmissão e recepção de voz apenas, mas também de dados, não poderia o Fisco deixar de aplicar o critério técnico então adotado. Os documentos fiscais de fls. 33/34 e 49/84 acostados aos autos comprovam a veracidade dos fatos. Daí a proporcionalidade aplicada.

Resta claro, portanto, que os valores foram apurados através de um efetivo e preciso levantamento e não simplesmente estimados com base em critérios pessoais dos Auditores Fiscais, como quer deixar transparecer a Impugnante.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Quanto ao restante do mérito, deve-se ressaltar as disposições constitucionais, conforme 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;

(...)

“**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;” (grifo nosso)

Por sua vez, a Lei Complementar nº 87/96, editada em estrita observância aos preceitos constitucionais, em seu artigo 2º, inciso III, dispõe o seguinte:

“**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**” (grifo nosso).

Nesse sentido, a hipótese de incidência do ICMS sobre as prestações de serviços de comunicação não se manteve atracada ao porto da transmissão de comunicação, ou seja, se aporta em todas as hipóteses renunciadas pelo inciso III do art. 2º, da LC nº.87/96 (“geração”, “emissão”, “recepção”, “transmissão”, etc ...).

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:

(...)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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" (grifos nossos).

Foi ainda celebrado o **Convênio ICMS nº 69/98**, tendo em vista o disposto no artigo 199 do CTN e artigo 13, § 1º, inciso II, alínea "a", da Lei Complementar nº 87/96, e considerando a necessidade de uniformizar os procedimentos tributários nas prestações de serviços de comunicações, 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 LHES SEJA DADA".

Dessa forma, o cerne da questão consiste em enquadrar os serviços prestados como sendo tributáveis pelo ICMS.

Os serviços em questão são os seguintes:

- locação de estação móvel: locação de aparelhos para clientes;
- locação eventual de estação móvel: locação temporária de aparelho (em processo de desativação);
- locação de hadset varejo: cobrança de aluguel de aparelhos usados para os clientes que tiveram os aparelhos perdidos ou roubados.

Primeiramente, enfatiza-se que não é concebível a nenhum usuário dos serviços de comunicação/telecomunicação contratar distintamente a cessão de uso do aparelho celular e a contraprestação propriamente dita dos serviços, como afirma a Impugnante, às fls. 94: "tratam-se de dois contratos distintos".

Por uma questão de lógica simples o contrato há de ser firmado por inteiro. O que importa, finalmente, ao usuário, é ter a possibilidade de auferir e utilizar todos os

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

serviços, unicamente. Mais ainda, na esteira de confirmar o entendimento aqui esposado, ao usuário, não é ao menos permitida a possibilidade de alugar determinado aparelho móvel de uma operadora “A” e ter o serviço prestado por outra operadora “B”, se assim lhe convier; ou seja, nenhuma empresa do setor admite receber exclusivamente o valor contratado a título de locação de estação móvel sem oferecer a prestação dos seus serviços. Resta ao usuário, tão-somente, a possibilidade de compra do aparelho celular móvel, embutidos todos os impostos incidentes nesta operação.

Nesta linha de entendimento, tem-se clara a assertiva de que os valores faturados e recebidos pela Telemig Celular a título de locação de estação móvel, locação eventual de estação móvel e locação de *handset* varejo, objeto do presente levantamento fiscal, são adesivos, complementares e inerentes à prestação dos serviços oferecidos pela Operadora ou, nos dizeres da própria Impugnante, às fls. 98, visam assegurar ao usuário a fruição dos serviços de telecomunicações.

Não justifica, portanto, a sua cobrança de forma separada ou autônoma na nota fiscal fatura, na tentativa de se evitar a exação. É que se aplicam, *ipso facto*, de maneira direta e indubitável, as disposições, vigentes à época, do parágrafo 4º do artigo 43 e artigo 50 do RICMS/02 (e correspondentes no RICMS/96):

Art. 43 -

“§ 4º - Na hipótese do inciso X, 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 o processo de comunicação, **independentemente da denominação que lhes seja dada.**” (Grifado)

Art. 50 - Integram a base de cálculo do imposto:

. . . .

II - nas prestações, todas as importâncias recebidas ou debitadas ao tomador do serviço, como juro, seguro, desconto concedido sob condição e preço de serviço de coleta e entrega de carga.” (Grifado)

Outro não foi o entendimento do Dr. Maurício Pinto Coelho Filho, Juiz de Direito da 2ª. Vara de Feitos Tributários do Estado de Minas Gerais ao decidir o MS nº 024.06.976445-4, em 23/03/2006:

“...Na verdade, o ICMS incide sobre a atividade relacionada à prestação de serviços de telecomunicações, como a simples habilitação ao sistema, seja no caso de sua aquisição, isto é, os atos inerentes a aquisição do direito no uso, como também, a mensalidade, a locação dos equipamentos, instalação de equipamentos, serviços de assistência e o tempo de

comunicação, tendo em vista sua necessidade ao funcionamento, para completar a prestação de serviços de telecomunicação.”

Como também não difere o entendimento da Agência Nacional de Telecomunicações - ANATEL, conforme sua resposta ao pedido de informações apresentado pelo Conselho Nacional de Fazenda – CONFAZ, acerca dos aspectos regulamentares relacionados ao provimento de serviços de telecomunicações e a da utilização da infra-estrutura de suporte à prestação dos serviços:

“Ofício nº 113/2006/SUE-Anatel

4.2 - DA ANÁLISE

2) De acordo com o artigo 60 da Lei nº. 9.472 - Lei Geral de Telecomunicações (LGT), os equipamentos e a infra-estrutura necessários à prestação do serviço de telecomunicação (exemplo: roteadores, multiplexadores, circuitos, portas, etc.) são parte integrante da prestação dos serviços de telecomunicações. Cabe adicionalmente ressaltar que alguns dos citados equipamentos são também utilizados nos ambientes dos usuários e de provedores de Serviço de Valor Adicionado (SVA), como o Serviço de Conexão à Internet, regularmente enquadrados como usuários dos serviços de telecomunicações, conforme disposto na Norma nº. 04/95, aprovada pela Portaria nº. 148, de 31 de Maio de 1995.”

E, ainda, algumas decisões proferidas pela Câmara Especial desse colendo Conselho de Contribuinte de Minas Gerais, no mesmo sentido, como os Acórdãos 2.629/02/CE e 3.085/05/CE.

Para finalizar, a Impugnante traz, ainda, em suas razões de defesa argumento de que a locação de estação móvel (aparelhos celulares) se configura como atividade preparatória aos serviços de telecomunicações.

Indaga-se: como admitir a qualidade de ATIVIDADE PREPARATÓRIA, para posterior consecução dos serviços, se tais rubricas são faturadas e recebidas MENSALMENTE nas contas dos usuários, como admite a própria Impugnante às fls.93, ou seja, com habitualidade?

Pode-se admitir que uma atividade intitulada de PREPARATÓRIA possa refletir *ad infinitum* nas faturas dos usuários, ou até que se tenha por encerrado o contrato oneroso da prestação de serviços?

Por seu turno, as decisões do STJ colacionadas pela Defesa referem-se exclusivamente aos itens de assinatura, habilitação de telefone celular, cadastro de usuário e equipamento, não compreendendo, necessariamente, o tema objeto desta discussão.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Portanto, de todo o acima exposto, verifica-se que restaram plenamente caracterizadas as infringências à legislação tributária, sendo, por conseguinte, legítimas as exigências constantes do Auto de Infração em comento.

Diante do exposto, ACORDA a 3ª Câmara de Julgamento do CC/MG, à unanimidade, em julgar procedente o lançamento. Participaram do julgamento, além do signatário, os Conselheiros Luiz Fernando Castro Trópia (Revisor), André Barros de Moura e Fausto Edimundo Fernandes Pereira.

Sala das Sessões, 16/05/07.

**Edwaldo Pereira de Salles
Presidente/Relator**

CC/MG