

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 4.260/14/CE Rito: Sumário  
PTA/AI: 01.000202637-49  
Recurso de Revisão: 40.060135904-77, 40.060135850-23  
Recorrente: 3ª Câmara de Julgamento  
TNL PCS S/A  
IE: 062133441.00-10  
Recorrida: TNL PCS S/A, Fazenda Pública Estadual  
Proc. S. Passivo: Rodolfo de Lima Gropen/Outro(s)  
Origem: DF/BH-1 - Belo Horizonte

### **EMENTA**

**PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO – BASE DE CÁLCULO - FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS.** Imputação fiscal de falta de recolhimento do ICMS por ter a Recorrente/Autuada deixado de destacar o imposto devido em relação a prestação de serviços de comunicação. Como a Recorrente/Autuada, embora tenha lançado no documento fiscal parcelas relativas a prestação de serviço de comunicação não as incluiu na base de cálculo do imposto, restou configurada a infringência ao disposto nos arts. 13, inciso III da Lei Complementar nº 87/96 e 6º, inciso XI da Lei nº 6.763/75. Mantidas as exigências de ICMS e da Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II da Lei nº 6.763/75.

**OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA – EMISSÃO IRREGULAR DE DOCUMENTO FISCAL.** Imputação de descumprimento de obrigação acessória pelo fato da Recorrente/Autuada ter deixado de destacar e indicar nas respectivas notas fiscais, o ICMS nas prestações de serviço de comunicação. Contudo, como a Recorrente/Autuada lançou nos documentos fiscais todas as parcelas sobre as quais incide o ICMS, não pode ser exigida a Multa Isolada capitulada no art. 54, inciso VI da Lei nº 6.763/75, por inaplicável à espécie. Mantido o cancelamento da exigência.

**Recurso de Revisão 40.060135850-23 conhecido e não provido à unanimidade. Recurso de Revisão 40.060135904-77 conhecido à unanimidade e não provido por maioria de votos.**

### **RELATÓRIO**

Versa o presente lançamento acerca da imputação fiscal de falta de recolhimento do ICMS, no período de janeiro a dezembro de 2009, em decorrência de prestação de serviços de comunicação sujeitos a tributação e não tributados, acobertados por meio das NFST, mod. 22, via única, relacionadas no Anexo 2 do Auto de Infração (fls. 11/48), sem o correto destaque do ICMS devido nas respectivas prestações.

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Exigiu-se ICMS e Multas de Revalidação e Isolada previstas na Lei nº 6.763/75, respectivamente, nos arts. 56, inciso II e 54, inciso VI c/c o art. 215, inciso VI, alínea “f” do RICMS/02.

A decisão consubstanciada no Acórdão nº 21.277/14/3ª, pelo voto de qualidade, julgou parcialmente procedente o lançamento para excluir a Multa Isolada capitulada no art. 54, inciso VI da Lei nº 6.763/75.

Inconformada, a Recorrente/Autuada interpõe, tempestivamente e por intermédio de procurador regularmente constituído, o Recurso de Revisão de fls. 221/229, requerendo, ao final, seu conhecimento e provimento.

Também, mediante declaração na decisão, a 3ª Câmara de Julgamento interpõe, de ofício, Recurso de Revisão.

---

### **DECISÃO**

#### **Da Preliminar**

Superadas as condições de admissibilidade capituladas no art. 163, inciso I do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos - RPTA, aprovado pelo Decreto nº 44.747/08, uma vez que a decisão recorrida foi tomada pelo voto de qualidade, revelam-se cabíveis os Recursos de Revisão interpostos.

#### **Do Mérito**

Cumprido de início ressaltar que, nos termos do art. 168 do RPTA, o Recurso de Revisão admitido, interposto pela Recorrente/Autuada, devolve à Câmara Especial o conhecimento da matéria nele versada.

Registra-se, também, que esta decisão engloba o reexame da matéria, cuja decisão foi contrária à Fazenda Pública Estadual, inclusive aquela não decidida pelo voto de qualidade, nos termos do disposto no § 2º do art. 163 c/c o parágrafo único do art. 168, todos do RPTA.

Considerando que a decisão tomada por esta Câmara Especial não se contrapõe à fundamentação do acórdão recorrido, transcreve-se a decisão *a quo*, conforme a seguir, com pequenas alterações e adaptações de estilo.

Versa o presente contencioso, conforme relatado, sobre a imputação fiscal de recolhimento a menor do ICMS, no período de janeiro a dezembro de 2009, em decorrência da falta de inclusão de determinadas parcelas à base de cálculo do imposto devido pela prestação de serviços de comunicação, pelo que foi exigido ICMS e Multas de Revalidação e Isolada previstas na Lei nº 6.763/75, respectivamente, nos arts. 56, inciso II e 54, inciso VI c/c art. 215, inciso VI, alínea “f” do RICMS/02.

Os valores das exigências fiscais acham-se demonstrados nos Anexos 1 a 4 do Auto de Infração (fls. 09/95).

Inicialmente, cumpre destacar que a alegação, de forma genérica, de não ocorrência de fato gerador do ICMS em todas as prestações de serviço autuadas não

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

deve ser acatada, pois a própria Recorrente/Autuada não contestou parte dos serviços tributados no Auto de Infração ora analisado.

Além disso, informa o Fisco que a Recorrente/Autuada já efetuou denúncia espontânea a respeito de vários dos itens autuados.

Nesse diapasão, os serviços autuados e não explicados ou contestados pela Recorrente estão sujeitos à incidência do ICMS. Compreendem esses serviços cujas exigências expressamente ficam mantidas:

- Oi Torpedo SMS;
- Oi Torpedo;
- Oi VC;
- Assinatura Mensal;
- Tel. Fixo VC1;
- WAP GPRS;
- Tel. Fixo VC1;
- Tel. Fixo VC1 Roaming;
- Outros celulares VC SMP;
- Oi Franquia R\$150,00;
- Oi Franquia R\$ 75,00;
- Assinatura Oi Empresa Especial;
- Oi Roaming em Áreas Especiais;
- Outros Celulares VC SMP;
- Assinatura Mensal Oi Empresa 3;
- Relatórios Especiais Extratos Diários;
- International Roaming;
- Assinatura Oi Velox;
- Franquia;
- Assinatura Mensal Oi Controle Empresa;
- Oi Office Blackberry BIS.

A Recorrente/Autuada apresenta, às fls. 131/132, o que ela mesma define como “*uma breve descrição de cada um dos serviços autuados*” concluindo que as seguintes atividades autuadas pelo Fisco não estariam sujeitas à incidência do ICMS:

- 1 - Consulta Fácil;
- 2 - VPN *Conect* - Adm Usuário;
- 3 - *Advanced Services*;

4 - TC Metro *Ethernet*.

Importante observar que os serviços impugnados não estão amparados pela “não incidência” do ICMS, haja vista que vislumbram essencialmente a comunicação de dados e voz oferecida pela Recorrente/Autuada aos seus clientes que pagam por tais serviços, independentemente do nome e da conceituação que lhes é dado pela prestadora de serviços.

Como é possível verificar pela análise das notas fiscais de serviços de comunicação autuadas no Anexo 5 do Auto de Infração (fls. 96/118), emitidas pela Recorrente/Autuada, vários são os serviços de comunicação cobrados dos usuários em cada um destes documentos, neles se incluindo os serviços de comunicação sem destaque do ICMS cuja exigência fiscal está sendo efetuada nos presentes autos, com exclusão dos serviços TCE Solution e locação.

Portanto, dos autos extrai-se a seguinte situação fática: a Recorrente/Autuada é uma prestadora de serviços de telecomunicação que firma contrato com os usuários para prestar serviços de telecomunicação e emite notas fiscais de serviços de telecomunicação para demonstrar ao usuário e ao Fisco Estadual os serviços de telecomunicação cobrados dos usuários e, no caso, a partir desses documentos emitidos pela própria Recorrente, o Fisco levanta parcelas (serviços) que deveriam compor a base de cálculo do imposto e não foram levadas à tributação.

A interpretação feita pela Recorrente/Autuada quanto a não tributação pelo ICMS das espécies de prestações de serviços de telecomunicações, aqui autuadas, não pode ser acatada por este órgão julgador.

A exigência do ICMS sobre as prestações de serviços de comunicação relacionadas nos autos, além de decorrer do art. 155, inciso II da Constituição Federal, está amparada no art. 6º, inciso XI da Lei nº 6.763/75, que estabelece as hipóteses de ocorrência do fato gerador do ICMS, *in verbis*:

Art. 6º - Ocorre o fato gerador do imposto:

(...)

XI - na geração, na emissão, na transmissão, na retransmissão, na repetição, na ampliação ou na recepção de comunicação de qualquer natureza, por qualquer processo, ainda que iniciada no exterior, ressalvado o serviço de comunicação realizado internamente no estabelecimento pelo próprio contribuinte;

O fato gerador do ICMS sobre as prestações de serviços de comunicação, consoante o disposto no inciso III do art. 2º da Lei Complementar nº 87/96, se estende a todas as 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.

E, assim sendo, as receitas auferidas pela Recorrente/Autuada e aqui objeto de discussão são decorrentes da efetiva prestação de serviço de comunicação.

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Importante verificar o inteiro teor do art. 43, inciso X, § 4º do RICMS/02 que estabelece a inclusão na base de cálculo do ICMS dos valores cobrados a título de serviços suplementares e facilidades adicionais que otimizem ou agilizem o processo de comunicação, independentemente da denominação que lhes seja dada, a saber:

Art. 43 - Ressalvado o disposto no artigo seguinte e em outras hipóteses previstas neste Regulamento e no Anexo IV, 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 do serviço, ou, na sua falta, o constante de 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 o processo de comunicação, independentemente da denominação que lhes seja dada.

O trabalho do Fisco está lastreado, também, no art. 13 da Lei Complementar nº 87/96, que trata da base de cálculo do ICMS e no art. 50 do RICMS/02 que, reproduzindo a norma constitucional, estabelece que todas as importâncias recebidas ou debitadas ao tomador do serviço, conseqüentemente nelas incluídas os valores referentes a quaisquer atividades principais ou suplementares ou adicionais necessárias à prestação do serviço de comunicação, integram a base de cálculo do ICMS.

Já a Lei Complementar nº 87/96, assim trata a questão da base de cálculo do ICMS na prestação de serviço de comunicação:

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;

(...)

§ 1º Integra a base de cálculo do imposto, inclusive na hipótese do inciso V do caput deste artigo:

(...)

II - o valor correspondente a:

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

a) seguros, juros e demais importâncias pagas, recebidas ou debitadas, bem como descontos concedidos sob condição;

Em Minas Gerais, a Lei nº 6.763/75 e o Regulamento do ICMS, aprovado pelo Decreto nº 43.080/02, não diferem das regras gerais constantes da Lei Complementar nº 87/96.

O art. 50 do RICMS/02 assim trata a questão:

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.

Sendo assim, os valores referentes aos itens de serviços recorridos integram o valor da prestação do serviço e, conseqüentemente, a base de cálculo do ICMS, por expressa previsão legal.

Cumprе salientar que as atividades recorridas são serviços de telecomunicação.

O Conselho Nacional de Política Fazendária - Confaz para melhor explicitar a matéria dirigiu-se à Agência Nacional de Telecomunicações – Anatel que, por meio do Ofício nº 113/2006/SUE-ANATEL, de 27 de abril de 2006, confirmou o posicionamento do Fisco sobre a questão, a saber:

“De acordo com o artigo 60 da Lei nº. 9472 – Lei Geral de Telecomunicações (LGT), os equipamentos e a infraestrutura necessários à prestação do serviço de telecomunicação (exemplo: roteador, multiplex, circuitos, porta, etc.) são parte integrante da prestação dos serviços de telecomunicações”.

Esse esclarecimento prestado pela Anatel, a pedido de informação apresentada pelo Conselho Nacional de Política Fazendária - CONFAZ, sobre os aspectos regulamentares relacionados ao provimento de serviços de telecomunicações, veio trazer importante contribuição à definição da tributação sobre a utilização da infraestrutura de suporte à prestação dos serviços.

Assim, verifica-se que a Lei Geral de Telecomunicações, em seu art. 60, dá sentido ao termo serviço de telecomunicação, revelando-se como de suma importância, ao dispor que “*Serviço de telecomunicação é o conjunto de atividades que possibilita a oferta de telecomunicação*”.

Assim, independentemente do nome dado ao serviço, a prestação de serviço, mediante remuneração ou retribuição a determinada pessoa (usuário) em uma atividade que possibilite a oferta de telecomunicação, é, em consequência do conceito legal, serviço de telecomunicação tributável pelo imposto estadual.

Em relação aos serviços de “Consulta Fácil, VPN Conect e TC Metro Ethernet”, expressamente citados e discriminados pela Recorrente, cumprе destacar que

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

esses não são apenas serviços autônomos de instalação de *software*, formação e gerenciamento de redes tributáveis pelo ISSQN, já que têm características de permanente prestação e cobrança e têm também como objetivo intermediar a troca de dados e informações entre dois pontos, estabelecendo-se efetivamente o evento da comunicação, beneficiando o usuário, e, portanto, passíveis de precificação e demanda permanente pelo mesmo.

As espécies de serviço referentes aos itens “Consulta Fácil, VPN *Conect* e TC Metro *Ethernet*” são, portanto, tributáveis pelo ICMS.

O “Glossário de Termos Técnicos” da Coletânea Normativa de Telecomunicações, editada pela Anatel, traz o seguinte conceito para serviço suplementar:

Serviço suplementar: serviço que modifica ou suplementa um serviço básico de telecomunicação (ou serviço principal de telecomunicação). Em consequência, não pode ser oferecido a um cliente como serviço isolado. Deve ser oferecido com ou em associação com um serviço básico de telecomunicação.

(Disponível em [www.anatel.gov.br](http://www.anatel.gov.br))

Como se depreende da leitura da definição dada pela Anatel, os itens “Consulta Fácil, VPN *Conect* e TC Metro *Ethernet*” tratam-se de espécies de serviços que são prestados no conjunto do serviço de comunicação ofertados aos usuários. Não podendo, dessa forma, serem desassociados para fins de tributação pelo ICMS.

No mesmo passo, encontra-se o art. 89 do “Regulamento do Serviço Telefônico Fixo Comutado” que trata das receitas alternativas:

Art. 89. Além da tarifa relativa ao STFC efetivamente prestado, a Concessionária pode auferir receitas alternativas, complementares ou acessórias por meio de prestações, utilidades ou comodidades, inerentes à plataforma do serviço, sem caracterizar nova modalidade de serviço.

(Disponível em [www.anatel.gov.br](http://www.anatel.gov.br))

No caso em tela, restou demonstrado nos autos que os serviços relativos aos itens “Consulta Fácil, VPN *Conect* e TC Metro *Ethernet*” não são ofertados de maneira autônoma e independente da contratação do serviço de telecomunicação, assim como não se caracterizam como nova modalidade de serviço.

Já em relação ao serviço denominado *Advanced Services*, segundo informações da própria Recorrente/Autuada, este é um serviço de monitoramento e gerenciamento de rede de dados que compreende também o serviço Gerência Pró-Ativa.

Ainda conforme definição da própria Recorrente/Autuada, esses são serviços corporativos, referentes à formação de rede de comunicação de dados e, assim sendo, legal e correta é a sua tributação pelo ICMS. São serviços “*destinados ao gerenciamento de redes de comunicação de dados, possibilitando o acionamento pró-*

*ativo de fornecedores, mensuração da qualidade do serviço e do nível de disponibilidade da rede”.*

Muitas são as vantagens da utilização desse tipo de serviço, destacando-se a confiança, já que a rede de comunicação de dados é monitorada permanentemente, sendo antecipadas situações que possam causar interrupções e prejuízos, a economia por dispensar a realização de investimentos para a criação de estruturas internas para o gerenciamento das telecomunicações e a otimização, pois os funcionários das empresas clientes poderão dedicar-se a desenvolver soluções dentro de seu núcleo de negócios, deixando a gestão operacional da infraestrutura de telecomunicações com a prestadora de serviços, no caso, a Recorrente/Autuada.

Merece destaque o fato de que a Gerência Pró-Ativa ou o gerenciamento de uma rede de computadores torna-se uma atividade essencial para garantir o seu funcionamento contínuo, assim como para assegurar um elevado grau de qualidade dos serviços oferecidos.

A amplitude extraída do texto constitucional sobre a incidência do ICMS pelo legislador infraconstitucional não deixa dúvidas de que esse serviço está sujeito ao tributo de competência estadual.

Ressalte-se que o fato gerador do ICMS determinado pelas normas legais não é apenas a comunicação propriamente dita, mas sim, a “prestação onerosa de serviço de comunicação”. Assim, havendo a prestação de serviço de comunicação de forma onerosa, configurada está a incidência do imposto, independentemente se houve ou não a comunicação em si.

O que se tributa são os meios artificiais e onerosos que tornam possível a comunicação. Incluídos em tais meios estão todos os serviços postos à disposição do cliente com o intuito de disponibilizar, implementar, agilizar, facilitar e imprimir maior segurança e conforto na comunicação.

Esse entendimento foi corroborado pela manifestação da Procuradoria Geral da Fazenda Nacional que expediu o Parecer PGFN/CAT/nº 2042/97, do qual se extrai o seguinte trecho:

A Lei Complementar n. 87, de 13 de setembro de 1996, ao dispor sobre o mencionado tributo estabeleceu, no seu art. 2º, a incidência do imposto sobre “prestações onerosas de serviços de comunicação, por qualquer meio, inclusive geração, a emissão, a recepção, a transmissão, a retransmissão, a repetição e a ampliação de comunicação de qualquer natureza.”

7. Fica claro que a incidência ou não do imposto se refere à prestação do serviço oneroso de comunicação, ou seja, o caráter comercial e preponderante para o enquadramento na regra matriz de incidência. O Prof. Roque Antônio Carrazza (“O ICMS na Constituição”, Malheiros, p. 71) assevera que “o ICMS não incide sobre a comunicação propriamente dita, mas sobre a “relação comunicativa”, isto é, a atividade de, em

caráter negocial, alguém fornecer, a terceiro, condições materiais para que a comunicação ocorra.

Isto é feito mediante a instalação de microfones, caixa de som, telefones, radiotransmissores etc. Tudo, enfim, que faz parte da infraestrutura mecânica, eletrônica e técnica necessárias à comunicação.

O serviço de comunicação tributável por meio de ICMS se perfaz com a só colocação à disposição do usuário dos meios de modos aptos à transmissão e recepção de mensagens. Embora o sistema seja arcaico, um serviço de pombos-correio posto à disposição de uma pessoa (física ou jurídica), para transmissão ou recepção de mensagens, pode perfeitamente ser tributado por meio de ICMS.(...)

Agora, sim: há uma relação negocial entre o prestador e o usuário, que possibilita a este último, a comunicação. É o quanto basta para que o ICMS incida. Mesmo que o usuário mantenha os equipamentos desligados.

A Recorrente/Autuada alega, também, que a atividade de gerenciamento de redes reveste-se de autonomia necessária para a sujeição ao ISSQN, especialmente porque prevista no item 1.07 da lista anexa à Lei Complementar nº 116/03.

Contudo, esse argumento não pode ser acatado à luz do próprio dispositivo normativo citado pela Recorrente, a saber:

Lista de serviços anexa à Lei Complementar nº 116, de 31 de julho de 2003.

- 1 - Serviços de informática e congêneres.
  - 1.01 - Análise e desenvolvimento de sistemas.
  - 1.02 - Programação.
  - 1.03 - Processamento de dados e congêneres.
  - 1.04 - Elaboração de programas de computadores, inclusive de jogos eletrônicos.
  - 1.05 - Licenciamento ou cessão de direito de uso de programas de computação.
  - 1.06 - Assessoria e consultoria em informática.
  - 1.07 - Suporte técnico em informática, inclusive instalação, configuração e manutenção de programas de computação e bancos de dados.
  - 1.08 - Planejamento, confecção, manutenção e atualização de páginas eletrônicas.

Como se observa do texto legal acima transcrito, o item 1.07 da lista anexa à Lei Complementar nº 116/03 não trata expressamente do gerenciamento de redes.

A Recorrente/Autuada sustenta ainda a ilegalidade do Convênio ICMS nº 69/98. Contudo, essa alegação não pode ser apreciada por este Conselho de Contribuintes que se encontra adstrito em seu julgamento, a teor do art. 110 do

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos do Estado de Minas Gerais, aprovado pelo Decreto nº 44.747/08, que assim determina:

Art. 110. Não se incluem na competência do órgão julgador:

I - a declaração de inconstitucionalidade ou a negativa de aplicação de ato normativo, inclusive em relação à resposta à consulta a que for atribuído este efeito pelo Secretário de Estado de Fazenda;

II- a aplicação de equidade.

Também a Lei nº 6.763/75 traz dispositivo de semelhante teor, *in verbis*:

Art. 182. Não se incluem na competência do órgão julgador:

I - a declaração de inconstitucionalidade ou a negativa de aplicação de ato normativo, inclusive em relação à consulta a que for atribuído este efeito pelo Secretário de Estado de Fazenda, nos termos do § 2º. do art. 146;

II - a aplicação da equidade.

O Superior Tribunal de Justiça já se manifestou, no Resp nº 1.022.257-RS (2008/0009004-4) no sentido de que serviços suplementares e facilidades adicionais que otimizem ou agilizem o processo de comunicação, previstos no Convênio ICMS nº 69/98, integram o preço do serviço de comunicação e, por isso, estão sujeitos à incidência do ICMS.

Dessa decisão, cumpre destacar o voto do Sr. Relator Ministro Castro Meira, acompanhado unanimemente:

### RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO CASTRO MEIRA (RELATOR):  
CUIDA-SE DE RECURSO ESPECIAL INTERPOSTO COM FULCRO NAS ALÍNEAS "A" E "C" DO PERMISSIVO CONSTITUCIONAL EM FACE DE ACÓRDÃO ASSIM EMENTADO:

"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. INOCORRÊNCIA.. ICMS. PRESTAÇÕES DE SERVIÇOS DE COMUNICAÇÃO. INCIDÊNCIA. CONVÊNIO ICMS Nº 69/98.

1) NÃO HÁ FALAR EM IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO, QUANDO O IMPETRANTE DEMONSTRA QUE ESTÁ SUJEITO A INCIDÊNCIA DE DETERMINADO TRIBUTO E BUSCA, POR MEIO DO MANDADO DE SEGURANÇA, VER AFASTADA SUA COBRANÇA.

2) OS SERVIÇOS ACESSO, ADESÃO, ATIVAÇÃO, HABILITAÇÃO, DISPONIBILIDADE, ASSINATURA E UTILIZAÇÃO DOS SERVIÇOS, BEM ASSIM OS RELATIVOS A SERVIÇOS SUPLEMENTARES E FACILIDADES ADICIONAIS QUE OTIMIZEM OU AGILIZEM O PROCESSO DE COMUNICAÇÃO, PREVISTOS NO CONVÊNIO ICMS Nº 69/98, INTEGRAM O PREÇO E, POR ISSO, ESTÃO SUJEITOS À INCIDÊNCIA DO ICMS. NÃO CABE A DISCUSSÃO DETALHADA (AS

PARCELAS DO PREÇO), VALE O TODO, O CONJUNTO DOS SERVIÇOS PRESTADOS. NÃO SE SUSTENTA A ALEGAÇÃO DE QUE ALGUMAS DAS ATIVIDADES NÃO INTEGRAM O SERVIÇO E POR ISSO FORA DO CAMPO DE INCIDÊNCIA DO IMPOSTO.

PRELIMINAR REJEITADA À UNANIMIDADE. RECURSO PROVIDO, POR MAIORIA" (FL. 278).

O ARESTO FOI EXARADO NO ÂMBITO DE APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA ACÓRDÃO QUE CONCEDERA A ORDEM, "ENTENDENDO QUE OS SERVIÇOS PRESTADOS PELA IMPETRANTE PREVISTOS NA CLÁUSULA 1ª DO CONVÊNIO Nº 69/98 (ACESSO, ADESÃO, ATIVAÇÃO, HABILITAÇÃO, DISPONIBILIDADE, ASSINATURA E UTILIZAÇÃO DOS SERVIÇOS, BEM ASSIM OS RELATIVOS A SERVIÇOS SUPLEMENTARES E FACILIDADES ADICIONAIS QUE OTIMIZEM OU AGILIZEM O PROCESSO DE COMUNICAÇÃO), A PARTIR DE JANEIRO DE 2005, NÃO ESTARIAM SUJEITOS À INCIDÊNCIA DO ICMS, DETERMINANDO QUE A AUTORIDADE IMPETRADA SE ABSTIVESSE DE AUTUAR A IMPETRANTE PELO NÃO-RECOLHIMENTO DO REFERIDO TRIBUTO".

SUSTENTA-SE DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL E VIOLAÇÃO DO ARTIGO 2º, III, DA LEI COMPLEMENTAR Nº 87/96, SEGUNDO O QUAL "O ICMS-COMUNICAÇÃO INCIDE TÃO-SOMENTE SOBRE PRESTAÇÕES ONEROSAS DE SERVIÇOS DE COMUNICAÇÃO (VEDANDO, POR CONSEQUENTE, A INCIDÊNCIA DO IMPOSTO SOBRE ATIVIDADES QUE NÃO CONTEMPLAM A RELAÇÃO COMUNICATIVA)" FL. 283.

O ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, EM CONTRA-RAZÕES, APONTA AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO DO DISPOSITIVO TIDO POR VIOLADO, FALTA DE COMPROVAÇÃO DA DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL E DEFICIÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO DA PEÇA RECURSAL.

ALEGA, AINDA, A INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA E, NO MÉRITO, PUGNA PELO NÃO-PROVIMENTO DO RECURSO ESPECIAL.

INADMITIDO O APELO, SUBIRAM OS AUTOS POR DECISÃO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO.

É O RELATÓRIO.

#### EMENTA

PROCESSO CIVIL E TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. ICMS. LC Nº 87/96. HABILITAÇÃO. TELEFONIA MÓVEL CELULAR. LEGITIMIDADE. ADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA.

1. É CABÍVEL MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA NORMA TRIBUTÁRIA DE APLICABILIDADE IMEDIATA CAPAZ DE PRODUZIR EFEITOS CONCRETOS NA ESFERA PATRIMONIAL DOS CONTRIBUINTES.

2. AS ATIVIDADES MERAMENTE PREPARATÓRIAS OU DE ACESSO AOS SERVIÇOS DE COMUNICAÇÃO NÃO PODEM SER ENTENDIDAS COMO "SERVIÇO DE TELECOMUNICAÇÃO" PROPRIAMENTE DITO,

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

DE MODO QUE ESTÃO FORA DA INCIDÊNCIA TRIBUTÁRIA DO ICMS. NÃO TEM AMPARO, PORTANTO, NA LEI COMPLEMENTAR Nº 87/96 A CLÁUSULA PRIMEIRA DO CONVÊNIO Nº 69/98, QUE INCLUI AS REFERIDAS ATIVIDADES PREPARATÓRIAS NA BASE DE CÁLCULO DO ICMS-COMUNICAÇÃO. PRECEDENTES.

3. IMPOSSIBILIDADE DE SER RECONHECIDO DIREITO LÍQUIDO E CERTO À NÃO-INCIDÊNCIA DO ICMS SOBRE "SERVIÇOS SUPLEMENTARES E FACILIDADES ADICIONAIS", SEM QUE HAJA EXPLICITAÇÃO DE QUAIS OPERAÇÕES A RECORRENTE ENTENDE ESTAREM INSERIDAS EM CONCEITOS POR DEMAIS VAGOS. (GN)

4. INCIDE ICMS SOBRE A COBRANÇA DE ASSINATURA BÁSICA RESIDENCIAL, QUE SE CONSTITUI EM VERDADEIRA REMUNERAÇÃO DO SERVIÇO DE TELEFONIA, JÁ QUE SUA PREVISÃO LEGAL É DE ESTABELECEER VALOR MÍNIMO QUE JUSTIFIQUE A VIABILIDADE ECONÔMICA DO SERVIÇO COM A CONTRAPARTIDA DE FRANQUIA DE UTILIZAÇÃO.

5. RECURSO ESPECIAL PROVIDO EM PARTE.

### ACÓRDAO

VISTOS, RELATADOS E DISCUTIDOS OS AUTOS EM QUE SÃO PARTES AS ACIMA INDICADAS, ACORDAM OS MINISTROS DA SEGUNDA TURMA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, POR UNANIMIDADE, DAR PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO NOS TERMOS DO VOTO DO SR. MINISTRO RELATOR. OS SRs. MINISTROS HUMBERTO MARTINS, HERMAN BENJAMIN, CARLOS FERNANDO MATHIAS (JUIZ CONVOCADO DO TRF 1ª REGIÃO) E ELIANA CALMON VOTARAM COM O SR. MINISTRO RELATOR. SUSTENTOU ORALMENTE DR. ANDRÉ MENDES MOREIRA, PELA PARTE RECORRENTE: GLOBAL VILLAGE TELECOM LTDA

BRASÍLIA, 04 DE MARÇO DE 2008 (DATA DO JULGAMENTO).

MINISTRO CASTRO MEIRA

RELATOR

Com relação à correção da aplicação da penalidade isolada, cumpre verificar se o tipo nela descrito como passível de punição equivale à conduta da Recorrente/Autuada. Necessário se reportar às normas que tipificam a conduta.

É o seguinte o inteiro teor do art. 54, inciso VI da Lei nº 6.763/75:

Art. 54 - As multas para as quais se adotará o critério a que se refere o inciso I do caput do art. 53 desta Lei são as seguintes:

(...)

VI - por emitir documento com falta de qualquer requisito ou indicação exigida em regulamento ou emití-lo com indicações insuficientes ou incorretas, bem como imprimir ou mandar imprimir documento fiscal em desacordo com a autorização da repartição competente - de 1 (uma) a 100 (cem) UFEMGs por documento.

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

(...)

§ 4º Na hipótese do inciso VI do caput deste artigo, a multa fica limitada a duas vezes e meia o valor do imposto incidente na operação, não podendo ser inferior a 15% (quinze por cento) do valor da operação, inclusive quando amparada por isenção ou não incidência.

Cabe também verificar as disposições contidas no inciso VI do art. 215 do RICMS/02, a saber:

Art. 215 - As multas calculadas com base na UFEMG, ou no valor do imposto não declarado, são:

(...)

VI - por emitir documento com falta de requisito ou indicação exigida neste Regulamento ou emití-lo com indicações insuficientes ou incorretas, bem como imprimir ou mandar imprimir documento fiscal em desacordo com a autorização da repartição competente - por documento:

(...)

f) natureza da operação ou da prestação e condições do pagamento; alíquota do ICMS e destaque do imposto devido; nome da empresa de transporte e seu endereço, ou o número da placa do veículo, Município e Estado de emplacamento, quando se tratar de transportador autônomo: 42 (quarenta e duas) UFEMG; (grifos apostos para destacar).

Observando-se as cópias dos documentos fiscais, juntados aos autos, verifica-se que a Recorrente/Autuada não deixou de destacar nas notas fiscais os serviços de telecomunicações objeto da autuação, mas deixou de levar à tributação pelo ICMS as parcelas cobradas dos usuários.

Portanto, o que se tem, na realidade, é que a Recorrente/Autuada deixou de oferecer à tributação parte dos valores dos serviços de telecomunicação cobrados dos usuários de telefonia, conforme relação constante nos Anexos ao Auto de Infração.

Essa situação pode ser confirmada por meio da análise das notas fiscais de serviços de comunicação autuadas no Anexo 2 do Auto de Infração (fls. 11/48), emitidas pela empresa prestadora de serviços de comunicação TNL PCS S/A.

Vários são os serviços de comunicação cobrados dos usuários em cada NFST, neles se incluindo alguns sem o destaque do ICMS cuja exigência fiscal está sendo efetuada nos presentes autos.

Pode-se concluir ainda que a situação tributária das rubricas referentes aos serviços cobrados dos usuários e não oferecidos à tributação foi informada nos arquivos eletrônicos do Convênio ICMS nº 115/03, transmitidos pela Recorrente, e declarados em DAPI.

Não há dúvidas de que o recolhimento a menor de imposto pressupõe a inobservância de normas relacionadas com o fato gerador do imposto, no qual estão

compreendidas a alíquota e a base de cálculo. Reafirma-se que, no caso, a infração restou configurada pelo fato de a Recorrente/Autuada ter deixado de incluir na base de cálculo, parcela da prestação de serviços, as quais, segundo o seu entendimento, não estariam sujeitas à tributação.

Nesse contexto, cabe indagar se a conduta da Recorrente se amolda ao disposto no art. 54, inciso VI da Lei nº 6.763/75 c/c o art. 215, inciso VI, alínea “f” do RICMS/02, reproduzidos acima.

À luz dos dispositivos sancionadores, frente à situação relatada nos autos, extrai-se que a tipicidade da conduta estar-se-ia configurada, quando:

- 1) ocorrer a emissão de documento fiscal sem a indicação da alíquota do ICMS e sem destaque do imposto devido;
- 2) ocorrer a emissão de documento fiscal com indicações incorretas da alíquota do ICMS e do destaque do imposto devido.

Na primeira hipótese, não é possível afirmar que ocorreu a emissão de documento fiscal sem indicação de tais requisitos, pois em todas as notas fiscais constam a indicação da alíquota e do imposto devido, isso em relação às prestações que a Recorrente entende como sujeitas à tributação.

A segunda situação, “*indicação incorreta da alíquota e destaque do ICMS devido*”, a única que se amolda, seria a do destaque insuficiente do imposto. Mas, nesse ponto, com respeito aos entendimentos diversos, a *mens legis* da norma penalizadora diz respeito ao destaque incorreto do imposto em que a aplicação da alíquota sobre a base de cálculo resultar em valor divergente do informado no documento fiscal. O que não ocorreu nestes autos, vez que em todos os documentos fiscais, constata-se que o imposto destacado é exatamente o resultado da operação aritmética da alíquota *versus* a base de cálculo informada.

Assim, a penalidade, segundo a legislação posta, deve ser exigida em todas as situações em que o Fisco constate a emissão de documento fiscal com falta ou insuficiência de qualquer requisito ou indicação exigidos em regulamento.

No caso dos autos, constata-se, nas cópias das notas fiscais emitidas, que a Recorrente/Autuada discrimina os serviços que são cobrados dos usuários, indicando os valores desses, e consigna como base de cálculo o valor que entende estar alcançado pelo imposto, deixando de incluir os valores das rubricas as quais entende que não estão alcançadas pela tributação do ICMS.

Assim, resta claro que a irregularidade apontada pelo Fisco “*recolhimento a menor do imposto*” se deve à interpretação da Recorrente/Autuada, quanto ao tratamento tributário dispensado de não incluir na base de cálculo do imposto os valores das prestações de serviços de telecomunicação cobradas que, segundo o seu entendimento, não estariam sujeitas à tributação, e não propriamente ao preenchimento incorreto dos documentos fiscais.

Por outro, pode-se facilmente constatar que a Recorrente/Autuada em nenhum momento tenta ocultar do Fisco ou criar-lhe dificuldade em verificar quais serviços presta e cobra. O valor de cada serviço está perfeitamente discriminado e

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

quando entende tributável pelo ICMS, em todos os casos, o valor do serviço coincide com o valor base de cálculo. Não se consegue ver nenhuma intenção de não exibir ao Fisco os serviços prestados, como de fato não o fez, ou de se enganar na aplicação da alíquota. A Recorrente/Autuada, por razões que expõe em seu recurso, não concorda que esses serviços sejam tributados pelo ICMS e, assim, os deixa de incluir na base de cálculo do imposto, em relação aos serviços ora autuados.

Não é o presente caso como aqueles, visto com frequência, de contribuintes que, independentemente da intenção, erram na alíquota correta a ser aplicada ou não oferecem determinada operação à tributação e, por consequência, não destacam o imposto devido, quando não existem mais dúvidas quanto à tributação e a correta alíquota daquela operação. Para esses casos, a aplicação da penalidade em comento é perfeitamente adequada.

Pelo exposto, deve ser cancelada a penalidade por descumprimento de obrigação acessória, por inadequação da norma ao fato concreto. Menciona-se, por oportuno, decisões desta Casa tomadas, por unanimidade, em trabalhos semelhantes a este, nos Acórdãos nºs 19.434/10/3ª, 19.513/10/3ª, 20.054/11/3ª e 20.389/12/3ª.

Portanto, com apoio na jurisprudência deste Colegiado que vem rechaçando a exigência desta penalidade em casos semelhantes, deve ser excluída a Multa Isolada capitulada no art. 54, inciso VI da Lei nº 6.763/75.

Diante do exposto, ACORDA a Câmara Especial do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em conhecer dos Recursos de Revisão. No mérito, quanto ao Recurso nº 40.060135850-23 - TNL PCS S/A, à unanimidade, em lhe negar provimento. Quanto ao Recurso nº 40.060135904-77 - 3ª Câmara de Julgamento, por maioria de votos, em lhe negar provimento. Vencido o Conselheiro Marco Túlio da Silva (Relator), que lhe dava provimento, nos termos do voto vencido. Designado relator o Conselheiro René de Oliveira e Sousa Júnior. Pela Recorrente, sustentou oralmente o Dr. Márcio Ferreira Bedran e, pela Fazenda Pública Estadual, o Dr. Antônio Carlos Diniz Murta. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Luciana Mundim de Mattos Paixão (Revisora), Antônio César Ribeiro, Marco Túlio da Silva e Sauro Henrique de Almeida.

**Sala das Sessões, 25 de abril de 2014.**

**Maria de Lourdes Medeiros**  
**Presidente**

**René de Oliveira e Sousa Júnior**  
**Relator designado**

D