

Acórdão: 16.303/05/2^a Rito: Ordinário
Impugnação: 40.010114488-14
Impugnante: Empresa Brasileira de Telecomunicações S.A.
Proc. S. Passivo: Eduardo Fernando Maia Coelho/Outros
PTA/AI: 01.000148010-17
Inscr. Estadual: 062.004049.0083
Origem: DF/BH-3

EMENTA

PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO – FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS – Falta de recolhimento e/ou recolhimento a menor do ICMS devido, em face da não tributação de diversos serviços de comunicação. Procedimento fiscal respaldado pelo artigo 6º, inciso XI da Lei 6763/75 e artigo 44, § 4º do RICMS/96. Infração caracterizada. Lançamento procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre recolhimento a menor do ICMS em decorrência de não terem sido levados à tributação, alguns serviços de telecomunicação, na modalidade nacional, nos exercícios de 1999 e 2000. Exigiu-se ICMS e MR mediante recomposição da conta gráfica.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 254/293, contra a qual o Fisco se manifesta às fls. 340/358.

A Auditoria Fiscal, em parecer de fls. 359/369, opina pela procedência do lançamento.

DECISÃO

Preliminar

Inicialmente, não assiste razão à Impugnante no tocante à “sobreposição de períodos autuados”, uma vez que o PTA nº 01.000140181.85 refere-se às irregularidades apuradas no período de 01/01/97 a 31/12/98 (Relatório do AI de fl. 297 e Relatório Fiscal de fl. 300) e o lançamento de valores de ICMS nos meses de janeiro e fevereiro/99 é decorrente de recomposição da conta gráfica, em virtude da existência de saldos credores no exercício de 1998.

Mérito

O presente litígio versa sobre o recolhimento a menor do ICMS, em virtude de não tributação de parte dos serviços de telecomunicação, na modalidade nacional, nos exercícios de 1999 e 2000.

Os dados utilizados foram extraídos dos relatórios do próprio Contribuinte, quais sejam, “Demonstrativo Sintético de Arrecadação do ICMS Referente a Serviços Prestados/Faturados”, “Relatório de Serviços Isentos/Não Tributáveis” e “Relatório de Serviços Tributáveis pelo ICMS”, bem como a descrição de cada serviço fornecida também pelo próprio Contribuinte (fls. 81/181).

O Fisco procedeu à reclassificação dos valores lançados pelo Contribuinte como "Isentos" e "Não tributáveis", tendo considerado como isentos os serviços prestados a missões diplomáticas, repartições consulares, órgãos da administração pública direta, fundações e autarquias mineiras (Anexo I, itens 90 e 95 do RICMS/96) e como não tributáveis os produtos relacionados aos códigos PDN, EXN, TZN, etc., ou seja, pagamentos em duplicidade, serviços de comunicação prestados a outras empresas de telecomunicações e encargos financeiros.

Em seguida, o Fisco elaborou quadros de fls. 21/68 ("Comparativo de Lançamentos efetuados pelo Contribuinte e pelo Fisco"), demonstrando quais os valores, dentro de cada produto, não teriam sido levados à tributação pelo Contribuinte.

A Impugnante alega que a fiscalização relacionou serviços que não se caracterizam como sendo de comunicação, dentre eles, aluguel de bens móveis, instalação de equipamentos e cessão de uso de satélite.

Porém, não é este o melhor entendimento, pois toda a legislação tributária, partindo da Constituição Federal de 1988 até o Regulamento mineiro do ICMS, dá respaldo ao entendimento fiscal, como se demonstrará.

Nos termos do inciso XI do art. 6º da Lei 6763/75, recepcionado pelo inciso XI do art. 2º do RICMS/96, ocorre o fato gerador do ICMS na geração, 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.

Portanto, 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.

A Autuada é, sem dúvidas, 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, o ICMS.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

A base de cálculo do ICMS se compõe dos vários valores cobrados do tomador do serviço na realização da prestação fim. Sendo que estes valores somados, representarão o montante, o preço do serviço, definido pelo legislador complementar como parâmetro quantitativo para efeitos de incidência da alíquota prevista para cada prestação.

Em 1998, considerando-se a necessidade de uniformizar procedimentos tributários nas prestações de serviço de comunicação, foi celebrado entre os Estados, o **Convênio ICMS n° 69/98**, que assim dispõe:

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 (g.n).

Mencionado Convênio foi recepcionado pelo art. 44, § 4° do RICMS/96:

Art. 44 - 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 § 4°, 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.

(...)

§ 4° - 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 ao processo de comunicação**, independentemente da denominação que lhes seja dada" (grifo nosso).

Frente à legislação de regência, não há dúvidas de que os valores cobrados pela Autuada a título de locação ou instalação de equipamentos e serviços de

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

engenharia compõem a base de cálculo do imposto nas prestações de serviço de comunicação.

E outro não poderia ser o entendimento, primeiramente porque a Autuada é uma empresa prestadora de serviço de comunicação e não uma empresa de locação ou venda de equipamentos, depois porque todos os serviços por ela prestados somente o são em razão do serviço de comunicação, sua atividade fim, tanto que todos os serviços objeto da autuação estão relacionados a um código de produto. Como exemplo citamos o produto VSN - TV Sat via Embratel, TVI – TV Programada Internacional, etc.

No que se refere à “cessão de uso de satélite”, além dos argumentos já expostos, vale mencionar o artigo 38 do Anexo IX do RICMS/96, oriundo do Convênio 126/98:

Art. 38 - Na cessão onerosa de meios de redes de telecomunicações a outra empresa de telecomunicação constante do Anexo Único do Convênio ICMS 126/98, de 11 de dezembro de 1998, quando a cessionária não se constitua em usuário final, ou seja, quando utilizar os meios para prestar serviços de telecomunicações a seus próprios usuários, o imposto será devido apenas sobre o preço do serviço cobrado do usuário final.

Se não incide o imposto na cessão onerosa de meios de redes, quando a cessionária é outra empresa de telecomunicações, contrário sensu, incide o imposto na cessão onerosa, no caso, da capacidade de satélites, visto que a cessionária não é outra empresa de telecomunicação.

A cessão onerosa do segmento da capacidade do satélite também não é atividade distinta da comunicação. Neste prestação de serviço de comunicação, que usa como suporte a estrutura de serviço do prestador, a prestação essencial que se busca adquirir é desenvolvida por uma estrutura específica, que visa suprir o tomador do serviço contratado.

O suporte utilizado para se obter essa prestação de serviço de comunicação é aquele proporcionado pela estrutura de serviços mantida pela Embratel, incluída a operacionalidade dos satélites, visto ser ela a concessionária responsável por tal e remunerada pelo tomador.

A Autuada alega que apenas cede a terceiros a capacidade do satélite, não transmite e não emite. Para que assim o fosse, seria necessário que os tomadores do serviço tivessem capacidade de uma verdadeira operadora de telecomunicações, o que não é o caso, mesmo porque, o Fisco não considerou, para efeitos de tributação pelo ICMS, os serviços prestados para outras operadoras de serviços de comunicação (código EXN).

Importante salientar que a própria Autuada reconhece que, frente à legislação tributária, o ICMS deve incidir sobre os valores relativos a todos os serviços

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

por ela prestados, tanto que às fls. 277, afirma que “até a edição do Convênio ICMS nº 69/98, nada havia que legitimasse a cobrança do ICMS sobre os serviços ora autuados”.

Portanto, apesar de alegar ser inconstitucional mencionado Convênio, a Autuada reconhece que a partir de sua edição, não restam dúvidas de que todos os serviços, preparatórios, adicionais ou suplementares, prestados em função do contrato de prestação de serviço de comunicação, devam ser tributados pelo imposto estadual.

Ressalte-se que o Convênio 69/98 foi celebrado com o intuito de esclarecer os contribuintes e uniformizar procedimentos fiscais relativamente às prestações de serviços de comunicação, face à disposição contida no artigo 2º, inciso III da Lei Complementar 87/96. O Convênio não criou, tampouco ampliou a hipótese de incidência do ICMS. De qualquer forma, o artigo 88 da CLTA/MG exclui da competência deste Órgão Julgador a declaração de inconstitucionalidade ou negativa de aplicação de lei, decreto ou ato normativo.

Finalizando, em relação à pretensão da Impugnante para que seja retificada a base de cálculo apurada nos serviços “*não medidos*”, deve-se registrar que o serviço de comunicação é único. Todas as parcelas cobradas pelo prestador do serviço de comunicação em função de sua atividade, sejam preparatórias, sejam auxiliares, sejam acessórias, serão sempre aderentes à prestação de serviço que ele se propõe a realizar e serão levadas a compor a base de cálculo do ICMS nesta prestação.

No caso dos autos, os serviços cujos valores não foram levados à tributação estão sempre associados ao efetivo serviço de comunicação, tributado pela Autuada e cujo imposto foi pago para o Estado de Minas Gerais. Assim, a separação pretendida pela Autuada não encontra respaldo legal, nem mesmo no parágrafo segundo, da Cláusula Terceira do Convênio ICMS nº 126/98, por ela mencionado.

Também não assiste razão à Autuada no tocante à argüição de “*decadência*” do período compreendido entre 01/01/99 e 31/12/99, com base no artigo 150 do CTN.

Depreende-se que a regra do citado artigo refere-se àqueles valores oferecidos à tributação pelo Contribuinte, e não àqueles que ficaram à margem do “lançamento”. Assim, no presente caso não se aplica a regra prevista no § 4º do art. 150 do CTN, eis que as irregularidades apontadas dizem respeito a recolhimento a menor do imposto, não havendo falar em homologação de ato que tem por propósito diminuir ou anular a obrigação tributária principal ou de ato inexistente.

Ausente a antecipação do pagamento, o lançamento por homologação não se aperfeiçoa, dando lugar ao lançamento de ofício. Assim sendo, infere-se que o direito do Fisco, *in casu*, está circunscrito à regra geral estabelecida pelo art. 173 do CTN.

Segundo o disposto no art. 173, inc. I, do CTN, “*o direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 05 (cinco) anos contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado*”. No exercício de

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

1999, a contagem de prazo para a Fazenda Pública Estadual proceder à constituição do crédito tributário iniciou-se em 01/01/2000, findando-se em 31/12/2004. O Contribuinte foi intimado do Auto de Infração em 15/12/2004, portanto antes de esgotado o prazo decadencial.

Corretas pois as exigências de ICMS e MR consubstanciadas no Auto de Infração.

Diante do exposto, ACORDA a 2ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em rejeitar as prefaciais argüidas pela Impugnante. No mérito, também à unanimidade, em julgar procedente o lançamento. Pela Fazenda Pública Estadual sustentou oralmente o Dr. Francisco de Assis Vasconcelos Barros. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Mauro Rogério Martins e Windson Luiz da Silva.

Sala das Sessões, 04/05/05.

**Antônio César Ribeiro
Presidente/Revisor**

**Cláudia Campos Lopes Lara
Relatora**