

Acórdão: 15.279/03/2^a
Impugnação: 40.010108462-47
Impugnante: TV Metrópole Ltda
Proc. S. Passivo: Daniel Moreira do Patrocínio/Outro
PTA/AI: 01.000140344-23
Inscrição Estadual: 062.708297.00-20(Autuada)
Origem: AF/ Belo Horizonte
Rito: Ordinário

EMENTA

PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO - BASE DE CÁLCULO - DESTAQUE A MENOR DE ICMS . A Autuada é empresa programadora/produtora, não possuindo nenhum vínculo contratual com os assinantes das Operadoras. Constatado que a Impugnante não presta serviço de comunicação, uma vez que a atividade que realiza não é de comunicação, pois mostra-se evidente a ausência de contraprestação, de resposta, de bilateralidade e até onerosidade, em relação ao receptor de seu serviço. Infração não caracterizada. Exigências fiscais canceladas.

PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO - ENTREGA DESACOBERTADA. A imputação fiscal de falta de emissão ou emissão extemporânea de notas fiscais de remessa para entrega futura correspondentes às notas fiscais de simples faturamento emitidas quando da contratação de edição de programas para veiculação em operadoras de televisão de canal fechado, não restou plenamente caracterizada, uma vez que a atividade que realiza não é de comunicação, pois mostra-se evidente a ausência de contraprestação, de resposta, de bilateralidade e até onerosidade, em relação ao receptor de seu serviço, justificando, assim, o cancelamento das exigências fiscais.

PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO - CRÉDITO DE ICMS - APROVEITAMENTO INDEVIDO - FALTA DA 1ª VIA DO DOCUMENTO FISCAL. A imputação fiscal de aproveitamento indevido de créditos de ICMS por falta de apresentação dos originais das primeiras vias das respectivas notas fiscais, não restou plenamente caracterizada nos autos, justificando, assim, o cancelamento das exigências fiscais.

Lançamento improcedente. Decisão pelo voto de qualidade.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre recolhimento a menor do ICMS, no período de 01/07/99 a 30/04/02, pelas seguintes irregularidades:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- 01) Falta de emissão de notas fiscais de remessa para entrega futura e/ou emissão extemporânea das mesmas;
- 02) Aplicação indevida de redução de base de cálculo prevista no item 36, do Anexo IV, do RICMS/96 (a Contribuinte é uma "programadora");
- 03) Aproveitamento indevido de créditos de ICMS, uma vez destacados em cópias reprográficas de documentos fiscais.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 375 a 390, contra a qual o Fisco apresenta manifestação às fls. 714 a 721 e reformulação do crédito tributário de fls. 722 a 727.

A Auditoria Fiscal, em parecer de fls. 750 a 758, opina pela procedência parcial do lançamento, conforme reformulação do crédito tributário de fls. 722 a 727.

DECISÃO

Três são as infrações que contém o auto de infração: 1) deixar de emitir notas fiscais de remessa – entrega futura e emissão extemporânea; 2) aplicar indevidamente de redução da base de cálculo prevista no item 36 do Anexo IV, do RICMS/96, por ser programadora; 3) apropriar indevidamente de créditos de ICMS destacados em cópia reprográfica de documentos fiscais.

Apesar de a Autuada ser inscrita como contribuinte do ICMS, consta de sua impugnação o argumento de que não presta serviço de comunicação, nem mesmo de forma onerosa e, que portanto, efetivamente não é contribuinte do imposto, não recaindo quaisquer das exigências contidas no auto de infração.

Sendo assim, para a análise do feito, há que primeiro se transpor a tal argumento, uma vez, se acolhido, não sobrevivem as exigências.

I. FATO GERADOR

Primeiramente, há que se partir do fato gerador do ICMS, que está definido no art. 5º, da Lei 6763/75.

“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.”

Assim, por definição expressa legal, o fato gerador do ICMS, no caso presente, são as prestações de serviços de comunicação. Porém, para se saber o que é prestação de serviço de comunicação há que se recorrer ao conceito propriamente. Em segundo, para se saber quais são as prestações de serviços de comunicação que são

alcançadas pelo fato gerador do imposto, há que se recorrer, não somente ao conceito, mas também à legislação vigente e aplicável ao caso presente.

I.1. CONCEITOS

Prestar serviço de comunicação é nada mais que comunicar. Comunicar, por sua vez, significa: “etimologicamente, por idéias em comum” (“SILVA, Otacílio Paula. “Comunicação e vida”. Imprensa Oficial do Estado de Minas Gerais. 1973. Belo Horizonte); “tornar comum, estabelecer comunhão, participar da comunidade, através do intercâmbio de informações” (MELO, José Marques de. “Comunicação Social – Teoria e Pesquisa. 1973. Editora Vozes, Rio de Janeiro. 3ª edição). E, para comunicar, há que se ter, ao mínimo, dois indivíduos: o transmissor, de um lado, e, de outro, o receptor. Além dos indivíduos, há que se ter a mensagem e esta ao ser transmitida do transmissor para o receptor, há que ser, por este, compreendida.

Servindo, ainda o entendimento doutrinário tributário, prestar serviço de comunicação somente “presta aquele que cuida de fornecer a infra-estrutura mecânica, eletrônica e técnica para a comunicação, instalando equipamentos e sistemas que permitem tal relação. (...). Presta serviço, sim, a empresa que mantém em funcionamento o sistema de comunicações consistente em terminais, centrais, linha de transmissão, satélites, etc.” (GREGO, Marco Aurélio. Anais do I Congresso Nacional de Estudos Tributários).

I.2. A LEI COMPLEMENTAR 87/96 E A LEI 6763/75

O conceito etimológico ainda é insuficiente para uma apreciação no âmbito de Direito Tributário, pois há que se recorrer à legislação vigente, para se ter a delimitação do campo de aplicação do tributo, ou seja, de incidência do ICMS. Esta restrição está definida no art. 2º, III, da Lei Complementar 87/96:

“Art. 2º. O imposto incide sobre:

.....

III - prestações onerosas de serviço 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; (...).”

O item 8º, do § 1º, do art. 5º, da Lei Estadual 6763/75, disse em palavras semelhantes, o contido no item retro transcrito.

“Art. 5º. (...)

§ 1º. § 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; (...).”

II. REQUISITOS PARA A INCIDÊNCIA DO ICMS

Assim, no alcance do conceito etimológico associado com os limites de incidência previstos na legislação em vigor, duas são as condições para se ter como caracterizado o fato gerador, ocorrida a incidência do imposto e legítima a exigência do imposto: que se esteja diante de uma prestação de um serviço de comunicação e que este serviço seja oneroso.

III. O SERVIÇO ENTRE A AUTUADA E O ANUNCIANTE NÃO É SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO

As exigências recaem sobre os serviços contidos nos documentos de fls. 75/105. Estes serviços são prestados pela Autuada, na condição de programadora, aos tomadores/anunciantes. O conceito de programadora está contido no inciso VI, do artigo 5º, da Lei 8.977/95: “pessoa jurídica produtora e/ou fornecedora de programas ou programações audiovisuais”. No caso dos autos, os anunciantes são pessoas de direito que se servem da Autuada para veicularem comerciais, programas ou resultados de jogos. Por esta veiculação, a Autuada emitia as Notas Fiscais de fls. 75/105, pelas quais se vê que o contrato celebrado entre anunciante e a Autuada/programadora era um contrato oneroso.

Mas pode ser este ato entre a Autuada/programadora e o anunciante/tomador uma prestação de serviço de comunicação? A resposta a tal indagação é negativa, pois apesar de ser um ato oneroso, não gera comunicação, pois inexistente, n’outro extremo, a figura indispensável do receptor.

Além do mais, nem mesmo prestação de serviço de comunicação se tem no ato entre a Autuada/programadora e o tomador/anunciante, nos termos da conceituação elaborada por Marco Aurélio Grego, uma vez a Autuada não possui e nem mesmo a legislação lhe permite possuir o aparato de equipamentos para a transmissão aos assinantes/receptores, o que somente se dá, também por determinação da mesma legislação (Lei 8.977/95), pela Operadora de TV a Cabo, pessoa jurídica absolutamente distinta da autuada.

Se não gera comunicação e nem mesmo se tem a prestação do serviço de comunicação pela Autuada, não se faz presente o fato gerador do imposto.

IV - AUSÊNCIA DE REQUISITO DA INCIDÊNCIA – ILEGITIMIDADE ATIVA

Somente gerará comunicação se houver uma Operadora de TV a Cabo que transmita estes produtos a seus assinantes (assinantes da TV a cabo), sendo os assinantes os receptores da mensagem. Também pela Lei 8.977/95, 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 a sua distribuição

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

através de redes, de sua propriedade ou não, a assinantes localizados dentro de uma área determinada” (art. 5º, V, da Lei 6763/75).

Assim, a Operadoras de TV a Cabo recebe os sinais emitidos pela Autuada/programadora, e, ao recebê-los, transmitem-nos aos assinantes.

Um fato relevante e de destaque é que se a Operadora de TV a Cabo não transmitir o produto gerado pela Autuada/Programadora, não se terá comunicação. E, se não se tem comunicação, não há o fato gerador do imposto.

Mas as condições para que se tenha a incidência do ICMS, no caso presente, como já dito, são duas: que se tenha a prestação do serviço de comunicação e que esta seja onerosa.

Entre a Autuada/programadora e o anunciante/tomador tem-se a característica da onerosidade, mas não se tem a da comunicação.

Entre a Autuada/programadora e o assinante, tem-se a comunicação. Não há, entretanto, a onerosidade entre estas – não há qualquer prova nos autos neste sentido. Inexistindo a prova da onerosidade, inexistente a incidência do ICMS, seja a prevista na Lei Complementar 87/96, seja a prevista na Lei 6763/75. A onerosidade que existe, neste percurso comunicativo é entre a Operadora de TV a Cabo e o Assinante. Assim, se ICMS há que ser cobrado, há que ser exigido é da Operadora de TV a Cabo, pois esta é que gera a comunicação e a prestação de serviço é que é onerosa.

A programadora/autuada, efetivamente, apenas cria o produto do qual se serve a Operadora de TV a Cabo. Quem efetivamente realiza a comunicação, repete-se, é a Operadora de TV a Cabo, pois esta é que se põe diante do receptor da comunicação, que é o assinante, transmitindo-lhe programações diversas.

Pelo quadro abaixo, vê-se os passos do anunciante até o assinante.

ANUNCIANTE	1	PROGRAMADORA	2	OPERADORA TV A CABO	3	ASSINANTE
------------	---	--------------	---	---------------------	---	-----------

1 - São os atos de veiculação de programas, comerciais e resultados de jogos, constantes da Nota Fiscais de fls. 75/105. São atos onerosos. Porém, por si só, não geram comunicação.

2 - É o sinal emitido pela autuada à Operadora de TV a Cabo. Por si só não gera comunicação e não há prova nos autos da onerosidade.

3 - É o sinal emitido pela Operadora de TV a Cabo ao assinante. Tem-se a comunicação e a onerosidade recai neste último estágio, dando-se ela entre a Operadora de TV a Cabo e o Assinante.

Assim, a sujeição passiva do ICMS há que recair sobre a Operadora de TV a Cabo e não sobre a Autuada, na condição de Programadora. A Operadora de TV a Cabo, por determinação legal, é que, onerosamente, gera a emissão de sinal alcançando o receptor/assinante.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

É bem verdade que há uma geração de sinal da Programadora para a Operadora de TV a Cabo, mas não há prova nos autos, repete-se, de que tenha sido a mesma onerosa. E, assim sendo, não há que se falar em incidência do ICMS.

Assim, tem-se que sobre as operações trazidas aos autos realizadas pela Autuada não geram a incidência do ICMS, não sendo, pois legítimas, as exigências consubstanciadas no Auto de Infração. Estas somente se fariam corretas, se houvesse a legitimidade ativa do Estado perante a legitimidade passiva da Autuada. No entanto, o Estado tem legitimidade ativa diante da Operadora de TV a Cabo, que não integra a presente relação consubstanciada no auto de Infração.

Diante desta constatação, não há como prosperar as exigências contidas no Auto de Infração, devendo as mesmas serem canceladas.

Diante do exposto, ACORDA a 2ª Câmara de Julgamento do CC/MG, pelo voto de qualidade, em julgar improcedente o Lançamento. Vencidos, em parte, os Conselheiros José Eymard Costa (Relator) e Aparecida Gontijo Sampaio, que o julgavam parcialmente procedente nos termos da reformulação efetuada pelo Fisco. Decisão sujeita ao disposto no artigo 139 da CLTA/MG, salvo na hipótese de interposição de Recurso de Revisão pela Fazenda Pública Estadual. Designado Relator o Conselheiro Francisco Maurício Barbosa Simões(Revisor). Pela Impugnante, sustentou oralmente o Dr. Daniel Moreira do Patrocínio e, pela Fazenda Estadual, o Dr. Antônio Carlos Diniz Murta. Participou também do julgamento, o Conselheiro Antônio César Ribeiro.

Sala das Sessões, 10/02/03.

**Francisco Maurício Barbosa Simões
Presidente/Relator**

FMBS/EJ/mc