

Acórdão: 16.085/04/2^a Rito: Ordinário
Impugnação: 40.010113232-48
Impugnante: Way TV Belo Horizonte S.A.
Proc. S. Passivo: Amanajós Pessoa da Costa/Outros
PTA/AI: 01.000145634-18
Inscr. Estadual: 062.151564.00-77
Origem: DF/Belo Horizonte

EMENTA

PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO - TV A CABO - ACESSO A INTERNET EM BANDA LARGA - Nos termos do Inciso X e § 4º do art. 43 da Parte Geral do RICMS/96, os valores cobrados a título de acesso, adesão, ativação, habilitação, bem como os serviços complementares devem compor a base de cálculo do ICMS relativa à prestação de serviço de comunicação. Infração configurada. Exigências parcialmente mantidas para excluir do crédito tributário aquelas relativas a: 1) Estorno Loc Cab Mod Prop Internet (cód. 2700382); 2) Estorno Loc Roteador Prop Internet (cód 2700383); 3) serviço de locação, de desligamento e de desconexão. Lançamento parcialmente procedente. Decisão pelo voto de qualidade.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre recolhimento de ICMS a menor, em decorrência da falta de inclusão na base de cálculo do imposto, de serviços complementares à prestação de serviço de comunicação, nas modalidades de TV a cabo e acesso à Internet, no valor total de R\$126.453,35, sendo exigidas, ainda, as multas de revalidação e isolada, sendo que a multa isolada refere-se ao período novembro/03 a janeiro/04.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 203/216, contra a qual o Fisco se manifesta às fls. 239/245.

A Auditoria Fiscal, em parecer de fls. 246/253, opina pela procedência do lançamento.

Em sessão realizada em 10/11/04, presidida pelo Conselheiro Francisco Maurício Barbosa Simões, nos termos da Portaria nº 04/01, defere-se o pedido de vista formulado pelo mesmo, marcando-se a continuação do julgamento para o dia 19/11/04.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Na oportunidade, são proferidos os votos dos Conselheiros a saber: a Conselheira Aparecida Gontijo Sampaio (Relatora) e Edwaldo Pereira de Salles, que, em preliminar rejeitaram a argüição de nulidade do Auto de Infração, e quanto ao mérito, julgaram parcialmente procedente o lançamento, para excluir do crédito tributário as exigências fiscais relativas aos seguintes serviços: “Estornos Loc Cab Mod Prop Internet” (cód. 2700382), “Estorno Loc Roteador Prop Internet” (cód. 2700383); e o Conselheiro Antônio César Ribeiro (Revisor) que acolhia a preliminar de nulidade do Auto de Infração. Pela Impugnante, sustentou oralmente o Dr. Amanajós Pessoa da Costa e, pela Fazenda Pública Estadual, a Dr.^a Elaine Coura.

DECISÃO

Das Preliminares

A alegada nulidade do Auto de Infração, que segundo a Impugnante, não trouxe clareza nem precisão na narrativa dos fatos que motivaram a autuação, não procede, vez que no relatório consta a irregularidade (recolhimento a menor do ICMS), o aspecto temporal (período de setembro/2002 a Janeiro/2004) e remete-se ao anexos I que a irregularidade se deu por deixar de levar à tributação do ICMS, os valores dos serviços complementares à prestação de serviços de comunicação. Ainda, que tais valores foram extraídos dos arquivos magnéticos apresentados pelo contribuinte (Anexo II). Relaciona os dispositivos legais infringidos, esclarece as normas aplicáveis e a penalidade proposta. Atende aos outros requisitos dos artigos 57 e 58 da CLTA, aprovada pelo Decreto n.º 23.780/84.

Observa-se também que a Contribuinte, em sua defesa, refuta todos os itens do Auto de Infração com desenvoltura. Assim podemos concluir que não houve cerceamento de sua defesa por falta de descrição clara e precisa dos fatos motivadores do Auto de Infração.

Do mérito

A autuação versa sobre o recolhimento a menor do ICMS sobre a prestação de serviço de comunicação, na modalidade de TV a Cabo e Acesso a Internet, deixando o contribuinte de oferecer à tributação do ICMS, valores de serviços suplementares, tais como valor de acesso, adesão, ativação, habilitação, etc., apurando-se uma diferença de ICMS no valor de R\$126.453,35. Exigiu-se também as multas de revalidação e isolada.

A atividade econômica da Impugnante decorre da concessão de serviço público para prestar serviço de comunicação nas modalidades de TV A CABO e ACESSO À INTERNET EM BANDA LARGA.

O serviço de comunicação, a preceito da competência derivada da CF/88 (art. 155, inciso II) e definida na Lei Complementar n.º 87/96 (art. 2º, Inciso III) é fato gerador do ICMS, art. 3º, inciso I e art. 6º, inciso XI, ambos da Lei 6763/75, sendo que

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

este último dispositivo estabelece a hipótese de ocorrência do fato gerador do ICMS, ou seja:

"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."

A Impugnante alega a não incidência do ICMS sobre a saída de bem em decorrência de comodato, locação ou arrendamento mercantil, nos exatos termos do Inciso XVI do art. 5º do RICMS/96, reproduzido no Inciso XIII do art. 5º do RICMS/02, para se eximir das exigências fiscais que acresceram à base de cálculo da prestação do serviço, o valor recebido em função da locação de bem.

Entretanto, a saída do bem não está sendo cogitada como fato gerador do ICMS, mas tão-somente o valor recebido de sua locação, entenda-se como um bem necessário para que o serviço de comunicação se realize, e este valor deverá ser agregado ao total da prestação do serviço de comunicação.

A norma contida no Inciso X e no § 4º do artigo 44, RICMS/96, reproduzidas no Inciso X e no § 4º do artigo 43 do RICMS/02 esclarece a formação da base de cálculo, não deixando dúvidas quanto a sua aplicação no caso em tela.

Para melhor compreensão, abaixo transcrevemos o art. 43, Inciso X e § 4º do RICMS/02, que reproduziu o art. 44 do RICMS/96:

"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

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

facilidades adicionais que otimizem ou agilizem o processo de comunicação, independentemente da denominação que lhes seja dada.

Sendo assim, todos os valores cobrados pela Impugnante a título de prestação dos serviços de comunicação, assim entendido, todos os serviços suplementares sem os quais a comunicação não se realiza, deverão compor a base de cálculo do ICMS. Este também é o entendimento dos Professores Roque Antônio Carraza e Marco Aurélio Greco citados na manifestação do Fisco.

A própria Impugnante compartilha este entendimento, conforme se observa nas planilhas que compõem o Anexo II (fls. 36/163), levando à tributação os serviços complementares correspondentes aos códigos 1900021, 1900113, 1900114, 1900115, 1900116, e 190017, por exemplo.

Na mesma direção, a contribuinte rebate uma possível inclusão na base de cálculo do ICMS, de valores relativos à desconto, cancelamentos e estornos. Entretanto o Fisco esclarece na manifestação fiscal que tais valores constam da planilha do Anexo I, entre parênteses, significando serem redutores do valor da base de cálculo.

Quanto a este ponto, uma correção deve ser feita: alguns dos serviços codificados aos n° 2700382 (“estorno loc cab mod prop Internet”) e n° 2700383 (“estorno loc roteador prop Internet”) não foram subtraídos, mas adicionados ao valor da base cálculo, pois não se encontravam entre parênteses, como afirmou o Fiscal Autuante em sua peça de réplica. Para se aferir esta constatação, basta verificar os quadros do Anexo I e efetuar as operações matemáticas de soma para os que não se encontram dentro de parênteses e de subtração para os que se encontram dentro dos parênteses. Como não se deve tributar os estornos de serviço, o trabalho fiscal deverá sofrer este reparo, qual seja, a exclusão das exigências inerentes a “estorno loc cab mod prop Internet” (2700382) e (“estorno loc roteador prop Internet” (2700383).

Quanto aos serviços de desconexão e de desligamento, não podem ser tidos nem como serviço de comunicação e nem como serviço suplementar. Não é de comunicação pelo efeito contrário ao sentido próprio da comunicação, pois estes serviços geram o impedimento da comunicação. Suplementar é aquilo que acresce alguma coisa. Sendo assim, também devem ser excluídos das exigências os serviços de desligamento e de desconexão.

Por fim, também deve ser excluída das exigências aqueles inerentes à locação, pois esta encontra-se ao item 03 da Lista de Serviços (Lei Complementar n.º 116/03) e, portanto ao alcance do ISSQN.

Os outros argumentos apresentados sob a forma de críticas ao Auto de Infração não devem ser considerados, por versarem sobre matéria de direito, tendo em vista o que dispõe o artigo 88 da CLTA.

Relativamente à multa isolada capitulada no artigo 55, Inciso VII da Lei 6763/75, esta é combatida pela falta de tipicidade à conduta da Impugnante.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Entretanto veremos que a situação de fato, ou seja, a formação da base de cálculo do tributo sem observância da legislação tributária, mormente em relação aos valores relativos ao serviço de comunicação dito suplementares, como acesso, adesão, ativação, habilitação, etc., deixando a Impugnante de levar tais valores à composição a base de cálculo do tributo, leva à aplicação da penalidade prevista no art. 55, Inciso VII da Lei 6763/75, com redação dada pela Lei 14.699/03, e vigência a partir de 01/11/03, cujo teor transcrevemos:

"Art. 55 - As multas para as quais se adotarão os critérios a que se referem os incisos II e IV do art. 53 desta lei são as seguintes:

(...)

VII - por consignar em documento fiscal que acobertar a operação ou **a prestação base cálculo diversa da prevista pela legislação** ou quantidade de mercadoria inferior à efetivamente saída - 40% (quarenta por cento) do valor da diferença apurada." (g.n.)

Da leitura do dispositivo depreende-se que o caso fático casa como luva à norma sancionatória. A Impugnante levou à tributação valores inferiores à prevista no art. 43, Inciso X e § 4º do RICMS/02, descumprindo um dever jurídico, sendo correto, portanto, a aplicação da sanção prevista no art. 55, VII da Lei 6763/75, a partir de 01/11/03.

Diante do exposto, ACORDA a 2ª Câmara de Julgamento do CC/MG, dando prosseguimento ao julgamento iniciado em 10/11/04, nos termos da Portaria 04/2001, em preliminar, à unanimidade, em rejeitar a arguição de nulidade do Auto de Infração. No mérito, pelo voto de qualidade, em julgar parcialmente procedente o lançamento para excluir do crédito tributário as exigências fiscais relativas a: 1) Estorno Loc Cab Mod Prrop Internet (Cód. 2700382); 2) Estorno Loc Roteador Prop Internet (cód. 2700383); 3) serviços de locação, de desligamento e de desconexão. Vencidos, em parte, os Conselheiros Aparecida Gontijo Sampaio (Relatora) e Edwaldo Pereira de Salles, que excluía as exigências referentes aos itens 1 e 2 retro. O Conselheiro Antônio César Ribeiro (Revisor), retificou o voto proferido na sessão anterior. Designado relator o Conselheiro Francisco Maurício Barbosa Simões. Decisão sujeita ao Recurso de Ofício, conforme disposto no art.139 da CLTA/MG, salvo na hipótese de interposição de Recurso de Revisão pela Fazenda Pública Estadual, conforme disposto no § 5º, art. 137 do mesmo diploma legal. Pela Impugnante, assistiu o julgamento o Dr. Amanajós Pessoa da Costa e, pela Fazenda Pública Estadual, a Dr.ª Shirley Daniel de Carvalho.

Sala das Sessões, 19/11/04.

Francisco Maurício Barbosa Simões
Presidente/Relator

Mr

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 16.085/04/2^a Rito: Ordinário
Impugnação: 40.010113232-48
Impugnante: Way TV Belo Horizonte S.A.
Proc. S. Passivo: Amanajós Pessoa da Costa/Outros
PTA/AI: 01.000145634-18
Inscr. Estadual: 062.151564.00-77
Origem: DF/Belo Horizonte

Voto proferido pela Conselheira Aparecida Gontijo Sampaio e pelo Conselheiro Edwaldo Pereira de Salles, nos termos do art. 43 do Regimento Interno do CC/MG.

Inicialmente vale ressaltar que a divergência entre o voto vencido e a decisão proferida no acórdão em referência refere-se tão-somente a não inclusão na base de cálculo do ICMS do serviço de comunicação prestado pela Autuada, das quantias recebidas a título de **serviço de locação, de desligamento e de desconexão**.

Para o deslinde da questão torna-se importante tecer alguns esclarecimentos acerca da tributação do serviço de comunicação, bem como da atividade da empresa ora Autuada.

A Impugnante detém a concessão da ANATEL para prestar serviço de telecomunicação nas modalidades de “TV a Cabo” e “Acesso à Internet” em banda larga, nas cidades de Belo Horizonte, Barbacena e Poços de Caldas.

O serviço de comunicação, a preceito da competência derivada da CF/88 (art. 155, inciso II) e definida na Lei Complementar n.º 87/96 (art. 2º, Inciso III) é fato gerador do ICMS, art. 3º, inciso I e art. 6º, inciso XI, ambos da Lei 6763/75, sendo que este último dispositivo estabelece a hipótese de ocorrência do fato gerador do ICMS, ou seja:

“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.”

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Frisa-se que os signatários do Convênio ICMS n.º 69/98 firmaram entendimento de que 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.

Salienta-se que o citado convênio apenas esclareceu sobre os itens que compõem a base de cálculo do ICMS incidente sobre o serviço de comunicação.

O Decreto n.º 39.836 de 24/08/98 recepcionando o Convênio ICMS n.º 69/98, alterou o § 4º, do art. 44 do RICMS/96, passou a vigorar com a seguinte redação:

“§ 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.”

A norma acima encontra-se reproduzida no § 4º do art. 43 do RICMS/02.

A Impugnante alega a não incidência do ICMS sobre a saída de bem em decorrência de **locação**, nos exatos termos do inciso XVI do art. 5º do RICMS/96, reproduzido no inciso XIII do art. 5º do RICMS/02, para se eximir das exigências fiscais que acresceram à base de cálculo da prestação do serviço, o valor recebido em função da locação de bem.

No entanto, a motivação única do cliente, ao celebrar o contrato de prestação de serviço, foi a de ter à sua disposição a possibilidade de se comunicar e não de usufrir de determinadas utilidades intrínsecas do bem/equipamento que lhe fora locado.

Nesses contratos as parcelas percebidas pelo prestador devem ser oferecidas, integralmente, à tributação do ICMS, pois correspondem a valores cobrados em função da realização de prestação de serviço de comunicação, e não de outra espécie qualquer.

Sendo assim, todos os valores cobrados pela Impugnante a título de prestação dos serviços de comunicação, assim entendido, todos os serviços suplementares sem os quais a comunicação não se realiza, deverão compor a base de cálculo do ICMS.

A própria Impugnante compartilha deste entendimento, conforme se observa nas planilhas que compõem o Anexo II (fls. 36/163), levando à tributação, no

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

período de setembro/2002 a julho/2003, os serviços complementares correspondentes aos códigos 1900021, 1900113, 1900114, 1900115, 1900116, e 190017.

Entende a Impugnante que não faz sentido cobrar ICMS por **desconexão (desligamentos)** de pontos de TV a Cabo e Internet, uma vez que com a desconexão/desligamentos rompe-se qualquer possibilidade de comunicação.

A Lei Complementar 87/96 fixou como base de cálculo do ICMS, na prestação de serviço de comunicação **“o preço do serviço”**.

A Lei 6763/75 determinou que as **importâncias recebidas ou debitadas ao tomador do serviço**, compõem a base de cálculo do ICMS sobre a prestação de serviço de comunicação, item 2, § 2º, do art. 13, in verbis:

“§ 2º - Integram a base de cálculo do imposto:

...

2) 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.” (gn)

Extrai-se dos dispositivos supra citados que todas as parcelas cobradas do tomador do serviço de comunicação, pelo prestador, sejam relacionadas a serviços preparatórios, auxiliares ou acessórios, serão sempre consideradas aderentes à prestação de serviço que ele se propõe a realizar (ou que realizou), compondo, portanto, a base de cálculo do ICMS.

Ressalta-se que somente se justifica a cobrança de **taxa de desconexão e desligamento** de pontos de TV a Cabo e Internet, ou seja, de serviços suplementares, em função da prestação de serviço de comunicação realizado pela Impugnante.

Por derradeiro vale acrescentar que é de conhecimento público que a **taxa de desconexão** exigida pela Autuada nos casos em que há quebra da “Cláusula Contratual de Fidelidade”, ou seja, se houver solicitação para desligamento da TV a Cabo ou Internet, pelo usuário, antes de expirado o prazo de 12 meses (via de regra), estipulado em contrato, o cliente arcará com a taxa de desconexão, que corresponde a quantia não paga no início do contrato correspondente à taxa de ligação (inicialmente não cobrada - gratuita). Importante frisar que tal gratuidade era condicional ao compromisso de utilização pelo cliente do serviço de comunicação contratado, pelo prazo mínimo, contratualmente, estipulado.

Diante disso, julgamos que devem ser mantidas as exigências fiscais referentes às importâncias recebidas pela Autuada a título de serviços de locação, de desligamento e de desconexão.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Sala das Sessões, 19/11/04.

**Aparecida Gontijo Sampaio
Conselheira**

**Edwaldo Pereira de Salles
Conselheiro**

CC/MIG