

Acórdão: 2.931/04/CE Rito: Ordinário
Recurso de Revisão: 40.060110128-24
Recorrente: Fazenda Pública Estadual
Recorrida: TV Metrópole Ltda
Proc. S. Passivo: Daniel Moreira do Patrocínio/Outros
PTA/AI: 01.000140344-23
Inscr. Estadual: 062.708297.0020
Origem: DF/Belo Horizonte

EMENTA

PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO - BASE DE CÁLCULO - DESTAQUE A MENOR DE ICMS. Utilização indevida da redução da base de cálculo prevista no item 36 do Anexo IV, RICMS/96, que prevê a redução da base de cálculo especificamente para a transmissão de programação por prestadora de serviço de televisão por canal fechado (TV a Cabo e TV por Assinatura), alcançando somente as prestações realizadas pelas operadoras que têm a concessão do Poder Executivo Federal para explorarem essa atividade, não beneficiando a Autuada. Infração plenamente caracterizada. Decisão reformada.

PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO - ENTREGA DESACOBERTADA. 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 (TV a Cabo e TV por Assinatura). Procedimento do Fisco respaldado pelo artigo 323 do Anexo IX, RICMS/96. Infração caracterizada. Restabelecidas as exigências fiscais.

PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO - CRÉDITO DE ICMS - APROVEITAMENTO INDEVIDO - FALTA DA 1ª VIA. Aproveitamento indevido de créditos de ICMS, vez que não foram apresentados os originais das primeiras vias das respectivas notas fiscais. Procedimento fiscal respaldado pelo artigo 70, inciso VI, do RICMS/96. Recomposta a conta gráfica, considerando valores, para efeito de crédito de ICMS, de notas fiscais de aquisição não apresentadas anteriormente. Infração caracterizada. Decisão reformada.

Recurso de Revisão conhecido, à unanimidade, e provido, pelo voto de qualidade.

RELATÓRIO

A decisão consubstanciada no Acórdão n.º 15.279/03/2ª, pelo voto de qualidade, cancelou as exigências de ICMS, MR (50%) e MI capitulada no art. 55, XVI, Lei 6.763/75 (20%).

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

A autuação, atinente ao período de julho/99 a abril/02, versa sobre a falta de emissão de notas fiscais de remessa para entrega futura e/ou emissão extemporânea das mesmas; aplicação indevida da redução da base de cálculo prevista no item 36 do Anexo IV, RICMS/96; e aproveitamento indevido de créditos de ICMS, uma vez destacados em cópias reprográficas de documentos fiscais.

Inconformada, a Recorrente, FPE, interpõe, tempestivamente, o presente Recurso de Revisão, às fls. 775 a 779, por intermédio de procurador legalmente habilitado.

A Recorrida, tempestivamente, por intermédio de procurador regularmente constituído, contra-arrazoa, às fls. 782 a 801, o recurso da FPE.

A Auditoria Fiscal, em parecer de fls. 844/854, opina pelo provimento do Recurso de Revisão.

DECISÃO

Superada, de plano, a condição de admissibilidade capitulada no art. 137 da CLTA/MG, uma vez que a decisão recorrida foi tomada pelo voto de qualidade, revela-se cabível o presente Recurso de Revisão.

Os fundamentos expostos no parecer da Auditoria Fiscal foram os mesmos utilizados pela Câmara para sustentar sua decisão e por esta razão passam a compor o presente Acórdão, salvo pequenas alterações.

A presente autuação refere-se ao recolhimento a menor do ICMS pela utilização indevida da redução da base de cálculo prevista no item 36 do Anexo IV, RICMS/96; a falta de emissão ou emissão extemporânea de notas fiscais de remessa - entrega futura; e a apropriação de créditos com base em cópias de notas fiscais.

Após a apresentação da Impugnação, o Fisco efetivou uma reformulação no crédito tributário, conforme fls. 722 a 727.

A Recorrida foi autuada anteriormente, com a denominação CBH Canal de Belo Horizonte Ltda, basicamente pelos mesmos motivos, ocasião em que a autuação foi mantida, com pequenas retificações, conforme fls. 63 a 66.

A Recorrida tem inscrição estadual, dispõe de documentos autorizados pela Secretaria de Estado da Fazenda, escriturava, apurava e declarava o valor do ICMS, reconhecendo, a princípio, o seu enquadramento tributário.

Teve contra si a emissão de outros Autos de Infração, por omissão de recolhimento, ou seja, por declarar que devia e não recolher o tributo.

Não obstante, o principal argumento da Autuada é o de que não prestaria serviço de comunicação, tendo declarado e recolhido indevidamente o imposto.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Seu contrato social, às fls. 711, prevê, entre outras atividades, “a produção, edição e distribuição de programas de televisão via satélite, cabo e frequências autorizadas pelos órgãos competentes; a produção e edição de comerciais para televisão; e a compra, venda e comercialização em geral de programas de televisão, vídeos, fitas gravadas e demais produtos e suplementos afins.”

Enquadra-se como Programadora, conforme inciso VI do artigo 5º da Lei nº 8.977/95, ou seja, “pessoa jurídica produtora e/ou fornecedora de programas ou programações audiovisuais”.

Por sua vez, a r. decisão, ora recorrida, entende que apenas a Operadora, definida no inciso V do artigo acima, manteria, em tese, um serviço de comunicação, “uma vez que firma contrato com os assinantes”.

A Autuada, uma programadora, por sua vez, “jamais teve concessão para prestar serviço de comunicação”. Esta produziria a programação disponibilizada pela operadora a seus assinantes. A atividade da programadora seria viabilizada pela prestação de serviços de divulgação em favor de seus anunciantes, e em alguns casos, pela produção de programas de interesse de terceiros.

Não haveria, segundo a r. decisão, contraprestação, resposta, bilateralidade e onerosidade em relação ao receptor de seu serviço, os assinantes.

Isso posto, primeiramente deve ser ressaltado que as Programadoras, como a Autuada, realmente não atuam mediante concessão, ao contrário das Operadoras, conforme o inciso V acima citado. Mas tal concessão não é condição para que um serviço de comunicação seja prestado.

A própria Recorrida mencionou, em suas contra-razões, que “produz programação televisiva para ser disponibilizada através do sistema de TV por assinatura, via satélite ou cabo.”

Enquanto as Operadoras têm por fim a disponibilização, aos assinantes, de determinados canais, que veiculam programação própria e/ou de terceiros, as Programadoras proporcionam, àquelas, programas de natureza comercial (tipo “TV balcão”), política (tipo programa “Data Venia”), esportiva (tipo “EM Esportes”), além de programas de natureza educativa, religiosa e de entretenimento (filmes e documentários).

E a receita financeira das Programadoras, como a Autuada, não advém da venda de assinaturas da “TV paga”, mas dos contratos firmados com os anunciantes/patrocinadores, nos programas próprios, e da venda de espaço para veiculação de programas contratados ou realizados por terceiros, conforme denota a documentação fiscal de fls. 75 a 105.

O serviço de comunicação é prestado pela Autuada ao anunciante ou cliente para tornar público o comercial ou programa. Os beneficiários (o público-alvo de seu “produto”) não são indeterminados, pois são exatamente os assinantes da “TV paga”.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Dessa forma, as programadoras devem se vincular a uma operadora de TV, por intermédio de contratos de prestação de serviço de comunicação, em que esta se compromete a levar as mensagens por aquelas produzidas e/ou fornecidas até o domicílio dos assinantes (público-alvo).

Assim, o público não é indeterminado e a onerosidade se faz presente, pelos pagamentos efetuados pelos anunciantes/patrocinadores e pelos programas realizados por terceiros.

Não obstante o mencionado, é certo, porém, que parte das programadoras, ao contrário da Autuada, exigem que as operadoras (NET, Abril, Way TV, DirecTV), paguem por sua programação, as quais funcionam, na realidade, como “âncoras”, tais como HBO, Disney Channel, Telecine, etc.

A Recorrida também afirmou que efetuará a “prestação de serviços de veiculação e divulgação de publicidade”.

Cabe então abordar a exceção constante do item 86 da atual “Lista de Serviços”, anexa à LC nº 56/87, onde temos que a veiculação e divulgação de publicidade em jornais, periódicos, rádios e televisão não está sujeita ao ISSQN. Entretanto, a exegese de legislação posterior (inciso II do artigo 155, CF/88 e inciso III do artigo 2º, LC nº 87/96) poderia encaminhar tal atividade para o âmbito do ICMS.

A recente Lei Complementar nº 116/03, atinente à nova “Lista de Serviços”, propõe incluir tal atividade, como um todo, dentre aquelas sujeitas ao ISSQN. Porém, entre as proposições de veto, contidas na Mensagem nº 362, de 31-07-03, tivemos:

(....)

O Ministério da Justiça propôs veto ao seguinte dispositivo:

Item 17.07 da Lista de serviços

"17.07 – Veiculação e divulgação de textos, desenhos e outros materiais de propaganda e publicidade, por qualquer meio." (g.n.)

Razões do veto

"O dispositivo em causa, por sua generalidade, permite, no limite, a incidência do ISS sobre, por exemplo, mídia impressa, que goza de imunidade constitucional (cf. alínea "d" do inciso VI do art. 150 da Constituição de 1988). Vale destacar que a legislação vigente excepciona - da incidência do ISS - a veiculação e divulgação de textos, desenhos e outros materiais de publicidade por meio de jornais, periódicos, rádio e televisão (cf. item 86 da Lista de Serviços anexa ao Decreto-Lei nº 406, de 31 de dezembro de 1968, com a redação da Lei Complementar nº 56, de 15 de dezembro de 1987), o que sugere ser vontade do projeto permitir uma hipótese de incidência inconstitucional. Assim, ter-se-ia, **in casu**, hipótese de incidência tributária inconstitucional. Ademais, o ISS incidente sobre serviços de comunicação colhe serviços que, em geral, perpassam as fronteiras de um único município. Surge, então, competência tributária da União, a teor da jurisprudência do STF, RE nº 90.749-1/BA, Primeira Turma, Rel.: Min. Cunha Peixoto, DJ de 03.07.1979, ainda aplicável a teor do

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

inciso II do art. 155 da Constituição de 1988, com a redação da Emenda Constitucional nº 3, de 17 de março de 1993." (g.n.)

(....)

Obs.: Houve o reconhecimento que tal serviço é de comunicação. Entretanto, na realidade a competência tributária é dos Estados, e não da União, conforme o citado inciso II do artigo 155 da CF/88. Além disso, os jornais e periódicos deparam-se com a questão da imunidade, e o rádio e a televisão "aberta" com a isenção a seguir mencionada. Em relação aos canais fechados, as programadoras, como a Autuada, não há restrição quanto à incidência do ICMS na veiculação em questão.

Na chamada "TV aberta" temos a isenção do imposto, tendo em vista o item 94 do Anexo I do RICMS/96, o qual diz respeito à "prestação de serviço de comunicação na modalidade de radiodifusão de sons ou de sons e imagens, por ondas radioelétricas, destinados a serem direta e livremente recebidos pelo público em geral".

A Recorrida também afirmou, em suas contra-razões, que sua atividade seria mais próxima do chamado "serviço de valor adicionado", previsto na Lei nº 9.472/97.

A referida Lei dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais, nos termos da Emenda Constitucional nº 8, de 1995. Alguns de seus dispositivos assim prevêm:

"...

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.

...

Art 61. Serviço de valor adicionado é a atividade que acrescenta, a um serviço de telecomunicações que lhe dá suporte e com o qual não se confunde, novas utilidades relacionadas ao acesso, armazenamento, apresentação, movimentação ou recuperação de informações.

§ 1º Serviço de valor adicionado não constitui serviço de

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

telecomunicações, classificando-se seu provedor como usuário do serviço de telecomunicações que lhe dá suporte, com os direitos e deveres inerentes a essa condição.

...”

O serviço de valor adicionado, assim, não se confunde com o serviço de telecomunicações, que é essencialmente um serviço de comunicação.

Ao contrário do serviço prestado pelas Programadoras, cita-se como exemplo de serviço de valor adicionado o serviço de conexão à Internet, o qual possibilita o acesso dos usuários e provedores de informações à rede (Portaria 148/95 do Ministro das Comunicações).

Em relação à irregularidade atinente às notas fiscais de remessa - entrega futura - foi devidamente demonstrada pelo Fisco, o qual já aplicou a pleiteada redução da Multa Isolada a 20%.

Quanto à recomposição da conta gráfica, ao contrário do mencionado pela Recorrida, o Fisco considerou, para fins de creditamento, as anexadas notas fiscais emitidas pela Telemar Norte Leste S/A, atinentes ao Serviço TC Vídeo, de fls. 454 a 463, apenas excluindo aquela que consignava como tomadora do serviço a empresa TV Omega Ltda, de fls. 453, conforme reformulação procedida pelo Fisco, de fls. 722 a 727, após a Impugnação.

Relativamente às notas fiscais de fls. 464 a 692, já haviam sido levadas em consideração pelo Fisco anteriormente, conforme Anexo IV, de fls. 51 a 61, procedimento este explicitado na Réplica, às fls. 719.

Quanto às notas fiscais cujos créditos foram estornados tendo em vista a não apresentação dos documentos originais, relacionados no Anexo V, de fl. 62, e cujas cópias foram anexadas às fls. 107 a 118, verifica-se que o Fisco respaldou-se no disposto no inciso VI do artigo 70, Parte Geral do RICMS/96, sendo que, ao contrário do afirmado pela Recorrida, em suas contra-razões, os documentos originais não foram por ela anexados.

No que concerne ao pleito de redução da base de cálculo, verifica-se que há previsão apenas para as Operadoras, conforme item 36 do Anexo IV do RICMS/96, ou seja, “prestação de serviço de comunicação, na modalidade de televisão, explorado em base comercial (TV a Cabo, TV por assinatura)”.

Cumprе mencionar que a Recorrida também afirmou, em suas contra-razões, que “seria contribuinte do ISS, conforme guias anexadas”, fato que também não ocorreu.

Quanto aos julgados trazidos pelas partes, aquele apresentado pelo Fisco, além de mencionar, às fls. 742, “que há disposição legal disciplinando a atividade e não deixa dúvida quanto à cobrança do ICMS”, destaca, às fls. 743, decisão do TJ/MG no mesmo sentido.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Em relação àqueles apresentados pela Recorrida, denotam que a matéria não se encontra pacificada.

Cumprе esclarecer que o Fisco destacou as definições de Operadora e de Programadora, considerando a atividade desta última também sujeita ao ICMS, não tendo confundido, para manutenção do feito fiscal, “prestador de serviços de TV a Cabo com programador dos conteúdos televisivos”, conforme denota a r. decisão do juízo da 4ª Vara de Feitos Tributários do Estado, às fls. 836.

Cabe observar, também, que a decisão concernente ao Acórdão nº 15.280/03/2ª, mencionada na r. decisão acima, às fls. 837/838, foi objeto de recurso por parte da Fazenda Pública Estadual.

Dessa forma, considerando-se o entendimento supra, verifica-se que merece ser reformada a decisão recorrida para restabelecer as exigências fiscais concernentes ao ICMS e respectiva Multa de Revalidação, além da multa isolada.

Diante do exposto, ACORDA a Câmara Especial do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em conhecer do Recurso de Revisão. No mérito, pelo voto de qualidade, deu-se provimento ao recurso. Vencidos os Conselheiros Glemer Cássia Viana Diniz Lobato (Revisora), Luciana Mundim de Mattos Paixão e Francisco Maurício Barbosa Simões, que lhe negavam provimento. Participaram do julgamento, além dos signatários e dos Conselheiros vencidos, a Conselheira Cláudia Campos Lopes Lara. Pela Recorrida, sustentou oralmente o Dr. Daniel Moreira do Patrocínio e, pela Fazenda Pública Estadual, o Dr. José Alfredo Borges.

Sala das Sessões, 02/04/04.

Roberto Nogueira Lima
Presidente

Edwaldo Pereira de Salles
Relator