

Acórdão: 17.145/05/3^a Rito: Ordinário
Impugnação: 40.010115428-61
Impugnante: Unicall Telecomunicações Ltda.
Proc. S. Passivo: André Mendes Moreira/Outros
PTA/AI: 01.000149157-99
Inscr. Estadual: 062.924364-0088
Origem: DF/BH-3

EMENTA

PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO – DIVERSAS IRREGULARIDADES – Constatou-se a falta de escrituração de notas fiscais no Livro Registro de Saídas, bem como o recolhimento a menor do ICMS em decorrência da falta de agregação à base de cálculo do imposto dos valores cobrados a título de: locação de equipamentos e de sistema trunking; taxas de: habilitação, administração, manutenção e outros serviços suplementares, inerentes à prestação de serviço de comunicação, na modalidade de “Serviço Móvel Especializado”. Mantidas as exigências de ICMS, MR e MI, face as disposições contidas no art. 44, § 4º, do RICMS/96; art. 43, inciso X e § 4º do RICMS/02 e art. 55, inciso I da Lei 6763/75. Lançamento procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre as seguintes irregularidades:

1 – Recolhimento a menor do ICMS em virtude da falta de agregação à base de cálculo do imposto nos exercícios de 2.000 a 2.004, dos valores cobrados a título de locação de: sistema trunking e de equipamentos; taxas de: administração, habilitação, religamento e reprogramação, manutenção e demais serviços suplementares, inerentes à prestação de serviço de comunicação, conforme descrito nas notas fiscais relacionadas nos Anexos I a V do Auto de Infração.

2 – Falta de escrituração no Livro Registro de Saídas, das notas fiscais elencadas no Anexo VI do Auto de Infração, emitidas nos exercícios de 2.000 a 2.004.

Lavrado em 18/04/05 - AI exigindo ICMS, MR e MI (capitulada no art. 55, inciso I da Lei 6763/75).

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 1.446 a 1.456.

O Fisco se manifesta às fls. 1.500 a 1.507, refutando as alegações da Impugnante.

A Auditoria Fiscal, em parecer de fls. 1.508 a 1.516, opina pela procedência do Lançamento.

DECISÃO

Irregularidade do item “1” do Auto de Infração

Exige-se neste item do Auto de Infração, ICMS e MR, face a constatação de recolhimento a menor do ICMS sobre a prestação de serviço de comunicação, posto que o Contribuinte deixou de oferecer à tributação, valores recebidos de seus clientes à título de locação de sistema trunking, locação de equipamentos; taxa mensal de administração, taxa de habilitação, taxa de religamento, taxa de reprogramação, manutenção e demais serviços suplementares, conforme demonstrado nos Anexos I a V do AI (fls. 26/381).

Os serviços prestados pela Autuada encontram-se detalhadamente descritos nos seguintes documentos: “Informações sobre a Empresa” - extraído de seu próprio *site* - fls. 13, “Contrato de Locação de Sistema Trunking” - fls. 1.406 e 1.407 e “Contrato de Prestação de Serviços de Radiocomunicações Troncalizadas” - fls. 1.408 e 1.409.

A empresa Wanco Telecomunicações, detentora da concessão/permissão da Agência Nacional de Telecomunicações - ANATEL para prestar serviço de telecomunicação, cedeu à Autuada o uso das freqüências destinadas à exploração do “Serviço Limitado Móvel Especializado - SME”, em Belo Horizonte e Juiz de Fora/MG (Contrato de Cessão de Uso de Freqüências - fls. 1.399 a 1.401).

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

Importante ressaltar 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, que 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 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, compondo, portanto, a base de cálculo do ICMS.

A Impugnante, após discorrer sobre a hipótese de incidência do ICMS/Comunicação, argumenta que em relação aos serviços autuados não há qualquer transmissão de mensagem. Frisando que é essencial para se falar na cobrança deste tributo, que haja uma fonte emissora, uma fonte receptora e uma mensagem transmitida pelo prestador do serviço. Sem isso, no seu entender, não haverá incidência do ICMS.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Adverte, ainda, a Impugnante que a cadeia necessária à ultimateção do serviço de comunicação se encontra ausente em tais atividades, as quais consistem apenas em meios para que o serviço de comunicação possa ser posteriormente prestado.

No entanto, a motivação única dos clientes da Autuada, ao celebrarem “Contratos de Locação de Sistema Trunking”, foi a de ter à sua disposição a possibilidade de se comunicar e não de usufruir de determinadas utilidades intrínsecas dos bens locados (rádio veicular, rádio fixo, bateria para rádio portátil, dentre outros).

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.

De igual forma os valores relativos às taxas (de habilitação, religamento, reprogramação, dentre outras), são inerentes ao serviço de telecomunicação prestado ou colocado à disposição do cliente/tomador do serviço.

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.

Importante, para o deslinde da questão, transcrever os ensinamentos do professor Marco Aurélio Greco, acerca do alcance da expressão “*prestação de serviços de comunicação*”:

“Presta serviço de comunicação, não aquele que participa da própria relação comunicativa, mas aquele que realiza uma atividade consistente em dar condições materiais para que uma relação comunicativa se instaure. Assim, presta o serviço aquele que cuida de fornecer a infra-estrutura mecânica, eletrônica e técnica para a comunicação, instalando equipamentos e sistemas que permitem tal relação. **A prestação de serviço de comunicação prescinde do conteúdo da mensagem transmitida, tipificando-se com a simples colocação à disposição dos meios e modos para a transmissão e recepção das mensagens.** Os partícipes da relação comunicativa não se ‘prestam serviços’ um para o outro nem para terceiros. Eles apenas se comunicam. Presta serviço isto sim, a empresa que mantém em funcionamento o sistema de comunicações consistente em terminais, centrais, linhas de transmissão, satélites, etc.” (gn)

(ANAIIS do I Congresso Nacional de Estudos Tributários. Ed. Academia Brasileira de Direito Tributário, 1988.)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Assegura, a Impugnante que o Regulamento dos Serviços de Telecomunicações, editado pela ANATEL (Anexo da Resolução n.º 73/98), esclarece que habilitação não se confunde com serviço de telecomunicação.

Entretanto, as citadas “taxa de habilitação” são cobradas em função dos serviços de cadastramento dos usuários, programação individual dos rádios e das repassadoras da Estado Rádio-Base e treinamento dos usuários, aplicada para cada rádio, sendo cobrada uma única vez, no início da prestação dos serviços, compondo os preços a serem pagos pela prestação dos serviços de rádio comunicações troncalizadas (conforme se extrai da Cláusula Quinta do “Contrato de Prestação de Serviços de Radiocomunicações Troncalizadas” - fls. 1.408 e 1.415).

Assim sendo, os valores concernentes à habilitação (taxa), incorporam a base de cálculo do ICMS/Comunicação, posto que também inerente a este serviço.

O dispositivo legal trazido pela Impugnante (da legislação da ANATEL), relativo à composição dos serviços de telecomunicações, não se presta a excluir a parcela relativa à taxa de habilitação da base de cálculo do ICMS ora exigido, face às disposições contidas no § 4º do art. 44 do RICMS/96 e § 4º do art. 43 do RICMS/02, anteriormente transcritos.

Adverte a Impugnante que o STJ tem rechaçado o Convênio ICMS n.º 69/98, que prevê exatamente a tributação das atividades-meio, sobre as quais ora se exige o imposto estadual.

Entretanto, conforme abordado, as disposições do citado convênio, foram recepcionadas pelos Regulamentos do ICMS deste Estado (1.996 e 2.002 - vigentes à época das ocorrências dos fatos geradores em exame), razão pela qual, nos termos do art. 88 da CLTA/MG, Decreto n.º 23.780/84, tal argumento não deve ser apreciado por este órgão julgador.

Legítimas, portanto, as exigências de ICMS e MR (após recomposição da conta gráfica - doc. de fls. 469), dos documentos listados pelo Fisco, que incluem valores constantes de notas fiscais registradas no Livro Registro de Saídas e notas fiscais não registradas, as quais encontram-se descritas nos Anexos I a V (que também agregam as NFs relacionadas no Anexo VI).

Irregularidade do item “2” do Auto de Infração

Em virtude da ausência de registro das notas fiscais relacionadas no Anexo VI (fls. 382/467), no Livro Registro de Saídas, o Fisco exigiu a penalidade estatuída no art. 55, inciso I, da Lei 6763/75, a seguir transcrito:

(Efeitos de 28/12/91 a 31/10/03 - Redação dada pelo art. 1º da Lei n.º 10.562 de 27/12/91.)

“I - por falta de registro de documentos próprios nos livros da escrita fiscal - 5% (cinco por cento) do valor constante no documento,

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

reduzindo-se a 2% (dois por cento), quando se tratar de:"

(Efeitos de 1º/11/03 a 05/08/04 - Redação dada pelo art. 28 e vigência estabelecida pelo art. 42, inciso I, ambos da Lei 14.699/03.)

"I - por faltar registro de documentos próprios nos livros da escrita fiscal - 10% (dez por cento) do valor constante no documento, reduzindo-se a 5% (cinco por cento), quando se tratar de:"

(Efeitos a partir de 06/08/04 - Redação dada pelo art. 4º e vigência estabelecida pelo art. 8º, ambos da Lei 15.292/04.)

"I - por faltar registro de documentos próprios nos livros da escrita fiscal vinculados à apuração do imposto, conforme definidos em regulamento - 10% (dez por cento) do valor constante no documento, reduzido a 5% (cinco por cento) quando se tratar de:

- a) entrada de mercadoria ou utilização de serviços registrados no livro diário;
- b) saída de mercadoria ou prestação de serviço, cujo imposto tenha sido recolhido;"

Argumenta o Sujeito Passivo em sua peça defensoria, que a penalidade exigida, prevista no art. 55, inciso I da Lei 6763/75, não se aplica ao caso dos autos, visto que as notas fiscais listadas pelo Fisco (Anexo VI), não deveriam ser registradas no Livro Registro de Saídas, posto que não importam à apuração do imposto, uma vez que os serviços delas constantes não se submetem à incidência do ICMS.

Entretanto, referidas notas fiscais acobertavam parcelas do serviço de comunicação (taxa mensal de administração, locação de sistema trunking, taxa de habilitação, etc.), sujeitas à incidência do ICMS e não incorporadas à base de cálculo deste tributo pela Autuada.

Desta forma, o Fisco além de exigir a penalidade pela não escrituração destes documentos, exigiu, ainda, corretamente o ICMS e MR, no item 1 do Auto de Infração.

Cópias dos documentos não escriturados encontram-se acostadas aos autos, por amostragem, fls. 474, 518, 546, dentre outras.

Correta, portanto, a penalidade exigida na importância de R\$ 145.549,90, sendo que para a falta de escrituração, referente ao período até 31/10/03, o Fisco utilizou o percentual de 5%, apurando R\$ 89.245,51 de MI e para o período posterior adotou o percentual de 10%, apurando R\$ 56.304,39 de MI, nos estritos termos da legislação supra citada.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Diante do exposto, ACORDA a 3ª Câmara de Julgamento do CC/MG, à unanimidade, em julgar procedente o Lançamento. A Conselheira Luciana Mundim de Mattos Paixão (Revisora) sustentou seu voto no art. 88 da CLTA/MG. Participaram do julgamento, além da signatária, a Conselheira retro mencionada e os Conselheiros José Eymard Costa e Lorena Ferreira Mendes. Pela Impugnante, sustentou oralmente o Dr. Gabriel Prado Amarante de Mendonça e, pela Fazenda Pública Estadual, o Dr. Bruno Rodrigues de Faria.

Sala das Sessões, 09/09/05.

**Aparecida Gontijo Sampaio
Presidenta/Relatora**

CC/MG