

Acórdão: 16.969/06/2^a Rito: Ordinário
Impugnação: 40.010117181-96
Impugnante: Empresa Brasileira de Telecomunicações S/A
Proc. S. Passivo: Roberta Espinha Corrêa/Outros
PTA/AI: 01.000151407-31
Inscr. Estadual: 062.004049.0083
Origem: DF/BH-3

EMENTA

PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO – FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS. Constatada a falta de tributação pelo ICMS, nos exercícios de 2001 e 2002, de diversos serviços de comunicação/telecomunicação, em desacordo com a previsão contida no art. 44, inciso X e § 4º, do RICMS/96, acarretando as exigências de ICMS e Multa de Revalidação. Acolhimento parcial das razões apresentadas pela Impugnante, levando à reformulação do crédito tributário. Infração, em parte, caracterizada. Lançamento parcialmente procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre recolhimento a menor do ICMS, nos exercícios de 2001 e 2002, em virtude de não tributação de alguns serviços de telecomunicação e comunicação, na modalidade nacional, em desacordo com a previsão da legislação, em especial o art. 44, inciso X e § 4º, do RICMS/96.

Exigências de ICMS e Multa de Revalidação.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 419/444.

O Fisco, acatando algumas razões apresentadas pela Impugnante, reformula o crédito tributário às fls. 521/660 e apresenta suas razões às fls. 509/518.

Intimada da reformulação, a Autuada não se manifesta.

A Auditoria Fiscal, em parecer de fls. 668/679, opina pela procedência parcial do lançamento.

Em sessão realizada em 16/05/2005, presidida pela Conselheira Luciana Mundim de Mattos Paixão, nos termos da Portaria nº 04/01, defere-se, à unanimidade,

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

o pedido de vista formulado pela Conselheira Presidenta e pelo Conselheiro José Eymard Costa, marcando-se a continuação do julgamento para o dia 11/07/06.

Na oportunidade, são proferidos os votos dos Conselheiros Edwaldo Pereira de Salles (Relator) e Luiz Fernando Castro Trópia (Revisor), que o julgavam parcialmente procedente, nos termos da Reformulação do Crédito Tributário de fls. 521/660. Pela Impugnante, assistiu ao julgamento a Dr^a Maria Lúcia da Silva. Pela Fazenda Pública Estadual, sustentou oralmente o Dr. Marcelo Pádua Cavalcanti.

DECISÃO

O presente litígio versa sobre o recolhimento a menor do ICMS, em virtude de não tributação de parte dos serviços de telecomunicação e comunicação, na modalidade nacional, nos exercícios de 2001 e 2002, acarretando as exigências de ICMS e Multa de Revalidação.

Ressalta-se, inicialmente, que os fundamentos expostos no parecer da Auditoria Fiscal foram os mesmos utilizados pela Câmara para sustentar sua decisão e por esta razão passarão a compor o presente Acórdão.

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 ISS”, bem como a descrição de cada serviço fornecida também pela própria Contribuinte (sigla e descrição dos serviços).

O Fisco procedeu à reclassificação dos valores lançados pelo Contribuinte como "Isentos" e "Não tributáveis", tendo como referência os seguintes critérios:

1 - **ISENTOS**: enquadramento em função do tomador do serviço, em atenção ao Anexo I, do RICMS/96, itens 90 e 95, e ao Anexo I, do RICMS/02, itens 78 e 83 (demonstrado nos quadros de fls. 60/67).

RICMS/96 e RICMS/02 – ANEXO I - DAS ISENÇÕES (a que se refere o artigo 6º dos Regulamentos)

Item 90 (RICMS/96) e Item 78 (RICMS/02) - Prestação de serviço de telecomunicação e o fornecimento de energia elétrica a missão diplomática, repartição consular e representação de organismo internacional, de caráter permanente, e respectivo funcionário estrangeiro.

Item 95 (RICMS/96) e Item 83 (RICMS/02) - Prestação de serviço de telecomunicação a órgãos da Administração Pública Direta do Estado de Minas Gerais e suas Fundações e Autarquias, mantidas pelo Poder Público estadual e regidas por normas de Direito Público.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

2 - NÃO TRIBUTÁVEIS: enquadraram-se neste item os serviços PDN, EXN, TZN, dentre outros, por representarem pagamentos em duplicidade, serviços de comunicação quando prestados a outras empresas de telecomunicação (relacionadas no Convênio nº 126/98) e encargos financeiros, respectivamente (Anexo III – quadros de fls. 68/77 – não tributado).

Em seguida, elaborou quadros de fls. 11/59 (Anexo I - "Comparativo dos Serviços Lançados pelo Contribuinte e os Apurados e pelo Fisco"), demonstrando as diversas prestações de serviço de comunicação não levadas à tributação pelo ICMS por parte do Contribuinte ("não tributado ou tributado pelo ISS"), os respectivos valores, bases tributáveis, alíquotas e valores de ICMS devidos.

Conforme já colocado, todos os códigos utilizados (siglas), com a respectiva descrição do serviço, foram fornecidos pelo próprio Contribuinte (Anexo III – quadro sintético às fls. 68/77).

A seguir, os dispositivos legais pertinentes à matéria.

Eis o disposto no artigo 146, inciso III, alínea "a" e no artigo 155, inciso II, ambos da Constituição Federal/88:

"**Art. 146** - Cabe à lei complementar:

(...)

III - estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre:

a) definição de tributos e de suas espécies, bem como, em relação aos impostos discriminados nesta Constituição, a dos respectivos **atos geradores, bases de cálculo** e contribuintes;

(...)

"**Art. 155** - Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:

(...)

II - operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de **comunicação**, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior;" (grifo nosso)

Por sua vez, a Lei Complementar nº 87/96, editada em estrita observância aos preceitos constitucionais, em seu artigo 2º, inciso III, dispõe o seguinte:

"**Art. 2º** - O imposto incide sobre:

(...)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

III - prestações onerosas de serviços 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" (grifo nosso).

Nesse sentido, a hipótese de incidência do ICMS sobre as prestações de serviços de comunicação não se manteve atracada ao porto da transmissão de comunicação, ou seja, se aporta em todas as hipóteses prenunciadas pelo inciso III do art. 2º, da LC n.º 87/96 ("geração, "emissão", "recepção", "transmissão", etc ...).

Em relação à base de cálculo, assim dispõe a Lei Complementar em seu artigo 13, inciso III, e § 1º, inciso II, alínea "a":

"Art. 13 - A base de cálculo do imposto é:

(...)

III - na prestação de serviço de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, o preço do serviço" (grifos nossos).

(...)

§ 1º - Integra a base de cálculo:

(...)

II - o valor correspondente a:

a) seguros, juros e demais importâncias pagas, recebidas ou debitadas, bem como descontos concedidos sob condição" (grifos nossos).

Foi ainda celebrado o **Convênio ICMS nº 69/98**, tendo em vista o disposto no artigo 199 do CTN e artigo 13, § 1º, inciso II, alínea "a", da Lei Complementar nº 87/96, e considerando a necessidade de uniformizar os procedimentos tributários nas prestações de serviços de comunicações, de modo a esclarecer o seguinte:

"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 LHESES SEJA DADA"

O cerne da questão consiste em enquadrar os serviços prestados como sendo tributáveis pelo ICMS, ISSQN ou não tributáveis.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Depreende-se do exame da cópia do estatuto social da Empresa Brasileira de Telecomunicações S.A que a mesma é, **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.

Os serviços prestados pelo Contribuinte (Embratel – prestadora de serviços de comunicação) e considerados pelo Fisco tributados pelo ICMS não se caracterizam como atividades distintas, mas sim como instrumentos para prestação de serviço de telecomunicações, enquadrados no Convênio ICMS nº 69/98, recepcionado pelo artigo 44, § 4º do RICMS/96 ou artigo 43, § 4º, do RICMS/02:

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 § 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 de serviço, ou, na sua falta, o constante nas 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 facilidades adicionais** que otimizem ou agilizem ao processo de comunicação, independentemente da denominação que lhes seja dada” (grifos nossos).

Conclui-se assim que todas as parcelas cobradas pelo prestador de serviço de comunicação, sejam preparatórias, auxiliares ou acessórias, serão sempre aderentes à prestação de serviço que ele se propõe a realizar, que se constitui em atividade fim, e serão todas levadas a compor a base calculada, em cada caso concreto, para efeito de apuração do preço do serviço, base de cálculo do ICMS na prestação.

Tal entendimento encontra-se também consubstanciado nos Acórdãos nºs 15.287/03/2, 16.303/05/2ª e 2.821/03/CE.

Vale acrescentar que, muito embora o artigo 88, inciso I, da CLTA/MG determine que *“não se incluem na competência do órgão julgador a declaração de inconstitucionalidade ou negativa de aplicação de lei, decreto ou ato normativo”*, o Convênio nº

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

69/98 tão somente veio a esclarecer/uniformizar o disposto na Constituição Federal/88 e na Lei Complementar n° 87/96, mormente o artigo 13, inciso III e § 1°, inciso II, alínea “a”, não inovando em momento algum.

No tocante à Lei Geral de Telecomunicações (LGT), a que se reporta a Impugnante (fls. 433), mormente o seu § 1° do artigo 61, o qual prevê que o “*serviço de valor adicionado não constitui serviço de telecomunicações*”, não significa, de maneira alguma, que as referidas atividades não pertençam ao gênero “comunicação” ou que não possam integrar a base de cálculo do ICMS, quando debitados ao usuário.

Em relação à pretensão da Impugnante para que seja retificada a base de cálculo apurada nos serviços “*não medidos*”, ou seja, repartição do ICMS com os Estados envolvidos, o Fisco esclarece em sua manifestação que “*a empresa, ao segmentar o serviço de comunicação, recolheu o tributo municipal que considerava devido a cada uma das Prefeituras das diversas Unidades da Federação envolvidas, promovendo a repartição do tributo entre os Estados. E que assim este valor já repartido foi tributado pelo Fisco, não havendo mais que se falar em repartição*”. Os valores foram extraídos dos relatórios fornecidos pela própria Impugnante, conforme já colocado acima.

Por fim, o Fisco procedeu à reformulação do crédito tributário, conforme novos quadros às fls. 521/660, acatando as pretensões do Contribuinte, no sentido de se excluir os valores de ICMS exigidos em relação aos descontos condicionais inerentes aos serviços DLN (devidamente tributados pela Contribuinte), os valores relacionados com a promoção clube 21 classificados no código CBN (devidamente tributados pelo Contribuinte) e os valores relativos à parcela do ISS.

Portanto, de todo o acima exposto, verifica-se que restaram parcialmente caracterizadas as infringências à legislação tributária, sendo, por conseguinte, legítimas, em parte, as exigências constantes do Auto de Infração em comento.

Diante do exposto, ACORDA a 2ª Câmara de Julgamento do CC/MG, dando prosseguimento ao julgamento iniciado em 23/06/06, em razão da aplicação da Portaria n° 04, de 19/02/2001, à unanimidade, em julgar parcialmente procedente o lançamento, nos termos da Reformulação do Crédito Tributário de fls. 521/660. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Luiz Fernando Castro Trópia (Revisor) e José Eymard Costa. Pela Impugnante, assistiu ao julgamento o Dr. Felipe Brant e, pela Fazenda Pública Estadual, o Dr. Marcelo Aguiar Machado.

Sala das Sessões, 11/07/06.

Luciana Mundim de Mattos Paixão
Presidente

Edwaldo Pereira de Salles
Relator