

Acórdão: 18.518/07/1^a Rito: Sumário
Impugnação: 40.010120460-27
Impugnante: Planetarium Ltda
Proc. S. Passivo: Ricardo Capucio Borges/Outro(s)
PTA/AI: 01.000154680-28
Inscr. Estadual: 062295010.00-81
Origem: DF/ BH-1

EMENTA

PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO – RECOLHIMENTO A MENOR DO ICMS – BASE DE CÁLCULO. Constatado recolhimento a menor de ICMS, em face da Autuada não ter submetido à tributação do imposto serviços de comunicação. Procedimento fiscal respaldado pelos artigos 146, inciso III, alínea “a” e 155, inciso II, da CF/88, pelos artigos 2º, inciso III, 12, inciso VII e 13, inciso III, da Lei Complementar nº 87/96 e pelos artigos 42, inciso I, alíneas “a” e “e” e 43, inciso X, § 4º, do RICMS/02. Infração caracterizada. Legítimas as exigências de ICMS e multa de revalidação. Lançamento procedente. Decisão por maioria de votos.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre recolhimento a menor do ICMS devido, em virtude da Autuada não ter oferecido à tributação serviços de comunicação, no período de janeiro/2005 a agosto/2006. Exige-se ICMS e multa de revalidação.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 65 a 96, contra a qual o Fisco se manifesta às fls. 378 a 387.

Na sessão do dia 03/07/2007, deliberou a Câmara remeter os autos à AGE, tendo em vista o disposto no art. 11 da CLTA/MG, uma vez que o feito noticia a existência de ação judicial versando sobre o tema em discussão, a qual se manifesta às fls. 398 a 399.

Intimada a ter vistas dos autos (fls. 410/411) a Impugnante volta a se manifestar às fls. 414 a 423. O Fisco se manifesta a respeito (fls. 450 a 452).

DECISÃO

O presente litígio versa sobre o recolhimento a menor do ICMS, em virtude da Autuada não ter levado à tributação alguns serviços de comunicação, no período de janeiro/2005 a agosto/2006.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Foram elaborados, pelo Fisco, os quadros de fls. 13 a 35 e demonstrativos, mês a mês, das diferenças de ICMS, que foram levados à recomposição da conta gráfica às fls. 38/39.

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 **fatos geradores, bases de cálculo** e contribuintes;” (g.n.)

(...)

“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;” (g.n.)

Quanto à argumentação utilizada pela Impugnante, o primeiro ponto abordado refere-se à atividade exercida, que em seu entender limita-se ao provimento de acesso à internet através da disponibilização de porta IP, classificando-o como serviço de valor adicionado não sujeito ao ICMS.

Entretanto, deve-se recordar que a Impugnante promoveu denúncia espontânea em 27/01/2006, conforme Anexo II, folhas 41 a 44, tendo como objeto serviços não tributados no período de janeiro/2005 a julho/2005. Nos parágrafos introdutórios desse documento o contribuinte refere-se à sua atividade a partir de janeiro de 2005, conforme reproduz-se:

“A empresa esclarece que já era inscrita no Estado, como Provedor de Acesso às Redes de Telecomunicações, desde 19/07/2004 para o registro junto à Anatel, órgão responsável por esta atividade. Durante o período de julho a dezembro de 2004, a Planetarium exerceu exclusivamente a atividade de Provedor estando amparada quanto à tributação da atividade pelo Processo nº 0024.01.541.325-5 que tem por objeto uma ação de consignação que pede a citação do Estado de Minas Gerais e do Município de Belo Horizonte, através de seus procuradores, para ser decidido qual dos dois tem a competência para exigir imposto sobre o serviço de prover o acesso à Internet.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Isto posto, a empresa declara que no período de 01/2005 a 07/2006, a prestação do serviço caracterizado como de “Telecomunicação” conforme LC 87/96, art.2º, III, que confere os aspectos essenciais de sua hipótese de incidência, foi realizada sem a emissão do documento fiscal correspondente, sendo que o faturamento foi efetivado através de Notas Fiscais de Serviço autorizadas pela Prefeitura de Belo Horizonte.”

Registre-se que, a própria Impugnante definiu os serviços por ela prestados aos clientes a partir de janeiro de 2005 como enquadrados na previsão contida na Lei Complementar nº 87/96 que, em seu artigo 2º, inciso III, assim dispõe:

“Art. 2º - O imposto incide sobre:

(...)

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**”. (g.n.).

Nesse sentido, a hipótese de incidência do ICMS sobre as prestações de serviços de comunicação não se manteve atrelada ao evento da transmissão de comunicação, ou seja, aplica-se a todas as hipóteses prenunciadas pelo inciso III do artigo 2º, da LC nº 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”.(grifamos).

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 comunicação, de modo a esclarecer o seguinte:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

“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.

Depreende-se do exame da cópia do estatuto social da empresa Planetarium Ltda (fls. 370/375) que a mesma é uma prestadora de serviço de telecomunicação, e todas as suas atividades são voltadas para o desenvolvimento desta prestação de serviço, que está sujeita ao tributo de competência estadual, ICMS.

Todavia, os serviços prestados pela Impugnante 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 precitado Convênio ICMS nº 69/98, recepcionado pelo artigo 43, inciso X e § 4º, do RICMS/02, assim redigido:

“Art. 43 – 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” (grifamos).

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

A título de esclarecimento, vale lembrar que o Serviço de Comunicação Multimídia – SCM foi instituído com o objetivo de simplificar o arcabouço regulatório, substituindo a regulamentação do Serviço Limitado Especializado e dos Serviços por Linha Dedicada, de Rede Comutada por Pacote e de Rede Comutada por Circuito, que compõem o Serviço de Rede de Transporte de Telecomunicações, por um único texto regulamentar.

Da mesma forma que no tocante à atividade exercida, a pretensão da Impugnante em demonstrar que se limita a prover acesso à internet, através de infraestrutura própria tributada separadamente ou fornecida por terceiros também com tributação em separado, sem empreender efetiva “relação comunicativa”, não encontra sustentação.

Inicialmente, cabe esclarecer, de forma sintética, os procedimentos e meios que permitem acesso à internet.

Os serviços de internet se constituem como um conjunto de aplicações TCP/IP e serviços de informação que permitem a comunicação e troca de informações através de uma rede global.

Estes serviços podem ser disponibilizados através da utilização de vários meios, como redes metropolitanas, linhas ponto-a-ponto discadas e dedicadas e redes de longa distância, com e sem fio. Estes meios são providos por operadores de conexão.

O usuário final obtém estes serviços de provedores de acesso, que por sua vez o obtêm de operadores de BSI (Backbone de Serviços Internet).

A Impugnante oferece aos clientes serviços de comunicação, que permitem acessar a internet, com conexão para efetivação de transmissão de dados e acesso à internet, inclusive com a utilização de meios físicos, além de outros serviços, como, por exemplo, confecção e manutenção de páginas acessáveis pela rede mundial de computadores. Na verdade, trata-se de um pacote de serviços, conforme comprovam as ofertas de serviços contidas no site da empresa e em contratos de prestação de serviços a clientes.

São exemplos de ofertas de serviços contidas no site do contribuinte na internet, <http://www.planetarium.com.br>:

“Acesso dedicado SLDD – 64, 256, 128, 512, kbps síncrono: Esse produto permite o acesso da rede local de uma empresa à Internet através de uma conexão de ótima performance, utilizando LPCD, síncrona e roteador.

WIP Serviço de acesso Banda Larga: A solução Wireless IP (WIP) provê um acesso bidirecional full duplex de alta velocidade à Internet e entre filiais e matriz, sem a necessidade de utilização de linhas telefônicas ou linhas privadas (LP). Toda a transmissão e recepção de dados passa pelos hubs da Diveo e do sistema Wireless IP das Empresas Associadas. Os computadores da empresa podem ficar ligados 24 horas

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

por dia à Internet, em alta velocidade, sem nenhum custo adicional de linhas privadas ou discadas.”

Para prestar tais serviços a Impugnante contrata meios de terceiros, que por sua vez faturam tais serviços para a contratante, neste caso a Planetarium, conforme fls. 276, 280 e 282, através da emissão de notas fiscais, com destaque do ICMS correspondente. Atente-se para o fato de que os fornecedores de meios não faturam diretamente para os clientes da Planetarium, usuários finais, ao contrário do que pretende fazer crer a Impugnante.

Quando do faturamento dos serviços prestados aos seus clientes através de notas fiscais, a Impugnante promove um “fatiamento” desses serviços, com o objetivo de não sujeitá-los à tributação pelo ICMS, tendo em vista a análise de cada tipo de serviço em separado.

Nesse sentido, o que o contribuinte deixa de tributar sob a denominação de serviços de acesso, com cabo, discado ou local, associados com o serviço denominado porta IP, constitui, na verdade, prestação de serviços de transmissão de dados e conexão à rede internet, conforme consta inclusive de contrato de prestação de serviços a usuário, documento padrão anexado pelo contribuinte, conforme fls. 99. Utiliza-se para isso tanto do meio físico contratado pela Impugnante a terceiros quanto de meio próprio, como no caso de conexão sem fio.

Entretanto, deve-se novamente ressaltar que, verdadeiramente, a Impugnante oferece aos seus clientes é serviço de comunicação, consubstanciado na transmissão de dados e conexão à internet. Ao final do período ela fatura os serviços prestados, sem tributá-los integralmente, como prevê a legislação já citada. Trata-se, portanto, de serviço de comunicação que deve ser tributado pelo ICMS à alíquota de 18% (dezoito por cento), conforme RICMS/2002, art.42, I, “a” e “e”.

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.

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 69/98 tão-somente veio a esclarecer/uniformizar o disposto na Constituição Federal/88 e na Lei Complementar nº 87/96, mormente o artigo 13, inciso III e § 1º, inciso II, alínea “a”, não trazendo qualquer inovação.

No tocante à Lei Geral de Telecomunicações (LGT), a que se reporta a Impugnante (fls. 71), mormente o seu § 1º 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 debitadas ao usuário.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Verifica-se, assim, que restaram plenamente caracterizadas as infringências à legislação tributária, sendo, por conseguinte, legítimas as exigências fiscais de ICMS e da multa de revalidação.

Diante do exposto, ACORDA a 1ª Câmara de Julgamento do CC/MG, por maioria de votos, em julgar procedente o lançamento. Vencido o Conselheiro Antônio César Ribeiro (Revisor), que o julgava improcedente. Participaram do julgamento, além do signatário e do Conselheiro supracitado, os Conselheiros Rosana de Miranda Starling e Rodrigo da Silva Ferreira.

Sala das Sessões, 20/11/07.

**Roberto Nogueira Lima
Presidente/Relator**

RNL/EJ

CC/MG

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 18.518/07/1^a Rito: Sumário
Impugnação: 40.010120460-27
Impugnante: Planetarium Ltda
Proc. S. Passivo: Ricardo Capucio Borges/Outro(s)
PTA/AI: 01.000154680-28
Inscr. Estadual: 062295010.00-81
Origem: DF/ BH-1

Voto proferido pelo Conselheiro Antônio César Ribeiro, nos termos do art. 43 do Regimento Interno do CC/MG.

A divergência entre o voto vencido e a decisão proferida no acórdão em referência decorre dos fundamentos a seguir expostos.

Com a devida “venia” dos votos majoritários, alio-me à corrente que sustenta ser a atividade da Autuada alheia à tributação pelo ICMS, tendo em vista que se limita à promover o acesso à internet, através da disponibilização de porta IP, o que é taxado de serviço de valor adicional, não alcançado pelo ICMS.

Portanto, não procede a tese fiscal no caso concreto.

Reputo irrelevante a denúncia espontânea ofertada posto que, sabido e consabido por todos que um contribuinte muitas vezes opta pela citada denúncia mais por questões de ordem prática que por reconhecimento do ilícito.

Diante disso, julgo improcedente o lançamento.

Sala das Sessões, 20/11/07.

**Antônio César Ribeiro
Conselheiro**

ACREJ