

ACORDÃO Nº: 057/2018
PROCESSO Nº: 2015/6040/503034
REEXAME NECESSARIO Nº: 3.677
AUTO DE INFRAÇÃO Nº: 2015/002669
INTERESSADO: EMBRATEL TVSAT TELECOMUNICAÇÕES LTDA.
INSCRIÇÃO ESTADUAL Nº: 29.410.976-5
RECORRENTE: FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL

EMENTA

ICMS. TELECOMUNICAÇÃO. TELEVISÃO POR ASSINATURA. SERVIÇO NÃO MEDIDO. IMPROCEDENTE. É improcedente a reclamação tributária que requer ICMS integral da prestação de serviço de telecomunicação sobre as transmissoras de televisão por assinatura de empresa sediada em outra unidade da federação.

RELATÓRIO

A Fazenda Pública Estadual constituiu crédito tributário contra o contribuinte qualificado na peça inaugural, referente à apuração a menor do ICMS nas prestações onerosas dos serviços de comunicações de televisão por assinatura nos campos 4.1 no valor de R\$ 280.663,64 (duzentos e oitenta mil seiscentos e sessenta e três reais e sessenta e quatro centavos) referente o período de setembro de 2014 a dezembro de 2014 e campos 5.1 no valor de R\$ 270.359,74 (duzentos e setenta mil trezentos e cinquenta e nove reais e setenta quatro centavos) referente ao período de janeiro de 2015 a abril de 2015.

Foram anexado aos autos levantamento especial, recibos de entrega de arquivos, notas fiscais de serviços de telecomunicações, espelhos de GNRE e DARE e CD-ROM (fls. 04/126).

A autuada foi intimada do auto de infração por via postal (fls. 128), apresentando impugnação tempestiva com as seguintes alegações (fls. 129/138); que a autuação não merece prosperar, pois mesmo o Estado do Tocantins tendo renunciado ao Convênio nº 52/05 por meio do Convênio nº 176/13, não serão as disposições do Convênio nº 10/98 que deverão prevalecer, mas sim as determinações do art. 11, § 6º da LC nº 87/96, incluído pela LC nº 102/00; que o dispositivo determina que na prestação dos serviços prestado pela autuada, a base de cálculo do ICMS devido a cada unidade federada corresponde a 50% do preço





cobrado do assinante; que é empresa prestadora do serviço de televisão por assinatura que utiliza a tecnologia DTH; que o seu *uplink center* está localizado na cidade de Guaratiba, no Estado do Rio de Janeiro, de onde são transmitidos os sinais eletromagnéticos contendo a grade de programação que será acessada pelos seus clientes em todas as regiões brasileiras; que inexistente controvérsia quanto à natureza de serviço não medido do serviço de TV por assinatura via satélite (DTH) prestado pela impugnante; que os serviços não medidos são aqueles cuja própria natureza impede a quantificação do fluxo comunicativo envolvido na prestação de serviço, já que ela é remunerada a preço fixo, que varia em função do pacote comprado pelo cliente; que a própria Anatel já se pronunciou acerca da caracterização do serviço de TV por assinatura como modalidade de serviço não medido; que o Estado de São Paulo, por intermédio de sua Coordenadoria da Administração Tributária (CAT) formulou consulta à Anatel no intuito de averiguar se o serviço de televisão por assinatura prestado por satélite, com cobertura geográfica irrestrita, deve ser considerado, para fins tributários, como serviço não medido; que o Gerente de Regulamentação da Anatel foi categórico ao afirmar no Ofício nº 110/2014/PRRE-Anatel, em resposta ao questionamento, que o serviço é não medido; que com a edição da LC nº 102/00, responsável por introduzir o § 6º no art. 11 da LC nº 87/96, restou incontroverso que tratando-se de serviços não medidos, o imposto devido será recolhido em partes iguais para as unidades da Federação onde estiverem localizados o prestador e o tomador.

Fez juntada de substabelecimentos, identidades de advogado, procuração, atas de assembleias gerais, intimação, auto de infração, termos de verificação fiscal e de encerramento, levantamento, anexo à Portaria MC nº 321/1997, comunicado CAT nº 108/2000 e Ofício nº 110/2014/PRRE-Anatel (fls. 139/215).

O processo foi devolvido ao autor do procedimento (fls. 217) que apresentou manifestação às fls. 219/222 e lavrou termo de aditamento às fls. 222/225 retificando os contextos e as infrações descritas nos campos 4.1, 5.1, 4.13 e 5.13 do auto.

O contribuinte foi intimado do termo aditivo por via postal (fls. 228), comparecendo ao processo, alegando que o termo de aditamento promoveu duas alterações: a supressão do termo "serviços não medidos" da descrição da autuação fiscal e a inclusão de alguns artigos na fundamentação legal da infração imputada à empresa; que ao assim proceder, tenta o Fisco jogar por terra a defesa apresentada pela impugnante que tratou de demonstrar justamente que, para os serviços não medidos o art. 11, § 6º da LC nº 87/96 traz regra específica de tributação; que tendo o Fisco expressamente consignado no auto de infração que se tratava de serviços não medidos de televisão por assinatura, via satélite, não poderia, em tentativa de manter a exigência da integralidade do ICMS para este Estado, alterar a situação jurídica que havia consolidado no lançamento original; que a supressão da



expressão "não medidos" do auto de infração não muda a materialidade do serviço autuado, a saber, o serviço de televisão por assinatura mediante a tecnologia DTH (fls. 229/243):.

Fez juntada de intimação, despacho com termo de aditamento, acórdãos do STJ e Ofício nº 216/2010 - Anatel (fls. 244/285).

A Julgadora de primeira instância faz relatório detalhado do processo e manifesta-se que; o sujeito passivo está devidamente identificado no auto de infração, as intimações são válidas, as impugnações são tempestivas e apresentadas por advogados legalmente constituídos, nos termos do artigo 20, *caput* da Lei nº 1.288/01 com redação dada pela Lei nº 2.521/11; que não há preliminares; que a Lei Complementar nº 87/96 com redação dada pela Lei Complementar nº 102/2000 estabelece:

Art. 11. O local da operação ou da prestação, para os efeitos da cobrança do imposto e definição do estabelecimento responsável, é:

(...)

III - tratando-se de prestação onerosa de serviço de comunicação:

(...)

c-1 - o do estabelecimento ou domicílio do tomador do serviço, quando prestado por meio de satélite; (*redação da alínea "c-1", do Inciso III, do Artigo 11, acrescentado pela Lei Complementar Federal n.º 102/2000, vigente a partir de 01.08.2000*).

(...)

§ 6º. Na hipótese do inciso III do caput deste artigo, tratando-se de serviços **não medidos**, que envolvam localidades situadas em **diferentes unidades da Federação** e cujo preço seja cobrado **por períodos definidos**, o imposto devido será recolhido **em partes iguais para as unidades da Federação onde estiverem localizados o prestador e o tomador**. (*redação do § 6.º, do Artigo 11, acrescentado pela Lei Complementar Federal n.º 102/2000, vigente a partir de 01.08.2000*). (Grifo nosso)

A questão que sustenta o auto de infração é o entendimento do autuante de que o serviço prestado pela operadora de TV por assinatura é medido e que o ICMS deveria ter sido recolhido, integralmente, para o Estado do Tocantins. Tal questão foi dirimida pela Anatel, através de seus Ofícios. Vejamos:

Ofício nº 110/2014 PRRE - Anatel (fls. 214/215):

"8. Ora, os Serviços de Televisão por Assinatura, em verdade, são cobrados por período, independentemente do montante efetivamente utilizado, **não se verificando medição** para se definir a contrapartida que será imposta ao assinante pela sua prestação. Por conseguinte, **não há como se considerar os serviços de Televisão por**



Assinatura, independentemente da tecnologia utilizada, **como "serviços medidos"**. (Grifo nosso)

OFÍCIO Nº 216/2010 da Anatel (fls. 274/275):

"10. Isto posto, e muito embora não exista um conceito formal no glossário da ANATEL do que seja um 'serviço não medido', o que pode-se afirmar é que **os serviços de televisão por assinatura não podem**, nos termos da definição de 'medição', **ser contabilizados em termos absolutos** e, portanto, **medidos**". (Grifo nosso)

Com isto, em Recurso Especial apresentado contra o Estado de Goiás, o Superior Tribunal de Justiça - STJ, decidiu (fls. 277/285):

RECURSO ESPECIAL Nº 1.497.364 - GO (2014/0277069-8)
EMENTA - TRIBUTÁRIO. ICMS. SERVIÇO DE TELECOMUNICAÇÃO VIA SATÉLITE. COMPETÊNCIA TRIBUTÁRIA. ART. 11, § 6º DA LEI COMPLEMENTAR 87/96. IMPOSTO RECOLHIDO EM PARTES IGUAIS PARA AS UNIDADES DA FEDERAÇÃO EM QUE ESTIVEREM LOCALIZADOS O PRESTADOR E O TOMADOR.

1. Discute-se nos autos a competência para cobrança de ICMS sobre serviços de comunicação via satélite na modalidade TV por assinatura cujos fatos geradores ocorreram posteriormente à vigência da Lei Complementar 102/2000.

2. Nos termos do art. 11, inciso III, alínea "c-1", da Lei Complementar 87/96 (com redação da Lei Complementar 102/2000), regra geral, para os serviços de comunicação via satélite, a cobrança do ICMS compete a unidade da Federação em que está situado o domicílio do tomador. Todavia, o § 6º do referido artigo traz uma exceção para os casos de serviços não medidos e cujo preço seja cobrado por períodos definidos.

3. **Nos serviços de televisão por assinatura, o pagamento não é variável pelo tempo de utilização.** O assinante opta por um pacote de canais e por ele pagará um valor fixo mensalmente. Logo, entende-se que **o serviço prestado pela Impugnante é não medido** e o preço será cobrado por período definidos, qual seja, mensal. Desse modo, aplica-se ao caso dos autos o disposto no art. 11, § 6º da Lei Complementar 87/96, segundo o qual **se deve recolher o ICMS em partes iguais para as unidades da Federação em que estiverem localizados o prestador e o tomador.** (Grifo nosso)

Recurso Especial provido. (Superior Tribunal de Justiça, 2ª Turma, Recurso Especial nº 1.497.364-GO, Relator Ministro Humberto Martins, julgado em 03.09.2015).



Em que pese o entendimento do autuante e a supressão do termo "serviços não medidos" do auto de infração e o fato de o Estado do Tocantins não ter aderido ao Protocolo ICMS nº 25/2003 e renunciado ao Convênio ICMS nº 52/05, a Constituição Federal estabeleceu a hierarquia das leis e neste caso, leis Estaduais, convênios e protocolos não podem se sobrepor às Leis Complementares, e ainda mais, há decisões dos órgãos judiciais superiores, no caso o Superior Tribunal de Justiça.

Deste modo, entendeu que razão assiste à autuada, uma vez que o serviço de TV por assinatura trata-se de serviço não medido, devendo prevalecer o entendimento contido no art. 11, § 6º da Lei Complementar nº 87/96 com redação dada pela Lei Complementar nº 102/2000, onde a partilha do ICMS sobre as prestações dos serviços deve feita entre as Unidades da Federação do prestador e do tomador do referido serviço.

Diante do exposto, conheceu da impugnação apresentada, concedo-lhe provimento e julgou IMPROCEDENTE o auto de infração nº 2015/002669, ABSOLVENDO o sujeito passivo do pagamento dos créditos tributários no valor de R\$ 280.663,64 (duzentos e oitenta mil, seiscentos e sessenta e três reais e sessenta e quatro centavos) campo 4.1 e no valor de R\$ 270.359,74 (duzentos e setenta mil, trezentos e cinquenta e nove reais e setenta e quatro centavos) campo 5.1 e submete a decisão à apreciação do Conselho de Contribuintes e Recursos Fiscais do Estado do Tocantins, nos termos dos artigos 56, inciso IV, alínea *f* e 58, parágrafo único da Lei nº 1.288/01 com redação dada pela Lei nº 3.018/15.

A representação fazendária faz breve relato do conteúdo processual e manifesta-se pela confirmação da decisão de primeira instancia pela improcedência do auto.

A Recorrida foi intimada em 29 de setembro de 2017 e não se manifesta, fls. 262.

É em síntese o Relatório.

VOTO

O crédito tributário constituído contra o sujeito passivo identificado na peça inicial é referente à apuração a menor do ICMS nas prestações onerosas dos serviços de comunicações de televisão por assinatura nos campos 4.1 no valor de R\$ 280.663,64 (duzentos e oitenta mil seiscentos e sessenta e três reais e sessenta e quatro centavos) referente o período de setembro de 2014 a dezembro de 2014 e campos 5.1 no valor de R\$ 270.359,74 (duzentos e setenta mil trezentos e cinquenta



e nove reais e setenta quatro centavos) referente ao período de janeiro de 2015 a abril de 2015.

É necessário analisar a legislação pertinente ao assunto para atingir o objetivo primordial deste Conselho de Contribuintes e Recursos Fiscais, que é a justiça tributária.

A Lei Complementar nº 87/96 com redação dada pela Lei Complementar nº 102/2000 estabelece:

Art. 11. O local da operação ou da prestação, para os efeitos da cobrança do imposto e definição do estabelecimento responsável, é:

(...)

III - tratando-se de prestação onerosa de serviço de comunicação:

(...)

c-1 - o do estabelecimento ou domicílio do tomador do serviço, quando prestado por meio de satélite; *(redação da alínea "c-1", do Inciso III, do Artigo 11, acrescentado pela Lei Complementar Federal n.º 102/2000, vigente a partir de 01.08.2000).*

(...)

§ 6º. Na hipótese do inciso III do caput deste artigo, tratando-se de serviços **não medidos**, que envolvam localidades situadas em **diferentes unidades da Federação** e cujo preço seja cobrado **por períodos definidos**, o imposto devido será recolhido **em partes iguais para as unidades da Federação onde estiverem localizados o prestador e o tomador**. *(Redação do § 6.º, do Artigo 11, acrescentado pela Lei Complementar Federal n.º 102/2000, vigente a partir de 01.08.2000).* (Grifo nosso)

Também foram disponibilizado os Ofícios nº 110/2014 e nº 216/2010 PRRE - Anatel (fls. 135/137 e 171) que também do assunto:

"8. Ora, os Serviços de Televisão por Assinatura, em verdade, são cobrados por período, independentemente do montante efetivamente utilizado, **não se verificando medição** para se definir a contrapartida que será imposta ao assinante pela sua prestação. Por conseguinte, **não há como se considerar os serviços de Televisão por Assinatura**, independentemente da tecnologia utilizada, **como "serviços medidos"**. (Grifo nosso)





OFÍCIO Nº 216/2010):

"Nesse sentido, torna-se evidenciada a natureza de serviço não medido da prestação de televisão por assinatura via satélite, inexistindo atualmente dúvidas acerca desta sua característica. Tanto assim, que a própria ANATEL, por meio de sua Superintendência de Serviços de Comunicação de Massa, analisando especificamente o presente tema, consignou que **os serviços de televisão por assinatura não podem**, nos termos da definição de 'medição', **ser contabilizados em termos absolutos** e, portanto, **medidos**". (Grifo nosso)

De acordo com os documentos apresentados ao processo, contata-se que a prestação de serviço de telecomunicação praticada pela autuada caracteriza-se por ser **não medido**, desta forma e de acordo com toda documentação probatória apresentada nos autos, entendo que razão assiste à autuada, uma vez que o serviço de TV por assinatura trata-se de serviço não medido, devendo prevalecer o entendimento contido no art. 11, § 6º da Lei Complementar nº 87/96 com redação dada pela Lei Complementar nº 102/2000, onde a partilha do ICMS sobre as prestações dos serviços deve feita entre as Unidades da Federação do prestador e do tomador do referido serviço, diante do exposto, em meu voto em reexame necessário é para confirmar a decisão de primeira instância, que julgou improcedente as reclamações tributárias constante do auto de infração nº 2015/002669 e absolver o sujeito passivo da imputação que lhe faz nos valores de R\$ 280.663,64 (duzentos e oitenta mil, seiscentos e sessenta e três reais e sessenta e quatro centavos), e R\$ 270.354,74 (duzentos e setenta mil, trezentos e cinquenta e quatro reais e setenta e quatro centavos), referentes os campos 4.11 e 5.11, respectivamente.

DECISÃO

O Conselho de Contribuintes e Recursos Fiscais, ao julgar o presente processo, decidiu, no mérito, por unanimidade, em reexame necessário, confirmar a decisão de primeira instância, que julgou improcedente as reclamações tributárias constante do auto de infração nº 2015/002669 e absolver o sujeito passivo da imputação que lhe faz nos valores de R\$ 280.663,64 (duzentos e oitenta mil, seiscentos e sessenta e três reais e sessenta e quatro centavos), e R\$ 270.354,74 (duzentos e setenta mil, trezentos e cinquenta e quatro reais e setenta e quatro centavos), referentes os campos 4.11 e 5.11, respectivamente. O representante fazendário Rui José Diel e o advogado da parte Rafael Maione Teixeira fizeram sustentação oral pela Fazenda Pública Estadual e Sujeito Passivo, respectivamente. Participaram da sessão de julgamento os conselheiros Ricardo Shiniti Konya, Edson José Ferraz, Heverton Luiz de Siqueira Bueno, Josimar Júnior de Oliveira Cesar,



Secretaria da
Fazenda



GOVERNO DO
TOCANTINS

Contencioso Administrativo-Tributário

Luiz Carlos da Silva Leal e Osmar Defante. Presidiu a sessão de julgamento aos dezessete dias do mês de janeiro de 2018, o Conselheiro Suzano Lino Marques.

Plenário do Conselho de Contribuintes e Recursos Fiscais, em Palmas-TO, aos dezenove dias do mês de abril de 2018.

Suzano Lino Marques
Presidente

Ricardo Shiniti Konya
Conselheiro Relator

