

Processo: 1.0000.21.143117-6/001
Relator: Des.(a) Bitencourt Marcondes
Relator do Acórdão: Des.(a) Bitencourt Marcondes
Data do Julgamento: 27/10/2022
Data da Publicação: 04/11/2022

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. REEXAME NECESSÁRIO. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO JURÍDICO-TRIBUTÁRIA. ICMS-COMUNICAÇÃO. BASE DE CÁLCULO. SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO PROPRIAMENTE DITO (STRICTO SENSU). EXCLUSÃO DAS ATIVIDADES-MEIO, PREPARATÓRIAS. CONEXAS. INTERMEDIÁRIAS OU SUPLEMENTARES, AINDA QUE ESSENCIAIS. PRECEDENTES DOS TRIBUNAIS SUPERIORES. CASO CONCRETO. SERVIÇO DE ACESSO CONDICIONADO (SeAC), POPULARMENTE CONHECIDO COMO "TV POR ASSINATURA". VALOR COBRADO DOS ASSINANTES A TÍTULO DE SUBLICENCIAMENTO DE CONTEÚDO AUDIOVISUAL. AUTONOMIA TÉCNICA E ECONÔMICA DA ATIVIDADE. CARÁTER SUPLEMENTAR EM RELAÇÃO À ATIVIDADE-FIM DE COMUNICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE DE INCIDÊNCIA DA EXAÇÃO. RECURSO DO ESTADO DE MINAS GERAIS CONHECIDO E DESPROVIDO. SENTENÇA CONFIRMADA NO REEXAME NECESSÁRIO.

1. Versam os autos sobre ação ordinária ajuizada por grupo empresarial que explora o serviço de comunicação audiovisual de acesso condicionado (SeAC), popularmente conhecido como serviço de "TV por assinatura", visando à declaração de inexistência de relação jurídico-tributária com o ESTADO DE MINAS GERAIS, com o fito de ser reconhecido o seu direito ao não recolhimento do ICMS sobre os valores pagos pelos seus assinantes a título de "outorga de direito de acesso a conteúdo audiovisual".

2. Nos termos do art. 155, II, da CR, c/c arts. 2º, III, e 13, III, ambos da Lei Complementar nº 87/96 (Lei Kandir), verifica-se, em linhas gerais, que o ICMS incide sobre qualquer atividade onerosa de serviço de comunicação, e sua base de cálculo deve corresponder ao preço do serviço.

3. Em atenção aos princípios da legalidade estrita e da tipicidade tributária, a jurisprudência dos tribunais superiores, inclusive sob a sistemática dos recursos repetitivos, definiu que o ICMS somente pode incidir sobre o serviço de comunicação propriamente dito (stricto sensu), devendo-se excluir de sua base de cálculo as atividades preparatórias, conexas, intermediárias ou suplementares, ainda que essenciais à realização do processo comunicacional.

4. No caso concreto, as conclusões da prova pericial aliadas às respostas aos quesitos elaborados pelas partes e ao marco regulatório do serviço de comunicação audiovisual de acesso condicionado (SeAC), na contramão do que defende o ESTADO DE MINAS GERAIS, dão conta de que, técnica e economicamente, existe sim a possibilidade de segregação das atividades de (a) sublicenciamento do conteúdo audiovisual e (b) comunicação (SeAC), compreendida como a etapa de transmissão desse conteúdo.

5. Segundo o perito, a autonomia técnica das atividades estaria explicitada nas normas insertas no art. 23 da Resolução da ANATEL nº 488/2007 e no art. 8º da Resolução da ANATEL nº 581/2012, pelas quais, respectivamente, permite-se ao assinante contratar conteúdos audiovisuais com empresa distinta daquela que lhe disponibiliza a infraestrutura para sua transmissão (transporte), bem como se franqueia à prestadora do SeAC o uso de redes ou de elementos de redes de outras prestadoras de serviços de telecomunicações de interesse coletivo.

6. Ainda de acordo com o expert, a infraestrutura de meios e equipamentos necessários para a prestação do serviço de comunicação audiovisual de acesso condicionado (SeAC) não varia em função do volume e/ou quantidade do conteúdo audiovisual sublicenciado e acessado pelos assinantes, o que denota a autonomia do conteúdo econômico de cada atividade.

7. Tanto é assim que, nos termos do art. 24 da Resolução da ANATEL nº 488/07 e do art. 33, VI, da Lei nº 12.485/2011, c/c art. 52 da Resolução nº 581/2012 da ANATEL, além de a infraestrutura instalada haver de ser suficiente para, a qualquer momento, atender à solicitação de expansão da assinatura - mudança para plano com maiores quantidades de conteúdo audiovisual -, constitui direito do assinante do SeAC, independentemente de qualquer custo adicional, contratar exclusivamente os canais de distribuição obrigatória, hipótese em que, por decorrência lógica, estaria pagando apenas pelo serviço de transmissão (comunicação), o que deixa entrever a possibilidade de destacar sua expressão econômica.

8. Assim, dada sua autonomia e complementariedade em relação ao serviço de comunicação audiovisual de acesso condicionado (SeAC), não se mostra cabível a incidência de ICMS sobre os valores pagos pelos assinantes pela atividade de sublicenciamento de conteúdo audiovisual.

AP CÍVEL/REM NECESSÁRIA Nº 1.0000.21.143117-6/001 - COMARCA DE UBERLÂNDIA - APELANTE(S): ESTADO DE MINAS GERAIS - APELADO(A)(S): ALGAR TELECOM SA

A C Ó R D ã O

Vistos etc., acorda, em Turma, a 19ª CÂMARA CÍVEL do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais,



Tribunal de Justiça de Minas Gerais

na conformidade da ata dos julgamentos, em NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO E CONFIRMAR A SENTENÇA NO REEXAME NECESSÁRIO.

DES. BITENCOURT MARCONDES
RELATOR

DES. BITENCOURT MARCONDES (RELATOR)
V O T O

Trata-se de reexame necessário e recurso de apelação interposto pelo ESTADO DE MINAS GERAIS à sentença proferida pela MM.^a Juíza de Direito Juliana Faleiro de Lacerda Ventura, da 2^a Vara da Fazenda Pública e Autarquias da Comarca de Uberlândia, que, nos autos da ação ordinária ajuizada por ALGAR TELECOM S/A e ALGAR CELULAR S/A, incorporada pela primeira no curso do feito, julgou procedente o pedido inicial, para declarar a inexistência de relação jurídico-tributária que obrigue a autora a recolher o ICMS sobre os valores pagos por seus assinantes a título de outorga de acesso a conteúdo audiovisual, devendo incidir a exação somente sobre a prestação de serviços de acesso condicionado-SeAC.

Por fim, condenou o requerido, ora apelante, ao pagamento de honorários advocatícios, fixados em 10% do valor atualizado da causa.

Em suas razões de insurgência (doc. de ordem nº 147), alega a impossibilidade de se dissociar o "sublicenciamento de conteúdo audiovisual" da prestação de serviços de acesso condicionado-SeAC, haja vista que não são atividades autônomas no contexto da telecomunicação, inexistindo sentido em se excluir o primeiro da base de cálculo do ICMS, cujo fato gerador é previsto no art. 155, II, da CR, c/c art. 2º, III, da Lei Complementar nº 87/96.

Afirma, ainda, que, nos termos da legislação de regência, o Serviço de acesso condicionado - SeAC (TV por assinatura) é uma espécie do gênero "serviços de telecomunicações" com características próprias que o individualizam, mas não o tornam autônomo, porquanto impossível a dissociação técnica e econômica entre o oferecimento da infraestrutura e o volume/quantidade do conteúdo audiovisual efetivamente contratado pelo assinante.

Ao cabo, pondera que as operadoras de TV por assinatura atuam como emissoras e transmissoras da comunicação e a prestação do serviço só se realiza com a entrega ao assinante do conteúdo contratado e transmitido, o que resulta na inviabilidade de desmembramento de cada uma de suas etapas para fins de diminuição do imposto a ser recolhido aos cofres estaduais.

Com esses argumentos, pugna pelo provimento do recurso, para que, reformando-se a sentença, seja o pedido inicial julgado improcedente.

A autora, a seu turno, apresentou contrarrazões no evento de ordem nº 150, pleiteando o desprovimento do recurso.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

1 - DO OBJETO DO RECURSO

Versam os autos sobre ação ordinária ajuizada por ALGAR TELECOM S/A e ALGAR CELULAR S/A, incorporada pela primeira no curso do feito, visando à declaração de inexistência de relação jurídico-tributária com o ESTADO DE MINAS GERAIS, com o fito de ser reconhecido o seu direito ao não recolhimento do ICMS sobre os valores pagos pelos seus assinantes sob a rubrica "outorga de direito de acesso a conteúdo audiovisual", de modo que a exação se restrinja a alcançar os valores cobrados sobre a prestação de serviços de acesso condicionado-SeAC.

Na inicial, as autoras narram que são empresas do Grupo Algar e, conforme descrito nos seus contratos sociais, dedicam-se à exploração de serviços de telecomunicações e atividades necessárias ou úteis à execução desses serviços, de modo a permitir-lhes cumprirem os propósitos econômicos para os quais foram constituídas.

Dentre as atividades de telecomunicações por elas desempenhadas, as autoras sustentam que prestam serviços de comunicação audiovisual de acesso condicionado (SeAC), popularmente conhecidos como serviços de "TV por assinatura", voltados à distribuição de sinais de som e imagem advindos das programadoras, mediante a contratação de planos de assinatura.

À luz da legislação e da jurisprudência que se firmou nos Tribunais Superiores, no sentido de que incide o ICMS somente no transporte do conteúdo audiovisual, pelo qual as operadoras oferecem e mantêm a infraestrutura e os meios necessários para que haja a comunicação entre os titulares do conteúdo transmitido (programadoras) e os seus destinatários (assinantes), as autoras são inscritas como contribuintes do ICMS no Estado de Minas Gerais.

Dizem ter sede e estabelecimento nos limites territoriais do réu, a partir do qual transmitem o conteúdo televisivo via diferentes modalidades tecnológicas de "TV por assinatura", como tecnologia via satélite ou cabo, franqueando aos seus assinantes acessar e utilizar canais e conteúdos programados por emissoras televisivas, na forma avulsa ou em pacotes de assinatura especialmente oferecidos.

Essa distribuição, em pacotes de assinatura, de sinais de som e imagem emitidos pelas programadoras implica a consecução de uma gama de atividades, consistentes em realizar o transporte (recepção e transmissão), por meios físicos, de sinais de conteúdos audiovisuais, e também em licenciar o uso e o acesso em favor dos assinantes do conteúdo audiovisual transportado.

Segundo as requerentes, de seus assinantes são cobrados valores não só em decorrência de serviços de comunicação audiovisual de acesso condicionado (SeAC) - sujeitos ao ICMS na forma do entendimento consolidado na jurisprudência -, mas também a título do direito de usufruir dos canais de programação.

A seu ver, sobre a atividade de conferir aos assinantes o direito de uso e acesso ao conteúdo audiovisual transmitido, de propriedade intelectual das emissoras de TV, não pode o Fisco exigir o referido imposto estadual, devendo incidir a exação apenas sobre a prestação efetiva de serviço de telecomunicação.

Na sentença, conforme relatado, julgou-se procedente o pedido inicial.

Irresignado, insurge o ESTADO DE MINAS GERAIS, em síntese, aos seguintes argumentos: (i) não se revela possível dissociar o "sublicenciamento de conteúdo audiovisual" da prestação de serviços de acesso condicionado-SeAC, haja vista que não são atividades autônomas no contexto da telecomunicação, inexistindo sentido em se excluir o primeiro da base de cálculo do ICMS; (ii) nos termos da legislação de regência, o Serviço de acesso condicionado - SeAC (TV por assinatura) é uma espécie do gênero "serviços de telecomunicações" com características próprias que o individualizam, mas não o tornam autônomo, porquanto impossível a dissociação técnica e econômica entre o oferecimento da infraestrutura e o volume/quantidade do conteúdo audiovisual efetivamente contratado pelo assinante; (iii) as operadoras de TV por assinatura atuam como emissoras e transmissoras da comunicação e a prestação do serviço só se realiza com a entrega ao assinante do conteúdo contratado e transmitido, o que resulta na inviabilidade de desmembramento de cada uma de suas etapas para fins de diminuição do imposto a ser recolhidos aos cofres estaduais.

A controvérsia devolvida a esta instância recursal, portanto, cinge-se a perquirir o aspecto quantitativo da hipótese de incidência do ICMS a incidir sobre o serviço de comunicação, mais especificamente se na base de cálculo do tributo a ser recolhido pela parte autora, ora apelante, prestadora do serviço popularmente conhecido como "TV por assinatura", há ou não de ser incluída a parcela paga por seus assinantes a título de "outorga de direito de acesso a conteúdo audiovisual".

Estabelece o art. 155, inciso II da CR/88:

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;

A Lei Complementar nº 87/96 (Lei Kandir), no art. 2º, inciso III, por sua vez, prevê a hipótese de incidência do referido imposto quando se tratar de serviço de comunicação, e, em seus art. 12, VII, e 13, III, define, respectivamente, a ocorrência do fato gerador e a base de cálculo da exação:

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;

(...)

Art. 12. Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento:

(...)

VII - das prestações onerosas de serviços de comunicação, feita por qualquer meio, inclusive a geração, a emissão, a recepção, a transmissão, a retransmissão, a repetição e a ampliação de comunicação de qualquer natureza;

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;

Pela análise da legislação supracitada, verifica-se, em linhas gerais, que o ICMS incide sobre qualquer atividade onerosa de serviço de comunicação, e sua base de cálculo, por que mais se interessa, deve corresponder ao preço do serviço.

Conforme já tive a oportunidade de salientar no julgamento da Apelação Cível/Remessa Necessária, nº 1.0024.14.151148-5/0011, a tese segundo a qual os valores que indistintamente se relacionam com a prestação da atividade não de integrar a base tributável, em virtude de cuidarem de receitas auferidas pela

empresa em decorrência da exploração do serviço de comunicação, embora defendida por parte da doutrina², não foi agasalhada pela jurisprudência dos tribunais superiores, que, em atenção aos princípios da legalidade estrita e da tipicidade, definiu que a exação somente pode incidir sobre o serviço de comunicação propriamente dito (stricto sensu).

Significa dizer que as atividades-meio, preparatórias, conexas, intermediárias ou suplementares, ainda que essenciais à realização do serviço de comunicação, não integram a base de cálculo do ICMS, porquanto não se confundem com a prestação da atividade-fim sujeita à tributação.

Por oportuno, transcrevo as ementas do RE nº 572.020 e do REsp nº 1.176.753 - o último, frise-se, julgado sob a sistemática dos recursos repetitivos -, cabendo ressaltar que, conquanto os casos concretos dissessem respeito à telefonia móvel, as conclusões ali alcançadas se prestam a elucidar a discussão travada no bojo dos presentes autos, na medida em que igualmente atinentes à prestação do serviço de comunicação:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. TRIBUTÁRIO. ICMS. HABILITAÇÃO DE APARELHOS CELULARES. A LEI GERAL DE TELECOMUNICAÇÕES (ART. 60, § 1º, DA LEI Nº 9.472/97) NÃO PREVÊ O SERVIÇO DE HABILITAÇÃO DE TELEFONIA MÓVEL COMO ATIVIDADE-FIM, MAS ATIVIDADE-MEIO PARA O SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO. A ATIVIDADE EM QUESTÃO NÃO SE INCLUI NA DESCRIÇÃO DE SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÃO CONSTANTE DO ART. 2º, III, DA LC 87/1996, POR CORRESPONDER A PROCEDIMENTO TIPICAMENTE PROTOCOLAR, CUJA FINALIDADE REFERE-SE A ASPECTO PREPARATÓRIO. OS SERVIÇOS PREPARATÓRIOS, TAIS COMO HABILITAÇÃO, INSTALAÇÃO, DISPONIBILIDADE, ASSINATURA, CADASTRO DE USUÁRIO E EQUIPAMENTO, ENTRE OUTROS, QUE CONFIGURAM ATIVIDADE-MEIO OU SERVIÇOS SUPLEMENTARES, NÃO SOFREM A INCIDÊNCIA DO ICMS, POSTO SERVIÇOS DISPONIBILIZADOS DE SORTE A ASSEGURAR AO USUÁRIO A POSSIBILIDADE DO USO DO SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO, CONFIGURANDO AQUELES TÃO SOMENTE ATIVIDADES PREPARATÓRIAS DESTES, NÃO INCIDINDO ICMS. INOCORRÊNCIA DE VIOLAÇÃO AOS ARTS. 2º, 150, I, E 155, II, DA CF/88. DESPROVIMENTO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO.

1. Os serviços preparatórios aos serviços de comunicação, tais como: habilitação, instalação, disponibilidade, assinatura, cadastro de usuário e equipamento, entre outros serviços, configuram atividades-meio ou serviços suplementares. O serviço de comunicação propriamente dito, consoante previsto no art. 60, § 1º, da Lei nº 9.472/97 (Lei Geral de Telecomunicações), para fins de incidência de ICMS, é aquele em que um terceiro, mediante prestação negocial-onerosa, mantém interlocutores (emissor/receptor) em contato por qualquer meio, inclusive a geração, a emissão, a recepção, a transmissão, a retransmissão, a repetição e a ampliação de comunicação de qualquer natureza (REsp. 402047/MG, Rel. Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, PRIMEIRA TURMA, julgado em 04/11/2003, DJ 09/12/2003).

2. A interpretação conjunta dos arts. 2º, III, e 12, VI, da Lei Complementar 87/96 (Lei Kandir) leva ao entendimento de que o ICMS somente pode incidir sobre os serviços de comunicação propriamente ditos, no momento em que são prestados, ou seja, apenas pode incidir sobre a atividade-fim, que é o serviço de comunicação, e não sobre a atividade-meio ou intermediária como são aquelas constantes na Cláusula Primeira do Convênio ICMS nº 69/98. Tais serviços configuram, apenas, meios de viabilidade ou de acesso aos serviços de comunicação, et por cause, estão fora da incidência tributária do ICMS.

3. A Constituição autoriza sejam tributadas as prestações de serviços de comunicação, não sendo dado ao legislador, nem muito menos ao intérprete e ao aplicador, estender a incidência do ICMS às atividades que as antecedem e viabilizam. Não tipificando o fato gerador do ICMS-Comunicação, está, pois, fora de seu campo de incidência. Conseqüentemente, inexistente violação aos artigos 2º, 150, I, e 155, II, da CF/88.

4. O Direito Tributário consagra o princípio da tipicidade, de maneira que, sem lei expressa, não se pode ampliar os elementos que formam o fato gerador, sob pena de violar o disposto no art. 108, § 1º, do CTN.

5. In casu, apreciando a questão relativa à legitimidade da cobrança do ICMS sobre o procedimento de habilitação de telefonia móvel celular, a atividade de habilitação não se inclui na descrição de serviço de telecomunicação constante do art. 2º, III, da Lei Complementar 87/96, por corresponder a procedimento tipicamente protocolar, cuja finalidade prende-se ao aspecto preparatório e estrutural da prestação do serviço, serviços meramente acessórios ou preparatórios à comunicação propriamente dita, meios de viabilidade ou de acesso aos serviços de comunicação.

6. O ato de habilitação de aparelho móvel celular não enseja qualquer serviço efetivo de telecomunicação, senão de disponibilização do serviço, de modo a assegurar ao usuário a possibilidade de fruição do serviço de telecomunicações. O ICMS incide, tão somente, na atividade final, que é o serviço de telecomunicação propriamente dito, e não sobre o ato de habilitação do telefone celular, que se afigura como atividade meramente intermediária.

7. Ex positis, nego provimento ao recurso extraordinário.

(RE 572020, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 06/02/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-199 DIVULG 10-10-2014 PUBLIC 13-10-2014)

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. ICMS. SERVIÇOS CONEXOS (SUPLEMENTARES) AO DE

COMUNICAÇÃO (TELEFONIA MÓVEL): TROCA DE TITULARIDADE DE APARELHO CELULAR; CONTA DETALHADA; TROCA DE APARELHO; TROCA DE NÚMERO; MUDANÇA DE ENDEREÇO DE COBRANÇA DE CONTA TELEFÔNICA; TROCA DE ÁREA DE REGISTRO; TROCA DE PLANO DE SERVIÇO; BLOQUEIO DDD E DDI; HABILITAÇÃO; RELIGAÇÃO. NÃO INCIDÊNCIA DO ICMS.

1. A incidência do ICMS, no que se refere à prestação dos serviços de comunicação, deve ser extraída da Constituição Federal e da LC 87/96, incidindo o tributo sobre os serviços de comunicação prestados de forma onerosa, através de qualquer meio, inclusive a geração, a emissão, a recepção, a transmissão, a retransmissão, a repetição e a ampliação de comunicação de qualquer natureza (art. 2º, III, da LC 87/96).

2. A prestação de serviços conexos ao de comunicação por meio da telefonia móvel (que são preparatórios, acessórios ou intermediários da comunicação) não se confunde com a prestação da atividade fim processo de transmissão (emissão ou recepção) de informações de qualquer natureza, esta sim, passível de incidência pelo ICMS. Desse modo, a despeito de alguns deles serem essenciais à efetiva prestação do serviço de comunicação e admitirem a cobrança de tarifa pela prestadora do serviço (concessionária de serviço público), por assumirem o caráter de atividade meio, não constituem, efetivamente, serviços de comunicação, razão pela qual não é possível a incidência do ICMS.

3. Não merece reparo a decisão que admitiu o ingresso de terceiro no feito, pois o art. 543-C, § 4º, do CPC autoriza que o Ministro Relator, considerando a relevância da matéria tratada em recurso especial representativo da controvérsia, admita a manifestação de pessoas, órgãos ou entidades com interesse na questão jurídica central.

4. Agravo regimental de fls. 871/874 não provido. Recurso especial não provido. Acórdão sujeito ao regime previsto no art. 543-C do CPC, c/c a Resolução 8/2008 - Presidência/STJ.

(REsp n. 1.176.753/RJ, relator Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, relator para acórdão Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, Primeira Seção, julgado em 28/11/2012, DJe de 19/12/2012.)

Feitas essas considerações sobre a base tributável do ICMS em relação ao serviço de comunicação sob a perspectiva da jurisprudência dos tribunais superiores, passo a analisar se, no caso concreto, afigura-se realmente possível segregar os valores pagos pelos clientes do serviço de "TV por assinatura" ofertado pela apelada sob as rubricas "outorga de direito de acesso a conteúdo audiovisual" e "prestação de serviços de acesso condicionado-SeAC", a ponto de fazer com que a exação, como pretende a apelada, incida exclusivamente sobre a última, ou se, ao revés, como quer o apelante, deva incidir indistintamente sobre ambas, por integrarem de forma indissociável a atividade-fim de comunicação prestada pela empresa.

Por cuidar de questão eminentemente técnica, deferiu-se, na origem, a produção de prova pericial, elaborada pelo Engenheiro de Telecomunicação Diego de Brito Piau, que, partindo da legislação de regência - notadamente das normas insertas na Lei nº 12.485/11, que dispõe sobre a comunicação audiovisual de acesso condicionado (SeAC), da Resolução da ANATEL nº 581/2012, que aprovou o regulamento do Serviço de Acesso Condicionado (SeAC), bem como a prestação do Serviço de TV a Cabo (TVC), do Serviço de Distribuição de Sinais Multiponto Multicanal (MMDS), do Serviço de Distribuição de Sinais de Televisão e de Áudio por Assinatura via Satélite (DTH) e do Serviço Especial de Televisão por Assinatura (TVA), e da Resolução da ANATEL nº 488/2007, que aprovou o regulamento de proteção e defesa dos direitos dos assinantes dos serviços de televisão por assinatura -, concluiu que (doc. de ordem nº 122):

(...) o SeAC é um serviço de telecomunicações de interesse coletivo de atendimento ao assinante que, por meio da prestadora, poderá contratar plano de TV por assinatura. De acordo com as Resoluções acima citadas, só é permitido que o assinante contrate os conteúdos audiovisuais diretamente a uma prestadora e tais conteúdos são divididos em: obrigatórios e não obrigatórios. Ambos são adquiridos somente pela prestadora de serviço, por meio de Contratos de Licenciamento de Distribuição com as programadoras, e entregues ao assinante por meio de uso de tecnologias, processos, meios eletrônicos e protocolos de comunicação quaisquer. Baseado nos arts. 48 e 49 da Resolução nº 581/2012, a tecnologia planejada e implantada pela prestadora de serviço deverá suportar qualquer expansão de contratação de pacotes solicitada pelos assinantes. Assim, a quantidade/volume de conteúdos contratados/acessados não irá interferir no investimento de instalação dos meios de transmissão e equipamentos.

É importante ressaltar que, por meio do art. 23 da Resolução nº 488/2007, é vedado à prestadora impedir que o assinante seja servido por outras redes ou serviços de telecomunicações. Entende-se, por meio da legislação em vigor e em termos técnicos, que o cliente poderá contratar conteúdos audiovisuais de uma determinada prestadora e adquirir serviços de instalação e equipamentos e meios de transmissões com prestadora distinta. Estende-se tal conclusão com fundamento no art. 8º da Resolução nº 581/2012, que dispõe que a prestadora do SeAC tem direito ao uso de redes ou de elementos de redes de outras prestadoras de serviços de telecomunicações de interesse coletivo.

No que tange aos quesitos apresentados pelas partes, o expert, no que interessa, respondeu o seguinte:

5. QUESITOS DO AUTOR

5.1. Objetivo pericial: Segregação técnica das atividades

i) É viável tecnicamente a segregação do sublicenciamento do conteúdo audiovisual e a prestação de serviço de comunicação para a transmissão desse conteúdo? Vale dizer: é possível, em termos técnicos, que o assinante contrate o conteúdo audiovisual transportado com empresa distinta daquela que realiza o transporte (emissão e recepção) por meios físicos?

Resposta: De acordo com o art. 23 da Resolução nº 488/2007, que aprova o Regulamento de Proteção e Defesa dos Direitos dos Assinantes dos Serviços de Televisão por Assinatura, "A Prestadora não pode impedir, por contrato ou por qualquer outro meio, que o assinante seja servido por outras redes ou serviços de telecomunicações". Desta forma, com fulcro na referida resolução e em termos técnicos, o assinante poderá contratar o conteúdo audiovisual transportado com empresa distinta daquela que realiza o transporte por meios físicos. Para verificar o cumprimento de tal disposição legal, foram realizadas três ligações por este perito para a Central de Vendas da parte autora (10312) e em todas lhe foi negada a possibilidade de contratação do conteúdo audiovisual transportado com empresa distinta daquela que realiza o transporte (...).

5.2 Objetivo pericial: Importância econômica própria de cada atividade explorada e mensalidade equivalente à contraprestação pela atividade realizada, dimensionada em função das respectivas peculiaridades e custos envolvidos.

i) Quais seriam os componentes/insumos necessários para a prestação de serviços de comunicação (SeAC) e para o sublicenciamento de acesso ao conteúdo, bem como os custos estimados para cada um deles?

Resposta: Os insumos necessários para a prestação de serviços de comunicação (SeAC) são representados, de forma geral, por equipamentos, infraestrutura que compõe os meios de transmissões, licenças de uso de radiofrequência, dentre outros que unam a programadora até ao assinante. De acordo com a área de prestação do serviço da prestadora e acesso à localidade atendida, tem-se ou necessita-se de um tipo de rede instalada diverso, podendo variar entre valores de manutenção, instalação e fornecedores, o que impede de detalhar precisamente o custo de acesso a cada localidade/assinante. Em relação ao sublicenciamento de acesso ao conteúdo, a prestadora possui a permissão de distribuição de conteúdo por meio de contratos de distribuição de programação e os custos envolvidos dependem da programadora, mas, em geral, são distribuídos por assinante, grau de penetração, entre outros, como, por exemplo, os contratos apresentados pela parte autora, no Doc. 03 mencionado na petição inicial. De toda forma, os planos ofertados pela parte autora são cobrados do assinante, vinculados ao sublicenciamento de acesso ao conteúdo, da seguinte forma: R\$ 3,90 (Plano Econômico), R\$ 50,30 (Plano Essencial), R\$ 75,50 (Plano Na Medida), R\$ 98,50 (Plano Na Medida HD), R\$ 86,50 (Plano Completo) e R\$ 108,20 (Plano Completo HD).

ii) A partir dos custos dimensionados no quesito anterior, é possível atestar, em termos percentuais, quais as parcelas devidas pelos assinantes a título de SeAC e as parcelas referentes ao conteúdo acessado?

Resposta:

Plano Econômico - Valor Total: 53,42 (100%) - Valor cobrado por serviço de transporte de conteúdo audiovisual: R\$ 49,52 (92,7%) - Valor cobrado por sublicenciamento de conteúdo audiovisual: R\$ 3,90 (7,3%)

Plano Essencial - Valor Total R\$ 94,85 (100%) - Valor cobrado por serviço de transporte de conteúdo audiovisual: R\$ 44,55 (47%) - Valor cobrado por sublicenciamento de conteúdo audiovisual: R\$ 50,30 (53%)

Plano Na Medida - Valor Total - R\$ 118,84 (100%) - Valor cobrado por serviço de transporte de conteúdo audiovisual: R\$ 43,34 (36,5%) - Valor cobrado por sublicenciamento de conteúdo audiovisual: R\$ 75,50 (63,5%)

Plano Na Medida HD - Valor Total: R\$ 138,48 (100%) - Valor cobrado por serviço de transporte de conteúdo audiovisual: R\$ 39,98 (28,9%) - Valor cobrado por sublicenciamento de conteúdo audiovisual: R\$ 98,50 (71,1%)

Plano Completo - Valor Total: R\$ 142,01 (100%) - Valor cobrado por serviço de transporte de conteúdo audiovisual: R\$ 55,51 (39%) - Valor cobrado por sublicenciamento de conteúdo audiovisual: R\$ 86,50 (61%)

Plano Completo HD - Valor Total: R\$ 165,98 (100%) - Valor cobrado por serviço de transporte de conteúdo audiovisual: R\$ 57,78 (34,8%) - Valor cobrado por sublicenciamento de conteúdo audiovisual: R\$ 108,20 (65,2%)³.

5.3 Objetivo pericial: Dissociação técnica e econômica entre oferecimento da infraestrutura e volume/quantidade do conteúdo audiovisual efetivamente contratado pelo assinante.

i) A infraestrutura de meios e equipamentos mantida e empregada na prestação de serviço de telecomunicação depende do volume e/ou quantidade do conteúdo audiovisual sublicenciado e acessado pelos assinantes?

Resposta: A infraestrutura de meios e equipamentos mantida e empregada na prestação de serviço não depende do volume e/ou quantidade de conteúdo audiovisual sublicenciado e acessado pelos assinantes. A prestadora de serviço de acesso condicionado (SeAC) deve implantar e manter uma rede de telecomunicações capaz de atender solicitações dos assinantes a qualquer momento, necessitando a expansão de determinado serviço, melhor dizendo, a migração de um plano com menor número de canais

para um plano com maiores quantidades a qualquer momento. Desta forma, a prestadora deve possuir uma rede de telecomunicações que comporte qualquer contratação de plano, para qualquer assinante, independente da quantidade de conteúdo audiovisual sublicenciado e acessado.

ii) Esclarecer: (i) se o assinante contrata mais conteúdo programado, aumentando seu plano de canais, a operadora de TV precisa aprimorar a capacidade da rede de transporte e arcar com custos mais elevados para disponibilizar o conjunto de equipamentos e infraestrutura; e (ii) se a quantidade maior de canais contratadas pelos assinantes interfere nos contratos de licença com as programadoras, alterando o preço a ser pago pelo conteúdo acessado e utilizado pelos assinantes.

Resposta: (i) Conforme descrito na resposta do quesito anterior, no planejamento da rede de telecomunicações para o atendimento do Serviço de Acesso Condicionado (SeAC), é previsto pela prestadora que, caso o assinante deseje a contratação de mais conteúdos audiovisuais, a mesma suportará qualquer expansão realizada. Sendo assim, o investimento relacionado aos meios de transmissão para atendimento ao assinante com menos canais é o mesmo para o cliente com mais canais e isto é complementado pelo art. 24 da Resolução nº 488/2007, que diz "Qualquer que seja o plano de serviço contratado, os mecanismos necessários para aquisição de programação ofertada individualmente ou outras facilidades devem estar sempre à disposição do assinante, desde que a Prestadora ofereça esse serviço". (ii) O valor cobrado pela prestadora ao assinante varia com a quantidade de canais contratados, conforme pode ser observado pelos documentos juntados aos autos (Doc. 01 - Planos Algar TV e Doc. 03.2.1 a 03.2.6). Os contratos de licença com as programadoras, em sua maioria, são celebrados por assinante atendido.

QUESITOS DO RÉU

6.1 Objetivo pericial: Estabelecer se é possível se decompor as prestações de "Serviço de Acesso Condicionado - SeAC" (TV por assinatura) nas várias ações-meio que o compõem, sem descaracterizá-lo como espécie autônoma do gênero telecomunicação regulamentada pela ANATEL.

i) Nos termos da legislação em vigor, é admitido que o assinante do Serviço de Acesso Condicionado (SeAC) contrate o conteúdo audiovisual diretamente junto às empresas produtoras deste conteúdo?

Resposta: (...) não é admitido que o assinante do Serviço de Acesso Condicionado (SeAC) contrate o conteúdo audiovisual diretamente junto às empresas produtoras, essa atividade deve ser feita pela prestadora do SeAC.

(...)

iii) Nos termos da legislação em vigor, é admitido que o assinante do Serviço de Acesso Condicionado (SeAC) contrate somente os serviços de transmissão dos sinais sem a contratação de conteúdo de programação audiovisual de distribuição não obrigatória e utilize esse serviço de telecomunicações para receber conteúdo audiovisual adquirido de terceiros?

Resposta: Diante da legislação em vigor e por meio do art. 23 da Resolução nº 488/2007, que aprova o Regulamento de Proteção e Defesa dos Direitos dos Assinantes dos Serviços de Televisão por Assinatura, "A Prestadora não pode impedir, por contrato ou por qualquer outro meio, que o assinante seja servido por outras redes ou serviços de telecomunicações". Diante deste previsão, o assinante poderá contratar somente os serviços de transmissão dos sinais sem a contratação de conteúdo de programação audiovisual de distribuição não obrigatória.

iv) Considerando a informação das Autoras na inicial, que as autorizações para distribuição e exibição de programação diretamente aos seus assinantes lhes vedam a sublicença de distribuição a outras operadoras de TV por assinatura, poderiam os assinantes/tomadores, do serviço, contratar conteúdo com uma determinada empresa de telecomunicação e, por outro lado, contratar o serviço de telecomunicações, que viabilizasse o acesso à aquele conteúdo, com outra empresa diferente, à revelia das produtoras/programadoras e detentoras dos direitos autorais do conteúdo audiovisual contratado?

Resposta: Os contratos feitos pelas programadoras com as prestadoras vedam a sublicença de distribuição a outras operadoras de TV por assinatura, conforme pode ser visto pelos documentos juntados nos autos pela parte autora (Doc. 03). Porém, não se pode confundir a obrigação das envolvidas, pois o assinante, de acordo com o art. 23 da Resolução nº 488/2007 não pode ser impedido de ser servido por outras redes ou serviços de telecomunicações. Desta forma, entende-se que a prestadora "X" adquira com as programadoras o direito de distribuir e exibir a programação diretamente aos assinantes, não transferindo este direito a outra prestadora e a operadora "Y" em questão realizará apenas o serviço de telecomunicações que unirá a programadora ao assinante, por meio de tecnologias, processos, meios eletrônicos e protocolos de comunicação quaisquer.

v) As licenças detidas pelas Autoras para distribuição e exibição de conteúdo audiovisual de propriedade de programadoras/distribuidoras como HBO, ESPN Brasil e Globosat, para as tomadoras dos seus serviços/assinantes, condicionam essa autorização à formalização de algum tipo de "contrato de sublicenciamento de direito de acesso a conteúdo audiovisual"?

Resposta: De acordo com os contratos apresentados pela parte autora (Doc. 03), não existe termos

jurídicos que obrigam o condicionamento das licenças detidas pelas autoras em relação à formalização de contratos de sublicenciamento de direito de acesso a conteúdo audiovisual.

6.2 Objetivo pericial: comprovar que o conteúdo audiovisual distribuído pelas prestadoras de SeAC se constitui por um custo de um processo comunicativo que resulta em uma prestação de serviços de telecomunicação única regulamentada pela ANATEL.

i) A prestação do Serviço de Acesso Condicionado (SeAC), contempla a veiculação de conteúdo audiovisual obrigatório, sem qualquer ônus ou custos adicionais para seus assinantes, em todos os planos de serviços ofertados (art. 52 da Resolução 581 da Anatel). Há algum tipo de custo para as autoras, de qualquer natureza, inclusive administrativos ou operacionais, em decorrência dessa obrigação de distribuição gratuita? Caso sim, esse custo integra o valor da mensalidade cobrado dos assinantes? Caso sim, o que difere esse tipo de custo dos custos com as aquisições pelas autoras das licenças de distribuição de conteúdo audiovisual das programadoras?

Resposta: A prestação do Serviço de Acesso Condicionado (SeAC) contempla a veiculação de conteúdo audiovisual obrigatório e para que isso ocorra é necessário que se tenha meios de transmissões e equipamentos instalados, possibilitando que o conteúdo audiovisual seja enviado até os assinantes. Sendo assim, há um custo em decorrência do atendimento dessa obrigação de distribuição gratuita. Conforme documento apresentado pela parte autora (Doc. 02 - Planilhas), nota-se que, independentemente plano ofertado, há um custo mensal para o assinante. Os custos envolvidos pela prestadora de Serviço de Acesso Condicionado que executa tanto a distribuição quanto a instalação/manutenção dos meios de transmissões são relacionados a investimentos de equipamentos e meios de transmissão, além de contratos de licenças de distribuição de conteúdo audiovisual. Portanto, a infraestrutura instalada para o atendimento ao assinante de conteúdo audiovisual obrigatório é o mesmo para entrega de conteúdo audiovisual não obrigatório, o que difere é a contratação de conteúdos não obrigatórios por meio de licenças de distribuição de conteúdo audiovisual para cada perfil de assinante.

(...)

As conclusões da prova pericial aliadas às respostas aos quesitos elaborados pelas partes e ao marco regulatório do serviço de comunicação audiovisual de acesso condicionado (SeAC), vulgarmente conhecido como "TV por assinatura", na contramão das razões recursais, dão conta de que, tecnicamente, existe sim a possibilidade de segregação das atividades de (a) sublicenciamento do conteúdo audiovisual e (b) comunicação (SeAC), compreendida como a etapa de transmissão desse conteúdo.

Segundo o perito, a autonomia técnica das atividades estaria explicitada nas normas insertas no art. 23 da Resolução da ANATEL nº 488/20074 e no art. 8º da Resolução da ANATEL nº 581/20125, pelas quais, respectivamente, permite-se ao assinante contratar conteúdos audiovisuais com empresa distinta daquela que lhe disponibiliza a infraestrutura para sua transmissão (transporte), bem como se franqueia à prestadora do SeAC o uso de redes ou de elementos de redes de outras prestadoras de serviços de telecomunicações de interesse coletivo.

Ademais, de acordo com o expert, a infraestrutura de meios e equipamentos necessários para a prestação do serviço de comunicação audiovisual de acesso condicionado (SeAC) não varia em função do volume e/ou quantidade do conteúdo audiovisual sublicenciado e acessado pelos assinantes, o que denota a autonomia do conteúdo econômico de cada atividade.

Tanto é assim que, nos termos do art. 24 da Resolução da ANATEL nº 488/076 e do art. 33, VI, da Lei nº 12.485/20117, c/c art. 52 da Resolução nº 581/2012 da ANATEL8, além de a infraestrutura instalada haver de ser suficiente para, a qualquer momento, atender à solicitação de expansão da assinatura - mudança para plano com maiores quantidades de conteúdo audiovisual -, constitui direito do assinante do SeAC, independentemente de qualquer custo adicional, contratar exclusivamente os canais de distribuição obrigatória, hipótese em que, por decorrência lógica, estaria pagando exclusivamente pelo serviço de transmissão (comunicação), o que, a toda evidência, deixa entrever a possibilidade de destacar sua expressão econômica.

Registre-se não ter passado despercebido deste relator a conduta da parte autora, que, por meio de sua Central de Vendas, olvidando-se do art. 23 da Resolução da ANATEL nº 488/2007, negou a possibilidade de contratar conteúdos audiovisuais de determinada prestadora e adquirir serviços de instalação e equipamentos e meios de transmissões com prestadora distinta.

Todavia, a negativa da empresa, longe de ser suficiente para descaracterizar a autonomia entre as atividades, consubstancia, em verdade, violação à legislação que rege a atividade econômica explorada e ao próprio CDC, que, em seu art. 39, I, veda a prática de "venda casada", a ensejar a atuação dos órgãos de defesa do consumidor e da própria agência reguladora.

Significa dizer que a conduta abusiva da prestadora jamais poderia servir de mote para desvirtuar o conceito do serviço de telecomunicação e ampliar os contornos da cobrança do imposto, sob pena de afronta ao disposto no art. 110 do CTN9.

Diante do panorama descortinado pela prova pericial, dada sua autonomia em relação ao serviço de

comunicação audiovisual de acesso condicionado (SeAC), não se mostra cabível a incidência de ICMS sobre os valores pagos pelos assinantes da parte autora, ora apelada, a título de sublicenciamento de conteúdo audiovisual, sob pena de admitir-se que a base de cálculo da exação varie em decorrência do plano de assinatura escolhido e não da infraestrutura instalada para a transmissão do conteúdo audiovisual.

Dito de outro modo, considerando que a infraestrutura instalada para a transmissão do conteúdo audiovisual obrigatório é idêntica para entrega de conteúdo audiovisual não obrigatório, estar-se-ia a permitir que o ICMS incidisse, inclusive, sobre o plano de assinatura escolhido, atividade que, como visto, revela-se técnica e economicamente autônoma, e, por conseguinte, suplementar à atividade de comunicação propriamente dita (stricto sensu).

Sobre a impossibilidade de se exigir o ICMS sobre os valores cobrados por serviços que, apesar de igualmente desenvolvidos no contexto da atividade de "TV por assinatura", não correspondem propriamente ao serviço de comunicação, confirmam-se os seguintes julgados do Superior Tribunal de Justiça:

TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL. VIOLAÇÃO A DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS. COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ICMS. TV A CABO. SERVIÇOS ACESSÓRIOS OU PREPARATÓRIOS AO DE COMUNICAÇÃO. NÃO INCLUSÃO NO CONCEITO DE SERVIÇO DE TELECOMUNICAÇÕES PREVISTO NA LEI 8.977/95. REVISÃO DA VERBA HONORÁRIA. SÚMULA 07/STJ.

1. Não se pode conhecer da alegada violação a dispositivos constitucionais e do ADCT, pois tal atividade é da competência do Supremo Tribunal Federal.

2. Esta Corte Superior firmou jurisprudência no sentido de que é inexigível o ICMS sobre os atos preparatórios ou de natureza acessória do serviço de telecomunicação.

3. "Aplicação analógica da jurisprudência relativa ao serviço de habilitação do telefone móvel celular à hipótese dos autos, que também envolve a prestação de serviços acessórios ou preparatórios ao de comunicação via TV a Cabo" (REsp 710.774/MG, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, DJ 06/03/2006).

4. Exceto em casos de fixação de valor irrisório ou exorbitante, esta Corte assentou o entendimento de que rever o percentual da verba honorária implica o reexame de prova, incabível em sede de apelo raro, nos termos da Súmula nº 7/STJ.

5. Agravo regimental não provido.

(AgRg no Ag n. 1.108.510/RJ, relator Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 18/6/2009, DJe de 1/7/2009.)

TRIBUTÁRIO. TV A CABO. TAXA DE ADESÃO. ICMS. NÃO-INCIDÊNCIA.

1. Segundo iterativa jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça, os serviços preparatórios para a prestação de serviços de comunicação - adesão a TV a cabo que inclua instalação de equipamentos, dentre eles - não se sujeitam ao ICMS.

2. Precedentes desta Corte: AgREsp 1.064.596/SP, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe 09.03.09; REsp 677.108/PR, DJe 01º.12.08; REsp 710.774/MG, Rel. Min. Eliana Calmon, DJU 06.03.06; REsp 418.594/PR, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJU 21.03.05.

3. Agravo regimental não provido.

(AgRg no REsp n. 867.820/MG, relator Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 23/6/2009, DJe de 4/8/2009.)

TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO ANULATÓRIA. PRODUÇÃO DE PROGRAMAS TELEVISIVOS. ICMS. NÃO-INCIDÊNCIA.

1. Esta Corte possui entendimento assente no sentido de que a produção de programas televisivos, que serão posteriormente veiculados por emissoras ou operadoras de TV a cabo, não é serviço de comunicação tributável pelo ICMS. Precedentes.

2. Agravo regimental não provido.

(AgRg no REsp n. 788.583/MG, relator Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 26/5/2009, DJe de 12/6/2009.)

TRIBUTÁRIO. ICMS. CONVÊNIO 69/98. ASSINATURA MENSAL. ATIVIDADE-MEIO. SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO. CONCEITO. INCIDÊNCIA APENAS SOBRE A ATIVIDADE-FIM. COMUNICAÇÃO EM SENTIDO ESTRITO. PRECEDENTES.

I - "Este Superior Tribunal de Justiça teve a oportunidade de analisar o conteúdo desse convênio, concluindo, em síntese, que: (a) a interpretação conjunta dos arts. 2º, III, e 12, VI, da Lei Complementar 87/96 (Lei Kandir) leva ao entendimento de que o ICMS somente pode incidir sobre os serviços de comunicação propriamente ditos, no momento em que são prestados, ou seja, apenas pode incidir sobre a atividade-fim, que é o serviço de comunicação, e não sobre a atividade-meio ou intermediária, que é, por exemplo, a habilitação, a instalação, a disponibilidade, a assinatura, o cadastro de usuário e de equipamento, entre outros serviços. Isso porque, nesse caso, o serviço é considerado preparatório para a

consumação do ato de comunicação; (b) o serviço de comunicação propriamente dito, consoante previsto no art. 60 da Lei 9.472/97 (Lei Geral de Telecomunicações), para fins de incidência de ICMS, é aquele que transmite mensagens, ideias, de modo oneroso; (c) o Direito Tributário consagra o princípio da tipicidade fechada, de maneira que, sem lei expressa, não se pode ampliar os elementos que formam o fato gerador, sob pena de violar o disposto no art. 108, § 1º, do CTN. Assim, não pode o Convênio 69/98 aumentar o campo de incidência do ICMS, porquanto isso somente poderia ser realizado por meio de lei complementar." (REsp nº 601.056/BA, Rel. Min. DENISE ARRUDA, DJ de 03/04/2006). No mesmo sentido: REsp nº 418.594/PR, Rel. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, DJ de 21/03/2005 e REsp nº 402.047/MG, Rel. Min. HUMBERTO GOMES DE BARROS, DJ de 09/12/2003.

II - Ante a evidência de que não se trata de serviço de comunicação em sentido estrito, inviável a inclusão no seu conceito do serviço de "assinatura mensal", para fins de incidência do ICMS.

III - Recurso Especial provido.

(REsp n. 754.393/DF, relator Ministro Francisco Falcão, relator para acórdão Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, julgado em 2/12/2008, DJe de 16/2/2009.)

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. ICMS. SERVIÇOS DE COMUNICAÇÃO. PRODUTORA DE PROGRAMAS PARA TV A CABO.

1. A produção de programas televisivos não constitui prestação de serviço de comunicação, pois tal atividade, considerada isoladamente, não contempla a "distribuição de sinais de vídeo e/ou áudio, a assinantes, mediante transporte por meios físicos" (art. 2º da Lei 8.977/95). Assim, o ICMS, na hipótese de prestações onerosas de serviços de comunicação, incide tão-somente sobre a prestação de serviço inerente à distribuição de sinais, por meio do qual se consolida a relação entre o emissor e o receptor da informação.

2. "As produtoras de programas para TV a cabo ou comerciais que efetivamente não distribuem tais programas por nenhum meio físico ao público em geral, mas apenas contratam com a operadora/distribuidora de sinais de TV, não estão sujeitas ao recolhimento de ICMS, uma vez que os serviços que prestam não estão previstos na Lei Complementar n. 87/96" (REsp 726.103/MG, 2ª Turma, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJ de 8.8.2007; REsp 763.431/MG, 1ª Turma, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 4.10.2007).

3. Para se concluir no sentido de que a recorrida presta serviços de comunicação, é indispensável o reexame de provas, o que atrai o óbice da Súmula 7/STJ, pois o acórdão atacado afirmou a ausência de prestação de serviços de comunicação pela recorrida.

4. Recurso especial conhecido em parte e, nessa parte, desprovido.

(REsp n. 761.989/MG, relatora Ministra Denise Arruda, Primeira Turma, julgado em 17/4/2008, DJe de 12/5/2008.)

TRIBUTÁRIO. ICMS. TELEVISÃO A CABO. LEI COMPLEMENTAR 87/96, ART. 2º, II. LEI 8.977/95, ARTS. 2º E 5º. INCIDÊNCIA. TAXA DE ADESÃO. NÃO-INCIDÊNCIA.

1. O art. 2º, III, da Lei Complementar 87/96 dispõe que o ICMS 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".

2. O serviço de TV a cabo consiste, por expressa disposição normativa (Lei 8.977/95, artigos 2º e 5º), em serviço de comunicação (da espécie de "telecomunicação"), prestado por operadora, que, utilizando um conjunto de equipamentos, instalações e redes, de sua propriedade ou não, viabiliza a recepção, o processamento, a geração e a distribuição aos assinantes de programação e de sinais próprios ou de terceiros. A prestação onerosa desse serviço caracteriza hipótese de incidência do ICMS.

3. Apreciando a questão relativa à legitimidade da cobrança do ICMS sobre o procedimento de habilitação de telefonia móvel celular, ambas as Turmas integrantes da 1ª Seção firmaram entendimento no sentido da inexigibilidade do tributo, à consideração de que a atividade de habilitação não se incluía na descrição de serviço de telecomunicação constante do art. 2º, III, da Lei Complementar 87/96, por corresponder a "procedimento tipicamente protocolar, (...) cuja finalidade prende-se ao aspecto preparatório e estrutural da prestação do serviço", serviços "meramente acessórios ou preparatórios à comunicação propriamente dita", "meios de viabilidade ou de acesso aos serviços de comunicação" (RESP 402.047/MG, 1ª Turma, Min. Humberto Gomes de Barros, DJ de 09.12.2003 e do EDcl no AgRg no RESP 330.130/DF, 2ª Turma, Min. Castro Meira, DJ de 16.11.2004).

4. Adotando-se a linha de orientação traçada nesses julgados, e diante do caráter igualmente acessório ou preparatório à prestação do serviço de telecomunicação propriamente dito de que se revestem as atividades remuneradas pela taxa de adesão da televisão a cabo, deve ser reconhecida a inexigibilidade do ICMS sobre esses valores.

5. Recursos especiais a que se nega provimento.

(REsp n. 418.594/PR, relator Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, julgado em 17/2/2005, DJ de

21/3/2005, p. 218.)

Destarte, o desprovemento do recurso e a manutenção da sentença, que, ao julgar procedente o pedido inicial, declarou a inexistência de relação jurídico-tributária que obrigue a autora a recolher o ICMS sobre os valores pagos por seus assinantes a título de outorga de acesso a conteúdo audiovisual (atividade suplementar), devendo incidir a exação somente sobre o serviço de comunicação propriamente dito (SeAC), são medidas que se impõem.

2 - CONCLUSÃO

Ante o exposto, nego provimento ao recurso e confirmo a sentença no reexame necessário.

Custas ex lege (art. 10, I, da Lei Estadual nº 14.939/03).

Em atenção ao disposto no art. 85, § 11, do CPC, majoro os honorários advocatícios em 02% (dois por cento).

DES. VERSIANI PENNA - De acordo com o(a) Relator(a).

DES. CARLOS HENRIQUE PERPÉTUO BRAGA - De acordo com o(a) Relator(a).

SÚMULA: "NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO E CONFIRMARAM A SENTENÇA NO REEXAME NECESSÁRIO"

1 TJMG - Ap Cível/Rem Necessária 1.0024.14.151148-5/001, Relator(a): Des.(a) BITENCOURT MARCONDES, 1ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 18/04/2017, publicação da súmula em 27/04/2017

2 MIRANDA, José Benedito. Prestação de Serviços de Comunicação - Base de cálculo do ICMS. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XIV, n. 94, nov 2011. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=106483

4 Art. 23. A Prestadora não pode impedir, por contrato ou por qualquer outro meio, que o Assinante seja servido por outras redes ou serviços de telecomunicações.

5 Art. 8º A Prestadora do SeAC tem direito ao uso de redes ou de elementos de redes de outras prestadoras de serviços de telecomunicações de interesse coletivo, de forma onerosa e não discriminatória, nos casos e condições fixadas na regulamentação pertinente.

6 Art. 24. Qualquer que seja o plano de serviço contratado, os mecanismos necessários para aquisição de programação ofertada individualmente ou outras facilidades, devem estar sempre à disposição do assinante, desde que a Prestadora ofereça esse serviço.

7 Art. 33. São direitos do assinante do serviço de acesso condicionado, sem prejuízo do disposto na Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor), e nas demais normas aplicáveis às relações de consumo e aos serviços de telecomunicações:

(...)

VI - ter a opção de contratar exclusivamente, de forma onerosa, os canais de distribuição obrigatória de que trata o art. 32;

8 Art. 52. A Prestadora, em sua Área de Prestação do Serviço, independentemente da tecnologia de distribuição empregada, deverá tornar disponíveis, sem quaisquer ônus ou custos adicionais para seus assinantes, em todos os planos de serviço ofertados, Canais de Programação de Distribuição Obrigatória para as seguintes destinações:

I - canais destinados à distribuição integral e simultânea, sem inserção de qualquer informação, do sinal aberto e não codificado, transmitido em tecnologia analógica pelas geradoras locais de radiodifusão de sons e imagens, em qualquer faixa de radiofrequência, nos limites territoriais da área de cobertura da concessão;

II - um canal reservado para a Câmara dos Deputados, para a documentação dos seus trabalhos, especialmente a transmissão ao vivo das sessões;

III - um canal reservado para o Senado Federal, para a documentação dos seus trabalhos, especialmente a transmissão ao vivo das sessões;

IV - um canal reservado ao Supremo Tribunal Federal, para a divulgação dos atos do Poder Judiciário e dos serviços essenciais à Justiça;

V - um canal reservado para a prestação de serviços de radiodifusão pública pelo Poder Executivo, a ser utilizado como instrumento de universalização dos direitos à informação, à comunicação, à educação e à cultura, bem como dos outros direitos humanos e sociais;

VI - um canal reservado para a emissora oficial do Poder Executivo;

VII - um canal educativo e cultural, organizado pelo Governo Federal e destinado para o desenvolvimento e aprimoramento, entre outros, do ensino a distância de alunos e capacitação de professores, assim como para a transmissão de produções culturais e programas regionais;



Tribunal de Justiça de Minas Gerais

VIII - um canal comunitário para utilização livre e compartilhada por entidades não governamentais e sem fins lucrativos;

IX - um canal de cidadania, organizado pelo Governo Federal e destinado para a transmissão de programações das comunidades locais, para divulgação de atos, trabalhos, projetos, sessões e eventos dos poderes públicos federal, estadual e municipal;

X - um canal legislativo municipal/estadual, reservado para o uso compartilhado entre as Câmaras de Vereadores localizadas nos Municípios da Área de Prestação do Serviço e a Assembleia Legislativa do respectivo Estado ou para uso da Câmara Legislativa do Distrito Federal, destinado para a divulgação dos trabalhos parlamentares, especialmente a transmissão ao vivo das sessões;

XI - um canal universitário, reservado para o uso compartilhado entre as instituições de ensino superior localizadas no Município ou Municípios da Área de Prestação do Serviço, devendo a reserva atender a seguinte ordem de precedência:

a) universidades;

b) centros universitários;

c) demais instituições de ensino superior.

9 Art. 110. A lei tributária não pode alterar a definição, o conteúdo e o alcance de institutos, conceitos e formas de direito privado, utilizados, expressa ou implicitamente, pela Constituição Federal, pelas Constituições dos Estados, ou pelas Leis Orgânicas do Distrito Federal ou dos Municípios, para definir ou limitar competências tributárias.
