

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 19.659/12/2ª Rito: Ordinário
PTA/AI: 01.000171689-27
Impugnação: 40.010130828-84
Impugnante: Telefônica Data S/A
IE: 062193095.00-20
Proc. S. Passivo: Sacha Calmon Navarro Coêlho/Outro(s)
Origem: DF/BH-1 - Belo Horizonte

EMENTA

PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO - PRESTAÇÃO DESACOBERTADA - FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS - PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE TRANSMISSÃO DE DADOS - LOCAL DA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO. Constatação de falta de recolhimento de ICMS incidente sobre a prestação de serviços de transmissão de dados em território mineiro sem a emissão de documento fiscal. Fato comprovado por meio da análise de livros/documentos e levantamento do uso de meios das redes de telecomunicações de terceiros conforme cruzamento de dados constantes dos arquivos eletrônicos previstos nos Convênios ICMS n.ºs 57/95 e 115/03. Exigência de ICMS nos termos do § 6º do art. 11 da Lei Complementar n.º 87/96, Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II da Lei n.º 6.763/75 e Multa Isolada capitulada no inciso XVI do art. 55 da mencionada lei, adequada ao disposto no § 2º do mesmo dispositivo. Entretanto deve ser concedido crédito relativo às aquisições de uso dos meios de redes na proporção da base de cálculo adotada para exigência do imposto, na inteligência do que dispõe o inciso II do art. 44-C do Anexo IX do RICMS/02 e ajustar a adequação da multa isolada adotando como parâmetro o imposto devido na apuração das prestações desacobertadas.

OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA - FALTA DE REGISTRO/ESCRITURAÇÃO DE DOCUMENTO FISCAL NOS LIVROS PRÓPRIOS - LIVRO REGISTRO DE ENTRADA. Constatada a falta de registro no livro Registro de Entradas de notas fiscais de aquisição de meios de rede de telecomunicações. Infração caracterizada nos termos do art. 16, inciso VI da Lei n.º 6.763/75. Exigência da Multa Isolada prevista no art. 55, inciso I da Lei n.º 6.763/75.

Lançamento parcialmente procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre a falta de recolhimento de ICMS, no período de janeiro a dezembro de 2006, em decorrência da prestação de serviços de comunicação (TRANSMISSÃO DE DADOS), em território mineiro, sem a emissão e escrituração regular dos documentos fiscais.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Constatou-se, ainda, a falta de escrituração de documentos fiscais no livro Registro de Entradas.

Exige-se o ICMS (partilhado nos termos do art. 11, § 6º da Lei Complementar nº 87/96), a Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II e as Multas Isoladas capituladas no art. 55, incisos I e XVI, sendo esta adequada ao disposto no § 2º do mesmo dispositivo, ambos da Lei nº 6.763/75.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 556/578, contra a qual o Fisco se manifesta às fls. 683/712.

A Assessoria do CC/MG, em parecer de fls. 717/742, opina pela procedência parcial do lançamento.

DECISÃO

Os fundamentos expostos no parecer da Assessoria do CC/MG, ressalvado o questionamento de cunho decadencial, foram os mesmos utilizados pela Câmara para sustentar sua decisão e, por esta razão, passam a compor o presente Acórdão, salvo pequenas alterações.

Da Preliminar

Argui a Impugnante a nulidade do lançamento, ao argumento de que o Fisco presumiu a ocorrência de prestação de serviços de comunicação.

Ressalta que não houve a descrição clara e precisa dos fatos que motivaram o lançamento, uma vez que a simples cessão onerosa de meios de redes não autoriza afirmar que ocorreram prestações de serviço a estabelecimentos mineiros.

Sem razão a Defesa uma vez que o Fisco adotou, na elaboração do trabalho, técnicas idôneas de auditoria e apuração denominadas de “conclusão fiscal” e “verificação fiscal analítica – VFA”, com recomposição da conta gráfica do ICMS, nos exatos termos da legislação de regência, *ex vi* do art. 194, inciso V da Parte Geral do RICMS/02:

Art. 194 - Para apuração das operações ou das prestações realizadas pelo sujeito passivo, o Fisco poderá utilizar quaisquer procedimentos tecnicamente idôneos, tais como:

I - análise da escrita comercial e fiscal e de documentos fiscais e subsidiários;

II - levantamento quantitativo de mercadorias;

III - levantamento quantitativo-financeiro;

IV - levantamento quantitativo de mercadorias e valores (quantivalor);

V - verificação fiscal analítica e conclusão fiscal;

(...)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

A margem de lucro bruto (21,40%), devidamente demonstrada e adotada no presente levantamento, encontra guarida nas demonstrações financeiras publicadas pela Impugnante, Anexo nº 09 (fls. 458/459), levando em consideração o custo total das aquisições dos meios de redes de telecomunicações no período do levantamento.

O procedimento fiscal de cruzamento eletrônico de dados, também adotado no presente trabalho de auditoria, está em perfeita harmonia com o RPTA, aprovado pelo Decreto nº 44.747/08, que assim dispõe:

Art. 66 - A realização dos procedimentos fiscais auxiliares abaixo mencionados não caracterizam o início da ação fiscal:

(...)

III - cruzamento eletrônico de dados, assim considerado o confronto entre as informações existentes na base de dados da Secretaria de Estado de Fazenda, ou entre elas e outras fornecidas pelo sujeito passivo ou terceiros.

Falando sobre o tema, o Professor José Eduardo Soares de Melo (Curso de Direito Tributário, São Paulo: Dialética, 1997, p. 165), assim se manifesta:

“Uma coisa é o Fisco constatar a existência de toda uma documentação perfeita, regular, criteriosa, em plena consonância com os ditames legais; outra situação é encontrar documentos imperfeitos (rasuras, controles paralelos, adulterações, falta de emissão de notas fiscais e escrituração de livros etc.), o que leva a proceder a levantamentos das atividades e negócios do contribuinte, que podem concluir (ou presumir) pela falta de lançamento de tributos.”

Assim, não se pode falar em presunção dos valores apurados, haja vista que tais valores estão regularmente demonstrados nos autos e o critério jurídico adotado encontra-se em perfeita consonância com a técnica e as regras dispostas nas normas legais que regem a matéria, não havendo que se falar em nulidade da autuação.

Do Mérito

Primeiramente, pleiteia a Impugnante que seja considerado decaído o direito de lançar relativamente aos fatos geradores do período de janeiro a novembro de 2006, pois considera, para esses, aplicável o disposto no § 4º do art. 150 do Código Tributário Nacional - CTN.

É cediço que ao ICMS se aplica o chamado lançamento por homologação, na leitura do art. 150 do CTN, *in verbis*:

Art. 150. O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Por outro lado, o CTN outorgou à autoridade administrativa fazendária o direito/dever de, em determinadas hipóteses, elencadas nos incisos do art. 149, efetuar o lançamento de ofício:

Art. 149. O lançamento é efetuado e revisto de ofício pela autoridade administrativa nos seguintes casos:

(...)

V - quando se comprove omissão ou inexatidão, por parte da pessoa legalmente obrigada, no exercício da atividade a que se refere o artigo seguinte;

Desta forma, no caso em comento, a suposta violação ao § 4º do art. 150 do CTN não ocorreu, pois se trata de exigência relacionada à falta de recolhimento do ICMS, em razão de prestações de serviço desacobertadas de documentação fiscal e, vias de consequência, configurando a situação prevista no retro transcrito inciso V do art. 149.

Comprovada a omissão por parte da pessoa legalmente obrigada a apurar e antecipar o pagamento de tributo sujeito ao lançamento por homologação, o lançamento substitutivo se opera, passando-se ao lançamento de ofício de prerrogativa da autoridade administrativa.

Nesta via, o prazo decadencial para que o Fisco efetue o lançamento de ofício é regido pelo inciso I do art. 173 do CTN, que, regra geral, estabelece o decurso de cinco anos contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, *in verbis*:

Art. 173. O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados:

I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado;

II - da data em que se tornar definitiva a decisão que houver anulado, por vício formal, o lançamento anteriormente efetuado.

Parágrafo único. O direito a que se refere este artigo extingue-se definitivamente com o decurso do prazo nele previsto, contado da data em que tenha sido iniciada a constituição do crédito tributário pela notificação, ao sujeito passivo, de qualquer medida preparatória indispensável ao lançamento.

Esse entendimento é respaldado por decisões recentes do Egrégio Superior Tribunal de Justiça (STJ), como a proferida no AgRg no REsp 1285895 / PR, tendo como relator o Ministro Humberto Martins:

“EMENTA

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. ISS. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE PAGAMENTO ANTECIPADO. DECADÊNCIA. TERMO INICIAL. ART. 173, I, DO CTN.

COMPETÊNCIA. MUNICÍPIO LOCAL DA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO. TEMAS SUBMETIDOS AO REGIME DO ART. 543-C DO CPC. SÚMULA 83/STJ. CÓDIGO TRIBUTÁRIO MUNICIPAL. APLICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE DE INTERPRETAÇÃO DE DIREITO LOCAL. SÚMULA 280/STF. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. NÃO INDICAÇÃO DO DISPOSITIVO LEGAL AO QUAL FOI DADA INTERPRETAÇÃO DIVERGENTE. FUNDAMENTAÇÃO DEFICIENTE. SÚMULA 284/STF. LISTA DE SERVIÇOS. TAXATIVIDADE. ENQUADRAMENTO. SÚMULA 7/STJ. RECURSO REPETITIVO. MULTA PREVISTA NO ART. 557, § 2º, DO CPC. APLICAÇÃO.

1. A PRIMEIRA SEÇÃO DESTA CORTE, POR OCASIÃO DO JULGAMENTO DO RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA 973.733/SC, REAFIRMOU QUE O PRAZO DECADENCIAL QUINQUENAL PARA O FISCO CONSTITUIR O CRÉDITO TRIBUTÁRIO (LANÇAMENTO DE OFÍCIO) REGE-SE PELO DISPOSTO NO ART. 173, I, DO CTN E CONTA-SE DO PRIMEIRO DIA DO EXERCÍCIO SEGUINTE ÀQUELE EM QUE O LANÇAMENTO PODERIA TER SIDO EFETUADO, NOS CASOS EM QUE A LEI NÃO PREVÊ O PAGAMENTO ANTECIPADO DA EXAÇÃO OU QUANDO, A DESPEITO DA PREVISÃO LEGAL, ESTE NÃO OCORRE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 83/STJ.

(...)"

Dessa forma, na hipótese dos autos, é incabível se falar de lançamento por homologação, mas sim, de lançamento substitutivo direto, de ofício, nos termos do art. 149, inciso V do Código Tributário Nacional.

A Autuada foi regularmente intimada da lavratura do Auto de Infração em 08/11/11, isto é, dentro do prazo de cinco anos a que alude o art. 173, I, do CTN, não ocorrendo a decadência do direito à constituição do crédito tributário do período de 01/01/06 a 08/11/06.

Quanto ao mérito propriamente dito, a autuação versa sobre a falta de recolhimento de ICMS, no período de 01/01/06 a 31/12/06, em decorrência da prestação de serviços de telecomunicações (TRANSMISSÃO DE DADOS), em território mineiro, sem a emissão e escrituração regular dos documentos fiscais, apurado mediante análise de livros e documentos fiscais e levantamento do uso de meios das redes de telecomunicações contratadas de terceiros, mediante cruzamento eletrônico de dados constantes dos arquivos previstos nos Convênios ICMS n°s 57/95 e 115/03 apresentados por TELEMAR/MG, EMBRATEL/MG, TELEMIG CELULAR/MG, TELESP/MG, CTBC TELECOM/MG e EMPRESA DE INFOVIAS S/A.

Os documentos utilizados pelo Fisco para promover o lançamento encontram-se relacionados na planilha de fls. 19/47, com o cálculo das saídas tributáveis de serviços de telecomunicações demonstrado às fls. 49 e, em partidas mensais, às fls. 51/52.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Importante frisar, desde já, que o ICMS exigido pelo Fisco corresponde a 50% (cinquenta por cento) do valor apurado, na esteira do disposto no § 6º do art. 11 da Lei Complementar nº 87/96 e decisão proferida no Acórdão nº 3.606/10/CE.

Para apuração do quantum devido, o Fisco considerou o percentual de lucro bruto aferido no Balanço Patrimonial de 2006, na elaboração da Conclusão Fiscal de fls. 49, deduzindo as ínfimas parcelas lançadas nos livros fiscais.

A Impugnante alega violação ao art. 11, inciso III, alínea “d” c/c o § 6º da Lei Complementar nº 87/96, ao entendimento de que a lei complementar define a tributação em favor dos Estados onde estiverem o prestador e o tomador do serviço.

Ressalta que o prestador e o tomador estão sediados no Estado de São Paulo, sendo que apenas o usuário do serviço está localizado em Minas Gerais.

Neste sentido, cumpre destacar que as atividades sociais da Telefônica Data S/A, compreende, dentre outras, a exploração do SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO MULTIMÍDIA-SCM, conforme Ato de Autorização nº 26.117, de 4 de junho de 2002, expedido pela Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL (fls. 463), cuja definição encontra-se no art. 3º da Resolução nº 272, de 9 de Agosto de 2001 deste órgão regulador:

Art. 3º O Serviço de Comunicação Multimídia é um serviço fixo de telecomunicações de interesse coletivo, prestado em âmbito nacional e internacional, no regime privado, que possibilita a oferta de capacidade de transmissão, emissão e recepção de informações multimídia, utilizando quaisquer meios, a assinantes dentro de uma área de prestação de serviço.

A autorização concedida prevê a atuação do prestador de serviço de telecomunicação, por prazo indeterminado, em âmbito nacional e internacional, sem caráter de exclusividade, na área geográfica correspondente aos setores 31, 32 e 34 da Região III do Plano Geral de Outorgas.

O fato do Data Center (RI) estar localizado no território do Estado de São Paulo, não significa dizer, obrigatoriamente, que somente naquela região ou área geográfica a Impugnante prestou ou presta serviços de comunicação relativos à transmissão de dados. Muito pelo contrário, a autorização concedida permeia, de forma bastante nítida, a hipótese de execução dos serviços em âmbito nacional e internacional.

Para tanto, a Impugnante socorre-se dos meios de rede de telecomunicações de propriedade das demais operadoras atuantes no mercado, como ela própria admite às fls. 558/559 dos autos, ao se expressar da seguinte forma:

“Dessa forma, é impossível que a Impugnante disponha de infra-estrutura própria para conectar seus clientes em todo o Brasil e no mundo, senão somente no âmbito de sua área geográfica (no caso, São Paulo). Surgem situações, portanto, em que a empresa depende da utilização da rede de outra empresa de telecomunicações para ultimar a sua própria prestação de serviços.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Em razão disso, comumente a Impugnante é demandada a contratar serviços de comunicação de outra empresa para ultimar o serviço que ela mesma (a Impugnante) presta para seus clientes. Ou seja, a Impugnante presta serviço de comunicação que, para ser ultimado, necessita da prestação de serviços da mesma natureza por outra empresa de telecomunicações.

Nestas hipóteses ocorre o que se denomina “cessão onerosa dos meios de rede de telecomunicação” de uma prestadora para outra, de modo que esta última possa ultimar o serviço solicitado por seu usuário.

Assim, nos casos em que a prestação do serviço exige a utilização de redes de outros Estados que não São Paulo, a Impugnante socorre-se de serviços prestados onerosamente por terceiras empresas (tais como Telemar, Embratel, Tim, GVT, etc) localizadas onde há demanda para que o serviço - prestado pela Impugnante para o usuário do Estado de São Paulo – seja ultimado.”

Conclui-se, assim, que a Impugnante promove a chamada interconexão de redes, sendo este o objeto ou ponto central do levantamento fiscal em apreço.

O SCM, serviço de comunicação de dados ou comumente conhecido também como “banda larga”, é uma modalidade de serviço de telecomunicações de interesse coletivo “não medido”, essencialmente destinado à intercomunicação de natureza bidirecional, proporcionando, aos seus usuários, tanto o recebimento como a remessa ou envio de informações e dados diversos.

Diante das notas fiscais colacionadas, bem como analisando a natureza dos serviços técnicos contratados e destinados à execução de serviços da mesma natureza, dúvidas não existem quanto ao conteúdo material da hipótese de incidência, conforme se constata pelos seguintes conceitos expostos no Glossário Brasileiro de Direito das Telecomunicações (Márcio Iorio Aranha (Organizador) - Brasília : Grupo de Estudos em Direito das Telecomunicações da Universidade de Brasília, 2006):

“EILD (EXPLORAÇÃO INDUSTRIAL DE LINHA DEDICADA): modalidade de exploração industrial de serviço de telecomunicações em que uma concessionária de serviço telefônico público ou empresa exploradora de troncos interestaduais e internacionais fornece a qualquer exploradora de serviço de telecomunicações, mediante remuneração preestabelecida, linha dedicada com características técnicas definidas, para prestação, por esta última, de serviços a terceiros;

PORTA FRAME RELAY: protocolo de acesso baseado no nível dois do modelo OSI, que usa conexões virtuais para transportar dados, usando encapsulamento HDLC, através de uma WAN;

SLDD (SERVIÇO POR LINHA DEDICADA PARA SINAIS DIGITAIS): consiste no recebimento, transmissão e entrega pela prestadora, ao assinante, de sinais digitais entre endereços preestabelecidos pelo assinante;

SLDA (SERVIÇO POR LINHA DEDICADA PARA SINAIS ANALÓGICOS): consiste no recebimento, transmissão e entrega pela prestadora, ao assinante, de sinais analógicos entre endereços preestabelecidos pelo assinante;

SDH (HIERARQUIA DIGITAL SÍNCRONA): abreviatura mantida na linguagem técnica para se referir a sistemas da hierarquia digital síncrona. É um padrão de transporte de informações em redes digitais;

TC (TERMINAÇÃO DE CENTRAL): equipamento que provê as funções necessárias para a execução dos protocolos de acesso de usuário na central de comutação.”

TC DATA STD: comunicação de dados direcional que interliga pontos fixos, por meio de linha analógica dedicada;

TC DATA TURBO: interligação de pontos dentro de um mesmo estado, por circuitos digitais dedicados, ponto a ponto ou ponto multiponto;

TC DATA INTER: interligação de pontos fixos entre estados diferentes, por circuitos digitais dedicados, ponto a ponto ou ponto multiponto.”

Nos termos da autorização concedida pela ANATEL, a Impugnante executa serviços de telecomunicações para todo o território nacional, abrangendo, inclusive, outros países, conforme se pode verificar pela análise dos documentos de fls. 495/497, de onde se extrai:

“Frame Relay

O Frame Relay (*) Telefônica é um serviço de transmissão de dados de 64 Kbps a 2 Mbps (Estado de São Paulo) e 512 Kbps a 2 Mbps (demais Estados do Brasil), que interliga redes corporativas (LANs e WANs) e possibilita a transmissão de informações – voz, dados e imagens – entre unidades de negócio fisicamente distantes.

VPN IP

A VPN IP (*) Telefônica permite interligar, através de acessos dedicados da rede IP MPLS da Telefônica, todos os pontos de um cliente que necessite trocar informações de forma ágil, confiável e segura, permitindo a priorização de determinados protocolos e aplicações, tais como ERPs (SAP, Microsoft, Datasul), CRMs ou mesmo a comunicação por e-mail, a comunicação de dados, voz e imagem.

IP Internet

O Serviço IP Internet (*) da Telefônica é uma solução de acesso dedicado à internet com a garantia de 100% da banda trafegada pela rede IP. A melhor estrutura de acesso dedicado e exclusivo para facilitar os seus negócios 24hs na rede mundial de computadores.

(*) Serviço prestado pela Telesp em São Paulo e T. Data nos demais Estados do Brasil.

(*) Serviço sujeito a disponibilidade técnica.” (grifamos).

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Para apurar o montante tributável, o Fisco incumbiu-se de buscar nos arquivos eletrônicos das “demais operadoras mineiras” os documentos fiscais representativos dos pontos de interface ou de interconexão dos sistemas de dados da Impugnante para com essas outras empresas prestadoras de serviços de telecomunicações em Minas Gerais.

Os arquivos eletrônicos previstos nos Convênios ICMS 57/95 e 115/03 de apresentação obrigatória de responsabilidade das empresas pesquisadas TELEMAR, EMBRATEL, INFOVIAS, TELESP, CTBC e TELEMIG CELULAR registram e identificam inúmeras notas fiscais de serviços de telecomunicações contratados pela Telefônica Data S/A, visando possibilitar a execução a terceiros dos seus serviços no Estado de Minas Gerais.

Importante destacar que, apesar de constar em algumas notas fiscais de serviços de telecomunicações (NFST) o endereço do estabelecimento paulista (BARUERI/SP), em especial as NFST emitidas pela TELEMIG CELULAR, INFOVIAS e EMBRATEL, este não é o local da prestação de serviços. Em todos os documentos listados, os terminais e *links* interconectados com os sistemas da Impugnante estão baseados no Estado de Minas Gerais, conforme se certifica através das colunas “UF” e “NRTERM” inseridas no Anexo 1.

É de se notar que em vários outros documentos, especialmente os emitidos pela CTBC, TELESP e TELEMAR, constam exata e especificamente o endereço da cidade mineira onde estas prestadoras disponibilizaram os sinais, meios e/ou equipamentos de interconexões para que a prestação dos serviços pela Impugnante pudesse se realizar em Minas Gerais.

Necessário mencionar que a INFOVIAS (atualmente CEMIG TELECOM), empresa do grupo CEMIG, mantém toda a sua estrutura de redes de telecomunicações implantadas nos limites territoriais do Estado de Minas Gerais, e somente nesta região geográfica atende pela sua rede às demais empresas do segmento, inclusive à própria Impugnante. No entanto, o endereço que consta dos documentos fiscais emitidos por esta empresa contra a Impugnante, consigna a cidade de São Paulo (para simples fins de cobrança), apesar de todos os equipamentos de sua propriedade concedidos para a execução dos serviços estarem instalados em MG.

Deduz-se claramente, então, que o endereço paulista mencionado em alguns dos documentos fiscais, significa tão somente o local de cobrança para as operadoras mineiras que disponibilizaram os meios de redes de telecomunicações e não, efetivamente, o local da prestação de serviço.

Com isto, conclui-se que as redes de telecomunicações baseadas no Estado de Minas Gerais possibilitaram o envio ou o recebimento de sinais multimídia entre as redes interconectadas da Impugnante e as demais operadoras.

Sobre a interconexão de redes, os arts. 6º e 8º do Anexo à Resolução nº 272/2001 da ANATEL, que aprova o regulamento do SCM, assim dispõem:

Art. 6º. É obrigatória, quando solicitada, a interconexão entre as redes de suporte do SCM e entre estas e as redes de outros serviços de telecomunicações de interesse coletivo, observado

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

o disposto na Lei nº 9.472, de 1997 e no Regulamento Geral de Interconexão, aprovado pela Resolução nº 40, de 23 de Julho de 1998.

Art. 8º. As prestadoras de SCM têm direito ao uso de redes ou de elementos de redes de outras prestadoras de serviços de telecomunicações de interesse coletivo, de forma não discriminatória e a preços e condições justos e razoáveis.

A própria ANATEL, no Ofício nº 113/2006/SUE-ANATEL, de 27/04/06, dirigido ao CONFAZ, assim se posicionou:

“2) De acordo com o artigo 60 da Lei nº 9.472 – Lei Geral de Telecomunicações (LGT), os equipamentos e a infraestrutura necessários à prestação do serviço de telecomunicação (exemplo: roteadores, multiplexadores, circuitos, portas, etc.) são parte integrante da prestação dos serviços de telecomunicações. Cabe adicionalmente ressaltar que alguns dos citados equipamentos são utilizados nos ambientes dos usuários e de provedores de Serviço de Valor Adicionado (SVA), como o Serviço de Conexão à Internet, regulamentarmente enquadrados como usuários dos serviços de telecomunicações, conforme disposto na Norma nº 04/95, aprovada pela Portaria nº 148, de 31 de maio de 1995.

(...)

5) O Regulamento Geral de Interconexão (RGI) estabelece, em seu art. 26, a obrigatoriedade de interconexão de redes e sistemas das prestadoras de Serviços de Telecomunicações de interesse coletivo. Assim sendo, tendo em vista que o Serviço de Comunicação Multimídia (SCM) e o Serviço Telefônico Fixo Comutado (STFC) são serviços de interesse coletivo, toda empresa autorizada a prestar o SCM tem assegurado o direito de interconectar sua rede às de outras prestadoras de serviços de interesse coletivo, inclusive às redes de STFC.”

Desse modo, todos os fatos suscitados no presente PTA, bem como os documentos que constituem objeto do presente lançamento emitidos em desfavor da Impugnante, por estabelecimentos das operadoras com sede no Estado de Minas Gerais, comprovam a existência do negócio jurídico e a ocorrência do fato gerador do imposto pela viabilização da prestação de serviços à Telefônica Data S/A em território mineiro, ainda que a prestação possa ter sido iniciada ou finalizada no *Data Center* (RI) da Impugnante localizado no Estado de São Paulo.

Desta forma, o fato dos contratos terem sido formalizados no Estado de São Paulo, não retira da Impugnante a responsabilidade e obrigação de recolher os tributos devidos a Minas Gerais, uma vez que, em se tratando de serviços não medidos de telecomunicações, o contrato pode ser firmado em qualquer parte do território nacional, pois o que interessa para os fins econômico-tributários é a caracterização do início e do destino final da execução do serviço e a localidade dos estabelecimentos que efetivamente auferem os benefícios das tecnologias existentes.

Neste caso, não é a comunicação em si mesma que determina a ocorrência do fato gerador, mas a disponibilização dos meios necessários para que esta ocorra, uma

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

vez que, em se tratando de serviços de telecomunicação envolvendo Unidades da Federação distintas, há previsão expressa na norma dispendo sobre a forma de partição do imposto, *ex vi* do § 6º do art. 11 da Lei Complementar nº 87/96.

Noutra linha, afirma a Impugnante que tanto o prestador como o tomador dos serviços estão localizados no Estado de São Paulo e foi onde o foi prestado.

O Fisco, no entanto, demonstra o contrário, tomando a título de exemplo o contrato firmado com o conglomerado Itaú (documento de fls. 296 e seguintes).

De antemão, merece destaque especial a relação nominal de agências e PABs do Banco Itaú, localizadas em Minas Gerais, conforme demonstra o documento de fls. 389/406 juntado aos autos.

Conforme ficou comprovado, pelo contrato firmado e, mais ainda, pelo documento de fls. 490, a Impugnante assumiu a operação de toda a rede corporativa dessa instituição financeira, interligando os PONTOS REMOTOS entre todas as suas filiais, agências, escritórios, caixas eletrônicos etc.

Para os efeitos tributários, especialmente no caso sob exame, o tomador dos serviços deve ser interpretado como sendo cada filial, agência, escritório ou ponto remoto de atendimento localizado em cada Unidade da Federação pertencente ao conglomerado Itaú, inclusive, os instalados em Minas Gerais, a quem efetivamente o serviço de comunicação é colocado à disposição e/ou realizado.

Desse modo, o estabelecimento matriz do Itaú localizado em São Paulo, nada mais é do que o simples contratante que vincula todos os demais estabelecimentos correlacionados, onde, verdadeiramente são prestados os serviços pela Impugnante.

O fato de os contratos terem sido assinados na capital de São Paulo, tendo como prestador o estabelecimento lá sediado, não significa dizer que apenas nos limites territoriais daquela cidade os serviços foram executados. É que, são contratos firmados com objetivo de levar soluções e tecnologias de telecomunicações para todo o Brasil, a inúmeros pontos remotos de atendimento vinculados aos diversos grupos empresariais, conforme demonstram os contratos anexados, como do BANCO SANTANDER (fls. 231); MARÍTIMA SEGUROS (fls. 407) e WAL-MART BRASIL (fls. 436), por exemplo.

Os documentos fiscais, bem como os registros eletrônicos colacionados, demonstram, com notoriedade, que as redes de telecomunicações de terceiros foram utilizadas pela Impugnante para a execução, aos seus clientes, de serviços em território deste Estado.

Neste contexto, o estabelecimento da Impugnante inscrito em Minas Gerais sob o nº 062.193095.0020, a quem, de fato, estão destinados os meios de redes de telecomunicação, não cumpriu com suas obrigações fiscais e tributárias para com este Estado, ao deixar de escriturar, nas entradas, as respectivas NFST, bem como ao deixar de emitir, nas saídas, os documentos fiscais correspondentes aos serviços executados, conforme determina a norma regulamentar. Ao mesmo tempo em que, também, não promoveu o recolhimento a Minas Gerais do ICMS relativo às prestações objeto do presente levantamento.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Considerando que os serviços de telecomunicações, no presente caso, envolvem distintos Estados da Federação, de modo a repartir de forma correta o tributo devido a cada ente Federado, o que o Fisco mineiro está a exigir constitui nada mais do que o montante que compete ao Estado de Minas Gerais sobre os valores dos serviços executados sem a correspondente emissão de nota fiscal.

Por outro lado, aduz a Impugnante que os serviços de comunicação contratados no Estado de Minas Gerais já tiveram “a parte mineira do serviço” devidamente tributada nas respectivas NFST de aquisição dos meios de redes de comunicação, não se admitindo uma nova tributação pelo ICMS.

Ora, relativamente a este fato, que é jurídico, a Constituição Federal dispõe, no § 2º do art. 155, que o ICMS será não cumulativo, compensando-se o que for devido em cada operação relativa à circulação de mercadorias ou prestação de serviços com o montante cobrado nas etapas anteriores pelo mesmo ou outro Estado.

Resta claro então, que é dever da Impugnante agregar os custos dessas contratações em MG aos seus custos totais e, sendo o ICMS um imposto a ser recolhido sobre o valor agregado, repartir o tributo de forma igualitária entre os Estados envolvidos nas prestações, no presente caso, Minas Gerais e São Paulo.

Assim, para os efeitos tributários, especialmente no caso sob exame, o TOMADOR dos serviços deve ser interpretado como sendo cada estabelecimento matriz, filial, agência, sucursal, escritório e ponto remoto ou de atendimento instalado/localizado em Minas Gerais dos clientes citados, a quem efetivamente o serviço de telecomunicação é posto à disposição e efetivamente realizado.

Deste modo, a lei mineira apenas salvaguardou de tributar as prestações de serviços de telecomunicações não medidos que são realizadas no âmbito deste Estado, ainda que iniciadas ou finalizadas em outra Unidade da Federação e, portanto, não ampliou ilicitamente a competência tributária expressa na LC 87/96, como quer entender a Impugnante.

Assim, é de se notar que pelos valores exigidos e, em conformidade com as decisões anteriores do Conselho de Contribuintes/MG proferidas no PTA n° 01.000160391-80 de mesma estirpe, lavrado contra a ora Impugnante, *ex vi* dos Acórdãos 19.510/10/3ª e 3.606/10/CE, o Fisco, subordinando-se a estas respeitáveis decisões, promoveu a partilha do ICMS devido, ao aplicar, segundo se observa pelos cálculos dos valores no presente levantamento (Anexo 2 - fls. 49), a regra estatuída no § 6º do art. 11 da Lei Complementar n° 87/96, regulamentada na Lei n° 6.763/75, no § 3º do art. 33, com a seguinte redação:

LC 87/96, de 13 de setembro de 1996:

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

(...)

§ 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

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

por períodos definidos, o imposto devido será recolhido em partes iguais para as unidades da Federação onde estiverem localizados o prestador e o tomador.

Lei nº 6.763, de 26 de dezembro de 1975:

Art. 33 - O imposto e seus acréscimos serão recolhidos no local da operação ou da prestação, observadas as normas estabelecidas pela Secretaria de Estado de Fazenda.

(...)

§ 3º - Para efeito do disposto no item 3 do § 1º, na hipótese de prestação de serviços de telecomunicações não medidos, envolvendo localidades situadas nesta e em outra unidade da Federação, cujo preço seja cobrado por períodos definidos, o imposto devido será recolhido, em partes iguais, para esta e a outra unidade da Federação envolvida na prestação.

Reproduz-se a seguir, os arestos do Colendo Conselho de Contribuintes no mencionado PTA de idêntica matéria recentemente julgado, onde figura no polo passivo a própria Impugnante:

“ACÓRDÃO: 19.510/10/3ª RITO: ORDINÁRIO

PTA/AI: 01.000160391-80

IMPUGNAÇÃO: 40.010124960-73

IMPUGNANTE: TELEFÔNICA DATA S.A.

IE: 062193095.00-20

PROC. S. PASSIVO: LUIZ ROBERTO PEROBA BARBOSA/OUTROS

ORIGEM: DF/BH-1- BELO HORIZONTE

EMENTA

PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO – PRESTAÇÃO DESACOBERTADA - FALTA DE EMISSÃO DE DOCUMENTO FISCAL FALTA DE RECOLHIMENTO DE ICMS - PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DETRANSMISSÃO DE DADOS – LOCAL DA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO. CONSTATAÇÃO DE FALTA DE RECOLHIMENTO DE ICMS INCIDENTE SOBRE A PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE TRANSMISSÃO DE DADOS EM TERRITÓRIO MINEIRO SEM A EMISSÃO DE DOCUMENTO FISCAL. EXIGÊNCIA DE ICMS, MULTA DE REVALIDAÇÃO E MULTA ISOLADA CAPITULADA NO INCISO XVI DO ART. 55 DA LEI Nº 6763/75. FATO COMPROVADO POR MEIO DA ANÁLISE DE LIVROS/DOCUMENTOS E LEVANTAMENTO DO USO DE MEIOS DAS REDES DE TELECOMUNICAÇÕES DE TERCEIROS CONFORME CRUZAMENTO DE DADOS CONSTANTES DOS ARQUIVOS ELETRÔNICOS PREVISTOS NOS CONVÊNIOS ICMS Nºs 57/95 E 115/03. ENTRETANTO, APLICA-SE AO CASO, A PARTILHA DO ICMS COM O ESTADO ONDE O SERVIÇO SE INICIA. EXIGÊNCIAS PARCIALMENTE MANTIDAS.

OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA – FALTA DE REGISTRO DE LIVRO FISCAL. CONSTATAÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA CONFIGURADA PELA FALTA DE REGISTRO/AUTENTICAÇÃO NA REPARTIÇÃO FAZENDÁRIA, DOS LIVROS DE REGISTRO DE ENTRADAS E

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

REGISTRO DE SAÍDAS, REFERENTES AO EXERCÍCIO DE 2004. INFRAÇÃO CARACTERIZADA. CORRETA A APLICAÇÃO DA MULTA ISOLADA CAPITULADA INCISO II DO ART. 54 DA LEI Nº 6763/75. LANÇAMENTO PARCIALMENTE PROCEDENTE. DECISÃO PELO VOTO DE QUALIDADE.”

“ACÓRDÃO: 3.606/10/CE RITO: ORDINÁRIO

PTA/AI: 01.000160391-80

RECURSO DE REVISÃO: 40.060127477-47, 40.060127568-01(FPE)

RECORRENTE: TELEFÔNICA DATA S.A.

IE: 062193095.00-20

FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL

RECORRIDA: TELEFÔNICA DATA S.A.

IE: 062193095.00-20

FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL

PROC. S. PASSIVO: LUIZ ROBERTO PEROBA BARBOSA/OUTRO(S)

ORIGEM: DF/BELO HORIZONTE - DF/BH-1

EMENTA

PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO – PRESTAÇÃO DESACOBERTADA - FALTA DE EMISSÃO DE DOCUMENTO FISCAL - FALTA DE RECOLHIMENTO DE ICMS - PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE TRANSMISSÃO DE DADOS – LOCAL DA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO. CONSTATAÇÃO DE FALTA DE RECOLHIMENTO DE ICMS INCIDENTE SOBRE A PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE TRANSMISSÃO DE DADOS EM TERRITÓRIO MINEIRO SEM A EMISSÃO DE DOCUMENTO FISCAL. EXIGÊNCIA DE ICMS, MULTA DE REVALIDAÇÃO E MULTA ISOLADA CAPITULADA NO INCISO XVI DO ART. 55 DA LEI Nº 6763/75. FATO COMPROVADO POR MEIO DA ANÁLISE DE LIVROS/DOCUMENTOS E LEVANTAMENTO DO USO DE MEIOS DAS REDES DE TELECOMUNICAÇÕES DE TERCEIROS CONFORME CRUZAMENTO DE DADOS CONSTANTES DOS ARQUIVOS ELETRÔNICOS PREVISTOS NOS CONVÊNIOS ICMS NºS 57/95 E 115/03. ENTRETANTO, APLICA-SE AO CASO, A PARTILHA DO ICMS COM O ESTADO ONDE O SERVIÇO SE INICIA. MANTIDA A DECISÃO RECORRIDA, DEVENDO ADEQUAR, DE OFÍCIO, A MULTA ISOLADA EXIGIDA AO DISPOSTO NO § 2º DO ART. 55 DA LEI Nº 6763/75.

OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA – FALTA DE REGISTRO DE LIVRO FISCAL. CONSTATAÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA CONFIGURADA PELA FALTA DE REGISTRO/AUTENTICAÇÃO NA REPARTIÇÃO FAZENDÁRIA, DOS LIVROS DE REGISTRO DE ENTRADAS E REGISTRO DE SAÍDAS, REFERENTES AO EXERCÍCIO DE 2004. INFRAÇÃO CARACTERIZADA. CORRETA A APLICAÇÃO DA MULTA ISOLADA CAPITULADA NO INCISO II DO ART. 54 DA LEI Nº 6763/75. MANTIDA A DECISÃO RECORRIDA. RECURSOS CONHECIDOS À UNANIMIDADE E, NÃO PROVIDOS O DE NÚMERO 40.060127568-01 (FPE) POR UNANIMIDADE E O DE NÚMERO 40.060127477-47 (AUTUADA) POR MAIORIA DE VOTOS.” (DESTACAMOS).

Noutro giro, pleiteia a Impugnante a concessão dos créditos do imposto destacados nos documentos fiscais que embasaram o lançamento de forma a validar a regra da não cumulatividade.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

O Fisco nega a concessão dos créditos ao argumento de que este direito está condicionado à idoneidade e escrituração dos documentos fiscais nos prazos e condições estabelecidos pela legislação, a teor do que dispõe o art. 23 da Lei Complementar nº 87/96 e legislação mineira.

No entanto, deve ser concedido o crédito relativo às aquisições de uso dos meios de rede na proporção da base de cálculo adotado pelo Fisco, na esteira do disposto no inciso II do art. 44-C do Anexo IX do RICMS/02, *in verbis*:

Art. 44-C - Para os efeitos do disposto nos arts. 44-A e 44-B desta Parte, o contribuinte observará o seguinte:

I - sobre a base de cálculo estabelecida aplicar-se-á a alíquota prevista em cada unidade da Federação para a tributação do serviço;

II - o valor do crédito a ser compensado na prestação será rateado entre as unidades da Federação do prestador e do tomador, na mesma proporção da base de cálculo;

(...)

Muito embora o dispositivo em questão não se refira aos serviços de comunicação não medidos, a inteligência lançada na norma deve ser observada para o caso em análise, por se tratar, de igual modo, de imposto partilhado entre duas Unidades da Federação.

Frise-se que os créditos devem ser concedidos na forma destacada nos documentos fiscais, uma vez que, neste caso, não se aplica a alíquota interestadual, haja vista que os serviços foram prestados em território mineiro.

Assim, não obstante a ausência de escrituração dos documentos fiscais, os créditos devem ser deduzidos em favor da Impugnante, na proporção acima destacada, ainda que tais valores tenham sido apropriados por inteiro na contra gráfica paulista.

Com efeito, para que o Fisco apurasse, por arbitramento, a base de cálculo das prestações, os documentos não escriturados serviram de base, fornecidos que foram pelas empresas emitentes.

Neste caso, e, principalmente em decorrência da idoneidade de quem emitiu tais documentos, não se pode retirar a sua validade para fins de concessão de créditos.

Desta forma, o PTA deverá ser remetido ao Fisco, após a decisão irreversível, para apuração do valor do crédito, uma vez que as cópias das notas fiscais foram juntadas aos autos por amostragem.

No tocante às penalidades isoladas, exigiu o Fisco as sanções previstas no art. 55, incisos I e XVI da Lei nº 6.763/75, sendo a segunda adequada ao disposto no § 2º do mesmo dispositivo.

A Impugnante alega que não ocorreu o descumprimento de obrigações acessórias, mas sim, um entendimento em relação à ocorrência do fato gerador para o Estado de São Paulo, citando decisão proferida no Acórdão nº 18.018/06/1ª.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

De modo diverso do caso paradigma, ao deslocar o fato gerador para onde estiver o tomador do serviço, a legislação mineira, com base em convênio e legislação complementar, deslocou, também, o cumprimento das obrigações acessórias. Assim dispõem os §§ 4º, 6º e 7º do art. 36 do Anexo IX do RICMS/02:

Art. 36 - As empresas prestadoras de serviços de comunicação a seguir indicadas, para cumprimento de suas obrigações tributárias, observarão o disposto nesta Seção:

(...)

§ 4º - Os prestadores de serviço de comunicação nas modalidades a seguir relacionadas, localizados em outra unidade da Federação e que prestam serviços a destinatário localizado neste Estado, deverão se inscrever no Cadastro de Contribuintes do ICMS deste Estado:

I - Serviço Telefônico Fixo Comutado (STFC);

II - Serviço Móvel Pessoal (SMP);

III - Serviço Móvel Celular (SMC);

IV - Serviço de Comunicação Multimídia (SCM);

(...)

§ 6º - Na hipótese do § 4º deste artigo, é facultado ao prestador de serviço de comunicação:

I - indicar o endereço de sua sede, para fins de inscrição;

II - efetuar a escrituração fiscal e manter os livros e os documentos fiscais no estabelecimento-sede;

III - efetuar o recolhimento do imposto por meio de Guia Nacional de Recolhimento de Tributos Estaduais (GNRE), no prazo estabelecido no artigo 85 deste Regulamento.

§ 7º - A fruição do regime especial previsto nesta Seção fica condicionada à elaboração e apresentação, por parte da empresa prestadora de serviços de telecomunicação que atue em mais de uma unidade da Federação, de livro razão auxiliar contendo os registros das contas de ativo permanente, custos e receitas auferidas, tributadas, isentas e não-tributadas relativos a este Estado.

Neste caso, como a empresa optou por se inscrever em Minas Gerais, assumiu as obrigações acessórias que poderiam ser cumpridas no estabelecimento paulista, nos termos dos incisos I, II e III acima transcritos.

Como a unidade mineira não providenciou a emissão dos documentos, nem tampouco utilizou as prerrogativas acima, fica caracterizada a sua sujeição passiva e a obrigação de cumprimento das demais obrigações acessórias.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Em relação ao pedido de decote das multas, cabe lembrar a lição do mestre Aliomar Baleeiro (Direito Tributário Brasileiro, atualizado por Mizabel Derzi, 11ª ed., p. 759), onde se destaca que as penalidades compreendem as infrações relativas ao descumprimento do dever de pagar o tributo tempestivamente e do dever de fazer ou não fazer, chamados acessórias (às quais se cominam multas específicas).

Para o não menos proeminente Sacha Calmon (Curso de Direito Tributário Brasileiro, 1999, p. 696), as penalidades, dentre as quais se inclui a Multa de Revalidação, "são postas para desencorajar o inadimplemento das obrigações tributárias".

O eminente Des. Orlando de Carvalho define, com precisão, a multa de revalidação:

"EMENTA: MULTA DE REVALIDAÇÃO - EXPRESSA PREVISÃO LEGAL - LEI ESTADUAL Nº 6.763/75. A MULTA DE REVALIDAÇÃO APLICADA, COM PREVISÃO LEGAL EXPRESSA NA LEI ESTADUAL Nº 6.763/75, DECORRE UNICAMENTE DA AUSÊNCIA DE RECOLHIMENTO TEMPESTIVO DO TRIBUTO, CONSTITUINDO INSTRUMENTO QUE A LEI COLOCA À DISPOSIÇÃO DO FISCO, QUANDO O CONTRIBUINTE É COMPELIDO A PAGAR O TRIBUTO, PORQUE NÃO O FIZERA VOLUNTARIAMENTE, A TEMPO E MODO". (APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0027.97.013646- 4/002 - RELATOR: EXMO. SR. DES. ORLANDO CARVALHO)

Desta forma, a multa de revalidação tem a finalidade de garantir a integralidade da obrigação tributária contra a prática de ilícitos e não se confunde com a multa moratória nem com a compensatória ou mesmo com a multa isolada e, portanto, foi aplicada corretamente no presente caso.

Resta claro que não se configura qualquer ilegalidade a cobrança de multa de revalidação, nos moldes e nos valores previstos, já que possui ela caráter punitivo e repressivo à prática de sonegação, não tendo em absoluto caráter de confisco, tratando-se apenas de uma penalidade pelo não pagamento do tributo devido, de modo a coibir a inadimplência.

Eventual efeito confiscatório da multa de revalidação foi rejeitado pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais na Apelação Cível nº 1.0148.05.030517-3/002, cuja ementa se transcreve:

"EMENTA: DIREITO TRIBUTÁRIO - EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL - MULTA DE REVALIDAÇÃO - TAXA SELIC. 1- A MULTA DE REVALIDAÇÃO TEM PREVISÃO LEGAL E NÃO SE SUJEITA À VEDAÇÃO CONSTITUCIONAL DE INSTITUIÇÃO DE TRIBUTO COM NATUREZA DE CONFISCO, DADO O SEU CARÁTER DE PENALIDADE, COM FUNÇÃO REPRESSIVA, PELO NÃO PAGAMENTO DO TRIBUTO NO MOMENTO DEVIDO, E PREVENTIVA, PARA DESESTIMULAR O COMPORTAMENTO DO CONTRIBUINTE DE NÃO PAGAR ESPONTANEAMENTE O TRIBUTO. 2- A TAXA SELIC PODE SER UTILIZADA COMO ÍNDICE DE ATUALIZAÇÃO DOS CRÉDITOS E DÉBITOS TRIBUTÁRIOS DO ESTADO DE MINAS GERAIS, PAGOS COM ATRASO, EIS QUE PERMITIDA PELA LEI ESTADUAL Nº 63/1975, COM A REDAÇÃO ALTERADA PELA LEI ESTADUAL Nº 10.562/1991, QUE DETERMINA A ADOÇÃO DOS MESMOS CRITÉRIOS ADOTADOS NA CORREÇÃO DOS DÉBITOS FISCAIS FEDERAIS, DEVENDO

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

INCIDIR A PARTIR DE 1º/01/1996, EM RAZÃO DO ADVENTO DA LEI FEDERAL Nº 9.250/1995.”

A aplicação cumulativa da multa de revalidação com a multa isolada também obteve autorização do Poder Judiciário mineiro, como na Apelação Cível nº 1.0672.98.011610-3/001, ementada da seguinte forma:

“APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0672.98.011610-3/001 - COMARCA DE SETE LAGOAS - APELANTE(S): FAZENDA PUBLICA ESTADO MINAS GERAIS - APELADO(A)(S): CASA MARIANO LTDA. - RELATORA: EXM^a. SR^a. DES^a. VANESSA VERDOLIM HUDSON ANDRADE.

EMENTA: DIREITO TRIBUTÁRIO - MULTA DE REVALIDAÇÃO - EXPRESSA PREVISÃO - LEI ESTADUAL Nº 6.763/75 - MEIO DE COERÇÃO - REPRESSÃO À SONEGAÇÃO - CONSTITUCIONALIDADE. A multa de revalidação tem a finalidade de garantir a integralidade da obrigação tributária contra a prática de atos ilícitos e inadimplemento e não se confunde com a multa moratória nem com a compensatória ou mesmo com a multa isolada. A lei, ao prever como base de cálculo da multa de revalidação o valor do tributo devido, permite a sua atualização, para não haver depreciação do valor real da mesma.”

Neste caso, não se aplica a interpretação benigna prevista no art. 112 do CTN. Se alguma dúvida houvesse seria em relação à ocorrência do fato gerador e da sujeição passiva. Sacramentando-se a exigência quanto ao tributo, as multas são consectários lógicos da aplicação da legislação tributária mineira.

Além do mais, é imperioso afirmar que a aplicação das penalidades foi efetivada na medida prevista na legislação tributária deste Estado, não competindo ao CC/MG, negar aplicação de dispositivo legal, nos termos do art. 110, inciso I do RPTA/MG.

Por outro lado, a Impugnante contesta a adoção da Taxa Selic em percentual superior ao índice estabelecido pelo Banco Central do Brasil.

A aplicação da Taxa Selic (Taxa Referencial do Sistema de Liquidação e Custódia) para cálculo dos juros moratórios devidos encontra-se respaldada nos arts. 127 e 226 da Lei nº 6.763/75 e na Resolução nº 2.880/97.

Além do mais, com a edição da Resolução nº 4.404/12 que altera a Resolução nº 2.880/97 e a revogação do § 1º do art. 1º e o inciso III e parágrafo único do art. 5º, todos da Resolução nº 2.880/97, a questão restou solucionada na forma pretendida pela Impugnante, conforme se denota pelo texto legal lançado adiante:

“RESOLUÇÃO Nº 4.404, DE 5 DE MARÇO DE 2012.

(MG de 06/03/2012 e republicada no MG de 07/03/2012)

Altera a Resolução nº 2.880, de 13 de outubro de 1997, que disciplina a cobrança de juros de mora incidentes sobre os créditos tributários do Estado, e dá outras providências.

O SECRETÁRIO DE ESTADO DE FAZENDA, no uso da atribuição que lhe confere o inciso III do § 1º do

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

art. 93 da Constituição Estadual e tendo em vista o disposto nos artigos 127 e 226 da Lei nº 6.763, de 26 de dezembro de 1975, **RESOLVE:**

Art. 1º O § 3º do art. 1º da Resolução nº 2.880, de 13 de outubro de 1997 passa a vigorar com a seguinte redação:

"§ 3º A taxa SELIC será divulgada, mensalmente, mediante Comunicado da Superintendência de Arrecadação e Informações Fiscais, relativamente ao mês anterior, no Diário Oficial de Minas Gerais". (nr).

Art. 2º Ficam revogados os seguintes dispositivos da Resolução nº 2.880, de 13 de outubro de 1997:

I - o § 1º do art. 1º;

II - o inciso III e o parágrafo único, ambos do art. 5º.

Art. 3º Esta Resolução entra em vigor na data da sua publicação.

Secretaria de Estado de Fazenda, aos 5 de março de 2012; 224º da Inconfidência Mineira e 191º da Independência do Brasil.

LEONARDO MAURÍCIO COLOMBINI LIMA
Secretário de Estado de Fazenda"

No tocante à multa isolada, o seu cálculo não depende do resultado da recomposição da conta gráfica (RCG). Note-se que o Fisco, inadvertidamente, adotou como parâmetro para aplicação da multa, o saldo da RCG, quando deveria ter adotado o valor do imposto apurado em decorrência das prestações desacobertadas, com a partilha do tributo.

A diminuta diferença de valores decorre da existência de débitos e créditos lançados na escrita fiscal da Autuada, que não foram recolhidos à época própria, em decorrência da apuração de saldos credores, que agora se manifestam acrescendo-se ao saldo devedor.

Neste caso, independentemente da concessão dos créditos, a multa isolada deverá ser modificada, passando de R\$ 3.182.621,00 para R\$ 3.176.177,12.

Exigiu ainda, o Fisco, a penalidade isolada prevista no art. 55, inciso I da Lei nº 6.763/75, em decorrência da falta de escrituração, em livro de Registro de Entrada, das aquisições de uso de meios de rede. O dispositivo em comento assim dispõe:

Art. 55. As multas para as quais se adotarão os critérios a que se referem os incisos II a IV do art. 53 desta Lei são as seguintes:

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

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Por se tratar de descumprimento de ação de fazer, a única prova cabível é a comprovação da escrituração dos documentos fiscais. Como isso não aconteceu, revela-se correta a exigência fiscal.

Por fim, cumpre registrar que a Assessoria do CC/MG juntou aos autos o CD de fls. 716, entregue pela Autuada, em 18/04/12, contendo “registros de apuração, entrada e saída, bem como as notas fiscais emitidas pelo estabelecimento da Empresa Impugnante no Estado de São Paulo, que comprovam que toda a prestação de serviço ocorreu para clientes paulistas, o que torna ilegítimo o crédito exigido pelo fisco mineiro.”

A mencionada mídia contém efetivamente relação e cópias de notas fiscais de saída e de entrada (do estabelecimento paulista da Autuada), mas que se referem às remessas de equipamentos e peças, em sua maioria (roteador, cabo, módulo), em operações isentas e não tributadas.

Inúmeros documentos comprovam a remessa e o retorno de peças e equipamentos para Minas Gerais, exatamente para a prestação do serviço.

Ainda que houvesse a alegada emissão de notas fiscais de prestação de serviços por parte do estabelecimento da Autuada localizado no Estado de São Paulo, tal circunstância não descaracterizaria o feito fiscal, uma vez que restou comprovado nos autos o descumprimento de obrigações tributárias, tanto principal como acessórias por parte da Impugnante em relação às prestações realizadas em território mineiro.

Diante do exposto, ACORDA a 2ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em rejeitar a arguição de nulidade do lançamento. No mérito, também à unanimidade, em julgar parcialmente procedente o lançamento, para: a) conceder o crédito relativo às aquisições de uso dos meios de redes, na proporção da base de cálculo adotada pelo Fisco; b) ajustar a adequação da Multa Isolada prevista no art. 55, inciso XVI da Lei nº 6.763/75 ao disposto no § 2º do mesmo dispositivo, adotando como parâmetro o imposto devido na apuração das prestações desacobertadas. Pela Fazenda Pública Estadual, sustentou oralmente o Dr. Eder Sousa. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Ricardo Wagner Lucas Cardoso e Carlos Alberto Moreira Alves.

Sala das Sessões, 29 de maio de 2012.

Luciana Mundim de Mattos Paixão
Presidente / Revisora

Luiz Geraldo de Oliveira
Relator