

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 22.075/19/2ª Rito: Ordinário
PTA/AI: 01.000956012-85
Impugnação: 40.010145851-38
Impugnante: Telemar Norte Leste S/A. - Em Recuperação Judicial
IE: 062149964.00-47
Proc. S. Passivo: André Mendes Moreira/Outro(s)
Origem: DF/BH-2 - Belo Horizonte

EMENTA

CRÉDITO TRIBUTÁRIO - DECADÊNCIA - Nos termos do art. 173, inciso I do Código Tributário Nacional o prazo decadencial aplicável ao lançamento de ofício é de 5 (cinco) anos contados a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ser efetuado. No caso dos autos não se encontra decaído o direito da Fazenda Pública Estadual de formalizar o crédito tributário.

PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO - BASE DE CÁLCULO - RECOLHIMENTO A MENOR DO ICMS. Constatado o recolhimento a menor do ICMS, em face de a Autuada não ter submetido a tributações a prestações de serviços de comunicação e telecomunicação na modalidade “assinaturas sem franquia”. Infração caracterizada nos termos do disposto nos arts. 13, inciso III da Lei Complementar n.º 87/96 e 6º, inciso XI da Lei n.º 6.763/75. Corretas as exigências de ICMS e da Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II e Multa Isolada prevista no 55, inciso VII, alínea “c”, ambos da Lei n.º 6.763/75.

Decadência não reconhecida. Decisão unânime.

Lançamento procedente. Decisão por maioria de votos.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre falta de recolhimento do ICMS, no período de 01/04/13 a 31/12/16, em decorrência de a Autuada não ter considerado na base de cálculo do ICMS os serviços de comunicação/telecomunicação, na modalidade de “assinatura sem franquia”, conseqüentemente, sem destaque do imposto.

Exigências de ICMS e das Multas de Revalidação e Isolada previstas na Lei n.º 6.763/75, respectivamente, nos art.56, inciso II e art. 55, inciso VII, alínea “c”.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 265/271. Acosta documentos de fls. 272/382.

Informa que em 17/03/11, a Impugnante impetrou Mandado de Segurança preventivo n.º 0569092-16.2011.8.13.0024 (doc. 4) para suspender a exigibilidade do ICMS sobre receitas decorrentes da assinatura mensal (sem inclusão de franquia em minutos), tendo sido deferida a liminar, conforme documento doc. 5, decisão

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

posteriormente confirmada pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais, (doc. 06). 358/369).

Aduz que a Fazenda Pública aviou recurso extraordinário, cujo seguimento foi negado. Após reiterados recursos fazendários no âmbito da Suprema Corte, o trânsito em julgado – confirmando o aresto do TJMG – ocorreu em 28/11/15 (doc. 07).

Assevera que o lançamento tributário consubstanciado na presente autuação viola a decisão judicial definitiva que vedou a cobrança de ICMS sobre os serviços autuados, razão pela qual, entende que deve o Conselho de Contribuintes determinar a sua extinção pela supremacia da coisa julgada, nos termos do art. 156, inciso X do Código Tributário Nacional (CTN).

Cita como exemplo a decisão deste Conselho no Acórdão nº 22.351/16/1ª – PTA 01.0000220553-11, e transcreve trecho que entende de acordo com sua tese.

Aduz que, no presente caso, sequer é necessário o encaminhamento à Advocacia Geral do Estado – AGE, já que é insofismável que tanto o mandado de segurança quanto o Auto de Infração versam sobre o mesmo objeto.

Sucessivamente, argui a decadência das parcelas anteriores a 18/04/13, nos termos do art. 150, § 4º do CTN e a jurisprudência do STJ, tendo em vista que houve pagamento de ICMS ao longo do período.

Alega que a Fiscalização teria feito incidir ilegalmente juros de mora sobre a multa de revalidação e também que tal multa somente surgiu com o lançamento tributário, logo não teria de se falar em mora antes disso.

Requer, ao final, a procedência da impugnação.

A Fiscalização, em manifestação de fls. 390/400, refuta as alegações da Defesa, sob os argumentos sintetizados a seguir.

Assevera que, no âmbito tributário, o mandado de segurança preventivo serve para garantir que a administração tributária não efetue exigências consideradas indevidas ou ilegais pela justiça, levando-se em conta a Legislação Tributária vigente e a interpretação do órgão julgador. Resumidamente, o Mandado de Segurança nº 0569092-16.2011.8.13.0024 foi concedido e impôs ao Estado um impedimento à futura exigência de ICMS cuja “*incidência*” sobre assinaturas o judiciário considerou, na época, ilegal, com liminar em 2011 e a segurança definitiva em 2012.

Aduz que, entretanto, em 3/10/16, foi declarada nova interpretação da norma tributária pelo Supremo Tribunal Federal, por meio do Acórdão 912.888/RS, que passou a considerar que o **ICMS incide sobre “Assinaturas sem franquias”**, em processo judicial em que a recorrida Oi S/A (que junto com a Telemar S/A. fazem parte do Grupo Oi) saiu perdedora. E mais, tal decisão foi unânime em fixar a tese de repercussão geral de que “*o ICMS incide sobre a tarifa de assinatura básica mensal cobrada pelas operadoras, independentemente da franquias de minutos concedida ou não ao usuário*”.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Destaca que a mais alta interpretação da lei não é de competência do Supremo Tribunal Federal, interpretação esta que todas as administrações públicas, assim como todos os administrados, devem acatar.

Assevera que, no julgamento do Mandado de Segurança do presente caso, a interpretação sobre a ilegalidade da eventual cobrança do ICMS sobre Assinaturas Sem Franquia, ou seja, **a norma sob a qual o juízo de certeza se formou**, foi dada apenas pelo Juiz de Primeira Instância e pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais (Processo 1.0024.11.056909-2), não chegando o mesmo a ser analisado, no mérito, pelo STF. Com isso o Estado ficou proibido de exigir o ICMS sobre Assinaturas Sem Franquia porque os órgãos de 1ª e 2ª instância do poder judiciário interpretaram que aquele ato de cobrança tributária seria ilegal, se praticado.

Aduz que, no caso em tela, o Mandado de Segurança Preventivo impediu o Fisco Mineiro de autuar aqueles fatos geradores durante vigência de liminar entre 2011 e 2012 e, também, após concessão da segurança definitiva em 28/11/15, mas isso não extinguiu, e nem poderia, o crédito tributário a eles relativo.

Transcreve parte do Acórdão 912.888/RS e afirma que o mandado de segurança preventivo perdeu seu alicerce/fundamento de existência, ou seja, deixou de ser uma ordem preventiva contra futuro ato ilícito praticado pela administração, pois, **a partir de 2016, o ato de exigência fiscal de ICMS sobre Assinaturas Sem Franquia é ato lícito** por decisão da Suprema Corte.

Assevera que o que realmente importa, no presente caso, é que a decisão do STF de 2016, que definiu a licitude da incidência do ICMS sobre assinaturas sem franquia, é aplicável a partir de sua publicação, tornando possível a Fazenda Pública exigir créditos tributários não pagos referentes a tais fatos geradores, desde que não maculados pelo prazo decadencial.

Enfatiza que o mandado de segurança sob comento não foi concedido para cancelar um Auto de Infração notificado ao sujeito passivo, ou seja, não houve a decretação de uma ilegalidade de ato específico. A decisão judicial, como já dito, foi no sentido de impedir que o Estado praticasse atos de cobrança ou exigência do ICMS, sob o fundamento de que a cobrança do imposto seria indevida, apenas isso.

Conclui que, dessa forma os créditos tributários relativos aos fatos geradores praticados pelo contribuinte, desde 2011 até hoje, nasceram normalmente e ficaram incólumes no tempo, operando-se a extinção, apenas, sobre aqueles, eventualmente, pagos ou que tenham sofrido os efeitos da decadência.

Ressalta ainda que o Grupo Oi decidiu cumprir a lei no que tange à tributação dos fatos geradores relacionados às “assinaturas sem franquia”, após publicação da citada decisão do STF, em 2016. Tanto é assim, que a empresa Oi Móvel S.A. (que junto com a Telemar compõem, o Grupo Oi) passou a pagar o ICMS sobre tais fatos geradores, acatando a interpretação do Fisco sobre a matéria, que agora também é amparada pela Suprema Corte.

Transcreve publicação da Impugnante em sua página na internet (fls.226), a partir de 2017, que comprova a mudança de postura da Impugnante.

Aduz que, em que pese, as empresas (Telemar e Oi Móvel S/A) possuam CNPJs diferentes, são controladas pelo mesmo Grupo Empresarial e comandadas sobre as mesmas regras tributárias. Além do mais, a interpretação da Suprema Corte sobre o assunto é inflexível e sob a égide da Repercussão Geral atinge inexoravelmente todos os casos conflituosos sobre o tema entre os Fiscos Estaduais e os contribuintes no país.

Ressalta também que, recentemente, o trânsito em julgado na área tributária igualmente foi tema de outra repercussão geral. É que o Supremo Tribunal Federal reconheceu, por meio do Plenário Virtual em 24/03/16, a existência de **repercussão geral** do Recurso Extraordinário (RE) 949297, que trata do **limite da coisa julgada em âmbito tributário**, na hipótese de o contribuinte ter em seu favor decisão judicial transitada em julgado que declare a inexistência de relação jurídico-tributária de tributo, por sua vez declarado devido e constitucional, em momento posterior, pelo STF.

Conclui que, essa é, portanto, uma clara definição do limite da coisa julgada em âmbito tributário quanto aos julgados anteriores à uma nova interpretação da norma dada pelo próprio STF. Nessa linha de raciocínio, o Supremo respalda o entendimento de que o Mandado de Segurança Preventivo concedido à Telemar em 2011/2012 teve seu suporte jurídico derrubado pela nova interpretação de 2016 (STF-Acórdão 912.888/RS – fls.224) que assentou que o ICMS incide sobre Assinaturas Sem Franquia.

No tocante à afirmação da Impugnante de que a Advocacia Geral do Estado encaminhou a DF/BH1 cinco PTAs para parecer e análise e que a Fiscalização concluiu pelo alcance e abrangência da proteção judicial, encaminhando os referidos PTAs para extinção e baixa, responde o Fisco que tais PTAs são de outras empresas e, portanto, não são de pleno conhecimento da Impugnante. Os PTAs continham créditos tributários relacionados aos períodos anteriores a 2011 e também foram notificados aos respectivos Sujeitos Passivos anteriormente à já citada decisão do STF de 2016, portanto, não sujeitos à nova interpretação da Suprema Corte.

Assevera que, devido à complexidade da matéria, naquela época, pairavam dúvidas na interpretação do judiciário a respeito da possibilidade de incidência do ICMS sobre “Assinaturas Sem Franquia”, dúvidas essas, diga-se de passagem, que o Fisco Mineiro nunca teve, o que foi respaldado pela decisão da Suprema Corte.

Afasta o argumento da Impugnante quanto à decadência das parcelas anteriores a 18/04/13, que se embasaram no disposto no art. 150, § 4º do CTN e a jurisprudência do STJ, dizendo que tal dispositivo se refere à homologação tácita dos valores porventura recolhidos pelo contribuinte, por ocasião do auto lançamento, ocorrido nos períodos de 2013 a 2016, e não aos valores não pagos naquele mesmo período e que são submetidos agora ao lançamento de ofício, cujo direito está previsto no inciso I do art. 173 do CTN.

Argui, que também não assiste razão à Impugnante quanto a alegada ilegalidade na cobrança de juros sobre a multa de revalidação, haja vista que esta cobrança é balizada em disposição legal vigente.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Destaca a doutrina sobre o tema, e assevera que os arts. 127 e 226 da Lei nº 6.763/75 c/c § 3º, art. 5º da Lei Federal nº 9.430/96 determinam imposição de juros, sendo disciplinada no âmbito do Estado de Minas Gerais pela Resolução nº 2.880/97, inclusive, conforme art. 2º, quanto ao seu termo inicial, ou seja, primeiro dia do mês subsequente ao do vencimento do débito, e termo final até a data do efetivo pagamento.

Aduz que o procedimento sob exame não afronta as disposições legais, mas ao contrário, pauta-se exatamente de acordo com os parâmetros da legislação de regência. E ainda, que é pacífica na jurisprudência do TJMG a legitimidade da incidência da Taxa Selic sobre a multa, conforme decisão que transcreve.

Requer, ao final, a procedência do lançamento.

Após a manifestação fiscal, a Impugnante apresentou, neste órgão administrativo, memorial, autuado às fls. 403/404 dos autos, solicitando extinção do presente Auto de Infração, nos termos do art. 156, inciso X, do CTN. Insiste que o lançamento foi lavrado em descumprimento à ordem judicial obtida pela Impugnante nos autos do Mandado de Segurança nº 0569092-16.2011.8.13.0024, impetrado para impedir a cobrança de ICMS justamente sobre a rubrica autuada (*assinatura sem inclusão de minutos*), transitada em julgado em 28/11/15.

Por conseguinte, a Assessoria do CCMG decide encaminhar o PTA à Advocacia Geral do Estado de Minas Gerais (AGE), em face do disposto no art. 105 do RPTA (fls. 405/406).

A AGE manifesta-se às fls. 409/412, às fls. 413 e às fls. 414/415. Em seguida, mediante despacho de fls. 418, aprovando a manifestação da AGE/PTF de fls. 414/415, retorna os autos ao Conselho de Contribuintes para julgamento da impugnação, visto que conclui não se aplicar ao presente caso a regra do art. 105 do RPTA, e *“até que haja o julgamento do Tema nº 881 no STF, não poderíamos estender a decisão transitada em julgado, (...), sequer para período anterior à publicação do RE nº 912.888 quanto mais período que lhe seja posterior”* (fls. 415).

A Assessoria do CCMG, em Parecer de fls. 419/434, opina por não reconhecer a decadência do direito da Fazenda Pública de formalizar o crédito tributário em relação ao período anterior a 18/04/13 e, pela procedência do lançamento.

Em sessão realizada em 04/04/19, acorda a 2ª Câmara de Julgamento do CCMG, em preliminar, à unanimidade, em deferir o pedido de vista formulado pelo Conselheiro Carlos Alberto Moreira Alves, nos termos da Portaria nº 04, de 16/02/01, marcando-se extrapauta para o dia 10/04/19, ficando proferidos os votos dos Conselheiros Ivana Maria de Almeida (Relatora), André Barros de Moura (Revisor) e Luiz Geraldo de Oliveira, que não reconheciam a decadência do direito da Fazenda Pública de formalizar o crédito tributário, e julgavam procedente o lançamento. Pela Impugnante, sustentou oralmente a Dra. Misabel de Abreu Machado Derzi e, pela Fazenda Pública Estadual, o Dr. Silvério Bouzada Dias Campos.

Em sessão realizada em 10/04/19, em razão da aplicação da Portaria nº 04, de 16/02/01, deu-se prosseguimento ao julgamento anterior realizado em 04/04/19, quando acorda a 2ª Câmara de Julgamento do CCMG, em preliminar, à unanimidade,

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

em prorrogar o pedido de vista formulado pelo Conselheiro Carlos Alberto Moreira Alves, marcando-se extrapauta para o dia 17/04/19.

DECISÃO

Os fundamentos expostos no parecer da Assessoria do CCMG foram os mesmos utilizados pela Câmara para sustentar sua decisão e, por essa razão, passam a compor o presente Acórdão.

Do Mérito

Conforme relatado, a autuação versa sobre a imputação de recolhimento a menor do ICMS, no período de 1º/04/13 a 31/12/16, em decorrência de a Autuada não ter considerado na base de cálculo do ICMS os serviços de comunicação/telecomunicação, na modalidade de “assinatura sem franquia”, conseqüentemente, sem destaque do imposto.

Exigências de ICMS e das Multas de Revalidação e Isolada previstas na Lei n.º 6.763/75, respectivamente, nos arts.56, inciso II e 55, inciso VII, alínea “c”.

Instruem os autos, dentre outros, os seguintes documentos:

- Auto de Início de Ação Fiscal – AIAF (fl. 02);
- Relatório Fiscal (fls. 14/16);
- Anexo 1 – Demonstrativo mensal da prestação de comunicação não tributados, com indicação dos valores do ICMS não recolhidos no período (fls. 18/19);
- Anexo 2 – Demonstrativo do ICMS, Multa de Revalidação e Multa Isolada por período mensal (fls. 21/22);
- Anexo 3 – CDs contendo arquivos com as planilhas com assinaturas sem franquia não submetidas à tributação e relação “hash code” relativos aos arquivos anexados (fls. 25/30);
- Anexo 4 – Cópia por amostragem de documentos fiscais exemplificativos das irregularidades - assinaturas sem franquia (fls. 36/222);
- Anexo 5 – Cópia do Acórdão do Recurso Extraordinário e da página do site da Autuada, onde comunica a mudança de postura, a partir de 2017 (fls. 224/226);
- Anexo 6 – Intimação fiscal com resposta (fls. 228/232) e arquivos originais entregues pelo Contribuinte e Livros de Registro de Saída e Apuração (fls. 234/237).

Inicialmente, a Impugnante pleiteia que seja considerado decaído o direito de lançar, relativamente aos fatos geradores anteriores a 18/04/13, sendo aplicável o disposto no § 4º do art. 150 do Código Tributário Nacional - CTN.

Conforme estabelece o mencionado dispositivo (§ 4º do art. 150 do CTN), se a lei não fixar prazo à homologação, ele será de 5 (cinco) anos, contados da ocorrência do fato gerador, e expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública tenha se

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito tributário.

No entanto, constitui regra geral que, ao lançamento de ofício, aplica-se o prazo decadencial de cinco anos e a forma de contagem fixada no art. 173, inciso I do CTN, como se segue:

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;

(...)

Sobre o tema, decidiu o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Agravo em Recurso Especial nº 76977 RS 2011/0191109-3, de 12/04/12:

TRIBUTÁRIO. CREDITAMENTO INDEVIDO DE ICMS. LANÇAMENTO DE OFÍCIO. APLICAÇÃO DA REGRA PREVISTA NO ART. 173, I, DO CTN. PRECEDENTES.

(...)

2. "NOS TRIBUTOS SUJEITOS A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO, QUANDO OCORRE O RECOLHIMENTO EM DESCONFORMIDADE COM A LEGISLAÇÃO APLICÁVEL, DEVE A AUTORIDADE FISCAL PROCEDER AO LANÇAMENTO DE OFÍCIO (CTN, ART. 149), INICIANDO-SE O PRAZO DECADENCIAL DE CINCO ANOS NO PRIMEIRO DIA DO EXERCÍCIO SEGUINTE ÀQUELE EM QUE O LANÇAMENTO PODERIA TER SIDO FEITO (ART. 173, I, DO CTN)." (REsp 973189/MG, REL. MIN. CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, JULGADO EM 04/09/2007, DJ 19/09/2007, P. 262). AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. DECISÃO UNÂNIME (GRIFOU-SE)

Mais recentemente, pronunciou-se o STJ, no Agravo Regimental nos EDcl no REsp 1264479/SP, em acórdão de relatoria do Ministro Gurgel de Faria, publicado em 10/08/16.

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. ICMS. LANÇAMENTO. DECADÊNCIA. CONTAGEM DO PRAZO. ART. 173, I, DO CTN. VÍCIO NA NOTIFICAÇÃO. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO.

1. A PRIMEIRA SEÇÃO, POR OCASIÃO DO JULGAMENTO DO REsp 973.733/SC, SUBMETIDO AO RITO DO ART. 543-C DO CPC, FIRMOU O ENTENDIMENTO DE QUE A DECADÊNCIA PARA A CONSTITUIÇÃO DE TRIBUTOS SUJEITOS A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO DEVE SER CONTADA NA FORMA DO ART. 173, I, DO CTN, PARA OS CASOS EM QUE A LEI NÃO PREVÊ O PAGAMENTO ANTECIPADO OU QUANDO, EXISTINDO TAL PREVISÃO LEGAL, O RECOLHIMENTO NÃO É REALIZADO.

2. A ALEGAÇÃO DE QUE A NOTIFICAÇÃO DO LANÇAMENTO NÃO OCORREU DENTRO DO PRAZO DECADENCIAL NÃO FOI ENFRENTADA PELO ACÓRDÃO RECORRIDO, RAZÃO PELA QUAL

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

INCIDE, NO PONTO, O ENTENDIMENTO CONTIDO NA SÚMULA 282 DO STF.

3. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

E também no AgRg no Agravo em Recurso Especial nº 533.405 –RS (2014/0144927-8):

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ICMS. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. DECADÊNCIA. AUSÊNCIA DE PAGAMENTO ANTECIPADO. ARTIGO 173, I, DO CTN. ENTENDIMENTO FIRMADO NO RESP 973.733/SC, SOB O RITO DO ARTIGO 543-C DO CPC.

1. A PRIMEIRA SEÇÃO DESTA CORTE, NO JULGAMENTO DO RESP 973.733/SC, SUBMETIDO AO RITO DO ART. 543-C DO CPC, FIRMOU A COMPREENSÃO DE QUE NOS CASOS DE TRIBUTOS SUJEITOS A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO, QUANDO NÃO HÁ O PAGAMENTO ANTECIPADO – CASO DOS AUTOS -, O PRAZO DECADENCIAL PARA O LANÇAMENTO DE OFÍCIO É AQUELE ESTABELECIDO NO ART.173, I, DO CTN.

2. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

Dessa forma, o prazo para a Fazenda Pública Estadual constituir o crédito tributário relativo ao exercício de 2013 somente expirou em 31/12/18, nos termos do inciso I do mencionado art. 173, não ocorrendo a decadência relativamente ao crédito tributário exigido, uma vez que a Autuada foi regularmente intimada da lavratura do Auto de Infração em 18/04/18 (fl. 10).

Mediante a auditoria fiscal nos livros, planilhas, documentos e arquivos eletrônicos no formato do Convênio ICMS nº 115/03, constatou o Fisco que a Autuada, deixou de recolher o ICMS incidente sobre a prestação de serviço de telecomunicação, na modalidade “Assinaturas sem franquia”, deixando de informar os correspondentes valores nas notas fiscais de serviço de telecomunicação – modelo 22, e, conseqüentemente de incluí-los na base de cálculo do imposto, conforme demonstrados nas planilhas constantes do Anexo 3 do Auto de Infração (CDR de fls. 25/30).

Inicialmente, cabe mencionar os dispositivos constitucionais que regem o presente lançamento.

A Constituição Federal estabeleceu a competência privativa para instituir o imposto sobre prestação de serviço de comunicação aos Estados e ao Distrito Federal, conforme disposto no inciso II do art.155 da Constituição Federal.

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

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior;

A definição do fator gerador da obrigação tributária principal está amparada na Lei Complementar nº 87/96, em seu art. 2º, inciso III, em relação à prestação de serviço de comunicação. Veja-se:

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.

Complementado que foi pelos arts. 12 e 13 da mesma lei, que definem o momento da ocorrência do fato gerador e a sua base de cálculo, *in verbis*:

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;

Já a Lei Estadual nº 6.763/75 descreve de forma objetiva as hipóteses de incidência bem como a ocorrência do fato gerador do ICMS nas prestações de serviços de comunicação. Confira-se:

Art. 5º - O Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS - tem como fato gerador as operações relativas à circulação de mercadorias e às prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior.

§ 1º- O imposto incide sobre:

(...)

8) a prestação onerosa de serviço de comunicação de qualquer natureza, por qualquer meio, inclusive a geração, a emissão, a recepção, a transmissão, a retransmissão, a repetição e a ampliação.

(...)

Art. 6º - Ocorre o fato gerador do imposto:

(...)

XI - na geração, na emissão, na transmissão, na retransmissão, na repetição, na ampliação ou na recepção de comunicação de qualquer natureza, por qualquer processo, ainda que iniciada no exterior, ressalvado o serviço de comunicação realizado internamente no estabelecimento pelo próprio contribuinte;

O RICMS/02, por sua vez, também esclarece quais serviços se enquadram como fato gerador do imposto e integram sua base de cálculo:

Art. 43. Ressalvado o disposto no artigo seguinte e em outras hipóteses previstas neste Regulamento e no Anexo IV, a base de cálculo do imposto é:

(...)

X - na geração, emissão, transmissão ou retransmissão, repetição, ampliação ou recepção de comunicação de qualquer natureza, por qualquer processo, ainda que iniciada ou prestada no exterior, observado o disposto no § 4º deste artigo, o preço do serviço, ou, nas prestações sem preço determinado, o valor usual ou corrente, assim entendido o praticado na praça do prestador do serviço, ou, na sua falta, o constante de tabelas baixadas pelos órgãos competentes;

(...)

§ 4º Na hipótese do inciso X do caput deste artigo, incluem-se também na base de cálculo do imposto, quando for o caso, os valores cobrados a título de acesso, adesão, ativação, habilitação, disponibilidade, assinatura e utilização dos serviços, bem como de serviços suplementares e facilidades adicionais que otimizem ou agilizem o processo de comunicação, independentemente da denominação que lhes seja dada.

Grifou-se.

Constata-se, portanto, que o enquadramento do serviço de “assinatura sem franquia” executado pela Impugnante como prestação de serviço de comunicação, sujeita à incidência do ICMS, encontra-se perfeitamente identificado pela legislação exposta.

A Defesa da Impugnante não questiona o mérito da autuação no tocante à incidência ou não do ICMS sobre o serviço de telecomunicação prestado pela Autuada (assinatura sem franquia), apenas requer a extinção do presente Auto de Infração, nos termos do art. 156, inciso X, do CTN, em razão de ter sido lavrado em descumprimento à ordem judicial obtida pela Impugnante nos autos do Mandado de Segurança nº 0569092-16.2011.8.13.0024, impetrado para impedir a cobrança de ICMS justamente

CONSELHO DE CONTRIBUENTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

sobre a rubrica autuada (*assinatura sem inclusão de minutos*), transitada em julgado em 28/11/15.

Informa a Impugnante que impetrou Mandado de Segurança preventivo nº 0569092-16.2011.8.13.0024 (doc. 4 de fls. 319/339) para suspender a exigibilidade do ICMS sobre receitas decorrentes da assinatura mensal (sem inclusão de franquia em minutos), tendo sido deferida a liminar, conforme documento de fls. 341/356 (doc. 5), **em 30/08/11**, decisão posteriormente confirmada pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais, em **14/08/12** (doc. 06, de fls. 358/369).

Afirma a Autuada que a Fazenda Pública aviou Recurso Extraordinário, cujo prosseguimento foi negado, e que, após reiterados recursos fazendários, no âmbito da Suprema Corte, o trânsito em julgado, confirmando o aresto do TJMG, ocorreu no dia **28/11/15** (doc. 6 – fls. 372/380).

Entende que o lançamento tributário consubstanciado no presente Auto de Infração viola decisão judicial definitiva, razão pela qual requer a sua extinção, nos termos do art. 156, inciso X do CTN. *In verbis*:

Art. 156. Extinguem o crédito tributário:

(...)

X - a decisão judicial passada em julgado.

(...)

Por seu turno, a Fiscalização entende que, no caso em tela, o Mandado de Segurança Preventivo impediu o Fisco Mineiro de autuar aqueles fatos geradores durante vigência de liminar entre 2011 e 2012 e, também, após concessão da segurança definitiva em 28/11/15, mas isso não extinguiu, e nem poderia, o crédito tributário a eles relativo.

Entende o Fisco que a exigência é legal, visto que, em 13/10/16, foi declarada nova interpretação da norma tributária pelo Supremo Tribunal Federal, por meio do Acórdão 912.888/RS, que passou a considerar que o **ICMS incide sobre “Assinaturas sem franquia”**, em processo judicial em que a recorrida Oi S/A (que junto com a Telemar S/A. fazem parte do Grupo Oi) saiu perdedora.

Considera que a decisão do STF de 2016, que definiu a licitude da incidência do ICMS sobre “Assinaturas sem franquia”, é aplicável a partir de sua publicação, tornando possível a Fazenda Pública exigir créditos tributários não pagos referentes a tais fatos geradores, desde que não maculados pelo prazo decadencial.

Conclui que, dessa forma os créditos tributários relativos aos fatos geradores praticados pelo Contribuinte, desde 2011 até hoje, nasceram normalmente e ficaram incólumes no tempo, operando-se a extinção, apenas, sobre aqueles, eventualmente, pagos ou que tenham sofrido os efeitos da decadência.

Por oportuno, transcreve-se excertos do Acórdão 912.888/RS:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 912.888

EMENTA: TRIBUTÁRIO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ICMS SOBRE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE

COMUNICAÇÃO. TARIFA DE ASSINATURA BÁSICA MENSAL. CONTRAPRESTAÇÃO AO SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO PROPRIAMENTE DITO PRESTADO PELAS CONCESSIONÁRIAS DE TELEFONIA. INCIDÊNCIA DO TRIBUTO.

VOTO

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI (RELATOR):

(...)

4. NA HIPÓTESE SOB EXAME, E INCONTROVERSO NOS AUTOS QUE A TARIFA DE ASSINATURA BÁSICA MENSAL DE QUE A RECORRIDA PRETENDE AFASTAR A COBRANÇA DO ICMS E CONTRAPRESTAÇÃO DE SERVIÇO CUJO PLANO NÃO INCLUI FRANQUIA DE MINUTOS AO USUÁRIO. OS PLANOS ALTERNATIVOS DE SERVIÇO ABRANGIDOS PELA IMPETRAÇÃO (PLANOS ALTERNATIVOS 154, 155, 156 E 157), DEVIDAMENTE HOMOLOGADOS PELA ANATEL TEM COMO PRINCIPAL CARACTERÍSTICA, SEGUNDO A EXORDIAL, A “COBRANÇA DE UMA ASSINATURA MENSAL, DE PAGAMENTO OBRIGATÓRIO, QUE DA DIREITO APENAS A DISPONIBILIDADE DO SERVIÇO (SEM INCLUSÃO DE MINUTOS OU TRAFEGO) E A POSSIBILIDADE DE CONTRATAÇÃO ADICIONAL DE PACOTES PARA REALIZAÇÃO DE CHAMADAS, ACESSO A REDE MUNDIAL DE COMPUTADORES (INTERNET), DENTRE OUTROS SERVIÇOS” (FL. 4). O PRÓPRIO PEDIDO DO MANDADO DE SEGURANÇA, ALIAS, E EXPRESSO NESSE SENTIDO, DELE CONSTANDO O PLEITO DE CONCESSÃO DA ORDEM PARA QUE SE DETERMINE A AUTORIDADE COATORA QUE SE ABSTENHA “DE EXIGIR DA IMPETRANTE O PAGAMENTO DO ICMS COMUNICAÇÃO SOBRE MERA DISPONIBILIDADE OU ASSINATURA MENSAL SEM FRANQUIA DE MINUTOS (...)” (FL. 21).

ENGANAM-SE A RECORRIDA E AS INSTANCIAS DE ORIGEM, NO ENTANTO, AO EQUIPARAR A COBRANÇA DA TARIFA DE ASSINATURA BÁSICA MENSAL COM A “MERA DISPONIBILIDADE” DO SERVIÇO. A TARIFA, A TODA EVIDENCIA, E CONTRAPRESTAÇÃO AO PRÓPRIO SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO PRESTADO PELAS CONCESSIONÁRIAS DE TELEFONIA. A AUSÊNCIA DE FRANQUIA DE MINUTOS VINCULADA AO PREÇO COBRADO E, PORTANTO, DE EFETIVA COMUNICAÇÃO ENTRE O USUÁRIO E TERCEIRO SÃO, NO CASO, IRRELEVANTES, E NÃO TEM O CONDÃO DE DESCARACTERIZAR O SERVIÇO REMUNERADO PELO VALOR DA ASSINATURA BÁSICA MENSAL COMO SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO PROPRIAMENTE DITO, QUE CONSISTE, NA HIPÓTESE, NO FORNECIMENTO, EM CARÁTER CONTINUADO, DAS CONDIÇÕES MATERIAIS PARA QUE OCORRA A COMUNICAÇÃO ENTRE O USUÁRIO E TERCEIRO. AFINAL, O QUE CONSTITUIÇÃO DA REPUBLICA AUTORIZA OS ESTADOS E O DF A TRIBUTAR NÃO É “PROPRIAMENTE O TRANSPORTE TRANSMUNICIPAL, A COMUNICAÇÃO OU QUAISQUER OUTROS SERVIÇOS, MAS SIM AS PRESTAÇÕES ONEROSAS DESSES SERVIÇOS” (CARRAZZA, ROQUE ANTONIO.

ICMS. SÃO PAULO: MALHEIROS, 2015, 17. ED., P. 238). E LEGÍTIMA, ASSIM, A INCIDÊNCIA DO ICMS-COMUNICAÇÃO SOBRE O VALOR PAGO A TÍTULO DE TARIFA DE ASSINATURA BÁSICA MENSAL.

ENTENDIMENTO CONTRÁRIO, COMO BEM OBSERVA O RECORRENTE, ACABARIA POR ATRIBUIR AO PLANO DE SERVIÇO, ELABORADO PELA ANATEL OU PELAS PRÓPRIAS PRESTADORAS, A POSSIBILIDADE DE DEFINIR A BASE DE CÁLCULO DO ICMS-COMUNICAÇÃO, AFASTANDO A INCIDÊNCIA TRIBUTÁRIA DE DETERMINADAS QUANTIAS PELO SIMPLES FATO DE SEREM COBRADAS DOS USUÁRIOS A TÍTULO DE TARIFA DE ASSINATURA BÁSICA MENSAL. O PRÓPRIO CONTRIBUINTE, PORTANTO, POR ATO INDIVIDUAL DE VONTADE, TERIA A FACULDADE DE DEFINIR COMO BEM LHE APROUVESSE A BASE DE CÁLCULO DO TRIBUTO DEVIDO, O QUE, POR ABSURDO, NÃO SE PODE ADMITIR.

5. DESSE MODO, A TESE A SER FIRMADA, COM OS EFEITOS DA REPERCUSSÃO GERAL, É A DE QUE "O IMPOSTO DE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS E SERVIÇOS (ICMS) INCIDE SOBRE A TARIFA DE ASSINATURA BÁSICA MENSAL COBRADA PELAS PRESTADORAS DE SERVIÇO DE TELEFONIA, INDEPENDENTEMENTE DA FRANQUIA DE MINUTOS CONFERIDA OU NÃO AO USUÁRIO".

6. DIANTE DO EXPOSTO, DOU PROVIMENTO AO RECURSO EXTRAORDINÁRIO PARA DENEGAR A ORDEM. CUSTAS PELO IMPETRANTE. SEM HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS (ART. 25 DA LEI 12.016/09). E O VOTO.

(DESTACOU-SE).

Inconteste a incidência do ICMS sobre a prestação de serviço de telecomunicação na modalidade de assinatura sem franquia, prestado pela Autuada.

A controvérsia cinge-se, então, a esclarecer se poderia o Fisco exigir o ICMS sobre a assinatura sem franquia, em face a decisão judicial obtida pela Impugnante nos autos do Mandado de Segurança nº 0569092-16.2011.8.13.0024, impetrado para impedir a cobrança de ICMS justamente sobre a rubrica autuada (*assinatura sem inclusão de minutos*), transitada em julgado em 28/11/15, e a decisão do STF em sede de repercussão geral.

Instada a se manifestar sobre a matéria, a Advocacia Geral do Estado se pronunciou no sentido de que, em face do julgamento em andamento, no âmbito do STF, conclusos ao r. relator min. Edson Fachin, sob repercussão geral, com origem no RE 949297/Tema 881, não se poderia estender a decisão transitada em julgado, avocada pelo Contribuinte, sequer para o período anterior à publicação do RE nº 912.888, quanto mais período que seja posterior.

Trata o Tema 881:

Tema 881 - Limites da coisa julgada em matéria tributária, notadamente diante de julgamento, em controle concentrado pelo Supremo Tribunal Federal,

que declara a constitucionalidade de tributo anteriormente considerado inconstitucional, na via do controle incidental, por decisão transitada em julgado.

Faz-se oportuno esclarecer que o Acórdão nº 22.351/16/1ª, citado pela Defesa, faz apenas relato dos fatos ocorridos, relativos à extinção de crédito tributário, anteriormente à entrada do PTA no CCMG. Ou seja, naquele Acórdão não consta qualquer decisão desta Casa no sentido de extinção de crédito por coisa julgada, como foi alegado na impugnação.

Assim sendo, não merece reparo o trabalho fiscal, sendo corretas as exigências fiscais de ICMS, Multa de Revalidação e Multa Isolada prevista no art. 55, inciso VII, alínea “c”, da Lei nº 6.763/75

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:

(...)

VII - por consignar em documento fiscal que acobertar a operação ou a prestação:

(...)

c) valor da base de cálculo menor do que a prevista na legislação, relativamente à prestação ou operação própria ou à substituição tributária, nas hipóteses não abrangidas pelas alíneas “a” e “b” deste inciso - 20% (vinte por cento) do valor da diferença apurada;

Registre-se que os valores exigidos relativos à multa isolada encontram-se de acordo com os limites estabelecidos na nova redação do § 2º do art. 55 da Lei nº 6.763/75, alterado pela Lei nº 22.549, de 30 de junho de 2017 e, posteriormente, pela **Lei nº 22.796, de 28 dezembro de 2017**, determinando a limitação das multas previstas no art. 55 a duas vezes o valor do imposto incidente na operação ou prestação.

Por fim, no que tange a incidência de juros de mora sobre a multa de revalidação, também não assiste razão ao Contribuinte. Isso porque o art. 113 do CTN estabelece a descrição de quais parcelas compõem o crédito relacionado à obrigação principal:

Art. 113. A obrigação tributária é principal ou acessória.

§ 1º A obrigação principal surge com a ocorrência do fato gerador, tem por objeto o pagamento de tributo ou penalidade pecuniária e extingue-se juntamente com o crédito dela decorrente.

§2º A obrigação acessória decorre da legislação tributária e tem por objeto as prestações, positivas ou negativas, nela prevista no interesse da arrecadação ou da fiscalização dos tributos.

§3º A obrigação acessória, pelo simples fato de sua inobservância, converte-se em obrigação principal relativamente à penalidade pecuniária.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Percebe-se que para o legislador o crédito tributário pode ser composto por três parcelas: I) o crédito decorrente da obrigação principal, II) o crédito gerado em razão de penalidade pecuniária decorrentes dessa obrigação principal e III) o crédito eventualmente decorrente do descumprimento de obrigação acessória.

Citado por Leandro Paulsen, o Professor Eurico Marcos Diniz de Santi, assim esclarece:

A obrigação principal, criação de expediente técnico-jurídico, congrega em um só objeto, em uma só relação jurídica, mediante a operação de soma ou união de relações, os objetos das relações patrimoniais: relação jurídica tributária, relação jurídica da multa pelo não-pagamento, relação jurídica de mora e relação jurídica sancionadora instrumental, prática esta que, se, de um lado, facilita a integração e cobrança do débito fiscal, de outro, dificulta o discernimento das várias categorias e regimes jurídicos díspares que compõem a denominada obrigação tributária principal.

A redação do art. 161 do CTN prevê que *o crédito não integralmente pago no vencimento é acrescido de juros de mora, seja qual for o motivo determinante da falta*, ou seja, a redação do dispositivo permite concluir que o Código Tributário Nacional autoriza a exigência de juros de mora sobre o crédito e ao se referir a crédito, evidentemente o dispositivo está tratando de crédito tributário, que conforme definido pelo citado art. 113, decorre da obrigação principal onde se incluiu tanto o valor do tributo devido como a penalidade dele decorrente.

No âmbito da regulamentação dada à matéria pela legislação ordinária, cita-se o art. 226 da Lei nº 6.763/75 e ainda os arts. 2º e 3º da Resolução SEF nº 2.880/97, que disciplinaram o assunto:

Lei nº 6.763/75

Art. 226. Sobre os débitos decorrentes do não-recolhimento de tributo e multa nos prazos fixados na legislação, incidirão juros de mora, calculados do dia em que o débito deveria ter sido pago até o dia anterior ao de seu efetivo pagamento, com base no critério adotado para cobrança dos débitos fiscais federais.

Resolução SEF nº 2.880/97

Art. 2º Os juros de mora incidirão tanto sobre a parcela do tributo, quanto sobre a de multa, inclusive a de mora, a partir do primeiro dia do mês subsequente ao do vencimento do débito até a data do efetivo pagamento, observando-se:

I - quando as multas forem pagas com redução, considera-se, para efeitos de cobrança dos juros moratórios, o valor efetivamente pago;

II - tratando-se de multa isolada, o termo inicial para a cobrança dos juros de mora será o

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

primeiro dia do mês subsequente ao do recebimento do Auto de Infração (AI).

Art. 3º Os juros de mora, ressalvada a hipótese do artigo 5º, serão calculados no momento do pagamento do crédito tributário.

Os cálculos dos juros moratórios realizados pelo Fisco estão de acordo com o arcabouço jurídico acima apresentado e por isso, não merecem qualquer reparo.

Em razão da aplicação da Portaria nº 04, de 16/02/01, deu-se prosseguimento ao julgamento anterior realizado em 10/04/19. ACORDA a 2ª Câmara de Julgamento do CCMG, quanto à prejudicial de mérito, à unanimidade, em não reconhecer a decadência do direito da Fazenda Pública de formalizar o crédito tributário. No mérito, por maioria de votos, em julgar procedente o lançamento. Vencido o Conselheiro Carlos Alberto Moreira Alves, que o julgava improcedente. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros André Barros de Moura (Revisor) e Luiz Geraldo de Oliveira.

Sala das Sessões, 17 de abril de 2019.

Ivana Maria de Almeida
Relatora

Carlos Alberto Moreira Alves
Presidente

T

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS		
--	--	--

Acórdão:	22.075/19/2ª	Rito: Ordinário
PTA/AI:	01.000956012-85	
Impugnação:	40.010145851-38	
Impugnante:	Telemar Norte Leste S/A. - Em Recuperação Judicial	
	IE: 062149964.00-47	
Proc. S. Passivo:	André Mendes Moreira/Outro(s)	
Origem:	DF/BH-2 - Belo Horizonte	

Voto proferido pelo Conselheiro Carlos Alberto Moreira Alves, nos termos do art. 53 do Regimento Interno do CCMG.

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

Conforme esclarece o Voto vencedor, o Auto de Infração ora em apreço trata da acusação de que teria a Impugnante promovido o recolhimento a menor do ICMS, no período de 1º/04/13 a 31/12/16, em decorrência de a Autuada não ter considerado na base de cálculo do ICMS os serviços de comunicação/telecomunicação, na modalidade de “assinatura sem franquia”, conseqüentemente, sem destaque do imposto.

Não obstante, o deslinde da questão em apreço, passa ao larga da matéria autuada, havendo questão de importância premente a ser avaliada.

Conforme discorre em sua peça defensiva, em 17/03/11, a Impugnante impetrou Mandado de Segurança preventivo, o qual seguiu regular tramitação sob o nº 0569092-16.2011.8.13.0024.

Referido Mandado de Segurança, tinha como objetivo suspender a exigibilidade do ICMS, nos termos preconizados pelo art. 151, inciso IV do CTN, sobre receitas decorrentes da assinatura mensal (sem inclusão de franquia em minutos), abstendo-se ainda de incluir seu nome em cadastro de inadimplentes, de negar-lhe a emissão de certidões com efeitos negativos, e/ou impor qualquer empecilho à regular atividade comercial da Impugnante.

Foi deferida liminarmente a segurança, para “suspender a exigibilidade do ICMS incidente sobre as receitas decorrentes de assinatura mensal sem inclusão de franquia de minutos, nos termos do artigo 151, inciso IV, do CTN”.

Posteriormente, em agosto de 2011 a liminar conferida, foi confirmada por sentença, determinando “à digna Autoridade apontada Coatora que se abstenha de exigir da Impetrante o pagamento de ICMS sobre o valor saldado a título de assinatura mensal sem franquia de minutos, confirmando a decisão de fls. 100/108.”

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Decisão esta, posteriormente confirmada pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais, (fls. 358/369).

Manejado recurso próprio pela Fazenda Pública, seu seguimento foi negado pelo Supremo Tribunal Federal (fls. 372/379), com decisão final transitada livremente e julgado em 28/11/2015, conforme certidão de fls. 380 dos autos.

Conforme já apontado alhures, a matéria objeto daquele Mandado de Segurança, trata de questão exatamente idêntica à que se vê posta em julgamento.

Observada a identidade entre as matérias, foram remetidos os autos à Advocacia Geral do Estado, para que se pronunciasse quanto à tal fato, encaminhamento este promovido pela Assessoria do CC/MG.

O parecer apresentado em resposta, datado de 26/12/18 (fls. 409/410v) aduz que:

“No entanto, no tocante à Telemar, o fisco deve observar a coisa julgada em relação aos fatos geradores ocorridos anteriormente à decisão do STF, no RE 912.888/RS, em razão, como já disse, da definitividade da decisão transitada em julgado, nos termos do art. 5º, inc. XXXVI, da Constituição da República.”

E continua:

“Assim, entendemos que o ICMS relativo aos fatos geradores ocorridos anteriormente à decisão do STF (abril/2013 a 13/outubro/2016) não é passível de cobrança, por violar a coisa julgada.”

Conclui ao final pela “devolução do presente PTA à Procuradoria de Tributos e Assuntos Fiscais – PTF, tendo em vista a sua competência para manifestar nos processos que estão no Conselho de Contribuintes, como é o caso, em razão do disposto no art. 2º, inc. V, e, da Resolução AGE 27/2015.

Em seguida, é apresentado novo parecer em nome da AGE, parecer este da lavra do Ilustre Procurador Dr. Antônio Carlos Diniz Murta, que, ao final conclui conforme transcreve-se a seguir:

“Neste sentido, a decisão do STF só teria efeitos após 13/10/2016; devendo, portanto, o crédito tributário associado àquele período ser extinto por “decisão judicial transitada em julgado”.”

Parecer este acompanhada pelo Procurador-Chefe (em exercício), conforme se infere de fls. 411 dos autos.

Posteriormente, após nova provocação, vêm aos autos novo parecer, novamente de responsabilidade do Dr. Antonio Carlos Diniz Murta, agora concluindo em sentido diametralmente oposto, determinando a remessa dos autos para julgamento em sua integralidade pelo Conselho de Contribuintes.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Este segundo parecer, bem como o voto vencedor se baseiam em algumas premissas que serão repassadas a seguir.

O primeiro fato ressaltado pelo voto vencedor é o julgamento pelo Supremo Tribunal Federal no RE 912.888 em repercussão geral, quando se fixou a tese acerca da regular incidência do ICMS nos serviços de comunicação/telecomunicação, na modalidade de “assinatura sem franquia”.

Aduzindo, portanto, a existência de uma modificação do entendimento daquela Corte, alterando seu posicionamento e portanto, com impactos sobre o caso em tela.

Exatamente este, foi o fundamento pela divisão do Auto de Infração em dois períodos distintos, um primeiro até 13/10/16 e outro posterior, sendo que o primeiro restaria prejudicado pela existência de coisa julgada.

Aquele primeiro posicionamento foi alterado, buscando suporte no julgamento em andamento, no âmbito do STF, conclusos ao r. relator min. Edson Fachin, sob repercussão geral, com origem no RE 949297/Tema 881.

Trata o Tema 881:

TEMA 881 - LIMITES DA COISA JULGADA EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA, NOTADAMENTE DIANTE DE JULGAMENTO, EM CONTROLE CONCENTRADO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, QUE DECLARA A CONSTITUCIONALIDADE DE TRIBUTO ANTERIORMENTE CONSIDERADO INCONSTITUCIONAL, NA VIA DO CONTROLE INCIDENTAL, POR DECISÃO TRANSITADA EM JULGADO.

Todavia, com a devida vênia entendo que a situação merece melhor apreciação, e o Tema 881 não valida a tese conforme defendida pela Advocacia Geral do Estado.

Nos autos do RE 949297/Tema 881 há manifestação do Procurador-Geral da República pelo provimento do RE, onde traz como síntese:

“RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. TEMA 881. COISA JULGADA, CLÁUSULA REBUS SIC STANTIBUS. RELAÇÃO CONTINUADA. EFICÁCIA. PERDA. DECISÃO NO ÂMBITO DO CONTROLE CONCENTRADO. PREVALÊNCIA.

TESE DE REPERCUSSÃO GERAL – TEMA 881: A COISA JULGADA EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA, QUANDO DERIVADA DE RELAÇÃO JURÍDICA DE TRATO CONTINUADO, PERDE SUA EFICÁCIA NO MOMENTO DA PUBLICAÇÃO DO ACÓRDÃO EXARADO NO ÂMBITO DO CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE CONTRÁRIO AO SENTIDO DA SENTENÇA INDIVIDUAL (ART. 28 DA LEI 9.868/99).

Ou seja, é defendida ali a tese de que perder-se-ia a eficácia da decisão transitada em julgado no momento da publicação do acórdão exarado no âmbito do controle concentrado de constitucionalidade.

Partindo do pressuposto, que até o momento inexistente decisão relativa à questão, não se pode presumir seu resultado, o que importaria num exercício de “futurologia”, destarte, o que se pode extrair daqueles autos é a tese defendida, a qual colide com a pretensão Fiscal Fazendária defendida também pela Advocacia Geral do Estado.

Restaria avaliar a possibilidade de alteração do entendimento anterior ou rescisão da coisa julgada de forma automática com a publicação da decisão alusiva ao Acórdão 912.888/RS, entretanto, considerando que o julgamento do Tema 881 permanece em aberto, afastado qualquer possibilidade de aplicação automática de entendimento ali exarado em sede de fundamentação.

Sigo assim, firme no entendimento de que, é de fato possível a rescisão da coisa julgada, entretanto necessária provocação por parte do interessado com esse propósito específico, o que não ocorreu na hipótese dos autos.

Noutro giro, busca a Fiscalização se amparar na Súmula 239 do STF, novamente neste específico ponto, melhor sorte não socorre à Fiscalização.

A súmula mencionada trata de situação em que “Decisão que declara indevida a cobrança do imposto em determinado exercício não faz coisa julgada em relação aos posteriores.”

Claramente se reporta a súmula a situações em que a discussão alude a exercício financeiro fechado, o que não se amolda ao caso presente, onde o Mandado de Segurança originalmente impetrado, foi manejado de forma preventiva, inexistindo, portanto, vinculação a qualquer exercício financeiro de forma específica.

Neste sentido, há vários julgados com conclusão em linha com nosso entendimento:

AO FINAL, CUMPRE REFORÇAR A INAPLICABILIDADE DA SÚMULA 239/STF AO CASO EM APREÇO, O QUE REVELA NÃO HAVER QUALQUER VIOLAÇÃO À COISA JULGADA NO CASO SOB ANÁLISE. A DICÇÃO SUMULAR FOI CONSTRUÍDA LEVANDO EM CONSIDERAÇÃO ESPECIFICIDADES APLICÁVEIS A UM LANÇAMENTO ESPECÍFICO, NÃO SE REPORTANDO A VÍCIOS RELATIVOS À NORMA IMPOSITIVA EM TESE. APONTADA UMA INCONSISTÊNCIA DA REGRA-MATRIZ POR AUSÊNCIA DE CONFORMAÇÃO COM O PRESSUPOSTO DE VALIDADE, A COISA JULGADA DEVE SER MANTIDA. [ARE 861.473, REL. MIN. ROBERTO BARROSO, DEC. MONOCRÁTICA, J. 9-2-2015, DJE 36 DE 25.2.2015]

ACOLHO OS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO TÃO SOMENTE PARA SANAR OMISSÃO NO TOCANTE A INCIDÊNCIA DA SÚMULA 239 DA CORTE NA HIPÓTESE DOS AUTOS. (...). DE QUALQUER FORMA, OBSERVO QUE A ORIENTAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DA CORTE, HÁ MUITO, É NO SENTIDO DE QUE A REFERIDA SÚMULA SÓ É APLICÁVEL NAS HIPÓTESES DE PROCESSO JUDICIAL EM QUE TENHA SIDO PROFERIDA A DECISÃO TRANSITADA EM JULGADO DE EXERCÍCIOS FINANCEIROS ESPECÍFICOS, E NÃO NAS HIPÓTESES

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

EM QUE TENHA SIDO PROFERIDA DECISÃO QUE TRATE DA PRÓPRIA EXISTÊNCIA DA RELAÇÃO JURÍDICA TRIBUTÁRIA CONTINUATIVAS, COMO ASSENTOU O ACORDÃO RECORRIDO. **[AI 791.071 AgR-ED**, REL. MIN. **DIAS TOFFOLI**, 1ª T, J. 18-2-2014, *DJE* 53 DE 18-3-2014.]

NOTE-SE, POR OPORTUNO, QUE O PEDIDO INICIAL ACOLHIDO NO ACÓRDÃO RECORRIDO NÃO É DE ANULAÇÃO DE LANÇAMENTO DE EXERCÍCIO FINANCEIRO ESPECÍFICO, CASO EM QUE PODERIA INCIDIR A SÚMULA 239/STF, MAS, SIM, DE DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO IPTU PROGRESSIVO INCIDENTE SOBRE DETERMINADOS IMÓVEIS 'ENQUANTO O FUNDAMENTO PARA A RESPECTIVA COBRANÇA FOR A LEGISLAÇÃO ATUAL'. DECLARADA A INCONSTITUCIONALIDADE DA NORMA TRIBUTÁRIA, SEU EFEITO PERDURA ENQUANTO NÃO OCORREREM ALTERAÇÕES NAS CIRCUNSTÂNCIAS FÁTICAS OU JURÍDICAS EXISTENTES QUANDO PROLATADA A DECISÃO. **[ARE 704.846 ED**, REL. MIN. **DIAS TOFFOLI**, 1ª T, J. 28-5-2013, *DJE* 154 DE 8-8-2013.]

Desta forma, não vislumbro conclusão outra, que, no momento presente afete à decisão transitada em julgado em favor da Impugnante, razão pela qual, voto pela improcedência do lançamento.

Sala das Sessões, 17 de abril de 2019.

Carlos Alberto Moreira Alves
Conselheiro