

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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 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. 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 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.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre falta de recolhimento de ICMS, no período de janeiro a dezembro de 2004, incidente sobre a prestação de serviços de transmissão de dados em território mineiro sem a emissão regular de documento fiscal.

Exige-se ICMS (18%), multa de revalidação (50%) e Multa Isolada (40%) capitulada no inciso XVI do art. 55 da Lei nº 6763/75.

Constatado também, a falta de registro/autenticação na Repartição Fazendária competente, dos livros de Registro de Entradas e Registro de Saídas, referentes ao exercício de 2004, pelo o que se exige a Multa Isolada capitulada inciso II do art. 54 da Lei nº 6763/75.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 557/584, contra a qual o Fisco se manifesta às fls. 696/711.

A Assessoria do CC/MG, em parecer de fls. 716/730, opina pela procedência do lançamento.

DECISÃO

Das Preliminares

Preliminarmente, não merece prosperar a alegação de nulidade do lançamento. Como se constata pelos Anexos 3 a 5 (fls. 103/108), o Fisco utilizou-se de técnicas idôneas de apuração, com recomposição de conta gráfica, nos exatos termos da legislação que regula o ICMS, *ex vi* do artigo 194, inciso V, Parte Geral do RICMS/02 o qual prevê a “verificação fiscal analítica e conclusão fiscal”; como sendo um dos procedimentos a serem utilizados na apuração dos valores das operações ou prestações realizadas pelo sujeito passivo.

A margem de lucro bruto (21,36%) devidamente demonstrada e adotada no presente levantamento encontra guarida no Anexo 10, especificamente às fls. 465 e 466, em consonância com as demonstrações financeiras publicadas pelo próprio Impugnante.

O procedimento fiscal de cruzamento de dados, também adotado, está em perfeita harmonia com o RPTA, aprovado pelo Decreto n° 44.747/08 que assim dispõe:

“Art. 66 - (. . .)

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.”

A doutrina majoritária não discorda da adoção de outros procedimentos para apurar a base tributável. Com efeito, José Eduardo Soares de Melo (*in* Curso de Direito Tributário, São Paulo: Dialética, 1997, p. 165) admite:

“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.” (grifou-se)

Dessa forma, fica notório e evidente que não houve presunção alguma dos valores apurados e devidamente demonstrados, e o critério utilizado acha-se conforme a técnica e as regras dispostas nas normas legais.

Do mesmo modo, não devem prosperar também as razões apontadas pela Impugnante no que se refere à juntada pelo Fisco de novos documentos.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Neste caso, pede a Impugnante o desentranhamento dos documentos de fls. 665/685 dos autos, sob a alegação de “decadência” do fato gerador da obrigação tributária, bem como ainda de já ter transcorrido a “preclusão” da fase de instrução processual.

Quanto à alegada hipótese de preclusão da instrução processual, a legislação mineira dispõe que esta fase somente se encerra após a emissão, pela Assessoria do Conselho de Contribuintes, de Parecer conclusivo sobre o mérito do trabalho fiscal, conforme disposição inserta no art. 149 do RPTA/MG.

Assim, a teor do disposto no parágrafo único do art. 141, conjugado com o art. 149 do RPTA, por se tratar de procedimento tributário administrativo cujo rito processual é o “ordinário”, carecendo ainda de parecer de mérito da Assessoria do CC/MG, nota-se, claramente, então, não ter havido nenhum óbice ou ato de ilegalidade da parte do Fisco na juntada dos documentos de fls. 665/685, devendo merecer fé as provas trazidas, não se justificando, nessa toada, o pedido de desentranhamento de tais documentos.

Com efeito, o fato de o sujeito passivo discordar das acusações que lhe são imputadas não retira a presunção de legitimidade do lançamento. Destarte, inexistem os vícios materiais arguidos pela Impugnante, não havendo que se falar em nulidade da autuação.

Do Mérito

Numa primeira vertente, pleiteia a Impugnante que seja considerado decaído o direito de lançar relativamente aos fatos geradores ocorridos no exercício de 2004, sendo aplicável o disposto no § 4º do art. 150 do Código Tributário Nacional - CTN.

Conforme estabelece o mencionado dispositivo, se a lei não fixar prazo à homologação, será ele de 5 (cinco) anos contados da ocorrência do fato gerador, e expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública tenha se pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito tributário.

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

Sobre o tema, o Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, em decisão de 15/03/07, confirmou tal posição, em acórdão assim ementado (no que interessa ao caso em tela):

“DIREITO TRIBUTÁRIO. PRAZO DECADENCIAL. CONVÊNIO 69/1998. ICMS/COMUNICAÇÃO. BASE DE CÁLCULO. ILEGALIDADE. CDA. PRESUNÇÃO RELATIVA DE CERTEZA E LIQUIDEZ. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. EXECUÇÃO EMBARGADA. ART. 20, § 4.º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. NÃO HAVENDO PAGAMENTO DO TRIBUTO OU NÃO CARACTERIZANDO A HIPÓTESE DE HOMOLOGAÇÃO EXPRESSA OU TÁCITA PELA FAZENDA PÚBLICA DO LANÇAMENTO, NÃO SE APLICA O DISPOSTO NO ART. 150, § 4º, DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL EM RELAÇÃO À DECADÊNCIA. INCIDE, NESTA SITUAÇÃO, A REGRA GERAL ESTABELECIDADA PELO ART. 173, INC.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

I, DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL, CONFORME A JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (...).”
TJMG – PROC. N.º 1.0024.05.692077-0/001(1); RELATORA DESEMBARGADORA MARIA ELZA; PUB. 30/03/2007.

Naquela decisão, ao analisar exigência sobre serviço preparatório (de comunicação) não levado à tributação pelo ICMS (tributado pelo ISS), em que o contribuinte recolheu o saldo devedor mensal apurado, tal e qual a situação ora em análise, entenderam os ilustres julgadores que não havendo o pagamento sobre aquela parcela, não há que se falar em homologação, mas sim em lançamento de ofício, ensejando aplicação da norma do art. 173, I do CTN.

Na mesma toada decidiu o Egrégio Superior Tribunal de Justiça ao apreciar o Recurso Especial n.º 448.416-SP, sob a relatoria do Ministro Otávio Noronha, cuja ementa assim expressa:

TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. ICMS. LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. DECADÊNCIA. ARTS. 150, § 4º, E 173, I, DO CTN.

1. NA HIPÓTESE EM QUE O RECOLHIMENTO DOS TRIBUTOS SUJEITOS A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO OCORRE EM DESCONFORMIDADE COM A LEGISLAÇÃO APLICÁVEL E, POR CONSEQUENTE, PROCEDE-SE AO LANÇAMENTO DE OFÍCIO (CTN, ART. 149), O PRAZO DECADENCIAL DE 5 (CINCO) ANOS, NOS TERMOS DO ART. 173, I, DO CTN, TEM INÍCIO NO PRIMEIRO DIA DO EXERCÍCIO SEGUINTE ÀQUELE EM QUE ESSE LANÇAMENTO (DE OFÍCIO) PODERIA HAVER SIDO REALIZADO.

Aspecto interessante a anotar refere-se à fundamentação do *decisum*. Após abordar as hipóteses vinculadas ao § 4º do art. 150, o ilustrado relator assim se posicionou:

“OUTRA HIPÓTESE, ENTRETANTO, É AQUELA EM QUE O SUJEITO PASSIVO NÃO CUMPRE, OU CUMPRE DE MODO DIVERSO, COM SUAS OBRIGAÇÕES. ASSIM OCORRENDO, A ATIVIDADE A SER PRATICADA PELO FISCO NÃO PODERÁ SER CARACTERIZADA COMO MERA HOMOLOGAÇÃO, JÁ QUE ESTA PRESSUPÕE A EXISTÊNCIA DAS PROVIDÊNCIAS ADOTADAS PELO CONTRIBUINTE PASSÍVEIS DE CONFIRMAÇÃO PELA AUTORIDADE ADMINISTRATIVA. NESSE CASO, CABE AO FISCO, NA FORMA ESTABELECIDADA PELO ART. 149 DO CTN, PROCEDER AO LANÇAMENTO DE OFÍCIO, QUE É EXECUTADO TAMBÉM NOS CASOS DE OMISSÃO OU INEXATIDÃO DO SUJEITO PASSIVO NO CUMPRIMENTO DOS DEVERES QUE LHE FORAM LEGALMENTE ATRIBUÍDOS. COM EFEITO, EM TAIS CASOS, NÃO HÁ O QUE SE HOMOLOGAR.”

Dessa forma, o prazo para a Fazenda Pública Estadual constituir o crédito tributário relativo ao exercício de 2004 somente expirou em 31/12/09, conforme disposto no 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 07/05/09.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Quanto ao mérito propriamente dito, versa a autuação sobre falta de recolhimento de ICMS, no período de janeiro a dezembro de 2004, incidente sobre a prestação de serviços de transmissão de dados em território mineiro sem a emissão regular de documento fiscal.

Esse fato foi comprovado por meio da análise de livros/documentos e por meio de 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, apresentados pelos seguintes contribuintes estabelecidos no Estado de Minas Gerais: Empresa de Infovias S/A, Telemar Norte Leste S/A, Empresa Brasileira de Telecomunicações S/A e Cia de Telecomunicações do Brasil Central.

Versa ainda o contencioso sobre descumprimento de obrigação acessória caracterizada pela falta de registro/autenticação na Repartição Fazendária competente, dos livros Registro de Entradas e Registro de Saídas, referentes ao exercício de 2004.

O Auto de Infração encontra-se lastreado nos diversos demonstrativos (Anexos), que se encontram às 19/108.

As atividades sociais da Telefônica Data S/A, compreende, dentre outras, a exploração do Serviço de Comunicação Multimídia -SCM, nos termos do Ato n.º 26.117, de 4 de Junho de 2002 expedido pela ANATEL, às fls. 504, serviço este, assim definido na Resolução n.º 272, de 9 de Agosto de 2001 daquele 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.”

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

O Fisco mineiro, diante de custos até então incorridos pela Telefônica Data S/A, conforme demonstrado pelas notas fiscais n.º 015888, de 18.11.02 e 018449, de 07.04.03, e, diante dos valores ínfimos dos serviços declarados pelo sujeito passivo a este Estado (receita bruta de R\$27.229,44 em 2004), buscou maiores dados e informações sobre as suas atividades desenvolvidas, bem como realizou diversas análises em arquivos eletrônicos, documentos e sítios especializados.

Nesta esteira, observou o Fisco, conforme narrado em sua Manifestação Fiscal, que a ora Autuada promovia diversas ações no sentido de se habilitar a prestar serviços a grandes corporações, dentre elas o Banco Itaú S/A, de modo a “assumir a operação da rede corporativa do banco Itaú, que tem 3 (três) mil pontos de presença interligando agências, escritórios e caixas eletrônicos em todo o Brasil.”

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Nesta atividade investigativa, o Fisco intima o contribuinte a apresentar determinadas informações de natureza fiscal e contábil (fls. 09), dentre elas: relação de clientes em Minas Gerais, cópias de contratos, descrição de serviços, justificativa para os valores de receita e débitos do ICMS informados em DAPI, dentre outras.

Os contratos apresentados na ocasião são aqueles presentes no Anexo nº 9 dos autos (fls. 246/448).

Após outras pesquisas, inclusive junto ao banco de dados da Receita Federal do Brasil – RFB, nos moldes de convênio firmado entre as instituições, comprovou o Fisco que a empresa Galáxia Administração e Participações S/A foi incorporada, em 22/07/02, pela Telefônica Data S/A, transferindo à incorporadora todo o seu acervo patrimonial, contratual, quadro de funcionários e os seus próprios clientes.

Quanto ao fato de que referidos contratos foram formalizados em São Paulo, tal situação não retira do sujeito passivo a responsabilidade e obrigação de recolher os tributos devidos a Minas Gerais, uma vez que, em se tratando de serviços não medidos de comunicação/telecomunicação, o contrato pode ser assinado (formalizado) em qualquer lugar do território nacional ou do mundo, tendo em vista que, para os efeitos tributários, o que importa é o destino final da execução do serviço ou a localidade do estabelecimento destinatário.

Neste caso, não é a comunicação em si mesma que determina a ocorrência do fato gerador, e, sim a disponibilização dos meios necessários para que ela ocorra.

Neste aspecto, a legislação tributária mineira, com esteio na Lei Complementar nº 87/96, assim trata a matéria:

LEI 6.763/75:

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.

§ 1º - Considera-se local da operação ou da prestação, para os efeitos de pagamento do imposto:

. . . .

3) tratando-se de prestação serviço de comunicação:

a - o do estabelecimento que promover a geração, a emissão, a transmissão, a retransmissão, a repetição, a ampliação ou recepção do serviço, inclusive de radiodifusão sonora e de som e imagem;

b - o do estabelecimento de concessionária ou permissionária que forneça ficha, cartão ou assemelhados necessários à prestação do serviço;

c - o do estabelecimento inscrito como contribuinte, quando se tratar de empresa com inscrição única no Estado, na forma prevista em regulamento;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

d - o do estabelecimento destinatário de serviço, na hipótese e para efeitos do inciso III do art. 6º;

e - aquele onde seja cobrado o serviço, nos demais casos;

f - aquele onde seja cobrado o serviço, nos demais casos;

. . .

§ 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."

RICMS/02, Anexo IX:

Art. 36 - . . .

§ 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);

. . .

§ 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."

E ainda:

Art. 43 - A concessionária de serviço público de comunicação, com sede em outra unidade da Federação, que promover a prestação de serviço em território mineiro fica responsável pelo recolhimento do imposto devido a este Estado."(grifamos).

Os arquivos eletrônicos previstos nos Convênios ICMS nº 57/95 e nº 115/03 de apresentação obrigatória de responsabilidade das empresas Infovias, Telemar, Embratel e CTBC, registram e identificam inúmeras notas fiscais de serviços de telecomunicações contratados pela Telefônica Data S/A, para possibilitar a execução a

terceiros dos seus serviços no Estado de Minas Gerais. Dentre eles, conforme informação do “Glossário Brasileiro de Direito das Telecomunicações / Márcio Iorio Aranha (Organizador) - Brasília: Grupo de Estudos em Direito das Telecomunicações da Universidade de Brasília, 2006, destacam-se:

“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.”

Outrossim, o Fisco fez ainda anexar às fls. 199/203, quadro resumo contendo as definições das tecnologias e dos serviços disponibilizados pela operadora TELEMAR aos seus clientes. Dentre os meios das redes da TELEMAR contratados pela Telefônica Data, destacam-se os seguintes, conforme as próprias NFST identificam: “**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;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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

Conclui-se, desse modo, portanto, que a disponibilização dos meios necessários para a efetiva e posterior prestação dos serviços a terceiros se concretiza através de *links* de interconexões próprios dos sistemas e/ou equipamentos gerenciados pelas empresas envolvidas, tanto do SCM como do sistema telefônico público comutado - STFC. No presente caso, Telefônica Data S/A e as fornecedoras dos meios das redes de telecomunicações, Embratel/Telemar/Infovias/CTBC.

O Anexo à Resolução nº. 272, de 09 de Agosto de 2001 da Agência Nacional de Telecomunicações - ANATEL que aprova o regulamento do SCM, assim dispõe:

“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 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 ANATEL em Ofício nº. 113/2006/SUE-ANATEL, de 27.04.2006 dirigido ao CONFAZ, assim se manifestou:

“2) De acordo com o artigo 60 da Lei nº 9.472 – Lei Geral de Telecomunicações (LGT), os equipamentos e a infra-estrutura 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

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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.”

Vale aqui ressaltar que todos os documentos que constituem objeto do presente lançamento foram emitidos em desfavor da Impugnante por estabelecimentos das operadoras citadas com sede unicamente no Estado de Minas Gerais, caracterizando dessa forma, a viabilização da prestação de serviços pela Telefônica Data em território deste Estado.

Todas as redes de telecomunicações cujas bases se situam no Estado de Minas Gerais, destinaram-se a possibilitar o envio ou o recebimento de sinais multimídia. Tal fato é comprovado pela simples amostragem de NFST acostadas aos autos, bem como dos demais registros, dados e elementos contidos nos arquivos eletrônicos de apresentação obrigatória (Convênios ICMS 57/95 e 115/03) daquelas empresas já enumeradas anteriormente.

De outro modo, contrariamente ao que alega a Impugnante de que tanto o prestador como o tomador dos serviços estão localizados no Estado de São Paulo e o serviço lá foi prestado, os elementos dos autos indicam exatamente o contrário.

Com efeito, é sabido que o Banco Itaú é uma das maiores instituições financeiras deste país, possuindo inúmeras agências, postos de atendimento, quiosques etc. Conforme se comprovou alhures, a Telefônica Data S/A assumiu em 2001 a operação de toda a rede corporativa dessa instituição financeira, interligando agências, escritórios, caixas eletrônicos etc., com aproximadamente 3 (três) mil pontos de presença em todo o Brasil.

Por sua vez, cada filial, agência ou escritório se constitui numa unidade ou estabelecimento juridicamente autônomo, necessitando, para o exercício das suas atividades, de registro junto ao Banco Central, Receita Federal bem como Prefeituras locais.

Assim, não é possível desenvolver esse trabalho em todo o território nacional sem uma efetiva prestação de serviços de telecomunicações nas unidades instaladas em cada ponto dos Estados que formam a Federação Brasileira, pois a gama de serviços descritos no contrato delinea a necessidade da existência de equipamentos, terminais, circuitos, *links*, *softwares* etc. nos inúmeros pontos de atendimento, inclusive e, necessariamente, das instalações em território mineiro.

Para os efeitos tributários, o tomador dos serviços deve ser interpretado como sendo cada filial, agência, escritório ou ponto de atendimento instalado em Minas Gerais, a quem efetivamente o serviço de comunicação é posto à disposição.

Analisando os documentos juntados pelo Fisco, inclusive as notas fiscais emitidas pelo estabelecimento mineiro, ora autuado, e os registros eletrônicos, fica demonstrado que as redes de telecomunicações de terceiros foram utilizadas pela Telefônica Data S/A para a execução, aos seus clientes, de serviços em território deste Estado.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Assim, resta caracterizada a ocorrência do fato gerador em favor do Estado de Minas Gerais, uma vez que os tomadores dos serviços neste estado se encontram.

Quanto ao valor da obrigação a ser recolhida, clama a Impugnante pela aplicação do disposto no § 6º do art. 11 da Lei Complementar nº 87/96. O mencionado dispositivo assim determina:

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

.....

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

.....

§ 6º Na hipótese do inciso III do caput deste artigo, tratando-se de serviços não medidos, que envolvam localidades situadas em diferentes unidades da Federação e cujo preço seja cobrado por períodos definidos, o imposto devido será recolhido em partes iguais para as unidades da Federação onde estiverem localizados o prestador e o tomador.

No esteio da norma complementar, a legislação mineira também assim prescreve:

Art. 33 - . . .

§ 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.

O Fisco rejeita a aplicação da regra, ao entendimento de que os serviços de telecomunicações, no presente caso, envolvem distintos Estados da Federação Brasileira, tendo o contribuinte atuação nacional e, não tendo emitido regularmente as correspondentes notas fiscais, não é possível repartir de forma correta o tributo devido a cada ente Federado.

Salienta que nem é o caso de se arguir a regra de redistribuição do imposto em partes iguais entre MG e SP sobre os valores apurados no presente lançamento, pois, o trabalho fiscal limitou-se a levantar os serviços que foram prestados tão somente em Minas Gerais.

Sustenta, ainda, o Fisco que, neste mundo tecnológico virtual-global que é o das telecomunicações, abrangendo áreas nas mais diversas partes do país e do globo terrestre, a localidade de assinatura do contrato, por si só, não tem o condão de definir a hipótese de incidência do imposto, tampouco o seu sujeito ativo.

No caso dos autos, no entanto, o conjunto de elementos induz à necessidade da partilha nos termos previsto na legislação acima transcrita.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Realmente, o fato de os contratos terem sido assinados na capital de São Paulo ou qualquer outra, tendo como prestador o estabelecimento-sede, não significa dizer que apenas nos limites territoriais daquela cidade os serviços foram executados. Mas constitui, no entanto, prova de que o estabelecimento paulista, em face da tecnologia e dos investimentos realizados, é aquele habilitado a interagir com o sistema, de modo a receber os dados e destiná-los a outras unidades das contratantes.

Por outro lado, o Fisco sustenta o lançamento em documentos emitidos contra o estabelecimento paulista da Autuada. Não admiti-los como presunção de que a disponibilização de capacidade tecnológica para a transmissão de dados se encontra naquele estabelecimento (o paulista), levaria a uma outra conclusão, ou seja, a de que os documentos teriam sido emitidos irregularmente pelas empresas mineiras, uma vez que esses documentos não mais representariam a efetiva prestação de serviços neles noticiada.

Assim, não tendo o Fisco provado que efetivamente a prestação tenha se originado do estabelecimento mineiro, ou seja, de que a prestação dos serviços se processa entre o “Data Center da Telefônica” (localizado neste Estado) e os inúmeros pontos de atendimento que interligam os seus vários clientes, ou vice-versa, é devida a divisão da parcela do tributo.

Assim, o imposto exigido deverá corresponder a 50% (cinquenta por cento) do total apurado pelo Fisco, incidindo sobre essa parcela a respectiva multa de revalidação.

No tocante à multa isolada, no entanto, o valor lançado deve permanecer inalterado, pois de fato não foram emitidos os documentos pertinentes, conforme determina a legislação.

Com efeito, 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);

.....

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

§ 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, com a empresa optou por se inscrever em Minas Gerais, assumiu este as obrigações acessórias que poderiam ser cumpridas pelo 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.

Assim, deve remanescer como crédito tributário o equivalente a 50% (cinquenta por cento) do ICMS apurado, a multa de revalidação pertinente a esta parcela do imposto e integralmente a Multa Isolada capitulada no art. 55, II da Lei nº 6763/75.

E neste caso, não cabe a adequação da penalidade isolada ao disposto no § 2º do art. 55 da citada lei, uma vez que o “imposto incidente” não autoriza qualquer adequação, já que não se trata de autuação do controle do trânsito de mercadorias.

Depreende-se ainda da peça de defesa subjugada, alegação de abusividade da multa isolada referente à falta de emissão de notas fiscais e dos juros de mora (SELIC) aplicados. Reafirma-se, entretanto, que as exigências encontram supedâneo tanto na Lei nº 6763/75, como na Resolução nº 2880/97, da Secretaria de Estado de Fazenda/MG, não podendo ser traduzidos como de natureza confiscatória.

Por último, ressalta-se que não foi objeto de contestação a infração decorrente da falta de registro/autenticação dos livros de Entradas e Saídas na repartição fazendária competente (item 2 do Auto de Infração).

Estando plenamente caracterizado o fato, justifica-se a aplicação da penalidade prevista no inciso II do art. 54 da Lei nº 6763/75.

Por fim, cabe destacar que a multa por descumprimento de obrigação acessória, vinculada à prestação de serviço de comunicação, não pode ser reduzida ou

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

cancelada por decisão do órgão julgador administrativo, nos termos da previsão contida no art. 53 da Lei nº 6763/75, uma vez que está vinculada ao não recolhimento da obrigação principal.

No que se refere à ausência dos registros dos livros fiscais, o diminuto valor da penalidade, assim considerado em relação ao montante total da obrigação principal, não conduz à necessidade de adequação da pena.

Diante do exposto, ACORDA a 3ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em rejeitar a arguição de nulidade do lançamento. No mérito, pelo voto de qualidade, em julgar parcialmente procedente o lançamento para aplicar o disposto no § 6º do art. 11 da LC nº 87/96. Vencidos, em parte, os Conselheiros Luiz Fernando Castro Trópia (Relator) e Sauro Henrique de Almeida, que o julgavam improcedente. Vencido, também em parte, o Conselheiro Danilo Vilela Prado que o julgava procedente. Designado relator o Conselheiro Roberto Nogueira Lima (Revisor). Pelo Impugnante, sustentou oralmente o Dr. Luiz Roberto Peroba Barbosa e, pela Fazenda Pública Estadual, o Dr. Marco Túlio Caldeira Gomes.

Sala das Sessões, 27 de abril de 2010.

Roberto Nogueira Lima
Presidente / Relator Designado

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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

Voto proferido pelo Conselheiro Luiz Fernando Castro Trópia, nos termos do art. 53 do Regimento Interno do CC/MG.

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

Trata o presente trabalho fiscal da constatação de falta de recolhimento de ICMS, no período de Janeiro a Dezembro/2004, incidente sobre a prestação de serviços de TRANSMISSÃO DE DADOS em território mineiro sem a emissão regular de documento fiscal, fato comprovado por meio da análise de livros/documentos e por meio de levantamento do uso de meios das redes de telecomunicações de terceiros, conforme cruzamento de dados constantes dos arquivos eletrônicos previstos nos Convênios ICMS nº 57/95 e o de nº 115/03 apresentados pelos contribuintes: EMPRESA DE INFOVIAS S/A, TELEMAR NORTE LESTE S/A, EMPRESA BRASILEIRA DE TELECOMUNICAÇÕES S/A e CIA DE TELECOMUNICAÇÕES DO BRASIL CENTRAL, estabelecidas no Estado de Minas Gerais.

Exige-se ICMS (18%), Multa de Revalidação (50%) e Multa Isolada (40%) capitulada no inc. XVI do art. 55 Lei nº. 6.763/75.

Constatada também, a falta de registro/autenticação na Repartição Fazendária competente, dos livros “REGISTRO DE ENTRADAS” e “REGISTRO DE SAÍDAS”, referentes ao exercício de 2004, pelo o que se exige a Multa Isolada capitulada inc. II do art. 54 da Lei nº. 6.763/75, no valor de R\$1.617,50.

Os argumentos da Impugnante são no sentido de arguir a nulidade do Auto de Infração, sob o pretexto de que se trata de lançamento fiscal por mera presunção, sem nenhum critério e fundamentação legais e defende a decadência do direito do Fisco em lançar supostos créditos tributários de ICMS em relação aos fatos geradores anteriores a 07 de Maio de 2004, conforme preconiza o artigo 150, § 4º. do CTN;

Assegura que a cobrança do ICMS-Comunicação *in casu* desrespeita a norma contida no artigo 11, § 6º. da LC 87/96 e afirma que se trata de “serviço não medido” e que, tanto o PRESTADOR como o TOMADOR estão localizados no Estado de

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

São Paulo e o serviço lá foi prestado, de modo que o tributo e penalidades não podem ser exigidos pelo Estado de Minas Gerais;

Aduz que os contratos foram firmados no Estado de São Paulo, tendo como PRESTADOR o estabelecimento-sede da empresa em São Paulo identificado pelo CNPJ 04.027.547/0001/31;

Alega que não ficou comprovado o vínculo da Impugnante com o contrato firmado entre a Galáxia Administração e Participações S/A e o Banco Itaú S/A, ambos localizados também em São Paulo;

Diz que a multa isolada é extremamente elevada, abusiva, ultrapassando os limites da razoabilidade e da proporcionalidade; Sustenta a ilegalidade na aplicação da SELIC como critério de atualização monetária, nos moldes da Resolução n° 2.880/97, citando doutrina e jurisprudência acerca do assunto em discussão e pede, ao final, pela procedência de sua Impugnação.

Analisando todo o conteúdo do trabalho fiscal, podemos verificar que a razão está com a empresa Autuada, senão vejamos.

Os serviços objeto do presente feito fiscal são prestados pela empresa Telefônica SA no Estado de São Paulo e a empresa mineira, ora Autuada, atua na relação processual por força de contrato celebrado com as empresas que dão suporte à mesma.

Em determinado ponto de sua defesa, a Impugnante sustenta que a cobrança do ICMS-Comunicação desrespeita a norma contida no art. 11, § 6° da Lei Complementar 87/96.

Diz o citado dispositivo legal, *in verbis*:

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

§ 6° - Na hipótese do inciso III do caput deste artigo, tratando-se de serviços não medidos, que envolvam localidades situadas em diferentes unidades da Federação e cujo preço seja cobrado por períodos definidos, o imposto devido será recolhido em partes iguais para as unidades da Federação onde estiverem localizados o prestador e o tomador.

Como se vê pelo citado dispositivo legal, para as hipóteses de serviços não medidos, o imposto devido deve ser dividido entre os dois Estados da Federação envolvidos na operação, ou seja, São Paulo e Minas Gerais.

No entanto, o Fisco ao lavrar o presente Auto de Infração desconheceu a aplicação do citado dispositivo legal e cobrou todo o imposto de Minas Gerais.

Agindo desta forma, o Fisco fez com que a carga tributária recaísse em sua totalidade para o estado mineiro, sem se preocupar com o recolhimento feito ao estado paulista.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Destarte, considerando que apenas a metade da carga tributária é devida ao Estado de Minas Gerais, não há como sustentar a posição do Fisco mineiro, que não admite a hipótese contemplada pela Lei Complementar, devendo o Auto de Infração ser julgado improcedente.

Sala das Sessões, 27 de abril de 2009.

**Luiz Fernando Castro Trópia
Conselheiro**

CC/MIG

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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/Outro(s)
Origem: DF/BH-1- Belo Horizonte

Voto proferido pelo Conselheiro Danilo Vilela Prado, nos termos do art. 53 do Regimento Interno do CC/MG.

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

A autuação versa sobre a falta de recolhimento de ICMS, no período de janeiro a dezembro/2004, incidente sobre a prestação de serviços de transmissão de dados em território mineiro, denominada banda larga, sem a emissão de documento fiscal.

Ao examinar livros e documentos da Autuada, o Fisco identificou que ela firmou contratos com a Galáxia Administração e Participações S/A e o Banco Itaú S/A, conforme os documentos de fls. 676/679, para a prestação do serviço de transmissão de dados.

Para executar os contratos, a Autuada deixa disponível às contratadas, no estado de São Paulo, o banco de dados para acesso em âmbito nacional. Assim, o Banco Itaú S/A concentra as informações de seus clientes em todo o território nacional na Telefônica Data S.A., sediada naquele estado.

Na prática, o cliente do Banco Itaú S/A, ao se conectar a qualquer terminal do banco em Minas Gerais, terá acesso a informações arquivadas no banco de dados da Autuada em São Paulo, ou seja, a transmissão dos dados, por banda larga, em serviços não medidos, tem o início da prestação de serviço no estado paulista.

Para cumprir a obrigação com as empresas contratantes, a Autuada necessita dos cabos de fibra ótica instalados Minas Gerais, denominados “meios de transmissão”, que ela não possui em território mineiro.

Para suprir a deficiência de infraestrutura e atender à Galáxia Administração e Participações S/A e o Banco Itaú S/A, a Autuada firmou contrato com as seguintes empresas mineiras do ramo de telecomunicações: Empresa de Infovias S.A., Telemar Norte Leste S.A., Empresa Brasileira de Telecomunicações S.A. e Cia Telecomunicações do Brasil Central, as quais cederam os “meios de transmissão”, nos termos dos Convênios ICMS n° 57/95 e n° 115/03.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

A contratação das empresas mineiras, detentoras dos “meios de transmissão” de dados permitiu à Autuada cumprir o pacto firmado com a Galáxia Administração e Participações S/A e o Banco Itaú S/A.

O voto vencido diz respeito à aplicação do art. 11, inciso III, § 6º da Lei Complementar nº 87/96, que prevê:

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

(...)

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

(...)

§ 6º Na hipótese do inciso III do caput deste artigo, tratando-se de serviços não medidos, que envolvam localidades situadas em diferentes unidades da Federação e cujo preço seja cobrado por períodos definidos, o imposto devido será recolhido em partes iguais para as unidades da Federação onde estiverem localizados o prestador e o tomador.

No voto vencedor foi considerado que o ICMS relativo às operações prestadas pela Autuada deve ser dividido entre São Paulo e Minas Gerais, nos termos da norma acima, considerando que todo o banco de dados está localizado naquele estado, local em que é iniciada a prestação do serviço de telecomunicações.

As questões a serem definidas neste voto vencido em parte são as seguintes:

- a) A Autuada iniciou serviço de telecomunicação sob a forma de transmissão de dados no estado de Minas Gerais, sujeita à tributação do ICMS?
- b) se considerado que o serviço foi iniciado em território mineiro o tomador do serviço estaria estabelecido em Minas Gerais ou em São Paulo?

Para responder às indagações acima é preciso levar em consideração que a comunicação implica troca de informações, isto é, a interação entre o agente emissor da mensagem e o agente receptor. A rigor, não existe comunicação unilateral, pois é da essência da comunicação a realimentação das informações, em processo dialógico.

Uma das definições de comunicação registrada no dicionário Aurélio é “*a capacidade de trocar ou discutir idéias, de dialogar, de conversar, com vista ao bom entendimento entre pessoas*”. No caso em questão, a transmissão de dados exige o intercâmbio entre as informações disponíveis no sistema e a necessidade do receptor de interagir com o sistema, caracterizando a comunicação.

Não basta, portanto, à Autuada deixar as informações de clientes do Banco Itaú S/A disponíveis no banco de dados em São Paulo. Se assim fosse, ocorreria apenas o processo de informação, no qual existe apenas o informante que transmite a mensagem, mas não espera a resposta. Assim acontece, por exemplo, quando o usuário acessa determinado *site* na internet que não possui interatividade com o leitor. Nessa situação, as pessoas apenas leem as informações. Todavia, elas não possuem meios de

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

responder ou interagir no *site*. Caso típico das informações de jornais disponíveis na internet.

O processo de comunicação caracteriza-se pela troca de informações, isto é, o agente emissor transmite mensagem com a expectativa de resposta. Para que isso aconteça no sistema de telecomunicação, é preciso que exista equipamento que permita a transmissão da resposta ou da demanda do serviço.

No caso específico da Telefônica Data S.A. foi firmado contrato com o Banco Itaú S/A, que possui 3 (três) mil pontos de presença interligando agências, escritórios e caixas eletrônicos em todo o Brasil, vários deles em Minas Gerais. Cada um desses pontos de presença permite o atendimento ao cliente. Por isso, ao digitar o número da conta bancária, o cliente envia a mensagem para o banco de dados situado em São Paulo. Por consequência, a comunicação se concretiza, pois os impulsos de telecomunicação têm início em Minas Gerais.

A operação realizada pelo cliente do Banco Itaú S/A enquadra-se na hipótese de serviço de telecomunicação, consoante o art. 60 da Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997, também chamada de Lei Geral das Telecomunicações (LGT), *in verbis*:

"Art. 60 - Serviço de telecomunicações é o conjunto de atividades que possibilita a oferta de telecomunicação.

§ 1º - Telecomunicação é a transmissão, emissão ou recepção, por fio, radioeletricidade, meios ópticos ou qualquer outro processo eletromagnético, de símbolos, caracteres, sinais, escritos, imagens, sons ou informações de qualquer natureza.

§ 2º Estação de telecomunicações é o conjunto de equipamentos ou aparelhos, dispositivos e demais meios necessários à realização de telecomunicação, seus acessórios e periféricos, e, quando for o caso, as instalações que os abrigam e complementam, inclusive terminais portáteis." (G.N.)

Pelo que se conclui do artigo acima, na consulta do cliente do Banco Itaú S/A estão presentes: a) a transmissão dos dados, com origem em São Paulo; b) a recepção em Minas Gerais, em qualquer dos pontos de presença daquela instituição financeira; e, por fim, a emissão dos dados bancários de Minas Gerais para São Paulo, em comunicação dialógica.

A local do recolhimento do ICMS incidente sobre o serviço está previsto nos seguintes dispositivos da Lei nº 6.763/75 e RICMS/02:

LEI 6.763/75:

"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.

§ 1º - Considera-se local da operação ou da prestação, para os efeitos de pagamento do imposto:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

(...)

3) tratando-se de prestação serviço de comunicação:

a - o do estabelecimento que promover a geração, a emissão, a transmissão, a retransmissão, a repetição, a ampliação ou recepção do serviço, inclusive de radiodifusão sonora e de som e imagem;

b - o do estabelecimento de concessionária ou permissionária que forneça ficha, cartão ou assemelhados necessários à prestação do serviço;

c - o do estabelecimento inscrito como contribuinte, quando se tratar de empresa com inscrição única no Estado, na forma prevista em regulamento;

d - o do estabelecimento destinatário de serviço, na hipótese e para efeitos do inciso III do art. 6º;

e - aquele onde seja cobrado o serviço, nos demais casos;

f - aquele onde seja cobrado o serviço, nos demais casos;

(...)

§ 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."

RICMS/02, Anexo IX:

"Art. 36 - (...)

§ 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);

(...)

§ 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

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

contendo os registros das contas de ativo permanente, custos e receitas auferidas, tributadas, isentas e não-tributadas relativos a este Estado.

Art. 43 - A concessionária de serviço público de comunicação, com sede em outra unidade da Federação, que promover a prestação de serviço em território mineiro fica responsável pelo recolhimento do imposto devido a este Estado.
(G.N.)

É possível concluir que a Autuada passou a ter o acesso aos “meios de transmissão” mediante o contrato com as empresas Empresa de Infovias S.A., Telemar Norte Leste S.A., Empresa Brasileira de Telecomunicações S.A. e Cia Telecomunicações do Brasil Central. Por conseguinte, passou a efetuar a comunicação por si mesma, com a transmissão de dados procedente de Minas Gerais, embora com a infraestrutura de terceiros.

A prova de que a responsabilidade pela comunicação é da Autuada são as faturas emitidas pelas empresas que cederam os “meios de transmissão”, que constam nos autos. Nessa situação, considerando que há início de transmissão de informações de Minas Gerais para São Paulo, a partir do momento em que o cliente do Banco Itaú S/A usa os pontos de atendimento do banco, o fato gerador do ICMS ocorre neste território. Assim, o imposto deve ser recolhido exclusivamente a este estado, sem a divisão com São Paulo, porque não se aplica a regra prevista no art. 11, inciso III, § 6º da Lei Complementar nº 87/96.

Feitas as considerações acima, a resposta às indagações são as seguintes:

a) A Autuada iniciou serviço de telecomunicação sob a forma de transmissão de dados no estado de Minas Gerais, sujeita à tributação do ICMS?

Sim. Toda a vez que é acionado o sistema de consulta bancária, por meio dos terminais do Banco Itaú S/A, ocorre a prestação de serviço de telecomunicação iniciado em Minas Gerais, muito embora o banco de dados esteja disponível em São Paulo. Nesse caso, de acordo com o art. 43 do Anexo IX do RICMS/02 a Autuada é responsável pelo recolhimento do imposto;

b) se considerado que o serviço foi iniciado em território mineiro o tomador do serviço estaria estabelecido em Minas Gerais ou em São Paulo?

O tomador do serviço está estabelecido em Minas Gerais. São os usuários do Banco Itaú S/A que realizam operações bancárias. Nessas situações, ao ser acionado cada ponto de presença do banco em Minas Gerais é iniciado o processo de realimentação do banco de dados em São Paulo.

Sala das Sessões, 27 de abril de 2010.

Danilo Vilela Prado
Conselheiro