

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 21.111/13/3ª Rito: Ordinário
PTA/AI: 01.000179852-83
Impugnação: 40.010133365-84
Impugnante: Minascontrol Equipamentos e Sistemas Ltda.
IE: 062591402.00-84
Proc. S. Passivo: Paula Regina Guerra de Resende Couri/Outro(s)
Origem: DF/BH-2 - Belo Horizonte

EMENTA

ALÍQUOTA DE ICMS - APLICAÇÃO INCORRETA - DESTINATÁRIO NÃO CONTRIBUINTE DO IMPOSTO. OPERAÇÃO INTERESTADUAL. Imputação fiscal de vendas de mercadorias a não contribuintes do ICMS, sem que fosse utilizada a alíquota interna devida de 18% (dezoito por cento). Inobservância do disposto no art. 12, § 1º, alínea "b" da Lei n.º 6.763/75. Tendo em vista restar comprovado nos autos que os destinatários não são contribuintes do imposto, devem ser mantidas as 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 54, inciso VI. Lançamento procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Da Autuação

Versa o presente lançamento acerca da imputação fiscal de saídas de mercadorias em operações interestaduais utilizando alíquotas inferiores as exigidas que são aquelas previstas para operações internas, conforme art. 12, § 1º, alínea "b" da Lei n.º 6.763/75 e art. 42, inciso II, subalínea "a.1" da Parte Geral do RICMS/02 por se tratarem de operações com consumidores finais não contribuintes do ICMS, implicando na falta ou recolhimento a menor do imposto, no período de janeiro de 2008 a agosto de 2011.

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 54, inciso VI.

Da Impugnação

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procuradoras regularmente constituídas, Impugnação às fls. 268/286 em síntese, aos seguintes argumentos:

- o ato administrativo de lavratura de autuação fiscal deve ser precedido de formalidades legalmente impostas à Administração Pública para alcance de seus objetivos constitucionalmente postos, quais sejam: moralidade, legalidade, impessoalidade, bem como a garantia do contraditório e da ampla defesa, sendo que, em Minas Gerais, esse assunto é disciplinado pelo art. 46 da Lei n.º 14.184/02;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- já o RPTA, em seu art. 89, esclarece que o Auto de Infração deverá conter a descrição clara e precisa do fato que motivou a emissão e das circunstâncias em que foi praticado, bem como a citação expressa do dispositivo legal infringido e do que comine a respectiva penalidade;

- no caso em tela, tais disposições não foram observadas pela Fiscalização;

- o Auto de Infração foi-lhe entregue sem qualquer demonstração da descaracterização dos destinatários das mercadorias fiscalizadas como contribuintes, faltando-lhe, assim, os fundamentos essenciais para o exercício do contraditório;

- não foi intimada de qualquer documento complementar que garanta informações adicionais acerca do entendimento fiscal, mas apenas do Auto de Infração com a mera identificação dos valores exigidos e sem a motivação para a cobrança;

- o Fisco Estadual, neste caso, partiu de mera presunção de que os destinatários das mercadorias não seriam contribuintes do imposto, consultando apenas o cartão de CNPJ e o SINTEGRA, cobrando, a partir dessa infundada presunção, a alíquota interna do ICMS/MG;

- no Direito Tributário, a presunção deve ser utilizada em raras exceções, apenas para resolver questões secundárias, em situações em que este mecanismo não seja aplicado para constituir um fato gerador, uma vez que uma mera suposição não pode ser capaz de fazer nascer uma obrigação, exigindo do sujeito passivo seu cumprimento. E foi justamente o que ocorreu neste caso;

- as presunções podem até ajudar a compor um tipo, mas não devem, elas mesmas, ser fundamento legal específico para criar uma obrigação tributária;

- em respeito ao princípio da unicidade da prova, a Receita Estadual deveria ter comprovado o fato jurídico em sentido amplo, para só então fazer incidir a regra matriz dos tributos em questão e não inverter o ônus da prova;

- caberia ao Autuante, portanto, não apenas expressar que os destinatários das mercadorias fiscalizadas não são contribuintes, mas sim, realizar uma exposição efetivamente clara e precisa ao contribuinte, permitindo que tenha conhecimento da consistência dessa alegação, demonstrando claramente os motivos pelos quais concluiu-se que tais compradores são consumidores finais;

- cita trecho do Acórdão n.º 19.434/10/3ª;

- na remota hipótese de subsistir a autuação, o que não se espera, ante a sua total ausência de fundamentação, ela não merece subsistir em relação ao destinatário Empresa Brasil de Telecomunicação e deve ser, no mínimo, complementada por diligência fiscal a fim de averiguar a real situação dos demais destinatários desconsiderados;

- no caso, para que possa ser apurada a real e correta alíquota que deve ser aplicada nas operações, é de suma importância que se defina a caracterização de contribuinte na operação realizada;

- sendo os destinatários caracterizados como contribuintes do imposto não há dúvidas de que a alíquota a ser aplicada nas operações realizadas deverá ser a

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

interestadual, mais o diferencial no estado de destino, adequando-se ao estabelecido pela alínea "a" do § 1º do art. 12 da Lei n.º 6.763/75;

- quanto à Empresa Brasileira de Comunicação - EBC, de CNPJ n.º 09.168.704/0001-42 não é possível compreender nem mesmo as razões dessa descaracterização pois há elementos suficientes para se concluir que se trata de contribuinte do ICMS e, portanto, outra alíquota não poderia ser recolhida, senão o diferencial;

- a EBC é a gestora do sistema público de comunicação, coordenando os canais TV Brasil, TV Brasil Internacional, Agência Brasil, Radioagência Nacional e do sistema público de Rádio - composto por oito emissoras;

- de acordo com a Lei n.º 11.652/08, a EBC *"tem por finalidade a prestação de serviços de radiodifusão pública e serviços conexos, observados os princípios e objetivos estabelecidos nesta Lei."*;

- dentre os fatos geradores do ICMS, está a prestação de serviços de comunicação, constitucionalmente prevista no art. 155, inciso II;

- utilizando-se do termo "comunicação", a Constituição não contém qualquer elemento que permita a interpretação restritiva do conceito, dando a entender que o ICMS incide sobre qualquer espécie de serviço de comunicação;

- além disso, não havia na legislação pregressa nenhum conceito desse termo que a Constituição pudesse adotar em sua ordem, havia, no máximo, o conceito de Telecomunicação, expresso pela Lei n.º 4.117/1962, o qual pode ser classificado como espécie de comunicação, jamais como esclarecimento do que seria tal atividade;

- vê-se, portanto, que, desde quando o conceito de comunicação começou a ser utilizado para definir fato gerador tributário, sua abrangência é ampla, abarcando todo tipo de comunicação, desde que se dê na prestação de um serviço, independentemente da interação ou não do receptor com o emissor da mensagem;

- não restam dúvidas de que o serviço de radiodifusão prestado pela EBC seja espécie de serviço de comunicação e, portanto, sujeito à incidência do ICMS;

- apenas com a demonstração feita até aqui, já é possível concluir que a EBC é contribuinte do ICMS, não obstante todos os elementos genéricos elencados, tem-se que, especificamente no Distrito Federal, onde se localiza a EBC, a própria legislação do ICMS considera expressamente o serviço de radiodifusão como fato gerador do tributo, nos termos da Lei n.º 1.254/96;

- existem, ainda, provas fáticas cabais de que a EBC é sim contribuinte do imposto e que, portanto, as operações com ela realizadas somente podem ser objeto da alíquota interestadual do ICMS, tais como o edital de Pregão Presencial que fala do diferencial de alíquota a ser recolhido para o Distrito Federal nas operações interestaduais, as informações do Sintegra juntadas pela própria Fiscalização, a consulta feita ao site da Secretaria de Estado de Fazenda do Distrito Federal que corrobora os dados do Sintegra e demonstra seu regime normal de apuração do ICMS e até a descrição da sua atividade para fins de incidência do tributo: "Atividades de Televisão Aberta";

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- a própria EBC disponibilizou cópia de Recibo de Transmissão de Livro Eletrônico, que nada mais é do que o registro de entrega ao Fisco do livro de apuração do ICMS, de maneira eletrônica;

- a EBC tem seus recursos oriundos de dotações orçamentárias e da Contribuição para o Fomento da Radiodifusão, doações e legados, porém essa não é a sua única fonte de recursos, mas também da prestação onerosa de seus serviços de radiodifusão, publicidade, entre outros, conforme deixa claro o seu estatuto, instituído pelo Decreto n.º 6.689/08, o qual espelha as determinações da Lei n.º 11.652/08;

- a previsão sobre o balanço patrimonial e demonstração de lucros e dividendos também denota o caráter oneroso dos serviços da EBC, já que apenas a cobrança por eles permitiria a geração de lucro;

- outro indicativo de que a EBC presta serviços onerosos está na descrição e nas atividades realizadas pela EBC Serviços;

- impossível, portanto, descaracterizar a EBC como contribuinte do ICMS, devendo ser cancelada a parte do Auto de Infração a ela relativa, tendo em vista não subsistir a situação que autorizaria ao Fisco a cobrar a alíquota interna.

A Impugnante faz um pedido de diligência fiscal requerendo a realização de consulta às Secretarias de Fazenda dos respectivos Estados da Federação onde se encontram os destinatários em questão, a fim de aferir, verdadeiramente, se são contribuintes ou não. Para tanto, apresenta lista de tais compradores às fls. 283/285.

Ao final, requer seja recebida sua impugnação, com o reconhecimento da nulidade do Auto de Infração e, se ultrapassada esta questão, requer seja excluída da cobrança toda a parcela relativa à Empresa Brasil de Telecomunicação – EBC.

Da Manifestação Fiscal

O Fisco, em Manifestação de fls. 422/439, refuta as alegações da Impugnante e requer a procedência do lançamento sob os seguintes fundamentos:

- não procedem as alegações de nulidade do Auto de Infração uma vez que o fato de os destinatários serem contribuintes ou não foi amplamente debatido pela Impugnante o que demonstra que não houve vício formal que prejudicasse o entendimento da autuação e impedisse a ampla defesa;

- ao contrário do que alega a Impugnante, somente após minuciosas pesquisas tanto nos Cadastros da Receita Federal, Estaduais ou do Distrito Federal, foram selecionados aqueles destinatários das mercadorias constantes de suas notas fiscais para os quais não existiam, naqueles cadastros, quaisquer referências a atividades que seriam passíveis de constituírem fatos geradores do ICMS;

- foram excluídas do trabalho fiscal aquelas notas fiscais nas quais constavam destinatários que informaram à Receita Federal atividade, mesmo que secundária, passíveis de constituir fato gerador do ICMS, mesmo que esta atividade não tenha sido informada no Cadastro dos Estados ou Distrito Federal;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- na peça impugnatória, a Autuada trata separadamente a Empresa Brasil de Comunicação dos demais destinatários das mercadorias, sendo que, para estes últimos, apenas alegações superficiais são trazidas;

- a Impugnante relaciona os destinatários que são aqueles constantes do Anexo 4 (fls. 24/82) e para os quais requer “realização de consulta às Secretarias de Fazenda dos respectivos Estados da Federação onde se encontram os destinatários em questão, a fim de aferir, verdadeiramente, se são contribuintes ou não”, mas estas consultas são desnecessárias para elucidação dos fatos;

- para parte desses destinatários, inscritos, ou não, nos respectivos cadastros de contribuintes das Unidades da Federação, basta verificar os seus Nomes Empresariais/Razões Sociais, associados aos seus respectivos CNAES, para que seja afastada de pronto a sua condição de contribuintes do ICMS;

- para outros destinatários as atividades única, principal ou secundária informadas, constam da Lista de Serviços a que se refere a Lei Complementar Federal n.º 116/03, portanto, sujeitos, se for o caso, à tributação municipal, são eles;

- a Impugnante limita-se a dizer que seriam as empresas destinatárias contribuintes do ICMS em razão de, algumas, possuírem inscrição estadual nos seus Estados, sem, contudo, trazer alguma prova de que estas praticassem o fato gerador do imposto de forma habitual;

- outros destinatários, por não serem contribuintes, tampouco são ou foram inscritos nos respectivos cadastros estaduais;

- cita o art. 4º da Lei Complementar n.º 87/96;

- a condição de contribuinte só acontece quando a pessoa física ou jurídica enquadrar-se no conceito dado pelo art. 14 da Lei n.º 6.763/75 e pelo caput e §§ 1º a 3º do art. 55 do RICMS;

- cita decisões do Conselho de Contribuintes do Estado de Minas Gerais;

- o mesmo conceito é dado pelo Fisco do Distrito Federal pelo art. 22 da Lei n.º 1.254/96;

- quanto a Empresa Brasil de Comunicação S.A a discussão central reside na possibilidade de seu enquadramento como contribuinte do ICMS;

- a Empresa Brasil de Comunicação – EBC informou à Receita Federal como atividade econômica principal, Atividade de televisão aberta – Cód. 60.21-7-00 e como atividade secundária, Atividade de rádio – Cód. 60.10-1-00. No cadastro do Distrito Federal, consta apenas a atividade principal de Atividades de televisão aberta;

- a condição de contribuinte ou não do ICMS de empresas de radiodifusão e principalmente das denominadas televisões abertas deixou de ser motivo de polêmicas a partir da edição da Lei Complementar n.º 86/97 e, ainda, com a promulgação da Emenda Constitucional n.º 42/03, alterou o art. 155 da Constituição Federal, incluindo a alínea “d” ao inciso X do § 2º daquele artigo;

- cita a Lei n.º 1.254/96 do Distrito Federal;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- a própria Impugnante anexa cópia do Decreto n.º 6.689/08, que aprova o Estatuto Social da Empresa Brasil de Comunicação S.A, onde verifica-se que, justamente por se tratar de radiodifusão de recepção livre e gratuita, não há nenhuma referência a recursos provenientes de cobrança ao usuário (público em geral);

- a se aceitar os argumentos da Impugnante e os procedimentos da própria EBC que efetua recolhimento de diferencial de alíquota aos cofres do Distrito Federal por aquisições interestaduais de bens que serão alocados em filiais localizadas em outras Unidades da Federação é de se estranhar o fato de o principal centro de produção localizado na cidade do Rio de Janeiro, cujo CNPJ é o de n.º 09.168704/0002-23 conforme pesquisa junto a Receita Federal, nem mesmo ser inscrita no cadastro de contribuintes de ICMS daquele estado conforme consulta pública ao Sintegra;

- tampouco a EBC é inscrita no Cadastro de Contribuintes do ICMS no Estado de São Paulo – CNPJ: 09.168704/0003-04 e Tabatinga/AM;

- na Apelação Cível n.º 10763182005807000, o Tribunal de Justiça do Distrito Federal, manifestou o entendimento da condição de não contribuinte quando de prestações de serviço de radiodifusão sonora e de som e imagem, rede aberta e gratuita;

- na página da Empresa Brasil de Comunicação são encontradas orientações ao público em geral de como sintonizar a TV BRASIL, (uma das emissoras da EBC), acessando inúmeros canais abertos em várias cidades do país, bem como inúmeras TVs educativas espalhadas pelo Brasil e a orientação sobre como sintonizar a TV BRASIL, por meio de antenas parabólicas;

- portanto, fica claro que a EBC é empresa de radiodifusão de modalidade aberta, de recepção livre e gratuita;

- o acesso público às emissoras da EBC através das prestadoras de serviços de televisão por assinatura, decorre do art. 29 da já citada Lei n.º 11.652/08, configurando a não onerosidade da prestação de serviço de comunicação, ou seja, a recepção das emissoras da EBC é livre e gratuita;

- não restam dúvidas de que o destinatário Empresa Brasil de Comunicação – EBC, estabelecido em Brasília/DF, com CNPJ n.º 09.168.704/0001-42 e Inscrição no Cadastro de Contribuintes do DF n.º 0750719100101, com filiais também prestadoras de serviço de comunicação não oneroso em outras Unidades da Federação, detentoras de CNPJ com números próprios e não inscritos nos Cadastros de Contribuintes do ICMS daquelas UF, constitui uma empresa pública, que tem por finalidade a prestação de serviços de radiodifusão pública, que, comprovadamente, se caracteriza como de recepção livre e gratuita (aberta), não sendo, portanto, contribuinte do ICMS;

- por consequência, ainda que a EBC tenha efetuado, equivocadamente, recolhimentos de ICMS a título de diferencial de alíquota ao Distrito Federal, pela entrada de bens adquiridos em outras unidades da federação, tal fato não a caracteriza como contribuinte do ICMS, por não prestar serviços onerosos de comunicação, sendo cabível, até mesmo, respeitada a legislação do Distrito Federal, pedido de restituição do indébito tributário.

Ao final, pede seja julgado totalmente procedente o lançamento.

Do Parecer da Assessoria do CC/MG

A Assessoria do CC/MG, em parecer fundamentado e conclusivo de fls. 445/455, opina, em preliminar, pela rejeição da arguição de nulidade e, no mérito, pela procedência do lançamento.

DECISÃO

Compete à Câmara a análise do lançamento consubstanciado no Auto de Infração em epígrafe o qual versa acerca da imputação fiscal de saídas de mercadorias em operações interestaduais utilizando alíquotas inferiores as exigidas que são aquelas previstas para operações internas, conforme art. 12, § 1º, alínea "b" da Lei n.º 6.763/75 e art. 42, inciso II, subalínea "a.1" da Parte Geral do RICMS/02 por se tratarem de operações com consumidores finais não contribuintes do ICMS, implicando no recolhimento a menor do imposto, no período de janeiro de 2008 a agosto de 2011.

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 54, inciso VI.

Da Preliminar de Nulidade do Auto de Infração

Argui a Impugnante a nulidade do Auto de Infração ao argumento de ausência de fundamentação e desrespeito às determinações contidas na Lei n.º 14.184/02 e no Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos do Estado de Minas Gerais, aprovado pelo Decreto n.º 44.747/08.

Inicialmente merece ressalva a citação pela Impugnante da Lei n.º 14.184/02 que estabelece normas gerais sobre o processo administrativo no âmbito da Administração Direta, das autarquias e das fundações do Estado de Minas Gerais, visando à proteção de direito das pessoas e ao atendimento do interesse público pela Administração. Neste ponto é importante lembrar que a Lei n.º 6.763/75 trata especificamente da consolidação da legislação tributária do Estado de Minas Gerais e não conflita com a norma citada pela defesa. Assim, havendo uma norma específica para o caso em tela, deve ela ser seguida.

Assim, cumpre ressaltar que a forma a ser cumprida pelo lançamento, que, efetivamente é um ato administrativo adstrito à lei, encontra-se determinada no Estado de Minas Gerais pela Lei n.º 6.763/75 e regulamentada pelo Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos do Estado de Minas Gerais, aprovado pelo Decreto n.º 44.747/08, que assim determina:

SEÇÃO III

DA FORMALIZAÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO

Art. 85. A exigência de crédito tributário será formalizada mediante:

.....
II - Auto de Infração (AI), nas hipóteses de lançamentos relativos ao ICMS, ao ITCD, às taxas, e respectivos acréscimos legais, inclusive de

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

penalidades por descumprimento de obrigação acessória;

.....

Art. 89. O Auto de Infração e a Notificação de Lançamento conterão, no mínimo, os seguintes elementos:

I - número de identificação;

II - data e local do processamento;

III - nome, domicílio fiscal ou endereço do sujeito passivo e os números de sua inscrição estadual e no CNPJ ou CPF;

IV - descrição clara e precisa do fato que motivou a emissão e das circunstâncias em que foi praticado;

V - citação expressa do dispositivo legal infringido e do que comine a respectiva penalidade;

VI - valor total devido, discriminado por tributo ou multa, com indicação do período a que se refira;

VII - os prazos em que o crédito tributário poderá ser pago com multa reduzida, se for o caso;

VIII - intimação para apresentação de impugnação administrativa, se cabível, com indicação do respectivo prazo, ou anotação de se tratar de crédito tributário não-contencioso;

IX - a indicação da repartição fazendária competente para receber a impugnação, em se tratando de crédito tributário contencioso.

.....

Pela leitura dos dispositivos normativos acima transcritos e o confronto das regras neles dispostas com os fatos e fundamentos que nortearam a lavratura do presente Auto de Infração, não restou configurada a alegada nulidade da presente autuação, uma vez estar demonstrado que esta condiz com a realidade dos fatos, descreve correta e claramente a conduta da Impugnante tida como infracional e promove o adequado embasamento legal na peça lavrada, sendo indiscutível, por consequência, não ter havido qualquer cerceamento ao amplo direito de defesa, assegurado o cumprimento do princípio da ampla defesa e do contraditório.

Ademais, as articulações trazidas na peça de defesa pertinentes à ausência de comprovação da real atividade econômica dos destinatários das mercadorias e a efetividade das operações por eles realizadas constituem matéria de mérito e serão assim analisadas.

Do Pedido de Diligência

A Impugnante pede seja determinada a realização de diligência fiscal de complementação do Auto de Infração para que sejam consultadas as secretarias de

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

fazenda dos estados onde estão estabelecidos os destinatários das mercadorias cujas notas fiscais são objeto de lançamento.

Primeiramente, cumpre destacar ser possível à Câmara de Julgamento determinar a realização de diligência, mas apenas no caso em que as informações sejam necessárias para o deslinde da questão. Este não é o caso dos autos, pois as informações existentes no processo são suficientes para se determinar com precisão e certeza os contornos do lançamento e se proceder à apreciação da matéria posta em discussão.

Destaque-se, ainda, que as informações acerca dos destinatários encontram-se nos autos tendo sido dada oportunidade à Defendente para contradita-las em sua peça de defesa.

Some-se, também, que para a maioria dos destinatários basta a verificação de seu nome para se concluir que não se tratam de contribuintes do imposto como demonstram os seguintes exemplos extraídos do quadro elaborado pela própria Impugnante às fls. 283/285, a saber:

- Comando da Marinha;
- Organização das Nações Unidas para Educação, Ciência e Cultura;
- Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD;
- Secretaria de Estado de Educação;
- Secretaria de Estado de Ciência, Tecnologia e Inovação;
- Polícia Civil do Estado do Pará;
- Departamento de Trânsito do Estado do Pará;
- Prefeitura Municipal de Caetés;
- Serviço Social da Indústria – SESI.

Portanto, desnecessária a realização de diligência.

Do Mérito

A autuação a ser analisada versa acerca do recolhimento a menor de ICMS no período de janeiro de 2008 a agosto de 2011, apurado mediante recomposição da conta gráfica, em decorrência do Fisco ter considerado que a ora Impugnante aplicou incorretamente a alíquota interestadual nas remessas de mercadorias destinadas a não contribuinte do imposto.

As notas fiscais objeto do lançamento estão relacionadas no Anexo 2 (fls. 16/21), contendo os elementos quantitativos do fato gerador, enquanto a recomposição da conta gráfica se faz presente às fls. 12/15.

No Anexo 3 (fls. 22/23) o Fisco identifica os dados dos remetentes, com o Código Nacional de Atividade Econômica – CNAE.

As atividades para as quais os destinatários se inscreveram junto à Receita Federal do Brasil - RFB, dentre outros são: administração pública em geral, organismos internacionais, concessionárias de rodovias, operadoras de terminais, corretagens e

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

consultorias, serviços advocatícios, aluguel de máquinas e equipamentos, serviços de ensino e televisão aberta.

Cópias dos cadastros na Receita Federal do Brasil – RFB, bem como dados dos destinatários, foram juntadas no Anexo 4 (fls. 25/82) e, no Anexo 5 (fls. 83/177), encontram-se cópias das notas fiscais objeto da autuação.

Também encontra-se no processo cópias das folhas dos livro Registro de Saídas nas quais foram escrituradas as notas fiscais objeto da autuação (Anexo 6 – fls. 178/255).

Dentre todos os destinatários a Impugnante destaca as remessas para a Empresa Brasil de Comunicação - EBC, que é a gestora do sistema público de comunicação, coordenando os canais TV Brasil, TV Brasil Internacional, Agência Brasil, Radioagência Nacional e Sistema Público de Rádio.

Entende que, por ser a EBC uma prestadora de serviço de comunicação, deve-se aplicar a regra geral de remessa de mercadorias em operações interestaduais.

Prossegue a Impugnante, destacando que a legislação tributária do Distrito Federal, onde se concentram as atividades da Empresa Brasileira de Comunicação - EBC, prevê a incidência do ICMS na prestação de serviço de comunicação, dentre eles, o serviço de radiodifusão.

Destaca, ainda que a consulta ao SINTEGRA informa que o regime de recolhimento da EBC é o normal, ou seja, por débito e crédito.

Conforme esclarece o Fisco, após pesquisa junto aos cadastros da Receita Federal e dos estados destinatários, foram selecionados aqueles destinatários para os quais não existiam quaisquer referências a atividades (CNAE e sua descrição) passíveis de realização de fatos geradores tributados pelo ICMS.

A Constituição da República trata a matéria da seguinte forma:

Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:

.....
II - operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior;

.....
§ 2.º O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte:

.....
VII - em relação às operações e prestações que destinem bens e serviços a consumidor final localizado em outro Estado, adotar-se-á:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

a) a alíquota interestadual, quando o destinatário for contribuinte do imposto;

b) a alíquota interna, quando o destinatário não for contribuinte dele;

VIII - na hipótese da alínea "a" do inciso anterior, caberá ao Estado da localização do destinatário o imposto correspondente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual;

.....

Assim, por força da regra constitucional, nas remessas de mercadorias a destinatários que não realizem operações sujeitas à incidência do ICMS, ou seja, não contribuintes, aplica-se a alíquota prevista para as operações internas.

Nesta linha, os estabelecimentos destinatários levantados pelo Fisco e para os quais a Impugnante requereu diligência junto aos estados de destino, são perceptivelmente estabelecimentos que não praticam operações com mercadorias, tais como: Organização das Nações Unidas para a Educação, Ciência e Cultura – Representação da UNESCO no Brasil; Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD; Comando da Marinha; IBAMA; Rede Nacional de Ensino e Pesquisa; Secretarias de Estado do Pará e do Acre; Gabinete Militar do Governador; Departamento de Trânsito; Empresa Pública de Transporte (RS); Município de Novo Hamburgo; Companhia de Habitação do Estado do Pará; Fundação de Telecomunicações do Pará; Prefeituras dos Municípios de Foz do Iguaçu, Jaboticabal e Caetés; SESI; Associação Paranaense de Cultura; Aliança Brasileira de Assistência Social e Educacional; Caixas Escolares.

De igual modo, não são contribuintes do ICMS as concessionárias de rodovias, as operadoras de terminais portuários, as empresas de corretagem de imóveis (Center Norte S/A) e estabelecimentos destinados a aluguel de equipamentos (Rádio Way Serviços de Locação e Avanzi Soluções em Tecnologia da Informação).

Nos termos do art. 4º da Lei Complementar n.º 87/96, os destinatários anteriormente citados não preenchem os requisitos para que sejam considerados como contribuintes do ICMS. O referido dispositivo assim conceitua a figura jurídica do contribuinte:

Art. 4º - Contribuinte é qualquer pessoa, física ou jurídica, que realize, com habitualidade ou em volume que caracterize intuito comercial, operações de circulação de mercadoria ou prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior.

Portanto, independentemente do momento da consulta realizada pelo Fisco, resta absolutamente claro que os destinatários não realizam e não realizaram operações com mercadorias, o que lhes impõe a condição de consumidores finais.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Esta matéria esteve sob apreciação deste Conselho de Contribuintes por diversas vezes, como nas decisões proferidas nos Acórdãos n.ºs 18.848/10/2ª, 20.305/11/1ª e 20.294/11/3ª.

No tocante às operações da Empresa Brasil de Comunicação – EBC, a qual é destacada pela Impugnante, cabe analisar os argumentos postos pela Defendente.

Registre-se inicialmente que a legislação tributária do Distrito Federal apresenta o mesmo conceito de contribuinte dado pela legislação mineira, na esteira da Lei Complementar n.º 87/96, a saber:

Lei n.º 1.254/96

Art. 22. Contribuinte do imposto é qualquer pessoa, física ou jurídica, que realize, com habitualidade ou em volume que caracterize intuito comercial, operação de circulação de mercadoria ou prestação de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior.

.....
A Empresa Brasil de Comunicação S.A – EBC, inscrita no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica – CNPJ sob o n.º 09.168.704/0001-42 (Matriz), com endereço em Brasília/Distrito Federal encontra-se também inscrita no Cadastro da Secretaria de Fazenda do Distrito Federal sob n.º 0750719100101.

Contudo, para caracterização de contribuinte do imposto, não basta a inscrição estadual, mas há que se observar se a pessoa pratica o fato gerador do imposto, ou seja, realiza, com habitualidade, operações de circulação de mercadorias ou prestações de serviço enquadradas no campo de incidência do ICMS.

Assim, a discussão central reside na possibilidade de enquadramento da empresa destinatária como contribuinte do ICMS.

A Empresa Brasil de Comunicação – EBC, cuja criação foi autorizada em 10 de outubro de 2007, por meio da Medida Provisória n.º 398, convertida na Lei n.º 11.652/08, possui a seguinte finalidade:

Art. 5º - Fica o Poder Executivo autorizado a criar a empresa pública denominada Empresa Brasil de Comunicação S.A - EBC, vinculada à Secretaria de Comunicação Social da Presidência da República.

Art. 6º - A EBC tem por finalidade a prestação de serviços de radiodifusão pública e serviços conexos, observados os princípios e objetivos estabelecidos nesta Lei.

Parágrafo único. A EBC, com prazo de duração indeterminado, terá sede e foro em Brasília, Distrito Federal, mantendo como principal centro de produção o localizado na cidade do Rio de Janeiro, Estado do Rio de Janeiro, podendo

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

instalar escritórios, dependências, unidades de produção e radiodifusão em qualquer local, dando continuidade obrigatoriamente àquelas já existentes no Distrito Federal, Rio de Janeiro e Maranhão.

A mencionada empresa informou à Receita Federal como atividade econômica principal, a atividade de televisão aberta – Cód. 60.21-7-00 e como atividade secundária, a atividade de rádio – Cód. 60.10-1-00. No cadastro do Distrito Federal, consta apenas a atividade principal (televisão aberta).

A condição de contribuinte ou não do ICMS de empresas de radiodifusão e principalmente das denominadas televisões abertas deixou de ser motivo de polêmicas a partir da edição da Lei Complementar n.º 87/96, que assim dispõe:

Art. 1º - Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir o imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior.

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.
.....

Com a promulgação da Emenda Constitucional n.º 42, de 19 de dezembro de 2003, foi alterado o art. 155 da Constituição Federal, incluindo-se a alínea “d” ao inciso X do § 2º daquele dispositivo, que passou a ter a seguinte redação.

Art. 155 - Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:

.....
II - operações relativas a circulação de mercadorias e prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior
.....

§ 2º - o imposto previsto no inciso II, atenderá ao seguinte:

.....
X - não incidirá:
.....

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

d) nas prestações de serviço de comunicação nas modalidades de radiodifusão sonora e de sons e imagens de recepção livre e gratuita.

.....
A Lei n.º 1.254/96, do Distrito Federal, (fls. 317 e seguintes, anexadas pela Impugnante), assim trata a matéria:

Art. 1º - Essa Lei dispõe quanto ao Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS, com base no inciso II do art. 155 da Constituição da República Federativa do Brasil e na Lei Complementar n.º 87, de 13 de setembro de 1996.

CAPÍTULO II

DAS HIPÓTESES DE INCIDÊNCIA

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;

Em sua impugnação a Defendente informa que, no Edital de Pregão Presencial, do qual participou para comercializar com a Empresa Brasil de Comunicação - EBC, o diferencial de alíquota a ser recolhido para o Distrito Federal nas operações interestaduais está claramente elencado como item de formação do preço do produto conforme reprodução abaixo:

“Diferencial de ICMS = diferença entre alíquota interna (DF) e a interestadual (Estado do proponente) a ser recolhido pela Empresa Brasil de Comunicação S/A em operações interestaduais, nos termos do RICMS/97”.

A Impugnante anexa (fls. 395/411) cópia do Decreto n.º 6.689/08, que aprova o Estatuto Social da Empresa Brasil de Comunicação S.A. O ato normativo, ao tratar dos recursos financeiros da EBC (fls. 397/398), assim dispõe:

Art. 8º Os recursos da EBC serão constituídos da receita proveniente:

I - de dotações orçamentárias;

II - da exploração dos serviços de radiodifusão pública;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

III - no mínimo, de setenta e cinco por cento da arrecadação da contribuição instituída pela Lei nº 11.652, de 07 de abril de 2008;

IV - de prestação de serviços a entes públicos ou privados, da distribuição de conteúdo, modelos de programação, licenciamento de marcas e produtos e outras atividades inerentes à comunicação;

V - de doações, legados, subvenções e outros recursos que lhe forem destinados por pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado;

VI - de apoio cultural de entidades de direito público e de direito privado, sob forma de patrocínio de programas, eventos e projetos;

VII - de publicidade institucional de entidades de direito público e de direito privado, vedada a veiculação de anúncios de produtos ou serviços;

VIII - da distribuição da publicidade legal dos órgãos e entidades da administração pública federal, segundo disposto no §1º do art. 4º;

IX - de recursos obtidos nos sistemas instituídos pelas Leis n.º 8.313, de 23 de dezembro de 1991, 8.685, de 20 de julho de 1993, e 11.437, de 28 de dezembro de 2006;

X - de recursos provenientes de acordos e convênios que realizar com entidades nacionais e internacionais, públicas ou privadas;

XI - de rendimentos de aplicações financeiras que realizar; e

XII - de rendas provenientes de outras fontes, desde que não comprometa os princípios e objetivos da radiodifusão pública.

Nota-se que, justamente por se tratar de radiodifusão de recepção livre e gratuita, não há nenhuma referência no estatuto acima, a recursos provenientes de cobrança ao usuário (público em geral) ao contrário da TV por assinatura (TV a cabo), cuja recepção é onerosa.

Importante destacar que a Empresa Brasil de Comunicação - EBC tem sede e foro em Brasília/Distrito Federal, mantendo o principal centro de produção na cidade do Rio de Janeiro, conforme disposto no parágrafo único do art. 6º da Lei nº 11.652/08.

Noutra toada constata-se que o objeto do Pregão Presencial SRP n.º 038/08 é o seguinte:

“aquisição, no mercado interno, pelo Sistema de Registro de Preços, de equipamentos para TV Brasil – Canal Integracion, NBR – TV Nacional Brasil, TV Escola

e TV Brasil de uso nas centrais técnicas, estúdios e controles mestres das emissoras de TV da EBC situadas em Brasília/DF, no Rio de Janeiro/RJ, em São Luís/MA e em São Paulo/SP, e conforme o caso, com montagem, instalação, configuração e integração, inclusive o treinamento, de acordo com as quantidades e especificações constantes no ENCARTE A do Termo de Referência, Anexo I do Edital”.

Ao se aceitar os argumentos da Impugnante e os procedimentos da própria Empresa Brasil de Comunicação - EBC que, em tese, efetua recolhimento de diferencial de alíquota aos cofres do Distrito Federal por aquisições interestaduais de bens que serão alocados em filiais localizadas em outras unidades da Federação, depara-se com a situação irregular do centro de produção localizado na cidade do Rio de Janeiro (CNPJ nº 09.168704/0002-23), que não possui inscrição no cadastro de contribuintes de ICMS do Estado do Rio de Janeiro, conforme consulta pública àquele Cadastro (Sintegra).

Importa registrar que, na Apelação Cível n.º 10763182005807000, o Tribunal de Justiça do Distrito Federal, corroborando o entendimento da condição de não contribuinte quando de prestações de serviço de radiodifusão sonora e de som e imagem por rede aberta e gratuita, sob a relatoria do Desembargador Romeu Gonzaga Neiva, assim decidiu:

APELAÇÃO CÍVEL 20050110080013APC:

TRIBUTÁRIO. SERVIÇOS DE RADIODIFUSÃO SONORA E DE SOM E IMAGEM. REDE ABERTA E GRATUITA. ICMS. IMUNIDADE. SENTENÇA MANTIDA.

1. A EMPRESA DE RADIODIFUSÃO DE IMAGENS QUE OPERA COM SINAL ABERTO (DE ACESSO GRATUITO), NÃO PRÁTICA A COMERCIALIZAÇÃO DE MERCADORIA COM FIM EMINENTEMENTE ECONÔMICO. POR ISSO, IMUNE AO TRIBUTO. (TJDFT, 20040110791390APC).

2. RECURSO DESPROVIDO. UNÂNIME.

Na página <http://tvbrasil.ebc.com.br/comosintonizar>, da Empresa Brasil de Comunicação são encontradas orientações ao público em geral de como sintonizar a TV Brasil, (uma das emissoras da EBC), acessando inúmeros canais abertos em várias cidades do país, bem como inúmeras TVs educativas espalhadas pelo Brasil. Orienta também o público sobre como sintonizar a TV Brasil, por meio de antenas parabólicas.

Na página <http://stream.agenciabrasil.gov.br/estatico/contatos.htm>, de forma semelhante, são encontradas orientações para sintonizar a NBR, outra emissora da Empresa Brasil de Comunicação - EBC.

Portanto, fica claro que a Empresa Brasil de Comunicação - EBC é empresa de radiodifusão de modalidade aberta, de recepção livre e gratuita.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Cumpra esclarecer que o acesso público às emissoras da Empresa Brasil de Comunicação - EBC através das prestadoras de serviços de televisão por assinatura, decorre de lei, conforme art. 29 da já citada Lei n.º 11.652/08, configurando a não onerosidade da prestação de serviço de comunicação, ou seja, a recepção das emissoras da EBC é livre e gratuita. O mencionado dispositivo assim determina:

Art. 29 - As prestadoras de serviços de televisão por assinatura deverão tomar disponíveis em sua área de prestação, em todos os planos de serviço, canais de programação de distribuição obrigatória para utilização pela EBC, pela Câmara dos Deputados, pelo Senado Federal, pelo Supremo Tribunal Federal e pela emissora oficial do Poder Executivo.

Dessa forma, não restam dúvidas de que o destinatário Empresa Brasil de Comunicação - EBC, estabelecido em Brasília/Distrito Federal, com filiais também prestadoras de serviço de comunicação não oneroso em outras Unidades da Federação, detentoras de CNPJ com números próprios e não inscritos nos Cadastros de Contribuintes do ICMS daquelas Unidades da Federação, constitui uma empresa pública, que tem por finalidade a prestação de serviços de radiodifusão pública, que, comprovadamente, se caracteriza como de recepção livre e gratuita (aberta), não sendo, portanto, contribuinte do ICMS.

Por consequência, ainda que a Empresa Brasil de Comunicação - EBC tenha efetuado recolhimentos de ICMS a título de diferencial de alíquota ao Distrito Federal, pela entrada de bens adquiridos em outras unidades da Federação, tal fato não a caracteriza como contribuinte do ICMS, por não prestar serviços onerosos de comunicação.

Diante do exposto, restou plenamente comprovado que os destinatários das mercadorias comercializadas pela Impugnante não são contribuintes do ICMS, caracterizando os mesmos como órgãos de administração direta de diversas Unidades da Federação e/ou Prefeituras Municipais, órgãos internacionais, órgãos das forças armadas ou auxiliares (polícias estaduais ou congêneres) entre outros, ou empresas exclusivamente de prestação de serviços elencadas na Lista de Serviços a que se refere a Lei Complementar Federal n.º 116/03, portanto, não contribuintes do ICMS.

Assim, considerando que a alínea "d" do inciso X do § 2º, do art. 155 da Constituição Federal, dispõe que o ICMS não incidirá nas prestações de serviço de comunicação nas modalidades de radiodifusão sonora e de sons e imagens de recepção livre e gratuita, deve a Empresa Brasil de Comunicação - EBC ser tratada como não contribuinte do ICMS, aplicando-se a alíquota interna nas operações a ela destinadas.

Em decorrência da utilização irregular de alíquota do imposto, aplicou o Fisco a Multa Isolada prevista no art. 54, inciso VI da Lei n.º 6.763/75 c/c o disposto no art. 215, inciso VI, alínea "f" da Parte Geral do RICMS/02. Os dispositivos em questão assim tratam a referida penalidade:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Art. 54. As multas para as quais se adotará o critério a que se refere o inciso I do caput do art. 53 desta Lei são as seguintes:

.....
VI - por emitir documento com falta de qualquer requisito ou indicação exigida em regulamento ou emití-lo com indicações insuficientes ou incorretas, bem como imprimir ou mandar imprimir documento fiscal em desacordo com a autorização da repartição competente - de 1 (uma) a 100 (cem) UFEMGs por documento;

.....
Art. 215. As multas calculadas com base na UFEMG, ou no valor do imposto não declarado, são:

.....
VI - por emitir documento com falta de requisito ou indicação exigida neste Regulamento ou emití-lo com indicações insuficientes ou incorretas, bem como imprimir ou mandar imprimir documento fiscal em desacordo com a autorização da repartição competente - por documento:

.....
f) natureza da operação ou da prestação e condições do pagamento; alíquota do ICMS e destaque do imposto devido; nome da empresa de transporte e seu endereço, ou o número da placa do veículo, Município e Estado de emplacamento, quando se tratar de transportador autônomo: 42 (quarenta e duas) UFEMG;

O Demonstrativo do Crédito Tributário de fl. 09 demonstra a apuração realizada pelo Fisco para obtenção do valor da multa isolada, revelando-se corretas as exigências fiscais.

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, à unanimidade, em julgar procedente o lançamento. Pela Impugnante, sustentou oralmente a Dra. Isabelle Resende Alves Rocha e, pela Fazenda Pública Estadual, a Dra. Maria Teresa Lima Lana Esteves. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Orias Batista Freitas e René de Oliveira e Sousa Júnior.

Sala das Sessões, 13 de agosto de 2013.

**José Luiz Drumond
Presidente / Revisor**

**Luciana Mundim de Mattos Paixão
Relatora**