

Acórdão: 5.632/22/CE Rito: Ordinário
PTA/AI: 01.002185983-92
Recurso de Revisão: 40.060154255-03
Recorrente: OI S.A. - Em Recuperação Judicial
IE: 062269679.00-26
Recorrida: Fazenda Pública Estadual
Proc. S. Passivo: André Mendes Moreira/Outro(s)
Origem: DF/BH-2 - Belo Horizonte

EMENTA

RECURSO DE REVISÃO - NÃO CONHECIMENTO - DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NÃO COMPROVADA. Não comprovada a divergência jurisprudencial prevista no art. 163, inciso II do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos - RPTA, não se configurando, por conseguinte, os pressupostos de admissibilidade para o recurso.

Recurso de Revisão não conhecido à unanimidade.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre o recolhimento a menor do ICMS incidente na prestação de serviços de comunicação, no período de dezembro de 2016 a dezembro de 2019, em decorrência da não inclusão na base de cálculo do imposto dos valores oriundos do serviço de comunicação de dados, prestados para o cliente Companhia de Saneamento de Minas Gerais (COPASA-MG), deixando de incluir parcelas sujeitas à tributação, indevidamente intituladas como serviços de “TC CPE Solution Aluguel”.

Exigências de ICMS, Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II e Multa Isolada prevista no art. 55, inciso VII, alínea “c”, todos da Lei nº 6.763/75.

A 2ª Câmara de Julgamento, em decisão consubstanciada no Acórdão nº 23.151/22/2ª, em preliminar, por maioria de votos, rejeitou a arguição de nulidade do lançamento. Vencido o Conselheiro Marcelo Nogueira de Moraes (Relator), que o considerava nulo. No mérito, por maioria de votos, julgou procedente o lançamento, nos termos do parecer da Assessoria do CCMG. Vencido o Conselheiro Marcelo Nogueira de Moraes (Relator), que o julgava improcedente. Designado relator o Conselheiro Hélio Victor Mendes Guimarães (Revisor).

Inconformada, a Autuada interpõe, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, o Recurso de Revisão de págs. 327/335.

Afirma que a decisão recorrida revela-se divergente das decisões proferidas nos seguintes Acórdãos indicados como paradigmas: Acórdãos nºs 22.266/19/2ª e 22.882/18/3ª. Menciona ainda, na peça recursal, o Acórdão nº 15.990/03/3ª.

Requer, ao final, o conhecimento e provimento do Recurso de Revisão.

A Assessoria do CCMG, em Parecer de págs. 356/367, opina em preliminar, pelo não conhecimento do Recurso de Revisão e, quanto ao mérito, pelo seu não provimento.

DECISÃO

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

Dos Pressupostos de Admissibilidade

Superada a condição de admissibilidade referente ao rito processual, capitulada no inciso II do art. 163 do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos (RPTA), aprovado pelo Decreto nº 44.747/08, cumpre verificar o atendimento, também, da segunda condição estatuída no citado dispositivo legal, relativa à divergência jurisprudencial.

Para efeito de se avaliar a admissibilidade do Recurso, deve-se ressaltar que essa espécie de Recurso de Revisão tem como pressuposto de cabimento a existência de decisões divergentes quanto à aplicação da legislação tributária, sobre a mesma matéria e em circunstâncias/condições iguais, proferidas pela mesma ou por outra Câmara de Julgamento deste Órgão Julgador.

Nesse sentido, o objetivo buscado pelo Órgão Julgador é o da uniformização das decisões, evitando que as Câmaras decidam de forma diferente sobre determinada matéria.

Afirma que a decisão recorrida revela-se divergente das decisões proferidas nos seguintes acórdãos indicados como paradigmas: Acórdãos nºs 22.266/19/2ª e 22.882/18/3ª.

Menciona ainda, na peça recursal, o Acórdão nº 15.990/03/3ª, contudo, referida decisão, embora não citada como paradigma, não se encontra apta para ser analisada quanto ao cabimento do Recurso, tendo em vista que foi publicada no Diário Oficial deste Estado há mais de 05 (cinco) anos da publicação da decisão recorrida.

Já os Acórdãos nºs 22.266/19/2ª (*disponibilizado no Diário Eletrônico da Secretaria de Estado de Fazenda de MG em 25/10/19*) e 22.882/18/3ª (*disponibilizado em 04/04/18*), indicados como paradigmas, são decisões definitivas e foram publicadas há menos de 05 (cinco) anos da publicação da decisão recorrida (disponibilizada em 01/06/22), encontrando-se aptas para serem analisadas quanto ao cabimento do presente recurso.

Destaca a Recorrente que a autuação fiscal foi lavrada em razão do recolhimento a menor de ICMS pela suposta não tributação de parcelas “indevidamente intituladas como serviços de TC CPE Solution- Aluguel”. Isto é, de acordo com o relatório fiscal, a Recorrente teria reduzido a base de cálculo do serviço de comunicação no âmbito do contrato nº 13.0077, firmado com a cliente COPASA, ao

majorar o valor cobrado pela atividade de locação de equipamentos (“TC CPE Solution Aluguel”).

Ressalta que *“o objeto da autuação é muito claro: a Fiscalização acatou a premissa adotada pela Recorrente de que a operação de locação (TC CPE Solution Aluguel) não é tributada pelo ICMS. Todavia, entendeu que a Recorrente teria classificado como locação o que, em tese, seria serviço de comunicação, reduzindo, assim, o imposto devido”*.

Salienta que *“demonstrou, em sua impugnação, que o procedimento realizado pela Fiscalização consistente em verdadeiro arbitramento tributário que, realizado fora das hipóteses e parâmetros legais, é manifestamente nulo. Todavia, o Acórdão nº 23.151/22/2ª, ora recorrido, deixou de se manifestar sobre os questionamentos levantados pela Recorrente, divergindo ainda do entendimento adotado nos Acórdãos nºs 22.266/19/2ª e 22.882/18/3ª apontados como paradigmas”*.

Traz à colação a síntese de seus argumentos de Defesa trazidos na impugnação, nos seguintes termos:

- a Fiscalização acusa a Recorrente de ter reduzido a base de cálculo do serviço de comunicação prestado à COPASA, ao majorar o valor cobrado pela locação de equipamentos – atividade qual, conforme premissa adotada na própria autuação, não é tributada pelo ICMS;

- partindo dos valores descritos no “Anexo IV-C” e “Anexo V-B” do contrato nº 13.0077, firmado com a Copasa, a Fiscalização consignou que a operação de locação não poderia representar mais que 8,33% do valor total registrado nas notas fiscais;

- considerando isso, ajustou o percentual da atividade locatícia para 8,33% da quantia paga pela COPASA, considerando todo o restante (91,67%!) como se serviço de comunicação fosse;

- ou seja, o valor autuado foi obtido pela Fiscalização através de arbitramento, em que foram desconsiderados os valores constantes nas notas fiscais emitidas pela Recorrente.

Assevera que, nesse cenário, ao menos, deveria a Fiscalização esclarecer o que autorizaria ou justificaria a desconsideração dos documentos fiscais emitidos pela Companhia.

Diz que não poderia a Fiscalização asseverar que a operação de locação somente poderia corresponder a 8,33% (oito inteiros e trinta e três centésimos por cento) do preço das notas fiscais sem apontar o cumprimento dos requisitos previstos no art. 148 do CTN. Conclui dizendo que *“o arbitramento realizado não possui qualquer amparo legal, o que conduziria à sua nulidade, uma vez que, além de o art. 22, inciso VII da Lei nº 13.515/00 vedar a realização de arbitramento sem a observância de procedimento técnico idôneo, o art. 20 da mesma Lei reputa como “nulas de pleno direito as exigências que: 1 - estabeleçam obrigações com base em presunção não prevista na legislação tributária”*”.

Afirma que, apesar da clareza dos argumentos da Recorrente no tocante à ilegitimidade do procedimento adotado pela Fiscalização, sua defesa foi rechaçada pelo acórdão recorrido ao fundamento de que “não se trata de construção de tese fiscal e sim, comparação entre os valores pactuados contratualmente e aqueles faturados nos documentos fiscais”.

Conclui que, ao assim entender, o Acórdão recorrido nº 23.151/22/2ª destoa da jurisprudência deste eg. CCMG, representada pelos Acórdãos paradigmas nºs 22.266/19/2ª (doc. nº 01) e 22.882/18/3ª (doc. nº 02). Isso porque, o arbitramento realizado fora das hipóteses legais conduz à sua nulidade, uma vez que ele deve ser realizado por procedimento técnico idôneo, com a demonstração inequívoca, pelo Fisco, estatística e científica, acerca do procedimento irregular utilizado pelo Contribuinte (entendimento adotado no Acórdão nº 15.990/03/3ª).

Repita-se que o citado Acórdão nº 15.990/03/3ª não se presta para fins de análise quanto ao cabimento do Recurso, tendo em vista que foi publicado no Diário Oficial deste Estado há mais de 05 (cinco) anos da publicação da decisão recorrida.

Com intuito de atestar o cabimento do presente recurso, a Recorrente colaciona à peça recursal cotejo analítico entre o acórdão recorrido e os paradigmas:

DECISÃO RECORRIDA:

“CONFORME SE DEPREENDE DAS CLÁUSULAS CONTIDAS NO CONTRATO, O CLIENTE COPASA-MG PAGOU À AUTUADA, O PREÇO GLOBAL MENSAL CONSTANTE DO ANEXO VI, NO QUAL ESTÃO INCLUÍDAS TODAS E QUAISQUER DESPESAS, DIRETAS E INDIRETAS NECESSÁRIAS PARA A EXECUÇÃO E PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS OBJETO DO CONTRATO (...).

A PARTIR DA LEITURA DO REFERIDO CONTRATO, O FISCO IDENTIFICOU QUE, DOS SERVIÇOS DE COMUNICAÇÃO DE DADOS CONTRATADOS, NÃO HÁ DESTAQUE DE ICMS PARA OS ITENS REFERENTES AO “ANEXO IV-C” E AO “ANEXO V-B”. INFORMA O FISCO QUE, DA LEITURA DO DOCUMENTO “TERMO DE REFERÊNCIA 0520120642PPSERVIÇOS TRANSMISSÃO DADOS”, EM CONSONÂNCIA COM O DOCUMENTO “ESPECIFICAÇÕES WAAS E INTERNET”, VERIFICA-SE NA RELAÇÃO DOS ENDEREÇOS DO “ANEXO IVC”, QUE DEVERÃO SER INSTALADOS EQUIPAMENTOS ACELERADORES/OTIMIZADORES WAN, CONFORME ESPECIFICAÇÕES TÉCNICAS DO “ANEXO IV-B”, E NA SEDE DA COPASA-MG, DEVERÁ SER INSTALADO O ROTEADOR MODELO 2811 DA MARCA CISCO.

ASSIM SENDO, NO PRESENTE AUTO DE INFRAÇÃO, O FISCO ESTÁ EXIGINDO O ICMS INCIDENTE SOBRE A PARCELA DA BASE DE CÁLCULO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO, ACRESCIDADA NA RUBRICA “TC CPE SOLUTIONALUGUEL”, EM DESACORDO COM O CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇO FIRMADO ENTRE A AUTUADA E A COPASA-MG. (...)

POR SEU LADO, O FISCO AFIRMA QUE TOMOU POR BASE O SOMATÓRIO DOS PERCENTUAIS DO “ANEXO IV-C” E “ANEXO

V-B”, PREVISTOS NO ANEXO VI DO CONTRATO, A PARTIR DAÍ AJUSTOU OS VALORES DO SERVIÇO “TC CPE SOLUTION. (...)

PRIMEIRO CABE ESCLARECER QUE O PRESENTE CASO NÃO SE AMOLDA À HIPÓTESE DE ARBITRAMENTO PREVISTA NO ART. 148 DO CTN, COMO ALEGADO PELA DEFESA, VISTO QUE FOI TRAZIDO AOS AUTOS O CONTRATO FIRMADO ENTRE A AUTUADA E SEU CLIENTE COMO EMBASAMENTO AO LANÇAMENTO, PORTANTO, NÃO SE TRATA DE CONSTRUÇÃO DE TESE FISCAL E SIM, COMPARAÇÃO ENTRE OS VALORES PACTUADOS CONTRATUALMENTE E AQUELES FATURADOS NOS DOCUMENTOS FISCAIS. (...)

A FISCALIZAÇÃO PROMOVE O COTEJAMENTO ENTRE AS DUAS BASES FINANCEIRAS E IDENTIFICA DIMINUIÇÃO DOS VALORES LANÇADOS A TÍTULO DE BASE DE CÁLCULO DO ICMS NA MEDIDA EM QUE A IMPUGNANTE EMITE FATURAS COM PERCENTUAIS SUPERIORES ÀS BASES CONTRATUAIS PARA O DENOMINADO SERVIÇO “TC CPE”.

DIANTE DO EXPOSTO, VERIFICA-SE QUE OS VALORES APURADOS PELO FISCO NÃO FORAM ARBITRADOS, COMO ALEGA A IMPUGNANTE. OS VALORES DOS SERVIÇOS TOMADOS PELO FISCO SÃO OS PREÇOS ACORDADOS ENTRE AS PARTES PARA A PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS, CONFORME INSTRUMENTO CONTRATUAL ANEXADO AOS AUTOS. (GRIFOU-SE).

ACÓRDÃO INDICADO COMO PARADIGMA DE Nº 22.266/19/2ª

(...)

ENTRETANTO, COMO JÁ DESTACADO, O VALOR DA OPERAÇÃO FOI OBJETO DE ARBITRAMENTO POR PARTE DO FISCO AO ENTENDIMENTO DE QUE SERIA DIVERSO DO PRATICADO PELO CONTRIBUINTE NA EMISSÃO DE SUAS NOTAS FISCAIS POR APRESENTAR DISCREPÂNCIAS EM RELAÇÃO AOS PEDIDOS E TABELAS DE VENDA RELATIVOS ÀS OPERAÇÕES, DOCUMENTOS ESTES APREENDIDOS NA EMPRESA DE WAGNER RIGHI REPRESENTAÇÕES LTDA, REPRESENTANTE COMERCIAL DA AUTUADA.

TODAVIA, A FISCALIZAÇÃO, COMO ELA PRÓPRIA ENFATIZA EM MANIFESTAÇÃO FISCAL (FLS. 184 E 293) NÃO SE UTILIZOU DOS VALORES DOS PEDIDOS E NEM DOS CONSTANTES DAS TABELAS DE PREÇO PARA O LANÇAMENTO, SERVINDO-SE DELES APENAS PARA ILUSTRAR O TRABALHO NO SENTIDO DE DEMONSTRAR QUE OS VALORES PRATICADOS PELA AUTUADA NÃO SERIAM REAIS (...)

ORA, EMBORA DEMONSTRADAS DIVERGÊNCIAS DE VALORES EM RELAÇÃO AOS DIVERSOS PRODUTOS COMERCIALIZADOS, NÃO NECESSARIAMENTE SIGNIFICA QUE O PROCEDIMENTO É IRREGULAR E QUE IMPLICA EM SONEGAÇÃO FISCAL, PODENDO ATÉ SER FRUTO, COMO ALEGA A AUTUADA, DE DESCONTOS CONCEDIDOS NAS OPERAÇÕES

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

DESSA FORMA, CONSIDERANDO QUE NA PRESENTE SITUAÇÃO FÁTICA, A APURAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO DO ICMS/ST, MEDIANTE ARBITRAMENTO, NÃO ENCONTRA AMPARO NAS HIPÓTESES PREVISTAS NO ART. 53 DO RICMS/02, NÃO HÁ COMO MANTER AS EXIGÊNCIAS FISCAIS.” (GRIFOU-SE).

ACÓRDÃO INDICADO COMO PARADIGMA DE Nº 22.882/18/3ª

“A POSSIBILIDADE DE LANÇAMENTO POR ARBITRAMENTO DA BASE DE CÁLCULO DO IMPOSTO ESTÁ PREVISTA NO ART. 148 DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL - CTN E NO ART. 18 DA LEI COMPLEMENTAR Nº 87/96.

PORÉM, A SUA UTILIZAÇÃO DEPENDE DA OBSERVÂNCIA DE ALGUNS PRESSUPOSTOS, DENTRE ELES, A CARACTERIZAÇÃO DA OMISSÃO OU A ILEGITIMIDADE DOS REGISTROS FEITOS PELO CONTRIBUINTE.

NADA OBSTANTE, NOS AUTOS, O FISCO NÃO DILIGENCIOU NO SENTIDO DE VERIFICAR OS REGISTROS CONTÁBEIS DA AUTUADA E, NEM MESMO, SE PREOCUPOU EM CONFRONTAR ESSAS INFORMAÇÕES DECLARADAS COM OUTROS DOCUMENTOS POR ELA RECONHECIDOS.

OUTRO PRESSUPOSTO SERIA A NECESSIDADE DO ARBITRAMENTO ESTAR APOIADO EM MÉTODO CIENTIFICAMENTE COMPROVADO.

NO ENTANTO, O FISCO NÃO JUNTA AOS AUTOS AS NORMAS TÉCNICAS DE CONTABILIDADE REFERENTES AO CÁLCULO DE PERCENTUAL UTILIZADO, OU MESMO JUSTIFICA A CORREÇÃO DA FÓRMULA USADA NO QUADRO I DO RELATÓRIO FISCAL.

ADEMAIS, A APURAÇÃO POR ÍNDICE TÉCNICO DEVERIA ESTAR AMPARADA PELO MAIOR NÚMERO DE ELEMENTOS POSSÍVEIS, NÃO SE RECOMENDANDO A CONSIDERAÇÃO DE UM ÚNICO INSUMO, DE MODO A NÃO SE FRAGILIZAR AS PROVAS COLIGIDAS NA AUTUAÇÃO FISCAL.

ASSIM, PODERIA TER SIDO UTILIZADO ROTEIRO PARALELO DE FISCALIZAÇÃO, COMO, POR EXEMPLO, O LEVANTAMENTO DE CAIXA. (...)

CUMPRE DESTACAR QUE O PRÓPRIO ART. 148 DO CTN EXIGE O PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO OU JUDICIAL, EM RESPOSTA LEGÍTIMA À CONTESTAÇÃO DO CONTRIBUINTE AOS VALORES ARBITRADOS PELO FISCO, O QUE NÃO FOI CUMPRIDO IN CASU.

O TRABALHO FISCAL TAMBÉM NÃO APRESENTA AS COMPARAÇÕES DOS PREÇOS PRATICADOS PELA IMPUGNANTE COM OS PREÇOS PRATICADOS NO MERCADO, DE FORMA A SE CARACTERIZAR O ALUDIDO SUBFATURAMENTO DA BASE DE CÁLCULO UTILIZADA PARA SE APURAR E RECOLHER O ICMS DEVIDO EM SUAS OPERAÇÕES COMERCIAIS.

(...)

(GRIFOU-SE).

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Verifica-se, pelo trecho transcrito da decisão, bem como do seu inteiro teor, que a improcedência do lançamento relativo ao Acórdão paradigma de nº 22.266/19/2ª teve como fundamento a não observância pela Fiscalização das previsões legais para formação da base de cálculo do ICMS/ST.

A base de cálculo do ICMS/ST, para a situação daqueles autos, segundo a previsão constante do item 2 do § 19 do art. 13 da Lei nº 6.763/75, deveria ser o valor da operação, nele incluídos os demais valores cobrados do destinatário e acrescido da MVA.

Como alternativa a essa forma de apuração, o § 29 do art. 13 da Lei nº 6.763/75 possibilitava a utilização do PMPF, na forma estabelecida em regulamento.

Contudo, descumprindo determinação legal, a Fiscalização entendeu que o ICMS/ST deveria ter sido calculado nos termos do art. 19, inciso I, alínea “b”, item 3 do Anexo XV do RICMS/02, ou seja, utilizando-se a base de cálculo formada pelo preço praticado pelo Contribuinte, acrescida do percentual de margem de valor agregado (MVA) estabelecida para a mercadoria, constante da Parte 2 do mesmo Anexo XV.

Contudo, a Fiscalização não se utilizou dos valores dos pedidos e nem dos constantes das tabelas de preço do Sujeito Passivo para realização do lançamento, servindo-se deles apenas para ilustrar o trabalho no sentido de demonstrar que os valores praticados pela Autuada não seriam reais.

Dessa forma, a Fiscalização, ao efetuar o arbitramento, criou uma sistemática diferente da prevista em lei.

Diante desse fato, considerando que a apuração da base de cálculo do ICMS/ST, mediante arbitramento, não encontrava amparo nas hipóteses previstas no art. 53 do RICMS/02, a 2ª Câmara de Julgamento decidiu pela improcedência do lançamento, cancelando as exigências fiscais.

Já no caso do Acórdão indicado como paradigma de nº 22.882/18/3ª a autuação versa sobre a suposta venda de mercadorias acobertadas por notas fiscais consignando base de cálculo diversa da legalmente exigida, uma vez que não correspondia aos reais valores das operações (subfaturamento), nos termos do art. 13, inciso IV da Lei nº 6.763/75.

Neste caso, a improcedência do lançamento teve como fundamento a falta de provas suficientes para se comprovar o subfaturamento das *bases de cálculo* utilizadas pela Autuada para lançar e recolher o ICMS devido em suas operações, não tendo se desincumbido o Fisco do seu ônus probatório de demonstrar o fato constitutivo de seu direito. Verifica-se:

ACÓRDÃO INDICADO COMO PARADIGMA DE Nº 22.882/18/3ª

(...)

COM FULCRO EM UMA MÉDIA ENTRE PEDIDOS E DOCUMENTOS FISCAIS ANEXOS À DENÚNCIA CONSTANTE ÀS FLS. 13 DOS AUTOS, O FISCO CONCLUIU QUE OS DOCUMENTOS EMITIDOS CORRESPONDEM A 52% (CINQUENTA E DOIS POR CENTO) DO

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

VALOR REAL DAS SAÍDAS, O QUE EQUIVALE DIZER QUE O VALOR DAS SAÍDAS REAIS É 93% (NOVENTA E TRÊS POR CENTO) MAIOR QUE O DAS SAÍDAS DECLARADAS, SENDO QUE ESSE PERCENTUAL ESPELHA O SUBFATURAMENTO CONSTATADO NA AUTUAÇÃO.

CONSIDERANDO QUE A CONTRIBUINTE NÃO APRESENTOU OS PEDIDOS REFERENTES ÀS SAÍDAS DE MERCADORIAS DO PERÍODO AUTUADO, O FISCO APLICOU O PERCENTUAL DE SUBFATURAMENTO 93% (NOVENTA E TRÊS POR CENTO) SOBRE OS VALORES DE SAÍDAS DECLARADAS NAS PGDAS, DE MODO A SE OBTER O VALOR SUBFATURADO NAS SAÍDAS.

INFORMA O FISCO, AINDA, QUE FORAM EXCLUÍDOS DO CÁLCULO OS VALORES APRESENTADOS EM AUTODENÚNCIA.

NO QUADRO I (FLS. 10), TEM-SE O CÁLCULO DO PERCENTUAL DE SUBFATURAMENTO E O PERCENTUAL DO VALOR DAS NOTAS FISCAIS COMPARADAS COM O VALOR DOS PEDIDOS.

NO QUADRO II, O CÁLCULO DO VALOR DO SUBFATURAMENTO E O ICMS DEVIDO E, NO QUADRO III, O DEMONSTRATIVO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO.

SEGUNDO O CONTRATO SOCIAL DA AUTUADA, SEU OBJETO SOCIAL É O COMÉRCIO DE ARTIGOS DE VESTUÁRIO E COMPLEMENTOS EM GERAL.

DEVERAS, A PEDRA DE ALICERCE DA AUTUAÇÃO FISCAL FOI UMA DENÚNCIA ANÔNIMA, CONSUBSTANCIADA NA DECLARAÇÃO DE PRÓPRIO PUNHO DE ANTIGO REPRESENTANTE DO ESTABELECIMENTO AUTUADO (FLS. 13), EM QUE RECONHECE A INTENÇÃO DA EMPRESA DE SONEGAR IMPOSTOS ESTADUAIS.

FORAM JUNTADOS À DENÚNCIA, POR AMOSTRAGEM, OS DOCUMENTOS AUXILIARES DE NOTA FISCAL ELETRÔNICA - DANFES, OS PEDIDOS COMERCIAIS E CÓPIAS DOS CHEQUES DE PAGAMENTOS DE MERCADORIAS COMERCIALIZADAS PELA AUTUADA, QUE ESTAVAM VINCULADOS ÀS NOTAS FISCAIS.

ALÉM DISSO, ÀS FLS. 59 DOS AUTOS, CONSTAM OS DADOS DE TERMO DE AUTODENÚNCIA REALIZADA PELA AUTUADA.

CONSIDERANDO QUE O PRESENTE AUTO DE INFRAÇÃO SE BASEIA EM UMA DENÚNCIA ANÔNIMA, COM DOCUMENTOS A ELA ANEXADOS, DENTRE OS QUAIS OS DOCUMENTOS DE "PEDIDOS" NÃO RECONHECIDOS PELA IMPUGNANTE, ALÉM DE CHEQUES AO PORTADOR QUE LASTREARIAM O PAGAMENTO DAS MERCADORIAS RELACIONADAS ÀS NOTAS FISCAIS ELETRÔNICAS EMITIDAS PELA AUTUADA, NÃO EXISTEM ELEMENTOS PROBATÓRIOS ROBUSTOS QUE AMPAREM A ACUSAÇÃO FISCAL, COMO RESTARÁ DEMONSTRADO.

(...)

A POSSIBILIDADE DE LANÇAMENTO POR ARBITRAMENTO DA BASE DE CÁLCULO DO IMPOSTO ESTÁ PREVISTA NO ART. 148 DO

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL - CTN E NO ART. 18 DA LEI COMPLEMENTAR Nº 87/96.

PORÉM, A SUA UTILIZAÇÃO DEPENDE DA OBSERVÂNCIA DE ALGUNS PRESSUPOSTOS, DENTRE ELES, A CARACTERIZAÇÃO DA OMISSÃO OU A ILEGITIMIDADE DOS REGISTROS FEITOS PELO CONTRIBUINTE. NADA OBSTANTE, NOS AUTOS, O FISCO NÃO DILIGENCIOU NO SENTIDO DE VERIFICAR OS REGISTROS CONTÁBEIS DA AUTUADA E, NEM MESMO, SE PREOCUPOU EM CONFRONTAR ESSAS INFORMAÇÕES DECLARADAS COM OUTROS DOCUMENTOS POR ELA RECONHECIDOS.

OUTRO PRESSUPOSTO SERIA A NECESSIDADE DO ARBITRAMENTO ESTAR APOIADO EM MÉTODO CIENTIFICAMENTE COMPROVADO.

NO ENTANTO, O FISCO NÃO JUNTA AOS AUTOS AS NORMAS TÉCNICAS DE CONTABILIDADE REFERENTES AO CÁLCULO DE PERCENTUAL UTILIZADO, OU MESMO JUSTIFICA A CORREÇÃO DA FÓRMULA USADA NO QUADRO I DO RELATÓRIO FISCAL.

ADEMAIS, A APURAÇÃO POR ÍNDICE TÉCNICO DEVERIA ESTAR AMPARADA PELO MAIOR NÚMERO DE ELEMENTOS POSSÍVEIS, NÃO SE RECOMENDANDO A CONSIDERAÇÃO DE UM ÚNICO INSUMO, DE MODO A NÃO SE FRAGILIZAR AS PROVAS COLIGIDAS NA AUTUAÇÃO FISCAL. ASSIM, PODERIA TER SIDO UTILIZADO ROTEIRO PARALELO DE FISCALIZAÇÃO, COMO, POR EXEMPLO, O LEVANTAMENTO DE CAIXA.

(...)

CUMPRE DESTACAR QUE O PRÓPRIO ART. 148 DO CTN EXIGE O PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO OU JUDICIAL, EM RESPOSTA LEGÍTIMA À CONTESTAÇÃO DO CONTRIBUINTE AOS VALORES ARBITRADOS PELO FISCO, O QUE NÃO FOI CUMPRIDO *IN CASU*.

O TRABALHO FISCAL TAMBÉM NÃO APRESENTA AS COMPARAÇÕES DOS PREÇOS PRATICADOS PELA IMPUGNANTE COM OS PREÇOS PRATICADOS NO MERCADO, DE FORMA A SE CARACTERIZAR O ALUDIDO SUBFATURAMENTO DA BASE DE CÁLCULO UTILIZADA PARA SE APURAR E RECOLHER O ICMS DEVIDO EM SUAS OPERAÇÕES COMERCIAIS.

DEVIDO À FALTA DE PROVAS SUFICIENTES PARA SE COMPROVAR O SUBFATURAMENTO DAS BASES DE CÁLCULO UTILIZADAS PELA AUTUADA PARA SE LANÇAR E RECOLHER O ICMS DEVIDO EM SUAS OPERAÇÕES, NO PERÍODO AUTUADO, CONSTATA-SE QUE O FISCO NÃO SE DESINCUMBIU DO SEU ÔNUS PROBATÓRIO DE DEMONSTRAR O FATO CONSTITUTIVO DE SEU DIREITO.

(...)

(GRIFOU-SE).

Contudo, no caso da situação fática da decisão recorrida, não houve descumprimento da previsão legal por parte da Fiscalização para a formação da base de cálculo do ICMS exigido. Ademais, restou rechaçada a tese da Defesa de que teria o Fisco arbitrado o valor do serviço ou que seria caso de presunção:

DECISÃO RECORRIDA

(...)

ENTRETANTO, NÃO CABE RAZÃO À IMPUGNANTE.

CABE ESCLARECER QUE O PRESENTE CASO NÃO SE AMOLDA À HIPÓTESE DE ARBITRAMENTO PREVISTA NO ART. 148 DO CTN, COMO ALEGADO PELA DEFESA, VISTO QUE FOI TRAZIDO AOS AUTOS O CONTRATO FIRMADO ENTRE A AUTUADA E SEU CLIENTE COMO EMBASAMENTO AO LANÇAMENTO, PORTANTO, NÃO SE TRATA DE CONSTRUÇÃO DE TESE FISCAL E SIM, COMPARAÇÃO ENTRE OS VALORES PACTUADOS CONTRATUALMENTE E AQUELES FATURADOS NOS DOCUMENTOS FISCAIS.

A BASE DE CÁLCULO APURADA PELA FISCALIZAÇÃO ESTÁ SENDO ABORDADA AINDA NAS QUESTÕES DE MÉRITO.

(...)

PRIMEIRO CABE ESCLARECER QUE O PRESENTE CASO NÃO SE AMOLDA À HIPÓTESE DE ARBITRAMENTO PREVISTA NO ART. 148 DO CTN, COMO ALEGADO PELA DEFESA, VISTO QUE FOI TRAZIDO AOS AUTOS O CONTRATO FIRMADO ENTRE A AUTUADA E SEU CLIENTE COMO EMBASAMENTO AO LANÇAMENTO, PORTANTO, NÃO SE TRATA DE CONSTRUÇÃO DE TESE FISCAL E SIM, COMPARAÇÃO ENTRE OS VALORES PACTUADOS CONTRATUALMENTE E AQUELES FATURADOS NOS DOCUMENTOS FISCAIS.

NO TOCANTE AO ARGUMENTO DE QUE O FISCO APUROU A BASE DE CÁLCULO COM BASE EM MERA PRESUNÇÃO DECORRENTE DA ANÁLISE DE EXCERTOS DO CONTRATO, NÃO CABE RAZÃO À DEFESA.

CABE PRIMEIRO TRAZER O PONTO DE PARTIDA DA ANÁLISE FISCAL, QUAL SEJA, AS NOTAS FISCAIS DE SERVIÇO DE TELECOMUNICAÇÕES – NFST, MODELO 22, EMITIDAS PELA AUTUADA PARA A EMPRESA COPASA-MG. TRAZ-SE, A TÍTULO DE EXEMPLO A NFST Nº 016177117 DE 12/11/19, COLACIONADA AOS AUTOS:

(...)

A FISCALIZAÇÃO PROMOVE O COTEJAMENTO ENTRE AS DUAS BASES FINANCEIRAS E IDENTIFICA DIMINUIÇÃO DOS VALORES LANÇADOS A TÍTULO DE BASE DE CÁLCULO DO ICMS NA MEDIDA EM QUE A IMPUGNANTE EMITE FATURAS COM PERCENTUAIS SUPERIORES ÀS BASES CONTRATUAIS PARA O DENOMINADO SERVIÇO “TC CPE”.

DIANTE DO EXPOSTO, VERIFICA-SE QUE OS VALORES APURADOS PELO FISCO NÃO FORAM ARBITRADOS, COMO ALEGA A IMPUGNANTE. OS VALORES DOS SERVIÇOS TOMADOS PELO FISCO SÃO OS PREÇOS ACORDADOS ENTRE AS PARTES PARA A PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS, CONFORME INSTRUMENTO CONTRATUAL ANEXADO AOS AUTOS.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

DA ANÁLISE DAS DUAS BASES (NOTAS FISCAIS E CONTRATOS), CONSTATA-SE QUE OS VALORES DOS SERVIÇOS DESTACADOS NAS NOTAS FISCAIS NÃO OBSERVARAM AS DIRETRIZES DELIMITADAS NOS INSTRUMENTOS CONTRATUAIS ASSINADOS ENTRE A AUTUADA E COPASA/MG, PORTANTO, NÃO HÁ QUE SE FALAR EM OFENSA AO EXERCÍCIO DA LIBERDADE ECONÔMICA DO CONTRIBUINTE.

CONFORME DEMONSTRA A FISCALIZAÇÃO, INCLUSIVE COM EXEMPLOS PRÁTICOS CALCADOS NOS DOCUMENTOS FISCAIS EMITIDOS, A AUTUADA, AO EMITIR AS NOTAS FISCAIS DE SERVIÇO DE TELECOMUNICAÇÕES – NFST, MODELO 22, DELIBERADAMENTE AUMENTOU OS VALORES DA RUBRICA “TC CPE SOLUTION – ALUGUEL”, O QUAL NÃO INTEGRA A BASE DE CÁLCULO DO IMPOSTO CONSTANTE DA NOTA FISCAL EMITIDA, DE MODO A REDUZIR A PARCELA TRIBUTADA (TC IP CONECT), DESVINCULADO DO PREVISTO NA PLANILHA DE PREÇOS CONSTANTE DO CONTRATO FIRMADO COM A COPASA-MG.

(...)

(GRIFOU-SE).

Diante do confronto dos fundamentos das decisões, não se verifica qualquer divergência entre elas quanto à aplicação da legislação tributária.

Reiterando, observa-se que nas decisões apontadas como paradigmas a Fiscalização descumpriu os preceitos legais para formação da base de cálculo do ICMS/ST (Acórdão nº 22.266/19/2ª) ou faltaram provas da acusação de subfaturamento (Acórdão nº 22.882/18/3ª), fatos esses não observados nos fundamentos da decisão recorrida.

Como dito, o objetivo desta espécie de Recurso de Revisão é a uniformização de decisões que versem sobre a mesma matéria, dentro das mesmas condições e sob as mesmas circunstâncias fáticas.

Dessa forma, constatando-se que os lançamentos sob análise cuidam de aspectos fáticos distintos, as decisões não guardam, necessariamente, pertinência quanto ao resultado final.

Nesse sentido, a Recorrente não demonstrou divergência das decisões quanto à aplicação da legislação tributária para fins de admissibilidade do recurso de revisão interposto.

Diante do exposto, reputa-se não atendida a segunda condição prevista no inciso II do art. 163 do RPTA (divergência jurisprudencial), frustrando a exigência de preenchimento cumulativo das condições estabelecidas no referido dispositivo legal.

Por consequência, não se encontram configurados os pressupostos para admissibilidade do Recurso de Revisão.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Diante do exposto, ACORDA a Câmara Especial do CCMG, em preliminar, à unanimidade, em não conhecer do Recurso de Revisão, por ausência de pressupostos legais de cabimento. Pela Fazenda Pública Estadual, sustentou oralmente o Dr. Bruno Rodrigues de Faria. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Cindy Andrade Moraes (Revisora), André Barros de Moura, Ivana Maria de Almeida e Thiago Álvares Feital.

Sala das Sessões, 23 de setembro de 2022.

Freitrich Augusto Ribeiro Heidenreich
Relator

Geraldo da Silva Datas
Presidente