

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 21.132/16/2ª Rito: Ordinário
PTA/AI: 01.000278593-88
Impugnação: 40.010138591-45 (Coob.)
Impugnante: Claro S/A (Coob.)
IE: 001011713.00-44
Autuada: Empresa Brasileira de Telecomunicações S/A
IE: 062004049.00-83
Proc. S. Passivo: André Lopes Lovalho Ulhôa/Outro(s)
Origem: DF/BH-1 - Belo Horizonte

EMENTA

PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO – BASE DE CÁLCULO – RECOLHIMENTO A MENOR DO ICMS. Constatado o recolhimento a menor de ICMS, em face da Autuada não ter submetido à tributação, diversos itens relativos à prestação onerosa de serviço de comunicação. Procedimento fiscal respaldado pelos arts. 146, inciso III, alínea “a” e 155, inciso II da CF/88, pelos arts. 2º, inciso III, 12, inciso VII e 13, inciso III da Lei Complementar nº 87/96 e pelos arts. 42, inciso I, alíneas “a” e “e” e 43, inciso X, § 4º do RICMS/02. Exigências de ICMS, Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II da Lei nº 6.763/75, Multa Isolada prevista no inciso VII, alínea “c” do art. 55 da mesma lei, c/c o art. 106, inciso II, alínea “c” do CTN e a Multa Isolada capitulada no inciso VI e § 4º do art. 54 da Lei nº 6.763/75, c/c art. 215, inciso VI, alínea “f”, do RICMS/02, sendo adotada a multa isolada mais gravosa, com base no art. 211 do RICMS/02. Crédito tributário reformulado pela Fiscalização. Infração parcialmente caracterizada.

SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA – RECOLHIMENTO A MENOR DE ICMS/ST – BASE DE CÁLCULO. Constatado o recolhimento a menor do ICMS devido a título de substituição tributária, em relação às operações relativas à circulação das mercadorias constantes do item 29.1.51 da Parte 02 do Anexo XV do RICMS/02, em decorrência da utilização da Margem de Valor Agregado - MVA divergente da prevista na legislação tributária. Exigências de ICMS/ST e Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II c/c § 2º, inciso II da Lei nº 6.763/75.

Lançamento parcialmente procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre as seguintes irregularidades, ocorridas no período compreendido entre 1º de agosto de 2010 e 31 de dezembro de 2014:

1 - recolhimento a menor do ICMS, decorrente da emissão de notas fiscais com destaque a menor do imposto em razão de não ter sido submetido à tributação

diversos itens relativos à prestação onerosa de serviço de comunicação e telecomunicação, conforme relação constante do Anexo 1 do Auto de Infração. Exigências de ICMS, Multa de Revalidação prevista no inciso II do art. 56 da Lei nº 6.763/75, Multa Isolada capitulada no inciso VII, alínea “c” do art. 55 da mesma lei, c/c o art. 106, inciso II, alínea “c” do Código Tributário Nacional – CTN e a Multa Isolada capitulada no inciso VI e § 4º do art. 54 da Lei nº 6.763/75, c/c art. 215, inciso VI, alínea “F”, do RICMS/02, sendo adotada a multa isolada mais gravosa, com base no art. 211 do RICMS/02;

2 - recolhimento a menor do ICMS/ST incidente nas operações relativas à circulação de aparelho telefônico sem fio, constante do item 29 do Anexo XV do RICMS/02, conforme documentos fiscais listados no Anexo 2 do Auto de Infração, em decorrência de ter utilizado para fins da apuração da base de cálculo do imposto devido, Margem de Valor Agregado – MVA divergente daquela prevista para a hipótese. Exigências de ICMS/ST e Multa de Revalidação prevista art. 56, inciso II, c/c o § 2º, inciso II da Lei nº 6.763/75.

As Infrações foram constatadas mediante análise de livros e documentos fiscais, assim como, confronto dessas informações com dados constantes dos arquivos eletrônicos gerados de acordo com as normas previstas no Convênio ICMS nº 115/03.

Inconformada, a sucessora por incorporação, Claro S/A, apresenta, tempestivamente e por seu procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 374/378, contra a qual a Fiscalização manifesta-se às fls. 411/416. A Fiscalização reformula o lançamento às fls. 426/427.

Aberta vista, a Impugnante manifesta-se às fls. 432/437 propugnando, em preliminar, pelo cancelamento do lançamento, nos termos do inciso VIII, art. 149 do CTN, assim como, no mérito, pela insubsistência do lançamento de acordo com os fundamentos apresentados na Impugnação de fls. 374/378.

A Fiscalização novamente refuta as alegações às fls. 439/440.

A Assessoria do CC/MG, em parecer de fls. 442/453, opina, em preliminar, pela rejeição da prefacial arguida e, no mérito, pela procedência parcial do lançamento nos termos da reformulação do crédito tributário de fls. 426/427.

DECISÃO

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

Da Preliminar

Da Arguição de Nulidade do Auto de Infração

Ab initio, ressalta-se que, se encontram presentes no Auto de Infração todos os elementos necessários e suficientes para que se determine, com segurança, a natureza das infrações. As infrações cometidas e as penalidades aplicadas encontram-se legalmente embasadas. Todos os requisitos formais e materiais imprescindíveis ao

exercício da atividade do lançamento foram observados, nos termos das normas previstas nos arts. 85 a 94 do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos (RPTA), aprovado pelo Decreto nº 44.747/08.

Todavia, entende a Impugnante que, no caso em discussão, o Auto de Infração se encontra eivado de nulidade, sob o argumento de que a reformulação do lançamento promovida pelo Fisco não estaria contemplada pela previsão do art. 149, inciso VIII do CTN, cujos termos estabelecem que: “o lançamento é efetuado e revisto de ofício pela autoridade administrativa, quando deva ser apreciado fato não conhecido ou não provado por ocasião do lançamento anterior”.

De fato, em princípio, o lançamento, uma vez notificado ao sujeito passivo responsável, não pode sofrer qualquer alteração por parte da autoridade tributária.

Nada obstante, revela-se indubitoso que a hipótese na qual se embasa a Impugnante para suscitar a suposta nulidade não corresponde à hipótese aplicável à matéria.

As hipóteses de reformulação do crédito tributário se encontram previstas no art. 145 do CTN, nos seguintes termos:

“Art. 145. O lançamento regularmente notificado ao sujeito passivo só pode ser alterado em virtude de:

I - impugnação do sujeito passivo;

II - recurso de ofício;

III - iniciativa de ofício da autoridade administrativa, nos casos previstos no artigo 149.”

A norma veiculada através do supracitado dispositivo legal informa três hipóteses em virtude das quais é possível alterar o lançamento regularmente notificado, a saber:

- ✓ Uma, de iniciativa do sujeito passivo, provocada através da impugnação;
- ✓ Outra, em razão de recurso de ofício; e,
- ✓ a última, de iniciativa da própria autoridade administrativa lançadora, nos casos previstos no art. 149.

In casu, verifica-se que a alteração do lançamento somente foi promovida por iniciativa do próprio Sujeito Passivo que, no exercício do contraditório e da ampla defesa, impugnou o lançamento, devolvendo a matéria à autoridade fiscal para que operasse a revisão do lançamento relativo à prestação de serviço consignada no documento fiscal de número 21.066 de 15/09/10 emitido pela Impugnante para o cliente “TELEFREE DO BRASIL COM E IMP EXP E”, CNPJ: 04289809000306, referente ao serviço “SERV.REM.REDE FX LOC”, no valor total de R\$ 2,34 (dois reais e trinta e quatro centavos), o qual supostamente havia sido discriminado indevidamente no Anexo 1. Fato esse reconhecido pela autoridade lançadora, conforme revisão do lançamento efetuada às fls. 426/427.

Desse modo, rejeita-se a prefacial de nulidade arguida pela Impugnante.

Do Mérito

Sabe-se que a autuação trata das seguintes irregularidades, ocorridas no período compreendido entre 1º de agosto de 2010 e 31 dezembro de 2014:

1 - recolhimento a menor do ICMS, decorrente da emissão de notas fiscais com destaque a menor do imposto em razão da falta de tributação de diversos itens relativos à prestação onerosa de serviço de comunicação e telecomunicação listados no Anexo 1 do Auto de Infração. Exigências de ICMS, Multa de Revalidação prevista no inciso II do art. 56 da Lei nº 6.763/75, Multa Isolada capitulada no inciso VII, alínea “c” do art. 55 da mesma lei, c/c o art. 106, inciso II, alínea “c” do CTN e a Multa Isolada capitulada no inciso VI e § 4º do art. 54 da Lei nº 6.763/75, c/c art. 215, inciso VI, alínea “f”, do RICMS/02, sendo adotada a multa isolada mais gravosa, com base no art. 211 do RICMS/02;

2 - recolhimento a menor do ICMS/ST incidente nas operações com aparelho telefônico sem fio, constante do item 29 do Anexo XV do RICMS/02, nos documentos fiscais listados no Anexo 2 do Auto de Infração, decorrente da apuração da base de cálculo utilizando MVA incorreta. Exigências de ICMS/ST e Multa de Revalidação prevista art. 56, inciso II, c/c o § 2º, inciso II, da Lei nº 6.763/75.

Instruem os autos os seguintes anexos, todos constantes do CD de fls. 373:

- Anexo 1 – Quadro Demonstrativo dos serviços prestados e não tributados extraídos a partir das notas fiscais emitidas por período de autuação (fls. 83/136),
- Anexo 2 – Quadro demonstrativo do ICMS/ST (fls. 138/147),
- Anexo 3 – Demonstrativo da MVA/MVA Ajustada (fls. 149/150),
- Anexo 4 – Quadro demonstrativo da Multa Isolada (fls. 152/157), e
- Anexo 5 – Quadro resumo do crédito tributário (fls. 159/161).

Ressalta-se que os fundamentos expostos na Manifestação Fiscal foram acolhidos integralmente pela Assessoria do CC/MG para sustentar seu parecer.

1 - Falta de tributação de diversos itens relativos à prestação onerosa de serviço de comunicação e telecomunicação

Inicialmente, julga-se importante mencionar que a Constituição da República Federativa do Brasil estabelece a competência privativa para instituir o imposto sobre prestação de serviço de comunicação aos Estados e ao Distrito Federal, conforme disposto no inciso II do art.155 da Constituição Federal.

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

(...)

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

(...)"

Noutro passo, o Código Tributário Nacional (Lei nº 5.172/66) estabelece no art. 114, que, o fato gerador da obrigação principal é a situação definida em lei como necessária e suficiente à sua ocorrência.

Em matéria de prestação de serviço de comunicação, a definição do fator gerador da obrigação tributária principal se encontra contemplada no inciso III, art. 2º da Lei Complementar nº 87/96. Veja-se:

"Art.2º - O imposto incide sobre:

(...)

III - prestações onerosas de serviços de comunicação, por qualquer meio, inclusive a geração, a emissão, a recepção, a transmissão, a retransmissão, a repetição e a ampliação de comunicação de qualquer natureza."

No mesmo diapasão, a Lei Complementar nº 87/96 definiu os contornos do momento no qual se verifica a ocorrência do fato gerador, bem como a definição da sua base de cálculo, nos exatos termos do disposto nos arts. 12 e 13 da mesma lei, *in verbis*:

"Art. 12. Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento:

(...)

VII - das prestações onerosas de serviços de comunicação, feita por qualquer meio, inclusive a geração, a emissão, a recepção, a transmissão, a retransmissão, a repetição e a ampliação de comunicação de qualquer natureza;

(...)

Art. 13. A base de cálculo do imposto é:

(...)

III - na prestação de serviço de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, o preço do serviço;

(...)"

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

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

§ 1º- O imposto incide sobre:

(...)

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

(...)

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

(...)

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

(...)"

O RICMS/02, à guisa de regulamentação da matéria, nos termos da Lei nº 6.763/75, por sua vez, estabelece quais hipóteses de serviços de comunicação se enquadram na definição de fato gerador do imposto, assim como se define a sua base de cálculo:

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

(...)

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

(...)

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

(Grifou-se).

Verifica-se, *a priori*, que os serviços executados pela Impugnante como prestação de serviço de comunicação se encontram devidamente identificados com as

hipóteses normativas presentes na legislação supracitada, razão pela qual sujeitam-se à incidência do ICMS, na forma da legislação aplicável.

A autoridade responsável pela autuação demonstrou no Anexo 1, as diversas descrições de serviços de comunicação que foram prestados pela Autuada sem submetê-las devidamente à tributação do ICMS, no período compreendido entre agosto de 2010 a dezembro de 2014.

A primeira controvérsia que se apresenta diz respeito à irrisignação da Impugnante com o lançamento referente à falta de tributação de diversos itens relativos à prestação onerosa do serviço de comunicação e telecomunicação, segundo o argumento de que, em relação às prestações realizadas ao abrigo da isenção ou diferimento, a autoridades fiscal não teria informado se os tomadores dos serviços seriam clientes seus ou de outra operadora, assim como, não teria esclarecido se o caso seria de chamadas de longa distância ou de ligações locais.

A Impugnante alega que, na exploração da prestação de serviços de telefonia fixa, oferece o serviço nas modalidades *longa distância, interurbana ou internacional* (DDD e DDI) utilizando-se do *Código de Seleção de Prestadora* (CSP) 21, e que nestas prestações, ocorre o procedimento denominado *cobilling*, no qual clientes de outras operadoras realizam chamadas utilizando o CSP 21 concedido à Impugnante.

Nesse caso, tendo o serviço de comunicação sido prestado a cliente de outra operadora, fica a Impugnante, na qualidade de emitente, obrigada a informar para a operadora titular da conta do cliente o valor a ser faturado em favor da operadora emitente detentora do CSP utilizado, ficando esta última, na qualidade de impressora, encarregada de enviar a seus clientes a cobrança da fatura conjunta. O mesmo ocorre quando os clientes da Autuada utilizam o CSP de outra operadora, sendo estes cobrados pela Impugnante.

Segundo o argumento da Impugnante, a autoridade fiscal não informou a quais casos isso se refere, o que seria crucial para que a Autuada identificasse se o ICMS exigido se refere a clientes seus ou de outra operadora, assim como, se as chamadas, no caso, seriam de longa distância ou ligações locais.

De fato, como bem foi demonstrado pelos Auditores Fiscais, o levantamento das irregularidades nas prestações de serviço telefônico fixo comutado – STFC, referentes às operações não ofertadas à tributação pelo ICMS, foram extraídas dos dados informados nos arquivos magnéticos entregues pela própria Impugnante, gerados nos termos das disposições normativas estabelecidas no Convênio ICMS nº 115/03, relativos a diversos documentos fiscais emitidos no período objeto da ação fiscal, o que, à toda evidência, parece refletir com verossimilhança as prestações de serviço de comunicação realizadas pela Impugnante.

O Convênio ICMS nº 115/03, dispõe acerca da uniformização e disciplina a emissão, escrituração, manutenção e prestação das informações dos documentos fiscais emitidos em via única por sistema eletrônico de processamento de dados para contribuintes prestadores de serviços de comunicação e fornecedores de energia elétrica.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Nos termos da Cláusula primeira do referido Convênio, a emissão, escrituração, manutenção e prestação das informações relativas aos documentos fiscais enumerados, entre os quais, as Nota Fiscal de Serviço de Comunicação, modelo 21 e Nota Fiscal de Serviço de Telecomunicações, modelo 22, com emissão em uma única via por sistema eletrônico de processamento de dados, deve obedecer ao disposto no convênio.

Na Cláusula segunda do convênio supra, estabeleceu-se que em substituição à segunda via do documento fiscal, cuja impressão é dispensada, as informações constantes da primeira via do documento fiscal deverão ser gravadas até o 5º dia do mês subsequente do período de apuração em meio eletrônico não regravável, cuja integridade das informações será garantida por meio de cálculo de chave de codificação digital gerada com base nos dados constantes do documento fiscal emitido pela própria Impugnante por programa de informática desenvolvido especificamente para a autenticação de dados informatizados a ser realizado, conforme termos da Cláusula terceira.

Não há dúvida de que as informações que compõem o Anexo 1 (fls. 83/136) representam todos os documentos fiscais emitidos pela Impugnante, assim como, que foram informados pelo próprio Sujeito Passivo através dos arquivos produzidos nos termos do Convênio ICMS nº 115/03.

Contrariamente ao que pretende fazer acreditar a Impugnante, a toda evidência, as Notas Fiscais de Serviço de Telecomunicações (NFST), modelo 22, relacionados no Anexo 1, se referem a clientes próprios da Autuada.

A conclusão decorre de que, nas operações de *cobilling*, conforme disposto no § 5º, do art. 40, Anexo IX do RICMS/02, a responsabilidade pelo cumprimento de suas respectivas obrigações principais e acessórias permanecem ao encargo de cada operadora, atribuindo-se, desse modo, a cada uma a obrigação pelo recolhimento do ICMS incidente sobre suas próprias prestações, assim como, respectivamente, a escrituração dos livros e documentos fiscais correspondentes. Confira-se:

“Art. 40. Fica o estabelecimento centralizador autorizado a emitir Nota Fiscal de Serviço de Comunicação, modelo 21, e Nota Fiscal de Serviço de Telecomunicações, modelo 22, por Sistema de Processamento Eletrônico de Dados (PED), nos termos do Anexo VII, em via única, abrangendo todas as prestações de serviço realizadas por todos os seus estabelecimentos situados no Estado.

(...)

§ 5º As empresas de telecomunicação poderão imprimir suas Notas Fiscais de Serviços de Telecomunicação, modelo 22, ou de Serviço de Comunicação, modelo 21, conjuntamente com as de outras empresas de telecomunicação em um único documento de cobrança, desde que:

I - a emissão dos correspondentes documentos fiscais seja feita individualmente pelas empresas prestadoras do serviço de telecomunicação

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

envolvidas na impressão conjunta, por sistema de processamento eletrônico de dados, observado o disposto neste artigo e nas demais disposições específicas;

(...)” (Grifou-se).

Para tanto, deve a operadora emitente adotar subsérie distinta para os documentos fiscais emitidos, que deverão constar obrigatoriamente dos seus arquivos produzidos nos termos do Convênio ICMS nº 115/03. Por outro lado, à operadora impressora caberá, tão somente, a apresentação junto à Secretaria de Estado de Fazenda de Minas Gerais dos arquivos eletrônicos gerados com as informações relativas às operações de *cobilling*, observada a forma prevista no manual de orientação da Parte 6 do Anexo VII do RICMS/02.

Com efeito, as informações relativas aos documentos fiscais referentes às operações de *cobilling*, quando a impressão dos documentos ficar sob a responsabilidade da Impugnante, não poderão constar entre as informações que compõem os arquivos produzidos nos termos do Convênio ICMS nº 115/03 de responsabilidade da Impugnante.

Neste contexto, todos os documentos fiscais relacionados no Anexo 1, concernentes ao procedimento de faturamento e impressão conjunta de NFST (*cobilling*), só podem conter informações relativas aos clientes próprios da Impugnante, neste caso, na qualidade de emitente das NFST.

Despiciendo ao esclarecimento da controvérsia indagar em qual modalidade as chamadas telefônicas se encontram classificadas, já que para a verificação da incidência do ICMS, a modalidade sob a qual se deu a prestação de serviço é absolutamente irrelevante.

Portanto, não procede a alegação da Impugnante de que não sabe se os documentos fiscais relacionados no Anexo 1 pertencem a clientes seus ou de outras operadoras.

Outra constatação que parece evidente em relação às informações colacionadas no Anexo 1, diz respeito ao ICMS, cujo valor efetivamente destacado se apresenta menor que o valor do imposto devido na prestação.

Ora, não se encontrando contempladas entre as hipóteses do diferimento ou da isenção previstas na legislação tributária do estado de Minas Gerais, a conclusão inarredável é de que as prestações informadas no Anexo 1 se encontram, portanto, sujeitas à tributação do ICMS, razão pela qual se exige acertadamente o ICMS referente à diferença a menor apurada em razão de o Sujeito Passivo ter deixado de incluir na base de cálculo do imposto parcelas referentes às prestações de serviço de telecomunicação informadas no Anexo 1.

Com efeito, uma vez apurado que o Sujeito Passivo deixou de incluir os valores referentes às prestações de serviços de comunicação constantes do Anexo 1 na base de cálculo do ICMS, opera-se necessariamente a incidência das sanções cominadas na legislação tributária do estado de Minas Gerais. A saber:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- por ter deixado de informar corretamente a base de cálculo do imposto, nos documentos fiscais, cuja penalidade se encontra prevista no art. 55, inciso VII da Lei nº 6.763/75, acrescida da alínea “c”, nos termos do art. 8º e vigência estabelecida pelo art. 17, ambos da Lei nº 19.978, de 28/12/11 (20% - vinte por cento do valor da diferença apurada).

- por deixar de informar corretamente o destaque do ICMS, cuja penalidade se encontra prevista no inciso VI do art. 54 da Lei nº 6.763/75, c/c art. 215, inciso VI, alínea “f” do RICMS/02.

Observa-se, no entanto, se tratarem as hipóteses de penalidades conexas, segundo os termos do art. 211 do RICMS/02, operando-se, via de consequência, a incidência da penalidade mais gravosa, consideradas as limitações contidas no § 4º do art. 54 da Lei nº 6.763/75.

Registre-se que foi excluída do Anexo 1, ainda na fase de Impugnação, a Nota Fiscal nº 21.066, de 15/09/10, do cliente Telefree do Brasil Com. Imp. Exp., referente ao serviço “Serv. Rem. Rede FX Loc.”, por se tratar de prestação de serviço com diferimento.

2 - Recolhimento a menor do ICMS/ST incidente nas operações com mercadoria listada no item 29 do Anexo XV do RICMS/02:

Trata-se a autuação fiscal do recolhimento a menor do ICMS/ST incidente nas operações relativas à circulação de aparelho telefônico sem fio, constante do item 29 do Anexo XV do RICMS/02, decorrente da apuração incorreta da base de cálculo do imposto nos documentos fiscais listados no Anexo 2 do Auto de Infração.

A responsabilidade do Sujeito Passivo se encontra delineada nos termos do disposto nos arts. 14 e 15 do Anexo XV do RICMS/02, destacando-se que o procedimento a ser observado pelo Sujeito Passivo em relação aos aparelhos telefônicos objeto da presente controvérsia foi bem definido no item 29, subitem 29.1.51 da Parte 2 do mesmo anexo.

“Art. 14. O contribuinte mineiro, inclusive o varejista, destinatário de mercadoria relacionada na Parte 2 deste Anexo, em operação interestadual, é responsável pela apuração e pelo recolhimento do imposto devido a este Estado, a título de substituição tributária, no momento da entrada da mercadoria em território mineiro, quando a responsabilidade não for atribuída ao alienante ou ao remetente.

Parágrafo único. A responsabilidade prevista no caput deste artigo aplica-se também ao estabelecimento depositário, na operação de remessa de mercadorias para depósito neste Estado.

Art. 15. O estabelecimento destinatário de mercadoria relacionada na Parte 2 deste Anexo, inclusive o varejista, é responsável pelo imposto devido a este Estado a título de substituição tributária, quando o alienante ou o remetente,

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

sujeito passivo por substituição, não efetuar a retenção ou efetuar retenção a menor do imposto.

Parágrafo único. A responsabilidade prevista neste artigo aplica-se também ao destinatário de mercadoria desacompanhada do comprovante de recolhimento, na hipótese em que o imposto deveria ter sido recolhido por ocasião da saída da mercadoria, por meio de Guia Nacional de Recolhimento de Tributos Estaduais. "

29. PRODUTOS ELETRÔNICOS, ELETROELETRÔNICOS E ELETRODOMÉSTICOS

29.1. Âmbito de Aplicação da Substituição Tributária

Interno e nas seguintes unidades da Federação: Amapá (Protocolo 192/09), Paraná (Protocolo ICMS 192/09), Rio de Janeiro (Protocolo ICMS 192/09), Rio Grande do Sul (Protocolo ICMS 192/09), Santa Catarina (Protocolo ICMS 192/09) e São Paulo (Protocolo ICMS 31/09).

Efeitos de 1º/03/2013 a 31/12/2015 - Redação dada pelo art. 4º e vigência estabelecida pelo art. 5º, II, ambos do Dec. nº 46.137, de 21/01/2013:

29.1.51	8517.12	Telefones para redes sem fio, exceto celulares e os de uso automotivo	40
---------	---------	---	----

Efeitos de 1º/03/2011 a 28/02/2013 - Redação dada pelo art. 3º e vigência estabelecida pelo art. 4º, III, ambos do Dec. nº 45.531, de 21/01/2011:

29.1.51	8517.12	Telefones para redes sem fio, exceto celulares e os de uso automotivo	21,54
---------	---------	---	-------

Efeitos de 1º/11/2009 a 28/02/2011 - Redação dada pelo art. 1º, III, e vigência estabelecida pelo art. 2º, II, ambos do Dec. nº 45.192, de 13/10/2009:

29.1.51	8517.12	Telefones para redes sem fio, exceto celulares e os de uso automotivo	21,54
---------	---------	---	-------

A Impugnante argumenta que por possuir tecnologia GSM, a mesma utilizada pelas empresas exploradoras da prestação de serviço de telefonia celular, os aparelhos telefônicos adquiridos seriam, portanto, aparelhos de telefonia celular, classificados com a NCM 8517.12.31, embora reconheça que sejam destinados à prestação de serviço de telefonia fixa comutada (STFC), através de seu serviço denominado *Claro Fixo* (antigo Livre Embratel).

Alega que tais aparelhos telefônicos se encontram classificados na NCM 85.17.1231, conforme descrição constante da TIPI:

85.17	Aparelhos telefônicos, incluindo os telefones para redes celulares e para outras redes sem fio; outros aparelhos para emissão, transmissão ou recepção de voz, imagens ou outros dados, incluindo os aparelhos para comunicação em redes por fio ou redes sem fio (tal como uma rede local (LAN) ou uma rede de área estendida (WAN)), exceto os aparelhos das posições 84.43, 85.25, 85.27 ou 85.28.	
8517.1	- Aparelhos telefônicos, incluindo os telefones para redes celulares e para outras redes sem fio:	
8517.11.00	-- Aparelhos telefônicos por fio com unidade auscultador-microfone sem fio	10

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

8517.12	-- Telefones para redes celulares e para outras redes sem fio	
8517.12.1	De radiotelefonia, analógicos	
8517.12.11	Portáteis (por exemplo, <i>walkie talkie</i> e <i>handle talkie</i>)	15
8517.12.12	Fixos, sem fonte própria de energia, monocanais	15
8517.12.13	Móveis, do tipo dos utilizados em veículos automóveis	15
8517.12.19	Outros	15
8517.12.2	De sistema troncalizado (<i>trunking</i>)	
8517.12.21	Portáteis	15
8517.12.22	Fixos, sem fonte própria de energia	15
8517.12.23	Do tipo dos utilizados em veículos automóveis	15
8517.12.29	Outros	15
8517.12.3	De redes celulares, exceto por satélite	
8517.12.31	Portáteis	15
8517.12.32	Fixos, sem fonte própria de energia	15
8517.12.33	Do tipo dos utilizados em veículos automóveis	15
8517.12.39	Outros	15

A Fiscalização manifesta-se contrariamente ao argumento da Impugnante, sustentando que o produto denominado *Claro Fixo* é um serviço de telefonia fixa, cuja descrição técnica seria Serviço Telefônico Fixo Comutado (STFC), o qual consiste no acesso fixo sem fio, através de radiofrequência, para prover a ligação de um terminal para a central telefônica sem a necessidade de utilização dos tradicionais pares metálicos.

Como reconhecido pela própria Impugnante, trata-se de aparelhos telefônicos adquiridos para utilização dos seus clientes como terminais de acesso ao serviço *Claro Fixo*.

Nada obstante, para que os clientes possam fazer uso do serviço ofertado sob a denominação *Claro Fixo*, é indispensável que disponham de um terminal de acesso, o qual deve ser compatível com a tecnologia digital *Wireless Local Loop* (WLL) e a rede utilizadas pela Impugnante.

Conforme descrição presente na Seção: Tutoriais Telefonia Fixa do *site*: http://www.teleco.com.br/tutoriais/tutorialtelpubmov/pagina_2.asp, acesso em 11/07/16, “o nome WLL significa *Wireless Local Loop* (acesso remoto sem fio) onde um equipamento de rádio é ligado ao aparelho telefônico do assinante. Este equipamento troca informações com uma estação de rádio, que converte os sinais de rádio em sinais compreendidos pela central telefônica. O equipamento instalado no assinante é conhecido por Estação Terminal Assinante (ETA).”

A Fiscalização apresentou no Anexo 11, fls. 281/297, cópias de diversas páginas extraídas do sítio oficial da Impugnante <http://portal.embratel.com.br>, contendo esclarecimentos de autoria da própria Impugnante acerca das dúvidas mais frequentes apresentadas por seus clientes:

“O aparelho do Claro Fixo vai funcionar em qualquer lugar? R: O Claro Fixo é um telefone fixo e é programado para funcionar dentro do endereço de instalação e funciona em todos os cômodos da residência”.

“O aparelho do Claro Fixo funciona como um telefone celular? R: **Não**. O Claro Fixo permite que você fale somente no endereço onde foi instalado. **Ele não foi**

projetado para uso externo ou em outros locais além do local de instalação.”

“O Claro Fixo funciona como um telefone convencional? R: O Claro Fixo é um telefone convencional que funcionará dentro de sua residência. Os aparelhos Claro Fixo não possibilitam conectar aparelhos fax e máquinas de cartão de crédito.

Os excetos são esclarecedores. Como exemplo se destaca:

“ele não foi projetado para uso externo” - expressão utilizada pela Impugnante para informar aos seus clientes que o aparelho em questão ofertado como terminal de acesso ao serviço Claro Fixo não funciona como um telefone celular porque não foi projetado para serviços de telefonia celular. (Grifou-se).

A Fiscalização apresenta, ainda, no Anexo 12 (fls. 299/371), imagens de diversos aparelhos das marcas Huawei e TCT Mobile (Alcatel) ofertados pela Impugnante aos seus clientes como terminais do serviço *Claro Fixo*, elementos esses colacionados a partir do sítio oficial da Impugnante.

Destaca-se que da leitura dos manuais do usuário dos modelos Huawei F261 (fls. 305/323) e Alcatel CF 100P (324/345), não resta dúvidas acerca de que os aparelhos em questão não se enquadram na descrição de aparelhos de telefonia celular, visto que, em rigor, estes aparelhos deveriam conter o “*slot sim card chip*”.

Ou seja, os aparelhos objeto da presente autuação não possuem compartimento próprio para inserção do *chip* indispensável à identificação do nº do terminal para fins de habilitação do serviço de telefonia celular junto a qualquer operadora.

Mesmo se admitindo que a fornecedora Huawei informara, em suas notas fiscais de venda, fls. 196/202, o NCM 8517.1231 (terminais portáteis de telefonia celular), ao consultar o *site* oficial (<http://consumer.huawei.com/br/>), conforme cópias de fls. 303/304, observa-se, especificamente, na opção “Encontre os produtos”, que a fornecedora não considera os modelos F261, F661 e FC8551, os mesmos modelos comercializados pela Impugnante, como aparelho de telefonia “Celular”, mas, ao contrário, como “Terminais Fixos sem fios”.

No caso da fornecedora Alcatel, embora informe em suas notas fiscais de venda, fls. 183/189, o NCM 85.17.1231, contudo em outras notas fiscais, fls. 190/195, informa o NCM 8517.12.39, na classificação de “outros”. Observando-se, contudo, que, nesses casos, a Impugnante apurou corretamente a base de cálculo do ICMS/ST devido na entrada em operações interestaduais, conforme ficou demonstrado no Anexo 9, fls. 204/226.

Assim sendo, não resta qualquer dúvida acerca de que os aparelhos em questão ofertados pela Impugnante como terminais do serviço denominado *Claro Fixo* não se enquadram na especificação dos aparelhos compreendidos como aparelhos

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

celulares, razão pela qual a classificação correta, de acordo com a TIPI, que deveria ter sido observada pela impugnante, é a NCM 8517.12.39, sujeitando-se às normas previstas no item 29, subitem 29.1.51 (Telefones para redes sem fio, exceto celulares e os de uso automotivo) da Parte 2 do Anexo XV do RICMS/02 para fins do cálculo do ICMS/ST.

Portanto, corretas as exigências fiscais de ICMS/ST e Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II c/c § 2º, inciso II da Lei nº 6.763/75.

Assim, restando caracterizadas as infringências à legislação tributária, bem como, estando corretamente demonstradas as exigências do ICMS, do ICMS/ST, da multa de revalidação e da multa isolada, legítimo é o lançamento.

Diante do exposto, ACORDA a 2ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em rejeitar a prefacial arguida. No mérito, à unanimidade, em julgar parcialmente procedente o lançamento nos termos da reformulação do crédito tributário efetuada pela Fiscalização às fls. 418/427, nos termos do parecer da Assessoria do CC/MG. Pela Fazenda Pública Estadual, sustentou oralmente o Dr. Sérgio Timo Alves e, pela Autuada, assistiu ao julgamento o Dr. André Lopes Lovalho Ulhôa. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Marcelo Nogueira de Moraes (Revisor) e Marco Túlio da Silva.

Sala das Sessões, 12 de julho de 2016.

**Sauro Henrique de Almeida
Presidente**

**Geraldo da Silva Datas
Relator**

P