

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 22.013/16/1ª Rito: Ordinário
PTA/AI: 01.000212280-17
Impugnação: 40.010136674-08
Impugnante: Telefônica Data S.A.
IE: 062193095.00-20
Telefônica Brasil S.A. (Coob.)
IE: 062190468.00-45
Proc. S. Passivo: Sacha Calmon Navarro Coêlho/Outro(s)
Origem: DF/BH-1 - Belo Horizonte

EMENTA

PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO - PRESTAÇÃO DESACOBERTADA - FALTA DE RECOLHIMENTO DE ICMS - FALTA DE EMISSÃO DE DOCUMENTO FISCAL. Constatação de falta de emissão de documento fiscal e de recolhimento de ICMS incidente sobre a prestação de serviços de transmissão de dados SCM (Serviço de Comunicação Multimídia-transmissão de dados em “banda larga”), em território mineiro. Infração constatada pela análise de livros e documentos fiscais e pelo cruzamento de dados constantes dos arquivos eletrônicos previstos nos Convênios ICMS nºs 57/95 e 115/03. Correta a exigência de ICMS, Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II da Lei nº 6.763/75 e Multa Isolada capitulada no inciso XVI do art. 55 da mencionada lei, adequada ao disposto no § 2º do mesmo dispositivo e majorada durante todo o período, em razão de reincidência, nos termos do art. 53, §§ 6º e 7º do mesmo diploma legal.

OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA - FALTA DE REGISTRO/ESCRITURAÇÃO DE DOCUMENTO FISCAL NOS LIVROS PRÓPRIOS - LIVRO REGISTRO DE ENTRADAS. Constatada a falta de registro, no livro Registro de Entradas, de notas fiscais de aquisição de uso de meios de redes de telecomunicações contratado no estado de Minas Gerais. Infração caracterizada nos termos do art. 16, inciso VI da Lei nº 6.763/75. Correta a exigência da Multa Isolada prevista no art. 55, inciso I da Lei nº 6.763/75, majorada em 50% (cinquenta por cento) em parte do período, em razão de reincidência, nos termos do art. 53, §§ 6º e 7º do mesmo diploma legal.

OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA - FALTA DE ATENDIMENTO À INTIMAÇÃO. Constatado que a Autuada deixou de atender a três intimações efetuadas pelo Fisco, para apresentação dos contratos de prestação de serviços de telecomunicações SCM com os clientes neles especificados. Infração caracterizada nos termos dos arts. 96, inciso IV, e 190 do RICMS/02. Correta a exigência da Multa Isolada capitulada no art. 54, inciso VII, alínea “a” da Lei nº 6.763/75.

Lançamento procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre a ocorrência de prestação de serviços de telecomunicações na modalidade SCM (transmissão de dados em “banda larga”), em território mineiro, no período de 01/01/12 a 31/07/13, sem a emissão e escrituração regular de documentos fiscais e recolhimento do ICMS correspondente. O valor do tributo não recolhido foi apurado mediante recomposição da conta gráfica dos exercícios de 2012 e 2013.

A Infração foi constatada mediante análise de livros e documentos fiscais, em confronto com levantamento da aquisição de uso de meios de redes de telecomunicações contratadas de terceiros e também com os dados constantes dos arquivos eletrônicos previstos nos Convênios ICMS nºs 57/95 e 115/03. Tais dados foram apresentados pelas empresas que forneceram os citados meios de rede para a Autuada, quais sejam, Brasil Telecom, Cemig Telecom, CTBC Telecom, Embratel, GVT, Intelig, Telefônica Brasil, Telemar/OI, Tnlpcs e VIVO.

Deixou, também, a Autuada de escriturar documentos fiscais de entrada relacionados à aquisição de uso de meios de redes de telecomunicações e, ainda, em três distintas oportunidades, de atender a intimações do Fisco para apresentação dos contratos de prestação de serviços de telecomunicações SCM firmados com os clientes neles especificados (fls. 02, 05 e 07).

Pela falta de emissão de documentos fiscais na prestação de serviços de comunicação foram exigidos ICMS, multa de revalidação e a Multa Isolada do art. 55, inciso XVI da Lei nº 6.763/75, esta última majorada em 50% (cinquenta por cento) no período de janeiro a junho de 2012 e em 100% (cem por cento) entre julho de 2012 e julho de 2013, em razão de reincidência, nos termos do art. 53, §§ 6º e 7º do mesmo diploma legal.

Pela ausência de escrituração dos documentos fiscais de aquisições de uso de meios de redes no livro Registro de Entradas, exigiu-se a Multa Isolada do art. 55, inciso I da Lei nº 6.763/75, majorada em 50% (cinquenta por cento) no exercício de 2013, em razão de reincidência, nos termos do art. 53, §§ 6º e 7º do mesmo diploma legal.

Pelo triplo descumprimento de intimações formuladas pelo Fisco, houve 3 (três) exigências da Multa Isolada do art. 54, inciso VII, alínea “a” da Lei nº 6.763/75.

A empresa Telefônica Brasil S/A, por ter recebido parcela do patrimônio cindido da Autuada, foi incluída como Coobrigada pelo crédito tributário, em conformidade com as previsões do art. 56, § 1º, inciso II do RICMS/02 c/c art. 21-A, inciso II da Lei nº 6.763/75.

Da Impugnação

Inconformadas, Autuada e Coobrigada apresentam, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação conjunta às fls. 2.063/2.091, acompanhada dos documentos de fls. 2.092/2.358.

Afirmam, em apertada síntese, que:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- as tentativas de intimação postal na sede da Empresa Autuada, bem como por meio do Diário Oficial do Estado de Minas Gerais (DOMG), são nulas, na medida em que contrariam o disposto no art. 11 do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos (RPTA), publicado pelo Decreto nº 44.747 de 03 de março de 2008. Salientam que a única intimação válida é a de fls. 1.996, realizada em 08/08/14 diretamente à procuradora da empresa Telefônica Data S/A;

- o Fisco apresenta uma listagem de todas as notas fiscais de entrada da Autuada (Anexo 1/1A) sem, contudo, especificar quais dessas notas fiscais integram a acusação de falta de escrituração de documento fiscal. Aduzem que a listagem é abrangente e inexata, configurando verdadeiro cerceamento à sua defesa;

- parte das notas fiscais de entrada consideradas como não escrituradas pela Fiscalização, na verdade foram escrituradas no livro Registro de Entradas do estabelecimento da Autuada situado no estado de São Paulo. Ressaltam que os serviços contidos em tais documentos fiscais, apesar de realizados em Minas Gerais, têm como fim único ultimar serviços de comunicação prestados aos clientes da Autuada no estado de São Paulo;

- os créditos referentes à entrada de serviços que se deram exclusivamente no estado de Minas Gerais devem ser integralmente abatidos da presente autuação, e não à alíquota de 50% (cinquenta por cento), como procedeu a Fiscalização, sob pena de ferir a não cumulatividade do imposto;

- está sendo exigido ICMS sobre serviço de comunicação prestado pela Autuada, situada no estado de São Paulo, para clientes também situados em São Paulo, contrariando a regra do art. 11, inciso III, alínea “d” c/c § 6º da LC nº 87/96, oportunidade em que junta, por amostragem, os contratos de prestação de serviços de comunicação multimídia (SCM) firmados com o Banco Bradesco S/A (fls. 2.235/2.209) e com o Banco Itaú S/A (fls. 2.310/2.358);

- o art. 33, § 3º da Lei nº 6.763/75 é “ilegal”, pois tenta, indevidamente, atrair competência tributária concedida pela CF/88 a outro estado;

- a multa isolada aplicada é insubsistente, tendo em vista que não houve prestação de serviço desacompanhada de documentação fiscal, mas sim, divergência interpretativa em relação à sujeição ativa, na medida em que a Autuada emitiu notas fiscais e recolheu o tributo para o estado de São Paulo, a quem entendia ser devida a exação;

- a divergência de interpretação não gera descumprimento de obrigação acessória e a dúvida interpretativa da legislação tributária deve ser decidida de forma mais favorável ao Contribuinte, nos termos do art. 112 do CTN. Citam jurisprudências do CC/MG e do STJ para reforçar sua tese;

- a multa isolada aplicada, que representa 4.200% (quatro mil e duzentos por cento) do valor do ICMS, tem natureza nitidamente arrecadatória, razão pela qual deve ser cancelada;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- não há reincidência em relação à Multa Isolada do art. 55, inciso XVI da Lei nº 6.763/75, na medida em que as penalidades aplicadas anteriormente decorrem da mesma interpretação, pelo Fisco Mineiro, em relação à sujeição ativa da tributação;

- a reincidência em relação à Multa Isolada do art. 55, inciso I da Lei nº 6.763/75 não está configurada, pois os acórdãos colacionados pelo Fisco como suporte à majoração não contemplam a aplicação de tal penalidade;

- se o CC/MG entender pela subsistência das multas isoladas citadas, deve ser aplicado o art. 211 do RICMS/02, de forma a ser exigida apenas a penalidade mais grave (saída desacobertada de mercadorias). Apresentam jurisprudência do CC/MG para sustentar sua tese;

- ao recompor a conta gráfica, o Fisco, injustificadamente, desconsiderou os créditos de ICMS lançados nas Declarações de Apuração e Informações do ICMS (DAPIs), o que majorou o ICMS supostamente devido pela empresa;

Requer, ao final, que a Impugnação seja recebida em nome de Telefônica Data S/A, ora Autuada, e de Telefônica Brasil S/A, responsável solidária, em razão da nulidade das intimações postais e via diário oficial.

Por fim pedem a procedência da impugnação.

Da Manifestação Fiscal

A Fiscalização, em Manifestação de fls. 2.364/2.393, refuta integralmente as alegações da Defesa e requer a procedência do lançamento.

Parecer da Assessoria

A Assessoria do CC/MG, em parecer de fls. 2.399/2.424, opina, em preliminar, pela rejeição das prefaciais arguidas e, no mérito pela procedência do lançamento.

Instrução Processual

Em sessão realizada em 14/05/15, acorda a 1ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em retirar o processo de pauta, marcando-se extrapauta para o dia 19/05/15.

A 1ª Câmara de Julgamento, em sessão realizada aos 19/05/15, decide converter o julgamento na Diligência de fls. 2.428, com o seguinte teor:

ACORDA a 1ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em converter o julgamento em diligência para que a Fiscalização elabore planilha contendo relação de notas fiscais que não foram registradas no livro Registro de Entradas (LRE), relativas à acusação do item 2 do Auto de Infração. Em seguida, vista à Impugnante no prazo de 30 (trinta) dias, contado do recebimento da intimação.

Do Atendimento à Diligência

A Fiscalização inclui a planilha solicitada às fls. 2.430/2.472 e, em seguida, abre vista às Impugnantes por meio do Ofício nº 834/2015 (fls. 2.474).

Da Manifestação das Impugnantes

Regularmente intimadas, as Impugnantes comparecem às fls. 2.481/2.487. Aduzem que diante do entendimento sedimentado deste Conselho, não farão maiores considerações a respeito do mérito, limitando a acrescentar em sua defesa que:

- existe erro no somatório das notas fiscais emitidas pela Telemar Norte Leste S/A, nos valores de R\$ 127 mil em 2012 (R\$ 3.704.410,55 – R\$3.832.009,06) e de R\$ 509 mil em 2013 (R\$ 3.391.772,01 – R\$ 2.882.672,90), conforme se depreende do confronto entre os dados das notas fiscais trazidos pela diligência e a conclusão fiscal que lastreia o Auto de Infração;

- há divergência em relação à Nota Fiscal de Serviços de Telecomunicação (NFST) nº 945.145, emitida por Telemar S/A no exercício de 2012, pois referida nota fiscal perfaz um total de R\$ 1.930.239,97, ao passo que na planilha da diligência o mesmo documento fiscal apresenta um valor de R\$ 12.645,89;

- a planilha elaborada em razão da diligência apresenta menção em duplicidade das Notas Fiscais nºs 054.860 (R\$ 106,41), 030.800 (R\$ 78,80) e 030.336 (R\$ 94,13), emitidas no exercício de 2013 pela empresa Telefônica Brasil S/A;

- existe erro de fato quanto à base de cálculo adotada para o cálculo da Multa Isolada do art. 55, inciso XVI da Lei nº 6.763/75. Salientam que o Convênio ICMS nº 53/05, do qual MG e SP são signatários, determinou a divisão da base de cálculo do imposto em partes iguais entre as unidades Federadas de origem e destino da prestação de serviços de comunicação não medidos, razão pela qual a multa isolada também deve ser cobrada apenas sobre metade mineira da operação.

Da Manifestação do Fisco

O Fisco, em Manifestação de fls. 2.499/2.506, refuta integralmente as novas alegações das Impugnantes e mantém sua posição anterior, pela procedência do lançamento.

Parecer da Assessoria

A Assessoria do CC/MG refuta as alegações das Impugnantes e opina pela procedência da autuação (fls. 2.507/2.516).

DECISÃO

Os fundamentos expostos nos pareceres da Assessoria do CC/MG foram os mesmos utilizados pela Câmara para sustentar sua decisão e, por essa razão, passam a compor o presente Acórdão, salvo pequenas adequações.

Das Preliminares

As Impugnantes alegam nulidade das intimações realizadas, via postal, na sede da Empresa Autuada e também por meio do DOMG, por contrariedade ao disposto no art. 11 do RPTA.

Salientam que a única intimação válida é a de fls. 1.996, por ter sido realizada diretamente à Sra. Letícia Alves Silva, procuradora tanto da Autuada quanto

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

da Telefônica Brasil S/A, esta última, como ela própria reconhece às fls. 2.068/2.069, por ser responsável solidária, em razão de ter recebido parcela do patrimônio cindido da Autuada.

O art. 11 do RPTA determina a intimação do procurador, diretamente, quando ele representar o interessado no âmbito do PTA:

Art. 11. Na hipótese em que a representação do interessado no PTA se der através de procurador, as intimações serão realizadas diretamente a este, salvo disposição em contrário constante do instrumento de mandato.

A notificação da lavratura de Auto de Infração é o primeiro ato, aquele que inaugura o contencioso administrativo. Por essa razão, até o momento de tal notificação, não há que se falar na figura de procurador constituído no âmbito do PTA, o qual só existe a partir da apresentação de impugnação, acompanhada de regular instrumento de mandato que lhe conceda poderes para representação do interessado no âmbito do PTA. Assim, mostra-se inaplicável à hipótese o dispositivo citado pelas Impugnantes.

Para uma melhor compreensão do questionamento, importante transcrever a sequência dos fatos que conduziram à efetiva notificação da lavratura do Auto de Infração:

- às fls. 1.944/1.945, envia-se à Autuada, via postal, nos seus endereços informados à Secretaria de Estado de Fazenda de Minas Gerais, sites em Belo Horizonte/MG e São Paulo/SP, documento com a finalidade de intimar-lhe da lavratura do feito;

- ato contínuo, em razão de sua não localização pelos correios, promoveu-se a notificação por meio do DOMG às fls. 1.948;

- diante da inexistência de impugnação, foi lavrado o Termo de Revelia de fls. 1.956;

- na fase de controle de legalidade para inscrição em dívida ativa, de responsabilidade da Advocacia Geral do Estado (AGE), o processo foi devolvido à Secretaria de Estado de Fazenda de Minas Gerais para que fosse intimada a empresa Telefônica Brasil S/A, na condição de responsável solidária, na medida em que recebeu parte do acervo líquido da Autuada, em decorrência de cisão parcial do patrimônio desta última, em conformidade com o disposto no art. 56, § 1º do RICMS/02;

- por fim, às fls. 1.996, a notificação da lavratura foi realizada com sucesso, na pessoa da procuradora constituída de ambas as empresas (Autuada e Responsável Solidária), a Sra. Letícia Alves Silva, inscrição OAB/MG nº 140.149.

Saliente-se, ainda, que o contador citado na peça de defesa como um dos procuradores habilitados para receber intimações em nome da Autuada (fls. 2.065), o Sr. José Mario do Carmo, além de não ter apresentado qualquer instrumento de procuração, também não possui, junto ao cadastro da Secretaria de Estado de Fazenda de Minas Gerais, poderes para guarda de livros e documentos fiscais da Autuada em

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

seu escritório (fls. 04), o que impede que receba o Auto de Infração, nos termos do art. 93, § 1º do RPTA:

Art. 93. Ressalvada a hipótese de intimação por edital, uma via do Auto de Infração ou da Notificação de Lançamento serão entregues ao sujeito passivo.

§ 1º A intimação pessoal do Auto de Infração ou da Notificação de Lançamento será realizada mediante entrega do documento, contra recibo na 1ª via do mesmo pelo sujeito passivo, seu representante legal, mandatário com poderes especiais ou contabilista autorizado a manter a guarda dos livros e documentos fiscais. (Grifou-se)

Lado outro, a Sra. Tatiana Gonçalves de Araújo, procuradora da Autuada com amplos poderes de representação perante órgãos tributários estaduais (fls. 12 – verso), não se encontrava no estado de Minas Gerais, como bem alega a Fiscalização.

No entanto, numa análise teleológica do art. 10 do RPTA, entende-se que a intimação da procuradora da Autuada, via postal, deveria ter sido tentada *a priori* e, somente na impossibilidade de utilização de tal método, autorizada estaria a publicação no DOMG:

Art. 10. As intimações do interessado dos atos do PTA devem informar a sua finalidade e serão realizadas, a critério da Fazenda Pública Estadual, pessoalmente, por via postal com aviso de recebimento ou por meio de publicação no órgão oficial dos Poderes do Estado ou no Diário Eletrônico da Secretaria de Estado de Fazenda.

§ 1º Quando o destinatário se encontrar em local ignorado, incerto ou inacessível ou ausente do território do Estado e não tiver sido intimado em seu domicílio eletrônico, ou quando não for possível a intimação por via postal, inclusive na hipótese de devolução pelo correio, a intimação será realizada mediante publicação no órgão oficial dos Poderes do Estado ou no Diário Eletrônico da Secretaria de Estado de Fazenda. (Grifou-se)

Entretanto, diante do suprimento da eventual nulidade por meio de posterior notificação da lavratura do Auto de Infração na pessoa da Sra. Letícia Alves Silva (fls. 1.996), procuradora constituída de ambas as empresas, constata-se que não houve qualquer prejuízo à defesa, tendo sido devolvido o prazo de 30 (trinta) dias para Impugnação, previsto no art. 117 do RPTA:

Art. 117. A impugnação será apresentada em petição escrita dirigida ao Conselho de Contribuintes e entregue na Administração Fazendária a que estiver circunscrito o impugnante ou na Administração Fazendária indicada no Auto de Infração, no prazo de 30 (trinta) dias contados da intimação do lançamento

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

de crédito tributário ou do indeferimento de pedido de restituição de indébito tributário.

Desse modo, encontra-se superada a discussão e inexistente qualquer tipo de nulidade relacionada à intimação da lavratura do Auto de Infração.

Noutra vertente preliminar, as Impugnantes alegam que o Fisco apresenta uma listagem de todas as notas fiscais de entrada da Autuada (Anexo 1/1A), sem, contudo, especificar quais dessas notas fiscais integram a acusação de falta de escrituração de documento fiscal. Salieta que a listagem é abrangente e inexata, configurando verdadeiro cerceamento à sua defesa.

Inicialmente, importante observar que a multa isolada decorrente da falta de escrituração de documentos fiscais no livro Registro de Entradas é um percentual do valor dos documentos fiscais não escriturados, não sendo influenciada pela quantidade ou pelas demais qualidades individuais desses documentos, conforme se depreende da simples leitura do art. 55, inciso I da Lei nº 6.763/75:

Art. 55. As multas para as quais se adotarão os critérios a que se referem os incisos II a IV do art. 53 desta Lei são as seguintes:

I - por faltar registro de documentos próprios nos livros da escrita fiscal vinculados à apuração do imposto, conforme definidos em regulamento - 10% (dez por cento) do valor constante no documento, reduzido a 5% (cinco por cento) quando se tratar de:

(...)

Considerando que a base de cálculo da penalidade é o valor não escriturado, o Fisco optou por totalizar no Anexo 1/1A (fls. 34/131), todas as operações de entrada de serviços relacionados com o uso de meios das redes de telecomunicações contratadas de terceiros no estado de Minas Gerais.

Em seguida, na conclusão fiscal de fls. 133/134, confrontou o total de Notas Fiscais de Serviços de Telecomunicações (NFSTs) emitidas por fornecedores mineiros e destinadas à Autuada, com o total de NFSTs escrituradas no livro Registro de Entradas, de forma a se apurar, por diferença, o valor total dos documentos fiscais não escriturados.

Sobre esse valor não escriturado foi aplicada a penalidade isolada, à razão de 10% (dez por cento) do total dos documentos, conforme previsto no art. 55, inciso I, supra.

Porém, diante da argumentação da defesa, a 1ª Câmara de Julgamento converteu o julgamento em diligência para que a Fiscalização elaborasse planilha contendo a relação das notas fiscais que não foram registradas no livro Registro de Entradas (LRE).

Atendendo à diligência, a Fiscalização anexou aos autos a planilha de fls. 2.430/2.472 contendo a relação das notas fiscais que não foram registradas no livro Registro de Entradas (LRE), não havendo mais razão para o alegado cerceamento de defesa.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Noutro giro, apesar de não se tratar de assunto questionado ou discutido nos autos, saliente-se que a empresa Telefônica Brasil S/A reconhece peremptoriamente sua condição de responsável solidária pelo crédito tributário em discussão (fls. 2.067/2.069), em razão do recebimento de parcela do patrimônio cindido da Autuada, restando correta a aplicação da solidariedade prevista no art. 56, § 1º, inciso II do RICMS/02 c/c o art. 21-A, inciso II da Lei nº 6.763/75:

RICMS/02

Art. 56. São solidariamente responsáveis pelo pagamento do imposto e acréscimos legais, inclusive multa por infração para a qual tenham concorrido por ação ou omissão:

(...)

§ 1º Respondem solidariamente pelo crédito tributário da sociedade cindida, relativamente aos fatos geradores realizados até a data da cisão:

(...)

II- a própria sociedade cindida e a sociedade que absorver parcela do seu patrimônio, no caso de cisão parcial;

Lei nº 6.763/75

Art. 21-A. Respondem solidariamente pelo crédito tributário da sociedade cindida, relativamente aos fatos geradores realizados até a data da cisão:

(...)

II - a própria sociedade cindida e a sociedade que absorver parcela do seu patrimônio, no caso de cisão parcial.

Do Mérito

Conforme relatado, a autuação versa sobre a constatação de prestação de serviços de telecomunicações na modalidade SCM (Serviço de Comunicação Multimídia - transmissão de dados por “banda larga”) em território mineiro, no período de 01/01/12 a 31/07/13, sem a emissão regular de documentos fiscais e recolhimento do correspondente ICMS. O valor do tributo não recolhido foi apurado mediante recomposição da conta gráfica dos exercícios de 2012 e 2013.

Houve, ainda, falta de escrituração de documentos fiscais de entrada relacionados à aquisição de uso de meios de redes de telecomunicações e, também, o descumprimento de intimações realizadas pelo Fisco para apresentação de documentos com conteúdo fiscal.

Exigências de ICMS, multa de revalidação e das Multas Isoladas do art. 54, inciso VII, alínea “a” e do art. 55, incisos I e XVI, todos da Lei nº 6.763/75, as duas últimas majoradas em razão de reincidência, nos termos do art. 53, §§ 6º e 7º do mesmo diploma legal.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

O Auto de Infração encontra-se lastreado nos diversos demonstrativos, a saber: Anexo 1/1A – Relação das NFST de Uso de Meios das Redes de Telecomunicações Contratadas com Terceiros (fls. 34/131), Anexo 2/2A – Conclusão Fiscal (fls. 132/134), Anexo 3/3A – Demonstrativo Mensal das Saídas Tributáveis (fls. 135/140), Anexo 4/4A – Verificação Fiscal Analítica (fls. 141/143), Anexo 5/5A – Resumo dos Créditos de ICMS (fls. 144/146), Anexo 6/6A – Resumo das Aquisições dos Meios de Redes de Telecomunicações em MG (fls. 147/149), Anexo 7/7A – Relação de Clientes e NFST emitidas (fls. 150/160), Anexo 8/8A – Demonstrativo Mensal/Total das Multas Isoladas e da Reincidência (fls. 161/163), Anexo 9 – Demonstrações Financeiras (fls. 164/167), Anexo 10 – Cópia de Contratos com Clientes (fls. 168/382), Anexo 11 – Pesquisa de Documentos e Documentário da Internet (fls. 383/434), Anexo 12 – Amostragem das Notas Fiscais de Aquisição de Meios das Redes de Telecomunicações Contratadas de Terceiros (fls. 435/972), Anexo 13 – Contratos e Endereços dos Pontos de Presença (*point of presence*) e dos Acessos Contratados em MG Informados pelos Fornecedores de Serviços (fls. 973/1.773), Anexo 14 – Cópias dos Livros da Escrituração Fiscal (fls. 1.774/1.865), Anexo 15 – Estatuto Social (fls. 1.866/1.915), Anexo 16 – Cópias dos Acórdãos 3.606/10/CE e 3.877/12/CE do CC/MG para fins de Reincidência da MI (fls. 1.916/1.943).

Importante salientar, desde já, que o ICMS exigido pelo Fisco corresponde a 50% (cinquenta por cento) do valor apurado, na esteira do disposto no § 6º do art. 11 da LC nº 87/96 e decisão proferida no Acórdão nº 3.606/10/CE:

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

(...)

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

ACÓRDÃO Nº 3.606/10/CE

COMO A UNIDADE MINEIRA NÃO PROVIDENCIOU A EMISSÃO DOS DOCUMENTOS, NEM TAMPOUCO UTILIZOU AS PRERROGATIVAS ACIMA, FICA CARACTERIZADA A SUA SUJEIÇÃO PASSIVA E A OBRIGAÇÃO DE CUMPRIMENTO DAS DEMAIS OBRIGAÇÕES ACESSÓRIAS. ASSIM, DEVEM REMANESCCER COMO CRÉDITO TRIBUTÁRIO, CONFORME DECISÃO RECORRIDA, O EQUIVALENTE A 50% (CINQUENTA POR CENTO) DO ICMS APURADO, A MULTA DE REVALIDAÇÃO PERTINENTE A ESTA PARCELA DO IMPOSTO E A MULTA ISOLADA CAPITULADA NO ART. 55, XVI DA LEI Nº 6763/75.

(GRIFOU-SE)

Para apuração do *quantum* devido, o Fisco considerou o percentual de lucro bruto/outros custos operacionais, aferido nos balanços patrimoniais dos exercícios de

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

2011/2012 (fls. 165/167) e utilizado na elaboração da conclusão fiscal de fls. 133/134, deduzindo as ínfimas parcelas lançadas nos livros fiscais.

Cumpre destacar que a Telefônica Data S/A (anteriormente Telefônica Empresas S/A) é AUTORIZATÁRIA de serviço de comunicação multimídia (SCM), conforme Ato Anatel nº 26.117, de 04 de junho de 2002 (fls. 2.228/2.229), nos seguintes termos:

Art. 2º Expedir Autorização à TELEFÔNICA EMPRESAS S.A, para explorar o Serviço de Comunicação Multimídia, por prazo indeterminado, sem caráter de exclusividade, em âmbito nacional e internacional e tendo como área de prestação de serviço o setor 33 (trinta e três) da Região III e as Regiões I e II do Plano Geral de Outorgas.

(Grifou-se)

A autorização concedida prevê a atuação do prestador de serviço de telecomunicação, por prazo indeterminado, em âmbito nacional e internacional, sem caráter de exclusividade, na área geográfica correspondente aos setores 31, 32 e 34 da Região III do Plano Geral de Outorgas.

O fato de o Data Center/Rede Inteligente (RI) estar localizado no território do estado de São Paulo, não significa dizer, obrigatoriamente, que somente naquela região ou área geográfica a Autuada prestou ou presta os seus serviços de comunicação relativos à transmissão de dados.

De forma diversa, a autorização concedida pela Anatel claramente faculta a possibilidade de execução dos serviços em âmbito nacional e internacional.

Para tanto, a Autuada, na ausência de redes próprias, socorre-se dos meios de redes de telecomunicações de propriedade das demais operadoras atuantes no mercado, como ela própria admite às fls. 2.070 dos autos, ao se expressar da seguinte forma:

Dessa forma, é impossível que a empresa dispusesse de infraestrutura própria para conectar seus clientes em todo o Brasil e no mundo, senão somente no âmbito de sua área geográfica (no caso, o estado de São Paulo). Surgem situações, portanto, em que a empresa depende da utilização da rede de outras empresas de telecomunicações para ultimar a sua própria prestação de serviços, por óbvio.

Em razão disso, comumente a empresa era demandada a contratar serviços de comunicação de outra empresa para ultimar o serviço que ela mesma (a empresa autuada) prestava para seus clientes. Ou seja, a empresa presta serviço de comunicação que, para ser ultimado, necessita da prestação de serviços da mesma natureza por outra empresa de telecomunicações.

Nessas hipóteses ocorre o que se denomina “cessão onerosa dos meios de rede de telecomunicação” de uma prestadora para outra, de modo que esta última possa ultimar o serviço solicitado por seu usuário.

Assim, nos casos em que a prestação do serviço exigia a utilização de redes de outros Estados que não de São Paulo, a empresa socorria-se de serviços prestados onerosamente por terceiras empresas (tais como a Telemar/oi, Embratel, Tim, GVT, etc.) localizadas onde há demanda para que o serviço - prestado pela empresa autuada para o seu cliente do Estado de São Paulo - seja ultimado.

Conclui-se, assim, que a Autuada promove a chamada interconexão de redes, sendo esse o objeto ou ponto central do levantamento fiscal em apreço.

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

Diante das notas fiscais colacionadas aos autos e da natureza dos serviços técnicos contratados e destinados à execução de serviços da mesma natureza, dúvidas não existem quanto à ocorrência do fato gerador.

O Glossário Brasileiro de Direito das Telecomunicações (Glossário Brasileiro de Direito das Telecomunicações / Márcio Iorio Aranha (Organizador) - Brasília: Grupo de Estudos em Direito das Telecomunicações da Universidade de Brasília, 2006), assim conceitua o serviço de interconexão:

Interconexão (Lei 9.472/97, Resolução 73/98, Norma 4/97) é a ligação entre redes de telecomunicações funcionalmente compatíveis, de modo que os usuários de serviços de uma das redes possam comunicar-se com usuários de serviços de outra ou acessar serviços nela disponíveis.

Para apurar o montante tributável, o Fisco incumbiu-se de buscar, nos arquivos eletrônicos das “demais operadoras mineiras”, os documentos fiscais representativos dos pontos de interface ou de interconexão dos sistemas de dados da Autuada para com essas outras empresas prestadoras de serviços de telecomunicações em Minas Gerais.

Os arquivos eletrônicos previstos nos Convênios ICMS nºs 57/95 e 115/03, de apresentação obrigatória por parte das empresas que fornecem meios de rede no estado de Minas Gerais (Brasil Telecom, Cemig Telecom, CTBC Telecom, Embratel, GVT, Intelig, Telefônica Brasil, Telemar/OI, Tnlpcs e VIVO), registram e identificam inúmeras notas fiscais de serviços de telecomunicações direcionadas à Autuada, que os contratou com a finalidade de viabilizar o fornecimento de seus serviços SCM a clientes situados no estado.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

A título de exemplo, observe-se a situação da fornecedora Cemig Telecom, empresa genuinamente mineira, integrante do grupo Cemig, que mantém toda a sua estrutura de redes de telecomunicações implantada nos limites territoriais do estado de Minas Gerais e atende às demais empresas do segmento, inclusive as Impugnantes, que contratam seus serviços apenas nos limites deste estado.

Na medida em que toda a sua estrutura física se situa no estado de Minas Gerais, não há como suas redes de meios de telecomunicações serem utilizadas para ultimar serviços a clientes situados no estado de São Paulo, como afirmam as Impugnantes em sua defesa.

Apesar de o endereço utilizado nos documentos fiscais por ela emitidos contra a Autuada, destinatária dos serviços neles especificados, ser o do estabelecimento da Telefônica Data S/A situado no estado de São Paulo (fls. 548 e segs.), sem maior esforço constata-se que tal endereço é uma simples indicação para fins de cobrança, a ser observada pelas operadoras mineiras que disponibilizaram os meios de rede de telecomunicações.

De forma alguma significa que o local da prestação de serviços seja o estado de São Paulo, como argumentam as Impugnantes, na medida em que, por não possuir a Cemig Telecom estrutura física no estado de São Paulo, indubitavelmente os serviços foram prestados no estado de Minas Gerais.

Observe-se, a título de exemplo, a situação da Nota Fiscal nº 005135, de fls. 548, que relaciona diversos circuitos de transmissão de dados, no valor total de R\$ 284.396,94 (duzentos e oitenta e quatro mil, trezentos e noventa e seis reais e noventa e quatro centavos).

O contrato nº “INFO 020/02” de fls. 982/1.023 regula a prestação de serviços de telecomunicações pela Empresa de Infovias à Telefônica (Coobrigada), na modalidade “circuito especializado”. O documento de fls. 1.024/1.030, anexo ao citado contrato, informa onde exatamente estão instalados os circuitos (Pontos de presenças “A” e “B”) envolvidos na prestação do serviço. Note-se que em todos eles, sem exceção, o endereço da “Ponta A” (local de interconexão com a rede) e da “Ponta B” (local onde se situa o cliente) são sempre localidades situadas nos limites do estado de Minas Gerais.

O mesmo ocorre em relação às demais notas fiscais da Cemig Telecom e respectivos relatórios que especificam os pontos de interligação dos circuitos com os clientes da prestação do serviço, todos situados em Minas Gerais.

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

Art. 6º. É obrigatória, quando solicitada, a interconexão entre as redes de suporte do SCM e entre estas e as redes de outros serviços de telecomunicações de interesse coletivo, observado o disposto na Lei nº 9.472, de 1997 e no Regulamento Geral de Interconexão, aprovado pela Resolução nº 40, de 23 de Julho de 1998.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Art. 8º. As prestadoras de SCM têm direito ao uso de redes ou de elementos de redes de outras prestadoras de serviços de telecomunicações de interesse coletivo, de forma não discriminatória e a preços e condições justos e razoáveis.

A própria ANATEL, no Ofício nº 113/2006/SUE-ANATEL de 27/04/06, dirigido ao Conselho Nacional de Política Fazendária – CONFAZ, posicionou-se da seguinte forma:

2) De acordo com o artigo 60 da Lei nº 9.472 – Lei Geral de Telecomunicações (LGT), os equipamentos e a infra-estrutura necessários à prestação do serviço de telecomunicação (exemplo: roteadores, multiplexadores, circuitos, portas, etc.) são parte integrante da prestação dos serviços de telecomunicações. Cabe adicionalmente ressaltar que alguns dos citados equipamentos são utilizados nos ambientes dos usuários e de provedores de Serviço de Valor Adicionado (SVA), como o Serviço de Conexão à Internet, regulamentarmente enquadrados como usuários dos serviços de telecomunicações, conforme disposto na Norma nº 04/95, aprovada pela Portaria nº 148, de 31 de maio de 1995.

(...)

5) O Regulamento Geral de Interconexão (RGI) estabelece, em seu art. 26, a obrigatoriedade de interconexão de redes e sistemas das prestadoras de Serviços de Telecomunicações de interesse coletivo. Assim sendo, tendo em vista que o Serviço de Comunicação Multimídia (SCM) e o Serviço Telefônico Fixo Comutado (STFC) são serviços de interesse coletivo, toda empresa autorizada a prestar o SCM tem assegurado o direito de interconectar sua rede às de outras prestadoras de serviços de interesse coletivo, inclusive às redes de STFC.

Como exposto, o SCM é um serviço de telecomunicação “não medido”, que fica à disposição do usuário de forma contínua, 24 (vinte e quatro) horas por dia, 7 (sete) dias da semana.

Desse modo, toda a realidade fática e os documentos contidos no presente PTA conduzem à conclusão de que a prestação dos serviços SCM em análise se processa entre o *Data Center* (RI) da Telefônica localizado em São Paulo e os inúmeros pontos remotos de atendimento situados em Minas Gerais, os quais são interligados por meio da aquisição de uso de meios de redes de telecomunicações de outras empresas que prestam este serviço específico em Minas Gerais, numa clara demonstração de que a prestação de serviço de comunicação SCM e o correspondente fato gerador ocorrem no estado de Minas Gerais.

Vale mais uma vez ressaltar que os documentos fiscais de aquisição de uso de meios de redes de telecomunicações, incluídos no Auto de Infração como prova da ocorrência de prestação de serviço tributável por Minas Gerais, foram, em sua

totalidade, emitidos contra a Autuada por estabelecimentos de operadoras de rede sediadas no estado de Minas Gerais, o que denota que os serviços de comunicação prestados pela Autuada foram ultimados nesse estado, ainda que iniciados no estado de São Paulo.

O fato de os termos dos contratos de prestação de serviços terem sido formalizados (assinados) no estado de São Paulo, em nada altera a competência tributária constitucionalmente estabelecida. O contrato pode ser firmado em qualquer parte do país, mas o que interessa, para os fins tributários, é o destino final do serviço de comunicação, representado pelo local em que este serviço é disponibilizado.

Em se tratando de serviços de telecomunicação não medidos, como é o caso do SCM, envolvendo localidades situadas em distintas unidades da Federação, a LC nº 87/96, em seu art. 11, § 6º, determina a repartição do tributo entre os estados onde estiverem localizados o prestador (São Paulo) e o tomador (Minas Gerais) dos serviços, como já dito anteriormente.

As Impugnantes alegam que parte das notas fiscais de entrada consideradas como não escrituradas pela Fiscalização, na verdade, foram escrituradas no livro Registro de Entradas do estabelecimento da Autuada situado no estado de São Paulo. Ressaltam que os serviços contidos em tais documentos, apesar de realizados em Minas Gerais, têm como fim único ultimar os serviços de comunicação prestados a clientes no estado de São Paulo.

As prestações de serviços de comunicação SCM ora discutidas, como já exposto, apesar de originadas no estado de São Paulo, tiveram como destino clientes situados no estado de Minas Gerais.

Por essa razão, os documentos fiscais relativos à entrada dos serviços meios de redes de telecomunicações contratados no estado de Minas Gerais e utilizados na prestação de tal serviço deveriam, obrigatoriamente, ser emitidos contra o estabelecimento mineiro e por ele escriturados no livro Registro de Entradas.

A obrigação de registrar os documentos fiscais referentes à entrada de mercadorias e serviços no estabelecimento adquirente está prevista no art. 96, inciso III c/c art. 166, *caput* do Anexo V, ambos do RICMS/02:

Art. 96. São obrigações do contribuinte do imposto, observados forma e prazos estabelecidos na legislação tributária, além de recolher o imposto e, sendo o caso, os acréscimos legais:

(...)

III- escriturar e manter os livros da escrita fiscal registrados na repartição fazendária a que estiver circunscrito e, sendo o caso, os livros da escrita contábil, mantendo-os, inclusive os documentos auxiliares, bem como os arquivos com registros eletrônicos, em ordem cronológica pelos prazos previstos, conforme o caso, no § 1º deste artigo, para exibição ou entrega ao Fisco;

(...)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Art. 166. O livro Registro de Entradas, modelo 1 ou 1-A, destina-se à escrituração de serviços de transporte e comunicação utilizados e de entrada de mercadoria, a qualquer título, no estabelecimento.

A infração à obrigação acessória é de fácil constatação, pois a legislação exigia da Contribuinte uma conduta objetiva, diversa do pagamento do tributo, que, no caso em tela, é de que se escreva, no livro Registro de Entradas do estabelecimento mineiro, os documentos fiscais relativos à aquisição de serviços, o que não foi atendido pela Autuada.

Não tendo havido a escrituração na forma prevista na legislação, exigência que não pode ser suprida pela apresentação de documentos fiscais escriturados em livro fiscal de estabelecimento diverso do da Autuada, contendo, ainda, destinatário diverso daquele que efetivamente adquiriu os serviços, não há que se falar em exclusão das exigências relativas à ausência de escrituração do documento fiscal, restando correta a penalidade aplicada pela Fiscalização.

As Impugnantes afirmam que os créditos referentes à entrada de serviços que se deram exclusivamente no estado de Minas Gerais devem ser integralmente abatidos da presente autuação, e não à alíquota de 50% (cinquenta por cento), como procedeu a Fiscalização, sob pena de ferir a não cumulatividade do imposto;

No entanto, razão não lhes assiste.

O direito ao crédito de ICMS referente às entradas de mercadorias e serviços decorre do caráter não cumulativo do imposto e está previsto no art. 19 da LC nº 87/96, incumbindo-se o art. 20, § 3º, inciso II do mesmo diploma legal de vedar o creditamento quando a saída do produto resultante for isenta ou não tributada:

Art. 19. O imposto é não-cumulativo, compensando-se o que for devido em cada operação relativa à circulação de mercadorias ou prestação de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação com o montante cobrado nas anteriores pelo mesmo ou por outro Estado.

Art. 20. Para a compensação a que se refere o artigo anterior, é assegurado ao sujeito passivo o direito de creditar-se do imposto anteriormente cobrado em operações de que tenha resultado a entrada de mercadoria, real ou simbólica, no estabelecimento, inclusive a destinada ao seu uso ou consumo ou ao ativo permanente, ou o recebimento de serviços de transporte interestadual e intermunicipal ou de comunicação.

(...)

§ 3º É vedado o crédito relativo a mercadoria entrada no estabelecimento ou a prestação de serviços a ele feita:

(...)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

II - para comercialização ou prestação de serviço, quando a saída ou a prestação subsequente não forem tributadas ou estiverem isentas do imposto, exceto as destinadas ao exterior.

Por força do já transcrito art. 11, § 6º da mesma LC nº 87/96, no caso das prestações onerosas de serviços de comunicação não medidos, a competência tributária do estado de Minas Gerais (local onde se encontra o tomador do serviço) resume-se a apenas 50% (cinquenta por cento) do tributo devido sobre a operação. Por decorrência, é defeso, como contrapartida, reconhecer-se parcela de crédito superior a tal percentual, quando do cálculo do débito, sob pena de subverter-se a lógica e os fundamentos do princípio da não cumulatividade.

Os demais 50% (cinquenta por cento) do crédito referente às entradas de serviços de meios de redes de telecomunicações contratados pela Autuada são contrapartida da outra metade do débito, a qual está inserida na competência tributária do estado de localização do prestador do serviço de comunicação não medido, que no caso em tela é o estado de São Paulo.

A conclusão fiscal de fls. 132/134 reconheceu tanto os débitos quanto os créditos de ICMS, na proporção de 50% (cinquenta por cento) do total, de forma repartida entre as unidades Federadas envolvidas nas prestações de serviço de comunicação não medido, o que se mostra em consonância com a legislação de regência.

Desse modo, não se vislumbra a possibilidade de concessão, a título de crédito, de 100% (cem por cento) dos valores de ICMS destacados nos documentos fiscais emitidos contra o estabelecimento da Telefônica em Minas Gerais, como pleiteiam as Impugnantes.

Caso se adotasse o raciocínio proposto na peça de defesa, o débito referente às operações de saída também deveria ser exigido à totalidade, sob pena de gerar um descompasso entre os débitos e os créditos do estabelecimento mineiro, onerando indevidamente o estado de Minas Gerais com créditos que não possuem débitos correspondentes, em contrariedade ao disposto no já citado art. 20, § 3º, inciso II da LC nº 87/96.

O creditamento à proporção de 100% (cem por cento) das entradas é procedimento que vinha sendo indevidamente utilizado pela Autuada em sua escrituração fiscal, o que conduziu a um saldo credor em sua conta corrente fiscal da ordem de R\$ 4.500.000,00 (quatro milhões e quinhentos mil reais) até o mês de julho de 2013, conforme se observa às fls. 1.777.

Ademais, a própria Autuada já adotou anteriormente o procedimento de partição de ICMS à razão de 50% (cinquenta por cento) para os estados de Minas Gerais e São Paulo, reconhecendo de forma indireta que os serviços são prestados a clientes situados no estado de Minas Gerais.

É o que se constata da observação da cópia do livro Registro de Apuração do ICMS de fls. 1.825, referente à competência 12/10, donde consta a rubrica

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

“TRANSF. 50% ICMS DA MATRIZ PARA FILIAL”, no valor de R\$205.906,99 (duzentos e cinco mil, novecentos e seis reais e noventa e nove centavos).

Desse modo, não há que se falar em “divergência interpretativa” e em aproveitamento integral dos créditos de ICMS referente à entrada de serviços de meios de redes de telecomunicações, como sugerido pelas Impugnantes e, muito menos, na aplicação do art. 112 do Código Tributário Nacional - CTN, na medida em que não há qualquer dúvida a respeito da exatidão da penalidade aplicada.

As Impugnantes afirmam que está sendo exigido ICMS sobre serviço de comunicação prestado pela Autuada, situada no estado de São Paulo, para clientes também situados em São Paulo, contrariando a regra do art. 11, inciso III, alínea “d” c/c § 6º da LC nº 87/96, oportunidade em que junta, por amostragem, os contratos de prestação de serviços de comunicação multimídia (SCM) firmados com o Banco Bradesco S/A (fls. 2.235/2.209) e com o Banco Itaú S/A (fls. 2.310/2.358). Aduz, ainda, que o art. 33, § 3º da Lei nº 6.763/75 seria ilegal, por atrair para Minas Gerais competência tributária concedida pela CF/88 a outro Estado.

Como já demonstrado alhures, não há dúvidas de que a prestação de serviços não medidos realizada pela Autuada tem como clientes empresas situadas no estado de Minas Gerais, as quais se comunicam com a chamada “rede inteligente”, situada no estado de São Paulo, por meio de serviços de interconexão prestados à Autuada pelas demais operadoras de redes com estrutura física em território mineiro.

O art. 33, § 3º da Lei nº 6.763/75 apenas reproduz as disposições do já transcrito art. 11, § 6º da LC nº 6.763/75, não se vislumbrando qualquer ilegalidade em seu conteúdo. Observe-se:

Art. 33 - O imposto e seus acréscimos serão recolhidos no local da operação ou da prestação, observadas as normas estabelecidas pela Secretaria de Estado de Fazenda.

(...)

§ 3º - Para efeito do disposto no item 3 do § 1º, na hipótese de prestação de serviços de telecomunicações não medidos, envolvendo localidades situadas nesta e em outra unidade da Federação, cujo preço seja cobrado por períodos definidos, o imposto devido será recolhido, em partes iguais, para esta e a outra unidade da Federação envolvida na prestação.”

Ademais, por força do disposto no art. 110 do RPTA, exclui-se da competência do CC/MG a negativa de aplicação de ato normativo em vigor:

Art. 110. Não se incluem na competência do órgão julgador:

I - a declaração de inconstitucionalidade ou a negativa de aplicação de ato normativo, inclusive em relação à resposta à consulta a que for atribuído este efeito pelo Secretário de Estado de Fazenda;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Desse modo, correta a exigência de ICMS sobre as operações de comunicação que têm como clientes empresas situadas no Estado de Minas Gerais.

Alegam, ainda, as Impugnantes que o Fisco, ao recompor a conta gráfica (fls. 142/143), desconsiderou os créditos de ICMS lançados nas DAPIs, o que teria majorado o ICMS supostamente devido.

Na verdade, de forma indireta, pede-se novamente que sejam considerados 100% (cem por cento) dos créditos referentes às entradas de meios de redes de telecomunicações, estejam eles escriturados ou não, o que já foi discutido e demonstrado como indevido anteriormente.

No entanto, apenas para reforçar a impropriedade do argumento em tela, é de se observar que há competências em que o Fisco, ao realizar a recomposição da conta gráfica, considerou créditos que nem mesmo constavam da DAPI da Autuada, ou ainda, em valores superiores àqueles declarados para a mesma competência.

As Impugnantes parecem não compreender adequadamente a sistemática de cálculo utilizada pelo Fisco, quando afirmam em sua peça de defesa que “a Fiscalização desconsiderou os créditos lançados na DAPI”, o que, de fato, não ocorreu.

Observe-se a competência 01/12, citada como exemplo na peça de defesa (fls. 2.088). Apesar de constar da cópia da escrituração apresentada pela Contribuinte (valores informados na DAPI), um valor de crédito zerado para o mês (fls. 1.775), o Fisco, ao elaborar a recomposição da conta gráfica (fls. 142), considerou um crédito de R\$ 693.333,10 (seiscentos e noventa e três mil, trezentos e trinta e três reais e dez centavos), formado por 50% (cinquenta por cento) dos créditos apurados no levantamento (R\$ 471.678,64 – vide fls. 145) acrescido dos demais valores constantes da escrita fiscal da Autuada (R\$ 221.654,46).

No caso da competência 03/12, também citada na peça de defesa (fls. 2.089), fica, ainda, mais clara a intenção de voltar a discutir a questão do aproveitamento de 100% (cem por cento) dos créditos envolvidos na autuação.

A Autuada alega que teria direito a um crédito total de R\$ 1.403.207,61 (um milhão, quatrocentos e três mil, duzentos e sete reais e sessenta e um centavos), valor composto pelo crédito constante da conta corrente fiscal (R\$ 928.141,99 – vide fls. 1.775), somado aos 50% (cinquenta por cento) do crédito pelas entradas apurado pela Fiscalização (R\$ 475.065,62 – vide fls. 145).

Entretanto, os R\$ 928.141,99 (novecentos e vinte e oito mil, cento e quarenta e um reais e noventa e nove centavos) registrados na escrita fiscal da Autuada já representam 100% (cem por cento) do ICMS destacado nas notas fiscais de aquisições de meios de redes de telecomunicações da competência 03/12, não tendo sido observado o direito ao crédito limitado a apenas 50% (cinquenta por cento) desse valor, conforme previsto no já transcrito art. 33, § 3º da Lei nº 6.763/75.

Os R\$ 690.501,55 (seiscentos e noventa mil, quinhentos e um reais e cinquenta e cinco centavos) considerados pelo Fisco como crédito da competência 03/12, na recomposição da conta gráfica de fls. 142, são formados pelos 50% (cinquenta por cento) dos créditos apurados no levantamento das entradas (R\$

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

475.065,62 – vide fls. 145), acrescidos dos outros valores informados na escrita fiscal da Autuada (R\$ 215.435,93).

Ademais, conforme se verifica em simples observação da recomposição da conta gráfica de fls. 142/143, os valores dos créditos considerados pelo Fisco para os exercícios de 2012 e 2013 (“Expressão Real”) totalizam, respectivamente, R\$ 8.976.598,42 (oito milhões, novecentos e setenta e seis mil, quinhentos e noventa e oito reais e quarenta e dois centavos) e R\$ 5.525.030,10 (cinco milhões, quinhentos e vinte e cinco mil, trinta reais e dez centavos), ao passo que os valores escriturados e declarados na DAPI da Autuada totalizam, para os mesmos períodos, R\$ 6.261.992,06 (seis milhões, duzentos e sessenta e um mil, novecentos e noventa e dois reais e seis centavos) e R\$ 4.269.654,16 (quatro milhões, duzentos e sessenta e nove mil, seiscentos e cinquenta e quatro reais e dezesseis centavos), o que comprova que o Fisco, ao recompor a conta gráfica, considerou créditos ainda maiores do que aqueles declarados na DAPI, numa diferença total de R\$ 3.969.982,28 (três milhões, novecentos e sessenta e nove mil, novecentos e oitenta e dois reais e vinte e oito centavos) em favor da Contribuinte.

Por todo o exposto, não assiste razão às Impugnantes em seu argumento.

Após a diligência exarada pela 1ª Câmara, a Autuada manifesta-se alegando existir erro no somatório das notas fiscais emitidas pela Telemar Norte Leste S/A, nos valores de R\$ 127 mil em 2012 (R\$ 3.704.410,55 – R\$3.832.009,06) e de R\$ 509 mil em 2013 (R\$ 3.391.772,01 – R\$ 2.882.672,90), conforme se depreende do confronto entre os dados das notas fiscais trazidos pela diligência e a conclusão fiscal que lastreia o auto de infração.

Segundo o Fisco, essa alegada divergência, como se verá, não possui qualquer reflexo na autuação, uma vez que o total de documentos fiscais não escriturados permanece inalterado em R\$43.952.268,64, valor composto pela falta de escrituração de R\$27.175.552,49 no exercício de 2012 e R\$16.776.716,15 em 2013.

Trata-se do mesmo total apurado pelo Fisco no Anexo 6/6A de fls. 148/149, não tendo sido alterado o valor da multa isolada exigida, que permanece aquele consignado no Anexo 8 de fls. 162.

Efetivamente, o suposto erro apontado decorre de falhas nos próprios procedimentos adotados pela Autuada, tais como o lançamento em um determinado período de apuração, de notas fiscais emitidas dentro de outro período, além de divergências de informações entre a DAPI e os livros fiscais. Os erros estão concentrados em notas fiscais das empresas Telemar e Embratel.

O trabalho de auditoria pautou-se, inicialmente, naquilo que o Fisco intitula “cálculos globais”, que consiste em um confronto entre os valores de todas as notas fiscais emitidas com destino à Autuada (informadas pelos fornecedores dos meios de rede, por meio dos arquivos eletrônicos dos Convênios ICMS nº 57/95 e 115/03) com o total de notas fiscais escrituradas no livro Registro de Entradas (LRE).

A técnica de auditoria utilizada foi a conclusão fiscal, baseada no cruzamento entre os dados contidos nos arquivos eletrônicos Sintegra dos fornecedores e os livros fiscais da Autuada, na medida em que o Fisco não pode se utilizar

unicamente das informações contidas nesses livros, em razão das insuficientes informações a respeito da escrituração das operações realizadas.

Para atender à diligência determinada pela 1ª Câmara do CC/MG, o Fisco realizou uma conferência “nota a nota” das entradas não escrituradas no LRE, de forma a cruzar os dados com aqueles constantes dos arquivos eletrônicos enviados pelos fornecedores dos meios de rede utilizados na prestação do serviço de comunicação.

Em razão de tal análise, o Fisco concluiu que o total de NFSTs emitidas da empresa Telemar Norte Leste S/A para a Autuada e não escrituradas no LRE é de R\$ 3.832.009,06 e R\$ 2.882.672,90, respectivamente, nos exercícios de 2012 e 2013.

Ocorre que, no que tange às NFSTs emitidas pela Telemar e não escrituradas pela Autuada, as diferenças apontadas entre a planilha da diligência e a que compôs a conclusão fiscal do Auto de Infração (fls. 133), nos valores de R\$ 127 mil (2012) e R\$ 509 mil (2013), compensam-se com diferenças idênticas e inversas no total das NFSTs emitidas pela empresa Embratel e também não escrituradas pela Autuada.

As operações originadas da empresa Embratel perfazem os totais de R\$ 6.570.198,94 (2012) e R\$ 3.990.145,43 (2013).

Assim, no exercício de 2012, em relação às notas fiscais de saída emitidas por Telemar Norte Leste S/A, constatou-se um acréscimo de R\$ 127 mil no montante de documentos não escriturados no LRE, passando-se de R\$ 3.704.410,55 (fls. 133), para R\$ 3.832.009,06 (somatório da planilha de fls. 2.430/2.472). Ao mesmo tempo, houve uma diminuição de R\$127 mil no total de notas fiscais emitidas pela empresa Embratel, passando de R\$ 6.697.791,22 (fls. 133), para R\$ 6.570.198,94 (somatório da planilha de fls. 2.430/2.472).

Já em 2013, inversamente, apurou-se uma diminuição de R\$ 509 mil no total de NFSTs emitidas pela Telemar e não escrituradas pela Impugnante, passando-se de R\$ 3.391.772,01 (fls. 133), para R\$ 2.882.672,90 (somatório da planilha de fls. 2.430/2.472), ao passo que houve elevação de mesmo valor nas NFSTs não escrituradas de emissão de Embratel S/A, que foram de R\$ 3.481.046,32 (fls. 133), para R\$ 3.990.145,43 (somatório da planilha de fls. 2.430/2.472).

Registre-se, nesta oportunidade, que os totais de notas fiscais não escrituradas emitidas por outros fornecedores de meios de rede (GVT, TNL, Intelig, CTBC, Telefônica, VIVO, Brasil Telecom e Cemig Telecom), não sofreram quaisquer modificações, mostrando-se idênticos nas planilhas de fls. 133 e 2.430/2.472.

Como já dito anteriormente, a Multa Isolada do art. 55, inciso I da Lei nº 6.763/75, referente à falta de escrituração de documentos fiscais, é calculada como um percentual do valor total desses documentos, sendo afetada apenas se tal valor total se alterar.

Note-se que apesar de alguns valores terem “migrado” de um para outro emitente, diga-se, por erros imputáveis à própria Autuada, o total das entradas desacobertas permanece exatamente o mesmo, como se depreende do confronto entre o “Total de Aquisições de Meios de Redes de Telecomunicações em Minas Gerais no

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Período” (fls. 133) e o somatório das notas fiscais não escrituradas listadas na planilha de fls. 2.430/2.472, qual seja, R\$ 51.250.768,31.

Desse modo, deve ser mantida inalterada a Multa Isolada exigida com fulcro no art. 55, inciso I da Lei nº 6.763/75, posto que as supostas falhas apontadas pela Impugnante não alteraram o valor total dos documentos fiscais não escriturados, base para o cálculo da exação.

As Impugnantes alegam, ainda, a existência de divergência em relação ao valor da NFST nº 945.145, emitida pela empresa Telemar no exercício de 2012. Afirmam que tal documento apresenta, na conclusão fiscal de fls. 439, o valor de R\$ 1.930.239,97, ao passo que na nova planilha, especificamente às fls. 2.447, o valor atribuído à nota fiscal é de R\$ 12.645,89.

Como já dito, o Fisco informou ter promovido uma conciliação por documento, confrontando todas as entradas registradas no LRE com os dados das operações de saída com destino à Autuada (contidos nos arquivos eletrônicos apresentados pela empresa Telemar e pelos demais fornecedores de meios de rede).

Verifica-se, através do LRE da Autuada, que a Nota Fiscal nº 945.145, emitida em 11/10/12, foi registrada pelo valor de R\$ 1.930.239,97:

23/10/2012	000	004109	02/10/2012	GLOBAL VILLAGE TELECOM LTDA.	0622846390079	03.420.926/0057-89	MG	1.301	16.051,37
01/11/2012	000	945145	11/10/2012	TELEMAR NORTE LESTE S/A	0621499640047	33.000.118/0003-30	MG	1.301	1.930.239,97
05/11/2012	B	011098	10/09/2012	EMPRESA BRASILEIRA DE TELECOMUNICAC	0620040490083	33.530.486/0138-83	MG	1.301	3.986,25

Por outro lado, nos registros eletrônicos apresentados pela empresa Telemar S/A em cumprimento ao Convênio ICMS nº 115/03, a mesma Nota Fiscal nº 945.145 apresenta o valor de R\$ 1.942.885,86, exatamente R\$ 12.645,89 a menos. Observe-se a cópia da planilha de fls. 421 e a tela do Auditor Eletrônico que reproduzem os dados contidos nos arquivos eletrônicos da Telemar para tal documento fiscal:

MG	SF1850087301	23/09/2012	22	A	002199922	F99D3875B68C28CD2A9B27E316C2DD5D	1.326,18
MG	SF1850087601	11/10/2012	22	A	000945145	12C4A40FBE114229E6537DE2440136F9	1.942.885,86
MG	SF1850087301	24/10/2012	22	A	002193643	DC03928000AAA0BACB6AAB56C9963E07	1.326,18

Identificação do Emitente TELEMAR NORTE LESTE S/A AV. AFONSO PENA, 4001 CEP 30130-008 Bairro SERRA BELO HORIZONTE MG CNPJ: 33000118000330 IE: 0621499640047					Documento Fiscal Nota Fiscal de Serviço de Telecomunicações Modelo 22 Série A Nro.: 000.945.145 Emissão: 11/10/2012				
Tomador dos Serviços/Destinatário das Mercadorias TELEFONICA EMPRESAS S/A Logradouro: CEP 00000000 Bairro BELO HORIZONTE MG					Nro. Referência: SF1850087601 CNPJ/CPF: 04027547000131 IE:				
Item	Nro. NF	Model	Série	CNPJ/CPF	Emissão	CFOP	Produto	Descrição	
001	000945145	22	A	04.027.547/0001-31	11/10/2012	5301	SF30011	TAXA CONFIGURACAO/MONTAGEM 2 MB	
002	000945145	22	A	04.027.547/0001-31	11/10/2012	5301	SF19011	EILD PADRAO.ASS.64KBPS D0 CLA	
003	000945145	22	A	04.027.547/0001-31	11/10/2012	5301	SF17411	EILD PADRAO.ASS.64KBPS D2 CL.B	
004	000945145	22	A	04.027.547/0001-31	11/10/2012	5301	SF13714	SUPERLINK ASS.2MB REG II-12M	
005	000945145	22	A	04.027.547/0001-31	11/10/2012	5301	SF17429	EILD PADRAO.ASS.256KBPS D2 CL.B	
006	000945145	22	A	04.027.547/0001-31	11/10/2012	5301	SF19038	EILD PADRAO.ASS.256KBPS D4 CLA	
BC Icms		Icms		Isenta/NT		Outras		Total	
1.942.885,86		485.721,38		0,00		0,00		1.942.885,86	
Chave de Codificação Digital					Nota Fiscal				

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Desse modo, ao contrário do que entenderam as Impugnantes, o valor de R\$ 12.645,89 informado às fls. 2.447 para a Nota Fiscal nº 945.145, refere-se não ao valor total do documento fiscal, mas sim à diferença não escriturada no LRE.

Assim, R\$ 1.942.885,86 – R\$ 1.930.239,97 = R\$ 12.645,89.

Saliente-se que os dados contidos nos arquivos eletrônicos do Convênio ICMS nº 115/03 se equiparam, para todos os efeitos legais, à via impressa do documento fiscal, conforme prevê o art. 40-C, parágrafo único do Anexo VII do RICMS/02:

Art. 40-C. A integridade das informações do documento fiscal gravado em meio eletrônico será garantida por meio de:

(...)

Parágrafo único. A via do documento fiscal representada pelo registro fiscal com os dados constantes do documento fiscal, gravados em meio óptico não regravável e com chaves de codificação digital vinculadas, se equipara à via impressa do documento fiscal para todos os fins legais.

Dessa forma, correto o crédito tributário, posto que a exigência da multa isolada apenas em relação à parcela não escriturada do documento fiscal está em perfeita consonância com a legislação de regência.

As Impugnantes afirmam que, no exercício de 2013, houve lançamento em duplicidade por parte do Fisco de alguns documentos fiscais emitidos pela empresa Telefônica Brasil S/A. Lista as Notas Fiscais nºs 054.860 (R\$ 106,41), 030.800 (R\$ 78,80) e 030.336 (R\$ 94,13).

Segundo o Fisco, as duplicidades seriam apenas aparentes, decorrentes do ato de copiar e colar os dados do Anexo 1A para a nova planilha elaborada em razão da diligência do CC/MG, não tendo sido alterados os totais das entradas não escrituradas.

A planilha de fls. 96, que totaliza os documentos fiscais emitidos pela empresa Telefônica Brasil S/A no exercício de 2013, apresenta cada um dos citados documentos fiscais apenas uma vez, os quais somam R\$ 279,34:

RAZSOCIAL	UF	CODIGOID	DTEMISSAO	MOD	SER	NUMNF	CODAUDDIG	VLRTOTAL
TELEFONICA EMPRESAS S/A	MG	31035947420	11/04/2013	22	A	000054860	66F9E68228779778FFBF0C88B5681CE9	106,41
TELEFONICA EMPRESAS S/A	MG	31035947420	09/05/2013	22	A	000030800	770EF32B0DFF582F3120951DF376F307	78,80
TELEFONICA EMPRESAS S/A	MG	31034920848	10/06/2013	22	A	000030336	817D20CDC09F7C200EE26EF3D661EAB0	94,13
								279,34

Considerando que o valores totais das entradas não escrituradas no LRE e da Multa Isolada do art. 55, inciso I da Lei nº 6.763/75 permanecem exatamente os mesmos desde a lavratura do Auto de Infração, não tendo havido qualquer mudança no crédito tributário desde então, conclui-se, sem qualquer dúvida, que a duplicidade desses três documentos fiscais na planilha de fls. 2.430/2.472 não produziu efeito na totalização das entradas não escrituradas. O erro tem caráter material e em nada impactou as exigências em discussão.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Não obstante a inexistência de repercussão sobre o crédito tributário, ressalte-se, por fim, que se fala em irrisórios R\$ 279,34 em um universo de quase R\$ 44 milhões em documentos não escriturados.

Por essa razão, deve ser afastado o argumento apresentado.

As Impugnantes alegam erro de fato quanto à base de cálculo adotada para o cálculo da Multa Isolada do art. 55, inciso XVI da Lei nº 6.763/75. Salientam que o Convênio ICMS nº 53/05, do qual MG e SP são signatários, determinou a divisão da base de cálculo do imposto em partes iguais entre as unidades Federadas de origem e destino da prestação de serviços de comunicação não medidos, razão pela qual a multa isolada também deve ser cobrada apenas sobre metade mineira da operação.

Observe-se o que diz o citado Convênio ICMS nº 53/05, em sua Cláusula Primeira:

Dispõe sobre os procedimentos para operacionalização do disposto no § 6º do art. 11 da Lei Complementar 87/96, relativamente aos serviços não-medidos de provimento de acesso à "internet".

Cláusula primeira - Na prestação de serviços não medidos de provimento de acesso à "internet", cujo preço do serviço seja cobrado por períodos definidos, efetuada a tomador localizado em unidade federada distinta daquela em que estiver localizado o prestador, a base de cálculo do ICMS devido a cada unidade federada corresponde a 50% (cinquenta por cento) do preço cobrado do tomador. (Grifou-se)

Salienta o Fisco que a Autuada não é prestadora de serviço de provimento de acesso à *internet*, e sim, autorizatária, em âmbito nacional e internacional, sem caráter de exclusividade, do Serviço de Comunicação Multimídia (SCM), conforme Ato nº 26.117/02 expedido pela Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL).

Por SCM, entende-se a execução de um serviço fixo de telecomunicações de interesse coletivo, que possibilita a oferta de capacidade de transmissão, emissão e recepção de informações multimídia, utilizando quaisquer meios, a assinantes dentro de uma área de prestação de serviço (art. 3º, Anexo I da Resolução ANATEL nº 614/13, que dispõe sobre o regulamento do SCM).

O provedor de acesso à *internet*, típico Serviço de Valor Adicionado (SVA), por sua vez, não executa serviço de telecomunicação, mas utiliza-se de uma rede de telecomunicações preexistente, não ficando esse, também, dependente de qualquer outorga (permissão, autorização ou concessão) por parte do órgão regulador para entrar em funcionamento.

Enquanto a prestação do SCM é regida pela Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997 (Lei Geral de Telecomunicações - LGT), pela Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor), pelo Decreto nº 6.523, de 31 de julho de 2008, pelo Regulamento dos Serviços de Telecomunicações, aprovado pela Resolução nº 614/13, de 25 de novembro de 1998, a prestação do serviço de provimento de acesso

à *internet* (SVA), encontra-se regida pela Norma n° 004/95, aprovada pela Portaria n° 148, de 31 de Maio de 1995, expedida pelo Ministério das Comunicações, a qual objetiva regular o USO DE MEIOS DA REDE PÚBLICA DE TELECOMUNICAÇÕES PARA O PROVIMENTO E UTILIZAÇÃO DE SERVIÇOS DE CONEXÃO À *INTERNET*.

O STJ já foi chamado a decidir diversas contendas entre contribuintes e Fazendas Públicas quanto à questão da execução do serviço de provimento de acesso à *internet*, o que redundou na edição da Súmula n° 334, *verbis*:

SÚMULA 334 - STJ

O ICMS NÃO INCIDE NO SERVIÇO DOS PROVEDORES DE ACESSO À *INTERNET*.

Abaixo, uma das inúmeras decisões que embasaram a publicação da citada Súmula n° 334:

...OS SERVIÇOS PRESTADOS PELOS PROVEDORES DE ACESSO À *INTERNET* NÃO SÃO SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÕES, HAJA VISTA NÃO NECESSITAREM DE AUTORIZAÇÃO, PERMISSÃO OU CONCESSÃO DA UNIÃO, CONFORME DISPÕE O ART. 21, XI, DA CF/1988. ADEMAIS, ESSES SERVIÇOS SÃO DE VALOR ADICIONADO, UMA VEZ QUE O PRESTADOR UTILIZA UMA REDE DE TELECOMUNICAÇÕES QUE LHE DÁ APOIO PARA VIABILIZAR O ACESSO DO USUÁRIO À *INTERNET* POR MEIO DE UMA LINHA TELEFÔNICA. LOGO NÃO DEVE INCIDIR O ICMS SOBRE OS SERVIÇOS PRESTADOS PELOS PROVEDORES DE *INTERNET*. ERESP 456.650-PR, REL. ORIGINÁRIO MIN. JOSÉ DELGADO, REL. PARA ACÓRDÃO MIN. FRANCIULLI NETTO, JULGADOS EM 11/5/2005.

Como se demonstrou, a Telefônica Data S/A não integra o rol dos prestadores de provimento de acesso à *internet*, nos termos da legislação que regula os serviços de telecomunicações e também o SVA. A Impugnante utiliza-se de rede própria ou contratada de terceiros para a execução da transmissão de dados, que não se confunde com o SVA, estando sujeita ao pagamento do ICMS sobre os serviços prestados.

Por essa razão, conclui-se que o Convênio ICMS n° 53/05 não se aplica à Autuada, na medida em que regulamenta os procedimentos fiscais a serem observados e adotados estritamente pelos prestadores dos serviços de provimento de acesso à *internet*, não sendo essa a atividade por ela desenvolvida

No caso dos autos, a citada divisão do imposto entre os estados de origem e destino da prestação de serviço não tem qualquer relação com o Convênio ICMS n° 53/05, mas decorre da previsão do já citado art. 11, § 6° da Lei Complementar n° 87/96 e do art. 33, § 3° da Lei n° 6.763/75 também já citado, que cuidam da prestação onerosa de serviços de comunicação não medidos, gênero que inclui a espécie SCM.

Ademais, independentemente de se entender que o que se divide entre os estados envolvidos é o tributo ou a base a cálculo desse tributo (como alegam as Impugnantes às fls. 2.485), fato é que não foi dividida a obrigação acessória de emitir documentos fiscais referentes à operação, prevista no art. 96, inciso III c/c art. 166 do

Anexo V e art. 35 do Anexo IX, todos do RICMS/02, a qual resta intacta e integral, na medida em que não se previu a emissão de “meio” documento fiscal em cada estado para acobertar a operação de prestação de serviços em questão.

Depreende-se do exposto que se encontra descumprida a obrigação acessória de emissão de documento fiscal de saída e correta a exigência da Multa Isolada do art. 55, inciso XVI da Lei nº 6.763/75, na forma procedida pelo Fisco.

Desse modo, correta a exigência de ICMS sobre as operações de comunicação que têm como clientes empresas situadas no estado de Minas Gerais.

O Fisco exige as Multas Isoladas do art. 55, inciso XVI (falta de emissão de documento fiscal de saída de prestação de serviços de telecomunicação); do art. 55, inciso I (falta de escrituração de documentos fiscais de entrada) e, ainda, a do art. 54, inciso VII, alínea “a” (não atendimento a intimação), todas da Lei nº 6.763/75.

As Impugnantes alegam que não ocorreu o descumprimento de obrigações acessórias, mas sim um entendimento da Autuada em relação à ocorrência do fato gerador para o estado de São Paulo, citando decisão proferida no Acórdão nº 18.018/06/1ª.

De modo diverso do caso paradigma citado, ao deslocar o fato gerador para onde estiver o tomador do serviço, a legislação mineira, com base em convênio e legislação complementar, deslocou, também, o cumprimento das obrigações acessórias. Assim dispõem os §§ 4º, 6º e 7º do art. 36 do Anexo IX do RICMS/02:

Art. 36 - As empresas prestadoras de serviços de comunicação a seguir indicadas, para cumprimento de suas obrigações tributárias, observarão o disposto nesta Seção:

(...)

§ 4º - Os prestadores de serviço de comunicação nas modalidades a seguir relacionadas, localizados em outra unidade da Federação e que prestam serviços a destinatário localizado neste Estado, deverão se inscrever no Cadastro de Contribuintes do ICMS deste Estado:

I - Serviço Telefônico Fixo Comutado (STFC);

II - Serviço Móvel Pessoal (SMP);

III - Serviço Móvel Celular (SMC);

IV - Serviço de Comunicação Multimídia (SCM);

(...)

§ 6º - Na hipótese do § 4º deste artigo, é facultado ao prestador de serviço de comunicação:

I - indicar o endereço de sua sede, para fins de inscrição;

II - efetuar a escrituração fiscal e manter os livros e os documentos fiscais no estabelecimento-sede;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

III - efetuar o recolhimento do imposto por meio de Guia Nacional de Recolhimento de Tributos Estaduais (GNRE), no prazo estabelecido no artigo 85 deste Regulamento.

§ 7º - A fruição do regime especial previsto nesta Seção fica condicionada à elaboração e apresentação, por parte da empresa prestadora de serviços de telecomunicação que atue em mais de uma unidade da Federação, de livro razão auxiliar contendo os registros das contas de ativo permanente, custos e receitas auferidas, tributadas, isentas e não-tributadas relativos a este Estado.

Nesse caso, como a empresa optou por se inscrever em Minas Gerais, ela assumiu nesse estado as obrigações acessórias, que poderiam ser cumpridas no estabelecimento paulista, nos termos dos incisos I, II e III do § 6º, acima transcritos.

Como a unidade mineira não providenciou a emissão dos documentos, nem tampouco utilizou as prerrogativas acima, fica caracterizada a sua sujeição passiva e a obrigação de cumprimento das demais obrigações acessórias.

Em relação ao pedido de decote das multas, cabe lembrar a lição do mestre Aliomar Baleeiro (Direito Tributário Brasileiro, atualizado por Mizabel Derzi, 11ª ed., p. 759), em que se destaca que as penalidades compreendem as infrações relativas ao descumprimento do dever de pagar o tributo tempestivamente e as infrações apuradas em autuações e as infrações aos deveres de fazer ou não fazer, chamados acessórios (às quais se cominam multas específicas).

Para o não menos proeminente Sacha Calmon (Curso de Direito Tributário Brasileiro, 1999, p. 696), as penalidades, dentre as quais se inclui a Multa de Revalidação, "são postas para desencorajar o inadimplemento das obrigações tributárias".

O estado somente tem condições de cumprir as suas finalidades sociais se tiver orçamento, o que se consegue via tributos e, assim, o meio coercitivo para obrigar o contribuinte ao implemento de suas obrigações constitui forma válida para a consecução de suas finalidades.

O eminente Desembargador Orlando de Carvalho define, com precisão, a multa de revalidação:

"EMENTA: MULTA DE REVALIDAÇÃO - EXPRESSA PREVISÃO LEGAL - LEI ESTADUAL Nº 6.763/75. A MULTA DE REVALIDAÇÃO APLICADA, COM PREVISÃO LEGAL EXPRESSA NA LEI ESTADUAL Nº 6.763/75, DECORRE UNICAMENTE DA AUSÊNCIA DE RECOLHIMENTO TEMPESTIVO DO TRIBUTO, CONSTITUINDO INSTRUMENTO QUE A LEI COLOCA À DISPOSIÇÃO DO FISCO, QUANDO O CONTRIBUINTE É COMPELIDO A PAGAR O TRIBUTO, PORQUE NÃO O FIZERA VOLUNTARIAMENTE, A TEMPO E MODO". (APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0027.97.013646- 4/002 - RELATOR: EXMO. SR. DES. ORLANDO CARVALHO)

Dessa forma, a multa de revalidação tem a finalidade de garantir a integralidade da obrigação tributária contra a prática de ilícitos e não se confunde com

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

a multa moratória nem com a compensatória ou mesmo com a multa isolada e, portanto, foi aplicada corretamente no presente caso.

Resta claro que não se configura qualquer ilegalidade a cobrança de multa de revalidação, nos moldes e nos valores previstos, já que possui ela caráter punitivo e repressivo à prática de sonegação, não tendo em absoluto caráter de confisco, tratando-se apenas de uma penalidade pelo não pagamento do tributo devido, de modo a coibir a inadimplência.

Eventual efeito confiscatório da multa de revalidação foi rejeitado pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais na APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0148.05.030517-3/002, cuja ementa se transcreve:

EMENTA: DIREITO TRIBUTÁRIO - EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL - MULTA DE REVALIDAÇÃO - TAXA SELIC. 1- A MULTA DE REVALIDAÇÃO TEM PREVISÃO LEGAL E NÃO SE SUJEITA À VEDAÇÃO CONSTITUCIONAL DE INSTITUIÇÃO DE TRIBUTO COM NATUREZA DE CONFISCO, DADO O SEU CARÁTER DE PENALIDADE, COM FUNÇÃO REPRESSIVA, PELO NÃO PAGAMENTO DO TRIBUTO NO MOMENTO DEVIDO, E PREVENTIVA, PARA DESESTIMULAR O COMPORTAMENTO DO CONTRIBUINTE DE NÃO PAGAR ESPONTANEAMENTE O TRIBUTO. 2- A TAXA SELIC PODE SER UTILIZADA COMO ÍNDICE DE ATUALIZAÇÃO DOS CRÉDITOS E DÉBITOS TRIBUTÁRIOS DO ESTADO DE MINAS GERAIS, PAGOS COM ATRASO, EIS QUE PERMITIDA PELA LEI ESTADUAL Nº 63/1975, COM A REDAÇÃO ALTERADA PELA LEI ESTADUAL Nº 10.562/1991, QUE DETERMINA A ADOÇÃO DOS MESMOS CRITÉRIOS ADOTADOS NA CORREÇÃO DOS DÉBITOS FISCAIS FEDERAIS, DEVENDO INCIDIR A PARTIR DE 1º/01/1996, EM RAZÃO DO ADVENTO DA LEI FEDERAL Nº 9.250/1995. (GRIFOU-SE)

A aplicação cumulativa da multa de revalidação com a multa isolada também obteve autorização do Poder Judiciário mineiro, como na Apelação Cível nº 1.0672.98.011610-3/001, emendada da seguinte forma:

EMENTA: DIREITO TRIBUTÁRIO - MULTA DE REVALIDAÇÃO - EXPRESSA PREVISÃO - LEI ESTADUAL Nº 6.763/75 - MEIO DE COERÇÃO - REPRESSÃO À SONEGAÇÃO - CONSTITUCIONALIDADE. A MULTA DE REVALIDAÇÃO TEM A FINALIDADE DE GARANTIR A INTEGRALIDADE DA OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA CONTRA A PRÁTICA DE ATOS ILÍCITOS E INADIMPLEMENTO E NÃO SE CONFUNDE COM A MULTA MORATÓRIA NEM COM A COMPENSATÓRIA OU MESMO COM A MULTA ISOLADA. A LEI, AO PREVER COMO BASE DE CÁLCULO DA MULTA DE REVALIDAÇÃO O VALOR DO TRIBUTO DEVIDO, PERMITE A SUA ATUALIZAÇÃO, PARA NÃO HAVER DEPRECIAÇÃO DO VALOR REAL DA MESMA.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0672.98.011610-3/001 - COMARCA DE SETE LAGOAS - APELANTE(S): FAZENDA PUBLICA ESTADO MINAS GERAIS - APELADO(A)(S): CASA MARIANO LTDA. - RELATORA: EXM^a. SR^a. DES^a. VANESSA VERDOLIM HUDSON ANDRADE.

Nesse caso, não se aplica a interpretação benigna prevista no art. 112 do CTN. Se alguma dúvida houvesse seria em relação à ocorrência do fato gerador e à sujeição passiva. Sacramentando-se a exigência quanto ao tributo, as multas são consectários lógicos da aplicação da legislação tributária mineira.

Além do mais, é imperioso afirmar que a aplicação das penalidades foi efetivada na medida prevista na legislação tributária deste estado, não competindo ao CC/MG, negar aplicação de dispositivo legal, nos termos do art. 110, inciso I do RPTA, já transcrito.

Assim, corretas as exigências de ICMS, Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II da Lei nº 6.763/75 e Multa Isolada capitulada no inciso XVI do art. 55 da mencionada lei, adequada ao disposto no § 2º do mesmo dispositivo:

Art. 55. As multas para as quais se adotarão os critérios a que se referem os incisos II a IV do art. 53 desta Lei são as seguintes:

(...)

XVI - por prestar serviço sem emissão de documento fiscal - 40% (quarenta por cento) do valor da prestação, reduzindo-se a 20% (vinte por cento) quando a infração for apurada pelo Fisco, com base exclusivamente em documento e nos lançamentos efetuados na escrita fiscal ou comercial do contribuinte;

(...)

§ 2º Nas hipóteses dos incisos II, IV, XVI e XXIX do caput, observado, no que couber, o disposto no § 3º deste artigo, a multa fica limitada a duas vezes e meia o valor do imposto incidente na operação ou prestação, não podendo ser inferior a 15% (quinze por cento) do valor da operação ou da prestação, inclusive quando amparada por isenção ou não incidência.

Exigiu o Fisco, ainda, a penalidade isolada prevista no art. 55, inciso I da Lei nº 6.763/75, em decorrência da falta de escrituração, em livro de Registro de Entrada, das aquisições de uso de meios de rede. O dispositivo em comento assim dispõe:

Art. 55. **As** multas para as quais se adotarão os critérios a que se referem os incisos II a IV do art. 53 desta Lei são as seguintes:

I - por faltar registro de documentos próprios nos livros da escrita fiscal vinculados à apuração do imposto, conforme definidos em regulamento - 10% (dez por cento) do valor constante no documento, reduzido a 5% (cinco por cento) quando se tratar de:

A obrigação de registrar os documentos fiscais referentes às entradas de mercadorias e serviços no estabelecimento está prevista no art. 96, inciso III c/c art. 166, *caput* do Anexo V, ambos do RICMS/02, já transcritos.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Por se tratar de descumprimento de ação de fazer, a única prova cabível é a comprovação da escrituração dos documentos fiscais no livro Registro de Entradas da Autuada. Como isso não aconteceu, revela-se correta a exigência fiscal.

No que tange à reincidência, a prática anterior de infrações que ensejaram a aplicação das Multas do art. 55, incisos I e XVI está devidamente demonstrada pelos documentos de fls. 1.916/1.943, o que atrai os efeitos do art. 53 §§ 6º e 7º da Lei nº 6.763/75:

Art. 53. As multas serão calculadas tomando-se como base:

(...)

§ 6º Caracteriza reincidência a prática de nova infração cuja penalidade seja idêntica àquela da infração anterior, pela mesma pessoa, considerando-se em conjunto todos os seus estabelecimentos, dentro de cinco anos, contados da data em que houver sido reconhecida a infração anterior pelo sujeito passivo, assim considerada a data do pagamento da exigência ou da declaração de revelia, ou contados da data da decisão condenatória irrecurável na esfera administrativa, relativamente à infração anterior.

§ 7º A constatação de reincidência, relativamente às infrações que já ensejaram a aplicação das multas previstas nos artigos 54 e 55, determinará o agravamento da penalidade prevista, que será majorada em 50% (cinquenta por cento), na primeira reincidência, e em 100% (cem por cento), nas subsequentes.

Ao contrário do que afirmam as Impugnantes, a reincidência da Multa Isolada do art. 55, inciso I está devidamente configurada nos autos, em razão da exigência de idêntica penalidade no âmbito do Auto de Infração nº 01.000167146-93 (fls. 1.942), o qual foi julgado definitivamente procedente por este CC/MG no Acórdão nº 3.877/12/CE.

O demonstrativo de fls. 163, entregue às Impugnantes juntamente com uma via do Auto de Infração, especifica de forma clara e didática as competências em que restou configurada a reincidência para cada uma das penalidades isoladas, além dos cálculos envolvidos na apuração de seus valores.

Corretas, portanto, as majorações decorrentes da reincidência.

As Impugnantes entendem que, em sendo mantidas as Multas Isoladas do art. 54, inciso VII, alínea “a”, e art. 55, incisos I e XVI da Lei nº 6.763/75, deve ser aplicado o art. 211 do RICMS/02, exigindo-se apenas a penalidade mais gravosa, referente à saída desacobertada de mercadorias.

Dispõe o citado art. 211 que:

Art. 211. Apurando-se, na mesma ação fiscal, o descumprimento de mais de uma obrigação tributária acessória pela mesma pessoa, será

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

aplicada a multa relativa à infração mais grave, quando forem as infrações conexas com a mesma operação, prestação ou fato que lhes deram origem. (Grifou-se)

Como se vê, o requisito principal para a aplicação apenas da multa relativa à infração mais gravosa é que as infrações cometidas sejam conexas com a mesma operação, prestação ou fato que lhes deram origem. Em outras palavras, as infrações devem ter origem no mesmo fato ou evento, sob pena de não haver conexão entre as penalidades decorrentes.

No caso dos autos, cada uma das multas isoladas exigidas decorre de fato ou situação diversos, conforme abaixo:

- art. 55, inciso I – deixar de registrar documento fiscal na entrada de mercadoria ou utilização de serviços (Infração ocorrida na entrada/utilização de serviços);

- art. 55, inciso XVI – prestar serviço sem emissão de documento fiscal (Infração ocorrida na saída/prestação de serviços por parte da Autuada);

- art. 54, inciso VII, alínea “a” – deixar de apresentar ao Fisco livros ou documentos que lhe forem exigidos (Infração ocorrida em razão de intimação para exibição de documento de interesse do Fisco).

Observe-se que cada infração ocorre em momento distinto e em decorrência de evento também distinto, não havendo conexão entre as penalidades isoladas cominadas.

Pelo exposto, incabível o argumento apresentado, devendo ser afastada a aplicação do art. 211 do RICMS/02.

Diante do exposto, ACORDA a 1ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em rejeitar as prefaciais arguidas. No mérito, à unanimidade, em julgar procedente o lançamento, nos termos do Parecer da Assessoria do CC/MG de fls. 2.399/2.424 e 2.507/2.516. Pela Impugnante, sustentou oralmente o Dr. Eduardo Lopes de Almeida Campos e, pela Fazenda Pública Estadual, o Dr. Gabriel Arbex Valle. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Maria Gabriela Tomich Freitas (Revisora) e Sauro Henrique de Almeida.

Sala das Sessões, 16 de fevereiro de 2016.

**Maria de Lourdes Medeiros
Presidente**

**Marco Túlio da Silva
Relator**

D