

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 20.967/13/3ª Rito: Sumário
PTA/AI: 01.000181581-94
Impugnação: 40.010133429-24
Impugnante: Telemar Norte Leste S/A
IE: 062149964.00-47
Proc. S. Passivo: Sacha Calmon Navarro Coêlho/Outro(s)
Origem: DF/BH-1 - Belo Horizonte

EMENTA

OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA – FALTA DE EMISSÃO DE DOCUMENTO FISCAL - PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO. Constatada a falta de emissão de notas fiscais de serviço de telecomunicações, modelo 22, de série ou subsérie distinta, conforme previsto no art. 41 do Anexo IX do RICMS/02, legitimando a penalidade isolada capitulada no inciso XVI do art. 55 da Lei nº 6.763/75. Lançamento procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre falta de emissão, no período entre agosto de 2008 e novembro de 2009, de Nota Fiscal de Serviço de Telecomunicações, modelo 22, de série ou subsérie distinta, com destaque do imposto devido para o Estado de Minas Gerais, calculado com base no valor tarifário vigente no período, para os cartões entregues aos distribuidores para comercialização a usuários de aparelhos públicos (orelhões) no Estado de Minas Gerais para ligações telefônicas, conforme determinação expressa no “caput” do art. 41 do Anexo IX do RICMS/02.

Exigência de Multa Isolada prevista no inciso XVI do art. 55 da Lei nº 6.763/75. O ICMS e a Multa de Revalidação foram exigidos no Auto de Infração nº 01.000180833-56.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 858/867, contra a qual o Fisco manifestou-se às fls. 950/974.

DECISÃO

Cumprido de início esclarecer que, a exemplo do que ocorrera nos PTAs 01.000156889.74 e 01.000159796.18, de mesma matéria, a penalidade isolada exigida neste Auto de Infração atende determinação originária da 2ª Procuradoria da Dívida Ativa – PDA, da Advocacia Geral do Estado, já que a multa isolada exigida pela falta de emissão da nota fiscal não está abrangida pelo Mandado de Segurança impetrado pela Impugnante sobre a matéria tratada na autuação.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Nesse sentido, a Advocacia-Geral do Estado entende que, em relação à imposição de multa isolada por descumprimento de obrigação acessória, não houve o encerramento do contencioso administrativo, pois a matéria não foi alvo da ação judicial e, quanto à ocorrência ou não do fato gerador do ICMS, encerrou-se o referido contencioso, a teor do disposto no *caput* do art. 105 do RPTA.

A autuação versa sobre falta de emissão, no período entre agosto de 2008 e novembro de 2009, de Nota Fiscal de Serviço de Telecomunicações, modelo 22, de série ou subsérie distinta, com destaque do imposto devido para o Estado de Minas Gerais, calculado com base no valor tarifário vigente no período, para os cartões entregues aos distribuidores para comercialização a usuários de aparelhos públicos (orelhões) no Estado de Minas Gerais para ligações telefônicas, conforme determinação expressa no “caput” do art. 41 do Anexo IX do RICMS/02.

Exigência de Multa Isolada prevista no inciso XVI do art. 55 da Lei nº 6.763/75.

O art. 155, inciso II da Constituição Federal previu a instituição, pelos Estados e Distrito Federal, do ICMS sobre serviço de comunicação, nos seguintes termos:

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;

No § 2º, inciso XII do mesmo artigo, a Constituição Federal delegou à lei complementar, quanto ao ICMS, a tarefa de definir seus contribuintes, dispor sobre substituição tributária e fixar, para efeito de cobrança e definição do estabelecimento responsável, o local das operações relativas à circulação de mercadorias e prestações de serviços.

Cumprindo o disposto na Constituição Federal, a Lei Complementar nº 87/96 definiu sobre a ocorrência do fato gerador nas prestações de serviço de comunicação, inclusive quando o serviço é prestado mediante ficha, cartão ou assemelhados, estabelecendo que:

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;

(...)

§ 1º Na hipótese do inciso VII, quando o serviço for prestado mediante pagamento em ficha, cartão

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

ou assemelhados, considera-se ocorrido o fato gerador do imposto quando do fornecimento desses instrumentos ao usuário. (Grifado)

Ainda quanto à prestação do serviço de comunicação, a Lei Complementar nº 87/96 definiu como local da operação o do estabelecimento da concessionária que fornece o cartão ou assemelhado:

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

(...)

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

a) o da prestação do serviço de radiodifusão sonora e de som e imagem, assim entendido o da geração, emissão, transmissão e retransmissão, repetição, ampliação e recepção;...

b) o do estabelecimento da concessionária ou da permissionária que forneça ficha, cartão, ou assemelhados com que o serviço é pago.

Aplicando o disposto no art. 11, inciso III da Lei Complementar nº 87/96 acima citado, o Judiciário entendeu que as prestações de serviço de comunicação ocorreram no Estado de Minas Gerais, como se denota pelo voto proferido pelo Desembargador Almeida Melo no Agravo de Instrumento interposto no processo nº 1.0024.06.249446-3/001.

“OUVI AS SUSTENTAÇÕES ORAIS E O VOTO DO DES. RELATOR, QUE É COMPLETO NA CITAÇÃO DAS LEIS APLICÁVEIS, E CHAMO ATENÇÃO PARA O FATO DE QUE A LEI COMPLEMENTAR Nº 87 MENCIONA O ESTABELECIMENTO DA CONCESSIONÁRIA, E NÃO A SEDE. ENTÃO, UMA CONCESSIONÁRIA QUE TEM SEDE E ESTABELECIMENTOS, CADA UM DELES É O LUGAR DO RECOLHIMENTO DO IMPOSTO; É O MESMO PRINCÍPIO QUE, ANTIGAMENTE, APLICAVA-SE AOS BANCOS QUE TINHAM AGÊNCIAS NO PAÍS INTEIRO E EM QUE SE TENTAVA A CITAÇÃO NA SEDE. BASTA QUE HAJA GERENTE RESPONSÁVEL NO ESTABELECIMENTO PARA A CITAÇÃO SE COMPLETAR. A ANALOGIA É ADEQUADA PARA ESTE CASO. TENDO SEDE EM ALAGOAS E ESTABELECIMENTOS NOS DIVERSOS ESTADOS DA FEDERAÇÃO, AS VENDAS DOS ESTABELECIMENTOS, DIRETA OU INDIRETAMENTE, OCASIONAM RECOLHIMENTO NO ESTADO DO ESTABELECIMENTO”. (GRIFADO)

As decisões proferidas recorreram, ainda, ao disposto na Instrução Normativa SUTRI nº 04/06, especificamente no art. 1º, que preconiza ser devido à Minas Gerais o ICMS relativo à prestação de serviço de comunicação, quando o usuário estiver localizado neste Estado:

Art. 1º É devido ao Estado de Minas Gerais o ICMS relativo à prestação de serviço de comunicação, prestado mediante ficha, cartão ou assemelhados, em que o usuário final do serviço esteja localizado no Estado.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Art. 2º Considera-se fornecido pelo estabelecimento mineiro o cartão, a ficha ou assemelhados, provenientes de estabelecimento da concessionária ou permissionária situado em outra unidade da Federação, para fornecimento a usuário final neste Estado.

Parágrafo único. O disposto neste artigo aplica-se, inclusive, na hipótese de fornecimento ao distribuidor intermediário.

Art. 3º Esta Instrução Normativa entra em vigor na data da sua publicação. (Grifado)

Tendo, portanto, o Judiciário concluído pela ocorrência do fato gerador e definido como local da operação o do estabelecimento mineiro, resta absolutamente claro a necessidade do cumprimento da obrigação acessória clamada pelo Fisco, ou seja, a emissão da nota fiscal relativa ao serviço de comunicação.

Com efeito, o Sujeito Passivo - Telemar Norte Leste S/A é, por força do Plano Geral de Outorga, aprovado pelo Decreto Federal nº 2.534 de 02/04/98 c/c Decreto Federal nº 6.654/08 de 20/11/08, em seus respectivos períodos de vigência, concessionário do serviço telefônico fixo comutado (STFC) no Estado de Minas Gerais.

As condições de emissão, comercialização e de uso do cartão indutivo encontram-se elencadas no “regulamento para utilização do cartão indutivo em telefone de uso público do STFC”, à disposição no site da ANATEL.

Segundo as normas que regulam a matéria, a prestadora do STFC somente pode comercializar cartões indutivos dentro de sua área de atuação e em quantidade compatível com o consumo médio de créditos de sua planta de Telefone de Uso Público – TUP em serviço (regulamento citado nas decisões judiciais).

Todavia, o Fisco mineiro detectou que os distribuidores localizados no Estado de Minas Gerais estavam recebendo os cartões acompanhados de notas fiscais - modelo 1, emitidas pelo estabelecimento da “Telemar” e pela “DPT Distribuidora de Cartões” localizados no Estado de Alagoas, com destaque do ICMS.

Na planilha de fls. 44/58, o Fisco relacionou, mensalmente, todas as notas fiscais emitidas pelos estabelecimentos de Alagoas destinando os cartões à distribuidora localizada no Estado de Minas Gerais.

A base de cálculo encontrada serviu tanto para cálculo do imposto devido à alíquota de 25% (vinte e cinco por cento) e cobrado no Auto de Infração 01.000180833.56, com julgamento suspenso face o Mandado de Segurança impetrado pela Impugnante no Judiciário, como para aplicação da multa isolada, exigida nestes autos no percentual de 20% (vinte por cento).

Merece reparos a afirmativa da Impugnante de que os cartões indutivos foram vendidos no Estado de Alagoas e, por isso, os documentos fiscais adotados foram os definidos pela SEFAZ alagoana.

É sabido que os cartões indutivos foram quase todos vendidos em território mineiro (Fisco excluiu da cobrança cerca de 1% destinado a outras UFs) por meio da

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

distribuidora Radial Minas Logística Ltda, estabelecida no Estado de Minas Gerais, a qual os repassou para pontos de vendas ou usuários finais neste Estado.

De fato, deveria o estabelecimento da Telemar Norte e Leste S/A, localizado em Minas Gerais, ter emitido a nota fiscal de serviço de telecomunicações, modelo 22, prevista no art. 41 do Anexo IX do RICMS/02, para prestações de serviço de telecomunicação.

Art. 41 - Relativamente às modalidades pré-pagas de prestações de serviços de telefonia fixa, telefonia móvel celular e de telefonia com base em voz sobre Protocolo Internet (VoIP), disponibilizados por fichas, cartões ou assemelhados, mesmo que por meios eletrônicos, será emitida Nota Fiscal de Serviço de Telecomunicações, modelo 22, de série ou subsérie distinta, com destaque do imposto devido, calculado com base no valor tarifário vigente, na hipótese de disponibilização:

I - para utilização em terminais de uso público em geral, por ocasião de seu fornecimento ao usuário ou ao terceiro intermediário para fornecimento ao usuário, com indicação do número de série dos cartões, cabendo o imposto à unidade da Federação onde se der o fornecimento;

Dispondo, ainda, sobre prestação de serviço público, o Convênio ICMS nº 126/98 trata da concessão de regime especial, na área do ICMS, estabelecendo, na cláusula segunda, que a empresa de telecomunicação em cada unidade federada deverá manter um de seus estabelecimentos inscrito no cadastro de contribuintes do ICMS, dispensando dessa exigência os demais locais onde exercer sua atividade.

O Convênio previu, ainda, na cláusula sétima que, relativamente à ficha, cartão ou assemelhados, por ocasião da entrega a terceiro para fornecimento ao usuário, a empresa de telecomunicação emitirá a Nota Fiscal de Serviço de Telecomunicações (NFST) com destaque do imposto devido, calculado com base no valor tarifário vigente nessa data.

Cláusula sétima. Relativamente à ficha, cartão ou assemelhados, será observado o seguinte:

I - por ocasião da entrega, real ou simbólica, a terceiro para fornecimento ao usuário, mesmo que a disponibilização seja por meio eletrônico, a empresa de telecomunicação emitirá a Nota Fiscal de Serviço de Telecomunicações (NFST) com destaque do valor do imposto devido, calculado com base no valor tarifário vigente nessa data;

II - nas operações interestaduais entre estabelecimentos de empresas de telecomunicação, será emitida Nota Fiscal, modelo 1 ou 1-A, com destaque do valor do ICMS devido, calculado com base no valor de aquisição mais recente do meio físico.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Assim sendo, não resta dúvida de que o destaque do imposto devido pela prestação de serviço de telecomunicação deveria estar indicado na nota fiscal modelo 22 (NFST) emitida por ocasião da prestação (fornecimento ao usuário ou terceiro intermediário).

E, conforme visto nas decisões judiciais referentes aos processos anteriores, se o fornecimento do cartão deu-se pela concessionária domiciliada no Estado de Minas Gerais ou pelo estabelecimento localizado noutro Estado, sendo aqui prestado o serviço, o imposto é devido a este Estado.

Dessa forma, a nota fiscal deveria ser emitida pelo estabelecimento mineiro, com destaque do imposto devido, porque neste Estado ocorreu o fato gerador do ICMS.

A prestação de serviço de comunicação sem a respectiva emissão da nota fiscal (*in casu*, a de modelo 22), prevista para serviço de telecomunicação, gera a hipótese de aplicação da multa prevista no art. 55, inciso XVI da Lei nº 6.763/75, *in verbis*:

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;

O que se depreende dos autos é que não foi emitida a nota fiscal modelo 22, nem pelo estabelecimento localizado em Minas Gerais, nem pelo estabelecimento localizado em outra unidade federada (Alagoas), a despeito do previsto na legislação, que emitiu a nota fiscal modelo 1, conforme regime especial autorizado pelo Estado de Alagoas.

Contudo, não há nos autos comprovação de emissão de nota fiscal – mesmo que no modelo 01 - pela Impugnante, ou seja, pelo estabelecimento localizado em Minas Gerais.

Portanto, não cabe o argumento de que adotou procedimento correto, eis que destacado o imposto corretamente e recolhido ao Estado de Alagoas, pois, o fato gerador ocorreu no Estado de Minas Gerais.

Alega, ainda, a Autuada, a exorbitância do valor da multa isolada exigida e que não se justifica a sua aplicação, mesmo porque não teve a intenção de suprimir o imposto, tanto que este foi recolhido a favor do Estado de Alagoas.

Quanto à alegação da falta de intenção do agente, lembra-se que em sede de direito tributário, com fulcro no art. 136 do CTN, a responsabilidade pela infração é objetiva, dispensando a verificação do elemento subjetivo da ação.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

A Impugnante requer, ainda, a aplicação do permissivo legal previsto no art. 53, § 3º da Lei nº 6.763/75. Entende-se, todavia, que o mesmo não pode ser aplicado, porque além de ter sido constatada a reincidência no cometimento da mesma infração (fls. 978/981), resultou, também, em falta de pagamento do imposto devido.

Quanto ao montante exigido, resultante da aplicação da multa isolada, entende-se não estar compreendida na competência deste órgão julgador a sua apreciação, pois resultaria em negativa da aplicação de ato normativo, prática vedada pelo art. 110, inciso I do RPTA.

Diante do exposto, ACORDA a 3ª Câmara de Julgamento do CC/MG, à unanimidade, em julgar procedente o lançamento. Pela Impugnante, sustentou oralmente a Dra. Alice Gontijo Santos Teixeira e, pela Fazenda Pública Estadual, a Dra. Maria Teresa Lima Lana. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Orias Batista Freitas (Revisor) e Luciana Mundim de Mattos Paixão.

Sala das Sessões, 08 de maio de 2013.

**José Luiz Drumond
Presidente**

**Eduardo de Souza Assis
Relator**

R