

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 21.345/14/3ª Rito: Sumário
PTA/AI: 01.000208164-38
Impugnação: 40.010135469-61
Impugnante: TNL PCS S/A
IE: 062133441.00-10
Proc. S. Passivo: Marcelo de Assis Guerra/Outro(s)
Origem: DF/BH-1 - Belo Horizonte

EMENTA

PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO – BASE DE CÁLCULO - FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS. Imputação fiscal de falta de recolhimento do ICMS por ter a Impugnante deixado de destacar o imposto devido em relação prestação de serviços de comunicação. Como a Impugnante, embora tenha lançado no documento fiscal parcelas relativas a prestação de serviço de comunicação não as incluiu na base de cálculo do imposto, restou configurada a infringência ao disposto nos arts. 13, inciso III da Lei Complementar n.º 87/96 e 6º, inciso XI da Lei n.º 6.763/75. Corretas as exigências de ICMS e da Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II da Lei n.º 6.763/75. **Infração caracterizada.**

OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA – EMISSÃO IRREGULAR DE DOCUMENTO FISCAL. Imputação de descumprimento de obrigação acessória pelo fato da Impugnante ter deixado de destacar e indicar nas respectivas notas fiscais, o ICMS nas prestações de serviço de comunicação. Contudo, como a Impugnante lançou nos documentos fiscais todas as parcelas sobre as quais incide o ICMS, não pode ser exigida a Multa Isolada capitulada no art. 54, inciso VI da Lei n.º 6.763/75, por inaplicável à espécie. **Exigência cancelada.**

OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA - FALTA DE ATENDIMENTO À INTIMAÇÃO. Constatado que a Impugnante não apresentou as notas fiscais solicitadas pelo Fisco no prazo determinado no Auto de Início de Ação Fiscal. Correta a exigência da Multa Isolada prevista no art. 54, inciso VII da Lei n.º 6.763/75.

Lançamento parcialmente procedente. Decisão por maioria de votos.

RELATÓRIO

Da Autuação

Versa o presente lançamento acerca das seguintes imputações fiscais:

1) falta de recolhimento do ICMS, no período de janeiro a dezembro de 2009, em decorrência de prestação de serviços de telecomunicação relativas a ativações de recarga sujeitas a tributação e não tributadas, acobertados por meio das NFST, mod. 22, relacionadas no Anexo 2 do Auto de Infração (fls. 15/16), emitidas sem o destaque do ICMS devido nas respectivas prestações. Exigências de ICMS e das Multas de

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Revalidação e Isolada previstas na Lei n.º 6.763/75, respectivamente, nos arts. 56, inciso II e 54, inciso VI. A penalidade isolada de 42 UFEMG por nota fiscal foi exigida conforme disposto no art. 215, inciso VI, alínea “f” do RICMS/02;

2) falta de apresentação de notas fiscais no prazo determinado no Auto de Início de Ação Fiscal n.º 10.000007366-67 (fl. 02). Exigência da Multa Isolada capitulada no art. 54, inciso VII da Lei n.º 6.763/75.

Da Impugnação

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procuradores regularmente constituídos, Impugnação às fls. 30/42, em síntese, aos argumentos seguintes:

- das notas fiscais requeridas pela Fiscalização, que operacionalizaram a comercialização de “créditos on-line de ativação”, consta expressamente que o ICMS somente teria incidência no momento da efetiva ativação do serviço de recarga, nos termos do Convênio ICMS n.º 55/05;

- cita os arts. 4º, 11 e 12 da Lei Complementar n.º 87/96;

- o ICMS é devido embora o fato gerador só vá acontecer posteriormente quando da ativação dos créditos pelo usuário final;

- cita o art. 150, § 7º da Constituição Federal e a Cláusula Primeira do Convênio ICMS n.º 55/05 para concluir que a tributação sobre a ativação de recargas ocorrerá, tão somente, no montante da efetiva ativação do serviço;

- no caso, a Fiscalização entendeu por tributar todas as operações de “créditos on-line de ativação” ou “recarga Oi virtual PIN” listadas nos documentos fiscais, como se a ativação de todas estas operações já tivesse sido efetivada;

- contudo, todo o ICMS foi recolhido em relação aos créditos efetivamente ativados, observando as disposições legais atinentes à matéria;

- apesar do exíguo prazo concedido para a apresentação das notas fiscais exigidas pelo termo de intimação, estas foram apresentadas, tanto que o nobre Fiscal nelas se pautou para a lavratura do Auto de Infração;

- considerando-se terem sido apresentadas as notas fiscais e tratando-se de infração objetiva, onde o resultado previsto na descrição normativa não ocorreu, deve ser cancelada a Multa prevista no art. 54, inciso VII da Lei n.º 6.763/75;

- ainda que assim não se entenda, o que admite apenas por argumentação, deve ser aplicado o art. 53, § 3º da Lei n.º 6.763/75 tendo em vista não ser reincidente, bem como não tratar a presente multa de falta de pagamento de tributo, mas de alegado descumprimento de obrigação acessória, devendo ser cancelada a penalidade;

- sucessivamente, caso subsista qualquer cobrança executiva, dela deve ser decotada a multa aplicada no percentual de 50% (cinquenta por cento) sobre o valor do débito, por ser abusiva e com caráter confiscatório;

- cita doutrina e jurisprudência sobre o tema.

Ao final, pede a procedência da impugnação.

Da Manifestação Fiscal

O Fisco se manifesta às fls. 111/115, contrariamente ao alegado pela Impugnante, em síntese, aos argumentos seguintes:

- em que pese a sua exposição argumentando conhecimento acerca dos dispositivos legais que regem a matéria em questão e o seu reconhecimento sobre a obrigatoriedade em seguir tais ditames, não há na peça impugnatória qualquer elemento de prova ou argumento capaz de cancelar ou mesmo alterar o crédito tributário exigido;
- as prestações de serviço de comunicação na modalidade pré-paga estão regulamentadas no RICMS/02, especialmente no art. 41 do Anexo IX do RICMS/02;
- a Impugnante diz em sua defesa que o ICMS é devido no momento da ativação, porém deixou de tributar exatamente as notas fiscais referentes às ativações de recargas, objeto desta autuação;
- no período de janeiro a dezembro de 2009 a Impugnante emitiu notas fiscais de ativação de recargas pré-pagas, sob a descrição do serviço de “recarga Oi virtual PIN”, destinadas a “Clientes Diversos”, sem o pagamento do ICMS devido;
- cita o Convênio ICMS n.º 55/05 e o art. 41 do Anexo IX do RICMS/02;
- o Fisco cumpriu a regra expressa na alínea “c”, inciso II, § 1º do art. 41 do Anexo IX do RICMS/02 e, uma vez levantadas as notas fiscais emitidas pela Impugnante indevidamente sem o destaque do imposto, em razão de se destinar a “Clientes Diversos”, partiu para a efetivação da exigência;
- a Impugnante já apresentou denúncia espontânea a respeito deste mesmo assunto protocolizada em 29 de fevereiro de 2008 e recolheu o ICMS, relativamente a notas fiscais mod. 22 série U4 emitidas indevidamente sem o destaque do imposto, destinadas a “Clientes Diversos”, entre agosto de 2006 e maio de 2007;
- as notas fiscais objeto da denúncia espontânea, possuem as mesmas características das notas fiscais objeto dessa autuação;
- após a mencionada denúncia espontânea, o Fisco identificou também outras notas fiscais série U4, sem destaque de ICMS, não incluídas na denúncia espontânea e emitiu o Auto de Infração n.º 01.000167911-67, que a Impugnante, reconhecendo a infração cometida, também recolheu espontaneamente o imposto;
- as notas fiscais de remessas de cartões destinadas a distribuidores não se confundem com as notas fiscais de ativação de cartões/recargas pré-pagas destinadas a “Clientes Diversos”, pois essas, ao contrário das primeiras, devem obrigatoriamente conter o destaque do imposto e ter como destinatário “Clientes Diversos”;
- a situação constatada não deixa a menor dúvida quanto à infração cometida pela Impugnante, pois foram emitidas notas fiscais de serviços de telecomunicações modelo 22, série U4, de ativação de recargas pré-pagas sem o destaque do imposto devido nas prestações, em total desrespeito às disposições contidas no art. 41 do Anexo IX do RICMS/02.

Ao final, pede a procedência do lançamento.

DECISÃO

Compete à Câmara a análise do presente lançamento o qual versa acerca das seguintes imputações fiscais:

1) falta de recolhimento do ICMS, no período de janeiro a dezembro de 2009, em decorrência de prestação de serviços de telecomunicação relativas a ativações de recarga sujeitas a tributação e não tributadas, acobertados por meio das NFST, mod. 22, relacionadas no Anexo 2 do Auto de Infração (fls. 15/16), emitidas sem o destaque do ICMS devido nas respectivas prestações.

Exigências de ICMS e das Multas de Revalidação e Isolada previstas na Lei n.º 6.763/75, respectivamente, nos arts. 56, inciso II e 54, inciso VI. A penalidade isolada de 42 UFEMG por nota fiscal foi exigida conforme disposto no art. 215, inciso VI, alínea “f” do RICMS/02;

2) falta de apresentação de notas fiscais no prazo determinado no Auto de Início de Ação Fiscal n.º 10.000007366-67 (fl. 02).

Exigência da Multa Isolada capitulada no art. 54, inciso VII da Lei n.º 6.763/75.

Em sua peça defensiva, a Impugnante procura demonstrar que os procedimentos por ela utilizados em relação à tributação e emissão de documentos fiscais nas saídas de recargas pré-pagas estão de acordo com as disposições legais.

Contudo, em que pesem as razões de defesa, não há na peça impugnatória elementos de prova ou argumentos capazes de alterar o crédito tributário formalizado no Auto de Infração ora analisado.

O fato gerador do ICMS sobre as prestações de serviços de comunicação, consoante o disposto no inciso III do art. 2º da Lei Complementar n.º 87/96, se estende a todas as prestações onerosas de serviços de comunicação, por qualquer meio, inclusive a geração, a emissão, a recepção, a transmissão, a retransmissão, a repetição e a ampliação de comunicação de qualquer natureza.

A principal linha de defesa quanto ao mérito das exigências é no sentido de que o ICMS é devido no momento da ativação.

Entretanto, a Impugnante, segundo as provas dos autos, deixou de tributar exatamente as notas fiscais referentes às ativações de recargas, objeto desta autuação.

As prestações de serviço de comunicação na modalidade pré-paga estão regulamentadas no RICMS/02.

Realmente, de acordo com o art. 41 do Anexo IX do RICMS/02 o contribuinte prestador de serviço de comunicação pode, facultativamente, emitir notas fiscais de remessas de recargas/cartões destinadas a distribuidoras e, mensalmente, emitir uma ou mais notas fiscais de ativação destinadas a “Clientes Diversos” com destaque do imposto.

No entanto, os elementos dos presentes autos comprovam, de forma absoluta, que no período de janeiro a dezembro de 2009 a Impugnante emitiu notas

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

fiscais de ativação de recargas pré-pagas, sob a descrição do serviço de “Recarga Oi Virtual PIN”, destinadas a “Clientes Diversos”, sem o pagamento do ICMS devido.

Partindo do Convênio ICMS n.º 55/05, referente aos procedimentos para a prestação pré-paga de serviços de telefonia, a matéria tratada na autuação em exame, assim está tratada:

Cláusula primeira. 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 Serviços de Telecomunicação - Modelo 22 (NFST), com destaque do imposto devido, calculado com base no valor tarifário vigente, na hipótese de disponibilização:

.....
II - de créditos passíveis de utilização em terminal de uso particular, por ocasião da sua disponibilização, cabendo o imposto à unidade federada onde o terminal estiver habilitado.

§ 1º Para os fins do disposto no inciso II, a disponibilização dos créditos ocorre no momento de seu reconhecimento ou ativação pela empresa de telecomunicação, que possibilite o seu consumo no terminal.

.....
Cláusula terceira. Poderá a unidade federada exigir relatórios analíticos de receitas e sua respectiva documentação comprobatória, nas transações com créditos pré-pagos.

O RICMS/02, ao disciplinar as normas contidas Convênio ICMS n.º 55/05, estipulou em seu art. 41 do Anexo IX que:

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:

.....
II - de créditos passíveis de utilização em terminal de uso particular, por ocasião da sua disponibilização, cabendo o imposto à unidade da Federação onde o terminal estiver habilitado.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

§ 1º Na hipótese do inciso II do caput deste artigo:

I - a disponibilização dos créditos ocorre no momento de seu reconhecimento ou ativação pela empresa de telecomunicação, que possibilite o seu consumo no terminal;

II - em substituição à emissão de NFST, por prestação, fica facultado ao contribuinte adotar os seguintes procedimentos:

a) a cada remessa de cartões ou assemelhados, mesmo que por meios eletrônicos, ao usuário, ao intermediário para fornecimento ao usuário ou para estabelecimento da mesma empresa, será emitida Nota Fiscal modelo 1 ou 1-A, ou NFST, com série ou subsérie distinta, sem destaque do imposto, contendo o número de série dos cartões ou o número do lote de números de identificação pessoal (PIN);

b) na entrega pelas empresas de telecomunicação de cartões, fichas, número de PINS ou assemelhados diretamente ao usuário, em substituição à nota fiscal de que trata o inciso anterior, poderá ser emitido cupom fiscal sem destaque do imposto;

c) as empresas de telecomunicações emitirão mensalmente uma ou mais NFST adotando série ou subsérie distinta, englobando todas as ativações de créditos ao usuário realizadas no período, com destaque do imposto, tendo como destinatário "clientes diversos";

d) será gerado arquivo em meio eletrônico conforme disposto:

1. nos itens 25A e 25B da Parte 2 do Anexo VII do RICMS, para a nota fiscal emitida nos termos do inciso anterior;

2. no item 25C da Parte 2 do Anexo VII do RICMS, relativamente às ativações sem destaque do imposto;

§ 2º Nas remessas interestaduais de fichas, cartões ou assemelhados 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.

§ 3º O distribuidor de cartões, para fins de inscrição e cumprimento das demais obrigações fiscais, observará as normas deste Regulamento e, especialmente, o seguinte:

I - na operação entre distribuidores de cartões será emitida Nota Fiscal Modelo 1 ou 1-A, sem destaque do imposto, com identificação dos números de série dos cartões;

II - na operação entre o distribuidor de cartões e o consumidor final, será emitida Nota Fiscal

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Global diária, sem destaque do imposto, com a identificação dos números de série dos cartões;

III - manterá e escriturará os seguintes livros:

a - Registro de Entradas;

b - Registro de Saídas;

c - Registro de Utilização de Documentos Fiscais e Termos de Ocorrências (RUDFTO);

d - Registro de Inventário.

A análise das disposições legais acima transcritas, especialmente a regra expressa na alínea “c”, inciso II, § 1º do art. 41, conduz à conclusão de que o Fisco procedeu a cobrança do ICMS cumprindo o que nela está estabelecido e, uma vez levantadas as notas fiscais emitidas pela Impugnante sem o destaque do imposto, listadas à fl. 16 (Anexo 2 do Auto de Infração), em razão de se destinar a “Clientes Diversos”, formalizou a exigência pertinente.

As exigências fiscais encontram-se, portanto, legalmente amparadas e comprovadas por meio das notas fiscais emitidas pela própria Impugnante, cujas cópias estão anexadas às fls. 18/21 (Anexo 3).

O Fisco destaca em sua manifestação que a Impugnante já apresentou denúncia espontânea a respeito deste mesmo assunto, protocolada em 29 de fevereiro de 2008, tendo recolhido o valor de R\$ 4.283.898,14 (quatro milhões, duzentos e oitenta e três mil, oitocentos e noventa e oito reais e quatorze centavos), a título de ICMS, relativamente a notas fiscais mod. 22 série U4 emitidas, entre agosto de 2005 e maio e 2007, indevidamente sem o destaque do imposto, destinadas a “Clientes Diversos”.

Frise-se, que as NFST mod.22, objeto da denúncia espontânea, possuem as mesmas características das NFST mod.22, objeto dessa autuação, ou seja, série U4, destinadas a “Clientes Diversos”, sem destaque de ICMS, confirmando tratarem-se de ativações de recargas/cartões pré-pagos virtuais.

Mais recentemente em 2011, ou seja, após a mencionada denúncia espontânea, o Fisco identificou também outras notas fiscais série U4 destinadas a “Clientes Diversos”, sem destaque de ICMS, emitidas entre maio de 2007 e dezembro de 2008, que não haviam sido incluídas na denúncia espontânea. Assim, foi emitido o Auto de Infração n.º 01.000167911-67. Neste caso, a Impugnante também reconheceu a infração e recolheu, espontaneamente, o imposto devido com os benefícios do Decreto n.º 45.788/11 – Convênio ICMS n.º 81/11.

Cumprido ressaltar que as notas fiscais de remessas de cartões destinadas a distribuidores não se confundem com as notas fiscais de ativação de cartões/recargas pré-pagas destinadas a “Clientes Diversos”.

As notas fiscais de remessas de cartões destinadas a distribuidores podem ser emitidas facultativamente sem destaque do imposto e com a correta identificação do distribuidor (CNPJ e nome).

Já as notas fiscais de ativação de cartões/recargas pré-pagas destinadas a “Clientes Diversos” devem, obrigatoriamente, conter o destaque do imposto.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

No caso dos autos, a situação constatada pela Fiscalização foi a emissão de notas fiscais de serviços de telecomunicações modelo 22, séria U4, de ativação de recargas pré-pagas sem o destaque do imposto devido nas prestações, em desrespeito às disposições contidas no art. 41 do Anexo IX do RICMS/02, acima transcrito.

Contudo, a penalidade isolada prevista no art. 54, inciso VI da Lei n.º 6.763/75 não pode ser aplicada ao caso dos autos.

Assim, para analisar a correção da penalidade isolada verificando-se se o tipo nela descrito como passível de punição equivale à conduta da Impugnante, necessário se reportar às normas que tipificam a conduta, a saber:

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

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

§ 4º Na hipótese do inciso VI do caput deste artigo, a multa fica limitada a duas vezes e meia o valor do imposto incidente na operação, não podendo ser inferior a 15% (quinze por cento) do valor da operação, inclusive quando amparada por isenção ou não incidência.

Cabe também verificar as disposições contidas no inciso VI do art. 215 do RICMS, a saber:

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

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

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

.....(grifos apostos para destacar).

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Observando-se as cópias dos documentos fiscais juntados aos autos verifica-se que a Impugnante não deixou de destacar nas notas fiscais os serviços de telecomunicações objeto da autuação, mas deixou de levar à tributação pelo ICMS as parcelas denominadas “Recarga Oi Virtual PIN”.

Essa situação pode ser confirmada pela análise das notas fiscais de serviços de comunicação autuadas no Anexo 3 do Auto de Infração (fls. 17/21), emitidas pela empresa prestadora de serviços de comunicação ora Impugnante.

Não há dúvidas de que o recolhimento a menor de imposto pressupõe a inobservância de normas relacionadas com o fato gerador do imposto, no qual estão compreendidas a alíquota e a base de cálculo. Reafirma-se que, no caso, a infração restou configurada pelo fato de a Impugnante ter deixado de tributar as parcelas denominadas “Recarga Oi Virtual PIN”.

Nesse contexto, cabe indagar se a conduta da Impugnante se amolda ao disposto no art. 54, inciso VI da Lei n.º 6.763/75, c/c o art. 215, inciso VI, alínea “f” do RICMS/02, reproduzidos acima.

À luz dos dispositivos sancionadores, frente à situação relatada nos autos, extrai-se que a tipicidade da conduta estar-se-ia configurada, quando:

- 1) ocorrer a emissão de documento fiscal sem a indicação da alíquota do ICMS e sem destaque do imposto devido;
- 2) ocorrer a emissão de documento fiscal com indicações incorretas da alíquota do ICMS e do destaque do imposto devido.

Na primeira hipótese, não é possível afirmar que ocorreu a emissão de documento fiscal sem indicação de tais requisitos.

A segunda situação, “*indicação incorreta da alíquota e destaque do ICMS devido*”, também não se amolda ao caso dos autos, pois a *mens legis* da norma penalizadora diz respeito ao destaque incorreto do imposto em que a aplicação da alíquota sobre a base de cálculo resultar em valor divergente do informado no documento fiscal. O que não ocorreu nestes autos.

Assim, a penalidade, segundo a legislação posta, deve ser exigida em todas as situações em que o Fisco constate a emissão de documento fiscal com falta ou insuficiência de qualquer requisito ou indicação exigidos em regulamento.

No caso dos autos, constata-se nas cópias das notas fiscais emitidas que a Impugnante discrimina os serviços “Recarga Oi Virtual PIN” que são cobrados, indicando os valores destes e deixa de incluir tais valores na base de cálculo do imposto por entender que não estão alcançadas pela tributação do ICMS.

Assim, resta claro que a irregularidade apontada pela Fiscalização “*recolhimento a menor do imposto*” se deve à interpretação da Impugnante, quanto ao tratamento tributário dispensado de não incluir na base de cálculo do imposto os valores das prestações de serviços de telecomunicação cobradas, que, segundo o seu entendimento, não estariam, naquele momento, sujeitas à tributação, e não, propriamente ao preenchimento incorreto dos documentos fiscais.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Por outro lado, pode-se facilmente constatar que a Impugnante em nenhum momento tenta ocultar do Fisco ou criar-lhe dificuldade em verificar quais serviços presta e cobra, estando o valor de cada serviço está perfeitamente discriminado.

Não se consegue ver nenhuma intenção de não exibir ao Fisco os serviços prestados, como de fato não o fez, ou de se enganar na aplicação da alíquota. A Impugnante, por razões que expõe em sua impugnação, não concorda que estes serviços sejam tributados pelo ICMS no momento da emissão das referidas notas fiscais.

Não é o presente caso como aqueles, visto com frequência, de contribuintes que, independentemente da intenção, erram na alíquota correta a ser aplicada, ou não oferecem determinada operação à tributação e, por consequência, não destacam o imposto devido, quando não existem mais dúvidas quanto à tributação e a correta alíquota daquela operação. Para esses casos, a aplicação da penalidade em comento é perfeitamente adequada.

Pelo exposto, deve ser cancelada a penalidade por descumprimento de obrigação acessória, por inadequação da norma ao fato concreto. Menciona-se, por oportuno, decisões desta Casa tomada, por unanimidade, em trabalhos semelhantes a este, nos Acórdãos n.ºs 19.513/10/3ª, 20.054/11/3ª, 20.389/12/3ª e 21.277/14/3ª.

Portanto, com apoio na remansosa jurisprudência deste Colegiado que vem rechaçando a exigência desta penalidade em casos semelhantes, deve ser excluída a Multa Isolada capitulada no art. 54, inciso VI da Lei nº 6.763/75.

No lançamento há, ainda, a exigência da penalidade isolada prevista no art. 54, inciso VII da Lei n.º 6.763/75 que assim dispõe:

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

.....
VII - por deixar de manter, manter em desacordo com a legislação tributária, deixar de entregar ou exibir ao Fisco, em desacordo com a legislação tributária, nos prazos previstos em regulamento ou quando intimado:

a) livros, documentos, arquivos eletrônicos, cópias-demonstração de programas aplicativos e outros elementos que lhe forem exigidos, ressalvadas as hipóteses previstas nos incisos III, VIII e XXXIV deste artigo - 1.000 (mil) UFEMGs por intimação;

b) senha ou meio eletrônico que possibilite o acesso a equipamento, banco de dados, telas, funções e comandos de programa aplicativo fiscal, bem como a realização de leituras, consultas e gravação de conteúdo das memórias de ECF - 1.000 (mil) UFEMGs por equipamento;

c) senha ou meio eletrônico que possibilite o acesso a equipamento ou banco de dados, bem como a documentação de sistema e de suas alterações, contendo as indicações previstas na legislação

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

tributária relativamente ao sistema de processamento eletrônico para escrituração ou emissão de livros e documentos fiscais - 1.000 (mil) UFEMGs por infração;

.....(grifos não constam do original)

No caso dos autos o Fisco imputou à Impugnante a falta de entrega, no prazo previsto no Auto de Início de Ação Fiscal n.º 10.000007366-67 (fl. 02), qual seja, 05 (cinco) dias, das notas fiscais lá enumeradas.

Sustenta a Impugnante que promoveu a entrega em tempo hábil, apesar da dificuldade de fazê-la e anexa os comprovantes de entrega de fls. 75/76.

O Auto de Início de Ação Fiscal n.º 10.000007366-67 (fl. 02) foi recebido pela Impugnante em 18 de novembro de 2013 (terça-feira).

Da análise de tais documentos verifica-se que, em relação às notas fiscais de saída Modelo 1 (período de 2009), a entrega foi feita dentro das determinações da intimação, em 26 de novembro de 2013 (fl. 75).

Contudo, exatamente em relação às notas fiscais Modelo 22, item 2 do Auto de Início de Ação Fiscal n.º 10.000007366-67 (fl. 02), a entrega foi feita em 05 de dezembro de 2013 (fl. 76). Portanto, fora do prazo determinado na intimação.

São justamente as NFST Modelo 22 que foram utilizadas no presente trabalho fiscal.

Não há qualquer notícia nos autos de prorrogação do prazo inicialmente fixado na intimação.

Importa ressaltar que a Impugnante, dada a dificuldade que sustenta ter encontrado para entregar os documentos solicitados, poderia ter pedido prorrogação de prazo. No entanto, pelas provas dos autos, não se tem informação de que tenha ocorrido tal prorrogação.

Assim, como bem sustenta a Impugnante, a infração pela qual se comina a penalidade em discussão é objetiva e, não tendo a documentação sido entregue no prazo estabelecido, está configurada a conduta sujeita a punição.

Por fim, a Impugnante postula a aplicação do chamado “permissivo legal” constante do § 3º do art. 53 da Lei n.º 6.763/75 para cancelamento da penalidade capitulada no art. 54, inciso VII da mesma lei, tendo em vista não ser reincidente, bem como não se tratar de falta de pagamento de tributo, mas de alegado descumprimento de obrigação acessória.

Efetivamente, o legislador estadual concedeu tal prerrogativa ao órgão julgador. Contudo, o fez dentro de determinados parâmetros e desde que respeitados certos requisitos.

Dentro destas premissas, a possibilidade de aplicação do permissivo legal foi analisada pela Câmara. Entretanto, como pode ser visto do dispositivo abaixo transcrito, para aplicação do permissivo legal é necessária a configuração de quórum qualificado que não foi atingido, a saber:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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

.....
§ 3º- A multa por descumprimento de obrigação acessória pode ser reduzida ou cancelada por decisão do órgão julgador administrativo, desde que esta não seja tomada pelo voto de qualidade e que seja observado o disposto nos §§ 5º e 6º deste artigo.

..... (grifos não constam do original)

Diante do exposto, ACORDA a 3ª Câmara de Julgamento do CC/MG, por maioria de votos, em julgar parcialmente procedente o lançamento, para excluir a Multa Isolada do art. 54, inciso VI da Lei nº 6.763/75, por inaplicável à espécie. Vencido, em parte, o Conselheiro René de Oliveira e Sousa Júnior, que o julgava procedente. Participou do julgamento, além dos signatários e do Conselheiro vencido, o Conselheiro Orias Batista Freitas.

Sala das Sessões, 08 de abril de 2014.

**José Luiz Drumond
Presidente / Revisor**

**Luciana Mundim de Mattos Paixão
Relatora**

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão:	21.345/14/3ª	Rito: Sumário
PTA/AI:	01.000208164-38	
Impugnação:	40.010135469-61	
Impugnante:	TNL PCS S/A	
	IE: 062133441.00-10	
Proc. S. Passivo:	Marcelo de Assis Guerra/Outro(s)	
Origem:	DF/BH-1 - Belo Horizonte	

Voto proferido pelo Conselheiro René de Oliveira e Sousa Júnior, nos termos do art. 53 do Regimento Interno do CC/MG.

Pelo voto vencedor, o presente contencioso foi julgado parcialmente procedente para excluir a Multa Isolada capitulada no art. 54, inciso VI da Lei nº 6.763/75, por inaplicável à espécie.

A divergência entre o voto vencido e a decisão proferida no acórdão em referência é apenas em relação à aplicação da Multa Isolada do art. 54, inciso VI da Lei nº 6.763/75 c/c art. 215, inciso VI, alínea “f” do RICMS/02, que, no presente caso, é perfeitamente aplicável à espécie.

Como realçado no voto vencedor, as prestações de serviço de comunicação na modalidade pré-paga estão regulamentadas no RICMS/02.

Realmente, de acordo com o art. 41 do Anexo IX do RICMS/02, o contribuinte prestador de serviço de comunicação pode, facultativamente, emitir notas fiscais de remessas de recargas/cartões destinadas a distribuidoras e, mensalmente, emitir uma ou mais notas fiscais de ativação destinadas a “Clientes Diversos” com destaque do imposto.

No entanto, os elementos dos presentes autos comprovam, de forma absoluta, que no período de janeiro a dezembro de 2009, a Impugnante emitiu notas fiscais de ativação de recargas pré-pagas, sob a descrição do serviço de “Recarga Oi Virtual PIN”, destinadas a “Clientes Diversos”, sem o pagamento do ICMS devido.

Destaca o Fisco, em sua manifestação, que a Impugnante já apresentou denúncia espontânea a respeito deste mesmo assunto protocolizada em 29/02/08 e recolheu o valor de R\$ 4.283.898,14 (quatro milhões, duzentos e oitenta e três mil, oitocentos e noventa e oito reais e quatorze centavos), a título de ICMS, relativamente a notas fiscais mod. 22 série U4 emitidas indevidamente sem o destaque do imposto, destinadas a “Clientes Diversos”, entre agosto/2006 e maio/2007.

Informa também o Fisco que as Notas Fiscais de Serviços de Telecomunicações (NFST) mod. 22, objeto da denúncia espontânea, possuem as mesmas características das NFST mod. 22, objeto do presente lançamento, ou seja,

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

série U4, destinadas a “Clientes Diversos”, sem destaque de ICMS, confirmando, portanto, tratarem-se de ativações de recargas/cartões pré-pagos virtuais, prestações nas quais o ICMS é devido.

Não existe nenhuma dúvida jurídica de que a ativação de recargas pré-pagas, sob a descrição do serviço de “Recarga Oi Virtual PIN”, é tributada pelo ICMS, dúvida que existe com relação a outros serviços prestados pelas concessionárias do serviço de telefonia, onde grande é o contencioso judicial e se tem decisões favoráveis aos contribuintes no Superior Tribunal de Justiça.

No presente caso, a intenção da Impugnante é não pagar o imposto, pois não pretende discuti-lo no judiciário, vez que fez denúncia espontânea para situação semelhante.

Desse modo, sabendo a Autuada que a ativação de recarga é tributada, não destacar o imposto, indicando sua base de cálculo nas NFST emitidas, a sujeita à penalidade prevista no art. 54, inciso VI da Lei nº 6.76/75 c/c art. 215, inciso VI, alínea “f” do RICMS/02.

Diante o acima exposto, julgo procedente o lançamento.

Sala das Sessões, 08 de abril de 2014.

René de Oliveira e Sousa Júnior
Conselheiro