



RECURSO VOLUNTÁRIO E RECURSO DE OFÍCIO Nº 153/2011

AUTO DE INFRAÇÃO Nº 065063000304

RECORRENTE: LOTE MOC DISTRIBUIDORA LTDA

RECORRIDA: FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL

RELATOR: CONSELHEIRA SAVINA AMÁLIA MARINHO MAGALHÃES

Sessão realizada em 06 de agosto de 2013.

ACÓRDÃO Nº 124/2013

EMENTA: ICMS - Comunicação. Obrigação Principal. Cartões Indutivos em trânsito acobertados por documento fiscal inidôneo. Falta de previsão legal para operações interestaduais entre empresa de telecomunicação e terceiro revendedor de cartões indutivos /ou entre distribuidor e outro terceiro revendedor. Natureza da operação "venda de mercadoria adquirida ou recebida de terceiro", em vez de "prestação de serviço de telecomunicação". Somente a Prestadora do STFC que tem Telefone de Uso Público - TUP, em serviço em sua planta, pode emitir e comercializar cartões indutivos para o público em geral. A comercialização de cartões indutivos somente poderá ser dentro de sua área de atuação. As notas fiscais apropriadas para as operações são as modelo 22 (NFST). Inidoneidade do documento fiscal. Antecipação do Imposto na primeira unidade fazendária.

I. Recursos conhecidos e não providos no sentido no sentido de manter a decisão de Primeira Instância.

II. Decisão por unanimidade.



RELATÓRIO

1. Contra a empresa LOTEMOC DISTRIBUIDORA LTDA foi lavrado o Auto de Infração nº 065063000304 contendo a seguinte descrição: “As Notas Fiscais nºs (...), série 1, foram consideradas inidôneas, uma vez que constam declarações inexatas quanto ao destaque do ICMS, razão pela qual foram lavrados os Termos de responsabilidade, depósito e confissão de dívida (TRDCD) nºs (...), convertidos neste auto de infração. (...). Este AI refere-se às operações realizadas na Unidade de Trânsito - UNITRAN.”;
2. Na fundamentação legal constante do referido auto de infração foram apontados os seguintes dispositivos: Art. 155, § 2º, VII, alínea ‘a’, da Constituição Federal de 1988, Arts. 11, I, ‘b’, III, ‘d’, 12, VII, e § 1º, da Lei Complementar Federal 87/96, Arts. 124, II, e 128, do Código Tributário Nacional, Arts. 1º, § 1º, III, 2º, VII e § 1º, art. 3º, III, “b”; art. 14, VII e XII; art. 64, “caput”; art. 81, § 1º e art. 84, §2º da Lei 4.257/89; Convênio ICMS 126/98, Convênio ICMS 55/05, Art. 297, Art. 347, IV, primeira parte, Arts. 990, 1005, 1006, 1533, § 2º, e Art. 1588, § 4º, III, e XXII, e do Decreto Estadual 13.500/2008;
3. A penalidade aplicada foi à prevista no art. 78, inciso III, alínea “b”, da Lei 4.257/89;
4. Houve impugnação junto à Primeira Instância, sendo julgado PROCEDENTE EM PARTE o Auto de Infração lavrado, através da Decisão nº 093/2011;
5. Inconformada, a empresa interpõe Recurso a este Conselho, requerendo o provimento do mesmo, para reformar a Decisão de Primeira Instância, o cancelamento do Auto de Infração em epígrafe, extinguindo-se o crédito tributário nele consubstanciado e arquivamento do presente Processo Administrativo Fiscal, com as seguintes alegações:
 - a) a Recorrente é parte ilegítima na relação tributária em discussão, uma vez que não é prestadora dos serviços de comunicação, logo, não é contribuinte do ICMS - comunicação;
 - b) o ICMS incidente sobre a prestação de serviços de comunicação tem como sujeito passivo a operadora de telefonia fixa que entregou os cartões, localizada no Estado de Alagoas;
 - c) em relação ao ICMS - comunicação incidente sobre serviços pré-pagos de telefonia fixa, a incidência se dá uma única vez, sendo o imposto recolhido pela empresa prestadora de serviços de telefonia fixa no momento da saída dos mesmos para o intermediário ou usuário final.
 - d) a ANATEL afirma que a responsável pelo recolhimento do ICMS, no local do fornecimento dos cartões a intermediários ou usuários, é a empresa de telefonia;



- e) o STJ entende que o pagamento do imposto deve ser feito ao Estado onde se localiza a concessionária de telefonia;
6. A Procuradoria Fiscal manifestou-se pelo conhecimento e não provimento dos recursos de ofício e voluntário. Manutenção, na integralidade, da decisão recorrida.
7. É o relatório.

VOTO DA RELATORA

8. Defesa tempestiva, pois apresentada dentro de prazo legal.
9. A exigência fiscal diz respeito à cobrança de imposto em virtude de nota fiscal inidônea relativa a serviço de comunicação materializado por cartões indutivos telefônicos, oriundos do Estado de Alagoas, destinados à empresa autuada. Consoante a descrição do fato, a inidoneidade resulta de declarações inexatas quanto ao destaque do ICMS.
10. Em que pese ser um bem material, o cartão é representativo de uma prestação de serviço, podendo ser utilizado para conversação em terminais públicos de telefonia ou em telefones celulares pré-pagos. Somente quando o cartão é adquirido do fabricante é tratado como mercadoria. A partir do momento em que é adquirido pela operadora e esta confere possibilidade de efetivar ligações telefônicas, ele passa a ser representativo de uma prestação de serviço, atraindo a incidência do ICMS - comunicação. A doutrina de Marco Aurélio Greco e Anna Paula Zonari afirma que presta o serviço a empresa que mantém em funcionamento o sistema de comunicações consistentes em terminais, centrais, linhas de transmissão, satélite, etc.
11. No que diz respeito a regime especial de apuração e pagamento do imposto estadual pelas prestadoras de serviços de comunicação, as regras foram instituídas pelo Conv. 126/98. Anos depois, novas disposições foram formuladas sobre procedimentos para a prestação pré-paga de serviços de telefonia, por meio do Conv. 55/2005, que foi internalizado pelo Decreto nº. 13.500/2008, e especificamente em seu artigo 990, I, assim dispõe:

“Art. 990”. 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 (Conv. ICMS 55/05 e 88/05):

“I - para utilização exclusivamente em terminais de uso público em geral, por ocasião de seu fornecimento a usuário ou a terceiro intermediário para fornecimento a usuário, cabendo o imposto à unidade federada onde se der o fornecimento;”

12. Com base no art. 1.005 do referido decreto, o imposto relativo às operações tratadas pelo artigo 990 deve ser recolhido em favor deste estado antecipadamente na primeira unidade fazendária.

13. Tudo estaria dentro da perfeita normalidade se o terceiro intermediário estivesse na mesma unidade da federação da empresa fornecedora dos cartões. É que não há previsão legal para a situação instaurada, ou seja, empresa de telecomunicação em determinado estado da federação e o terceiro revendedor, em outro. Isto é reforçado pela dicção do parágrafo único do Convênio nº. 126/98:

*“Parágrafo. O disposto no inciso I aplica-se, também, à remessa a estabelecimento da mesma empresa de telecomunicação localizado **na mesma unidade federada**, para fornecimento ao usuário do serviço.”*

14. Destaque-se, ainda, que a AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES - ANATEL, no exercício da competência que lhe foi atribuída, resolveu aprovar, pelo instrumento da Resolução nº 334, de 16 de abril de 2003, o Regulamento para Utilização do Cartão Indutivo em Telefone de Uso Público do STFC. O capítulo I do Título II deste instituto, que discorre sobre os requisitos para a comercialização, determina, no artigo 3º, que somente a Prestadora do STFC que tem Telefone de Uso Público - TUP, em serviço em sua planta, pode emitir e comercializar cartões indutivos para o público em geral; e no 5º, que 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. As regras citadas não foram obedecidas.

15. Ressalte-se que operações interestaduais estão previstas, entretanto, quando se tratar de remessa de cartões como meio físico entre estabelecimentos de empresas de



telecomunicações. Não é o caso, pois esses materializam uma prestação de serviço. Embora a natureza da operação constante da nota fiscal se refira à 'venda de mercadoria', esta não se coaduna a realidade. Além do que, não há previsão legal para a operação mencionada, conseqüentemente, o documento fiscal que acompanha os cartões torna-se inidôneo. No que tange à inidoneidade de documento fiscal, o artigo 347, IV e VII do Decreto nº. 13500/2008, assim dispõe:

“Art. 347”. Salvo disposição especial em contrário, é considerado inidôneo, para todos os efeitos fiscais, fazendo prova apenas em favor do Fisco, o documento que:

(...)

II - não seja o legalmente exigido para a respectiva operação ou prestação;

(...)

“IV - contenha declarações inexatas, esteja preenchido de forma ilegível ou apresente emendas ou rasuras que lhe prejudiquem a clareza;”

16. Assim, verifica-se que a nota fiscal emitida faz constar 'venda de mercadoria adquirida e/ou recebida de' como se os cartões fossem mercadorias (meio físico), mas na realidade trata-se de cartões indutivos, que representam prestação de serviço, e exigem outro tipo de documento para acobertá-los, como mencionado em parágrafo anterior.

17. No caso em tela, a empresa é destinatária dos cartões telefônicos em trânsito, sem o respectivo comprovante de recolhimento do imposto, em favor deste estado, exigido pelo art. 1.005 do Decreto nº. 13.500/08; e sem qualquer providência no sentido de efetivá-lo. Apesar de alegar a impugnante ser apenas uma empresa cujo objeto social é a distribuição de cartões telefônicos, tal argumento não a exime da condição de responsável pelo débito fiscal, visto que os cartões têm como destinatário a empresa autuada, devendo ser recolhido antecipadamente o respectivo imposto. Assim, não há que se falar em ilegitimidade da relação jurídico-tributária argüida pela defendente.

18. Alega a autuada que é inaplicável a multa de 80%, pois há ausência de enquadramento do presente caso no teor da norma. Nesse caso, será acolhida a reclamação da impugnante, visto tratar-se de serviço de comunicação, hipótese que não está inserta no artigo 78, III, "b"



da Lei nº. 4.257/89, logo deverá ser aplicada a multa de 50%, em consonância com o artigo 78, II, "b" da mencionada lei.

19. Pelas razões anteriormente expendidas, há que se reconhecer o descumprimento da obrigação principal, bem como oportuno o lançamento efetuado, que deve ser alterado apenas em relação à multa.

20. Ante o exposto, conheço dos recursos, mas nego-lhes provimento, no sentido de manter a decisão de Primeira Instância.

DECISÃO

21. A Primeira Câmara Recursal do Conselho de Contribuintes, em sessão realizada no dia 06 de agosto de 2013, decidiu, por unanimidade, conhecer dos Recursos Voluntário e de Ofício, mas negar-lhes provimento, no sentido de manter a decisão de Primeira Instância que julgou procedente em parte o Auto de Infração com redução da penalidade para 50% (cinquenta por cento). Participaram do julgamento os Conselheiros Raimundo Neto de Carvalho, Presidente da Câmara, Savina Amália Marinho Magalhães, representantes do Fisco, Carlos Augusto de Assunção Rodrigues e Olívio Joaquim Fonseca Filho, representantes dos contribuintes, e Celso Barros Coelho Neto, Procurador do Estado, representante da Procuradoria Tributária.

22. Sala das Sessões do Conselho de Contribuintes do Estado, em Teresina, 06 de agosto de 2013.

Raimundo Neto de Carvalho-Presidente

Savina Amália Marinho Magalhães-Conselheira-Relatora

Carlos Augusto de Assunção Rodrigues-Conselheiro

Olívio Joaquim Fonseca Filho-Conselheiro

Celso Barros Coelho Neto- Procurador do Estado