



SECRETARIA DA FAZENDA
CONSELHO DE CONTRIBUINTES
PRIMEIRA CÂMARA RECURSAL



RECURSO VOLUNTÁRIO E DE OFÍCIO: Nº 086/2012

AUTO DE INFRAÇÃO: Nº 1065163000335

RECORRENTE: SOUZA CRUZ S/A

RECORRIDA: FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL

RELATORA: CONSELHEIRA SAVINA AMÁLIA MARINHO MAGALHÃES

Sessão realizada em 26 de setembro de 2013.

ACÓRDÃO Nº 155/2013

EMENTA: ICMS. OBRIGAÇÃO PRINCIPAL. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE TELECOMUNICAÇÃO. CARTÕES TELEFÔNICOS INDUTIVOS EM TRÂNSITO. TERCEIRO INTERMEDIÁRIO LOCALIZADO NO ESTADO DO PIAUÍ. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO NA PRIMEIRA UNIDADE FAZENDÁRIA. NOTAS FISCAIS INIDÔNEAS. ICMS DEVIDO AO ESTADO ONDE SE LOCALIZA O USUÁRIO DOS CARTÕES.

I. Recurso Voluntário conhecido e não provido no sentido de manter a Decisão Recorrida de Primeira Instância, que julgou procedente o Auto de Infração, com a redução de penalidade para 50% (cinquenta por cento).

II. Decisão por unanimidade de votos.

RELATÓRIO

01. Contra a empresa SOUSA CRUZ S/A foi lavrado o Auto de Infração nº 1065163000335, contendo a seguinte descrição: “A nota fiscal fatura nº 020942, série 2, foi



SECRETARIA DA FAZENDA
CONSELHO DE CONTRIBUENTES
PRIMEIRA CÂMARA RECURSAL



considerada inidônea, uma vez que constam declarações inexatas quanto ao destaque do ICMS, razão pela qual foi lavrado o Termo de Responsabilidade, Depósito e Confissão de Dívida (TRDCD) nº 14952, convertido neste auto de infração. (...). Este AI refere-se às operações realizadas na Unidade de Trânsito - UNITRAN.”

02. 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, Art. 5º; Art. 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; arts. 166, § 4º, III, XVII e XXII e 183, § 2º do Dec. 7.560/89; arts. 4º, IV, primeira parte e 12 do Dec. 9.740/97; art. 2º B do Dec. 10.200/99; e arts. 1º e 2º do Dec. 12.553/07.

03. A penalidade aplicada foi à prevista no art. 79, inciso III, alínea “b”, da Lei 4.257/89 (oitenta por cento).

04. Houve impugnação junto à Primeira Instância, sendo julgado PROCEDENTE o Auto de Infração lavrado, através da Decisão nº 090/2012, com redução da penalidade.

05. 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:

Preliminarmente:

Da ilegitimidade passiva tributária da recorrente:

- A impugnante é parte ilegítima para figurar no pólo passivo da presente relação jurídico tributária, visto que não é prestadora dos serviços de comunicação;

- A Resolução nº 334, de 16.04.2003, determina que apenas a prestadora de serviço de telecomunicação pode emitir e comercializar os cartões indutivos;

- Na qualidade de única contribuinte do ICMS - Comunicação compete exclusivamente à prestadora do serviço de comunicação o dever de recolher o imposto;

- É assente na doutrina e na jurisprudência o entendimento de que o contribuinte deve estar vinculado diretamente ao fato gerador do imposto;



SECRETARIA DA FAZENDA
CONSELHO DE CONTRIBUINTES
PRIMEIRA CÂMARA RECURSAL



- Se não é contribuinte, tampouco é responsável solidária ou substituta tributária, por absoluta ausência de previsão legal;

Do mérito:

Impossibilidade de tributar os serviços correlatos à telecomunicação – Não Incidência do ICMS sobre atividade-meio;

O ICMS - Comunicação é devido pela operadora a terceiro Estado;

A Telemar é concessionária de serviço de comunicação no Estado do Piauí e a Recorrente é terceira selecionada pela prestadora do STFC para comercializar os cartões indutivos;

- A atividade que exerce é medição entre a Telemar e os consumidores de cartões indutivos, sendo que a aquisição do referido cartão não se confunde com a efetiva prestação do serviço de comunicação, que ocorrerá quando da sua utilização, sendo, assim, a sua atuação caracteriza-se como atividade-meio, e não, atividade-fim;

- Nas receitas decorrentes do serviço objeto do auto de infração não há incidência do ICMS - Comunicação;

- A própria ANATEL, responsável pela regulação do setor de telecomunicações, se manifestou afirmando que a atividade de distribuição de cartões indutivos não está enquadrada no conceito de comercialização;

- Não se podem tributar os cartões telefônicos ICMS - Comunicação devido a sua mera entrada no Estado do Piauí;

- Uma empresa que não presta serviço de telecomunicação não pode ser contribuinte do ICMS - Contribuição, tampouco se pode tributar os cartões telefônicos pelo ICMS - Comunicação no Piauí, se o Estado em que se situa o estabelecimento da operadora de telefonia fixa que os fornece é outro;



SECRETARIA DA FAZENDA
CONSELHO DE CONTRIBUINTES
PRIMEIRA CÂMARA RECURSAL



- Requer por fim, seja acolhida a preliminar para não só anular a R. Decisão recorrida como também o Auto de Infração.

- E ainda, como ultrapassada a preliminar, a Recorrente requer seja reformada a R. Decisão recorrida, cancelando-se a cobrança fiscal por acolhimento das razões meritórias, extinguindo-se, por conseguinte, o crédito tributário.

06. Sucessivamente, requer a Recorrente, caso vencida a preliminar e as razões de mérito, a redução da penalidade para 20%, conforme entendimento doutrinário e jurisprudencial.

07. Em cumprimento à providência determinada pela Procuradoria Tributária e em conformidade com as disposições contidas no 'caput' do artigo 97 da Lei Estadual nº 3.216/1973, o Corpo de Julgadores recorreu de ofício a este Conselho.

08. A Procuradoria Tributária, em parecer nº 105/2013 manifestou-se pelo conhecimento e não provimento do Recurso para manter a Decisão de Primeira Instância integralmente.

09. É o Relatório.

VOTO DA RELATORA

10. As exigências fiscais dizem respeito às cobranças do imposto relativo à Serviço de Comunicação em decorrência das Entradas no Estado do Piauí de cartões telefônicos, oriundos do Estado de Alagoas, destinados à Recorrente, estando os documentos fiscais desacompanhados dos respectivos Documentos de Arrecadação em favor do Piauí, o que motivou as lavraturas de Termos de Responsabilidade, Depósito e Confissão de Dívida, os quais posteriormente foram convertidos em Autos de Infração.

11. É necessário destacar que, para o perfeito entendimento da questão, há que se fazer uma interpretação lógica e sistemática do regime jurídico do ICMS, partindo, inicialmente dos dispositivos constitucionais que norteiam toda a legislação infraconstitucional pertinente à matéria.

12. Reza o art. 155, II, da CF de 1988:



SECRETARIA DA FAZENDA
CONSELHO DE CONTRIBUINTES
PRIMEIRA CÂMARA RECURSAL



“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 prestações se iniciem no exterior.”

13. Também a Constituição Federal, no art. 155, parágrafo 2º, inciso XII, atribui à Lei Complementar as funções de definir seus contribuintes, dispor sobre Substituição Tributária, disciplinar o regime de compensação e ainda fixar para efeito de cobrança e definição do estabelecimento responsável, o local das operações ou prestações relativas à circulação de mercadorias e prestações de serviços. Lei Complementar que dispõe normas gerais em matéria de ICMS é a nº 87, de 13/09/1996, com suas alterações.

14. Em relação à prestação onerosa de comunicação, assim dispôs referida LC 87/96:

“Art. 2º. O imposto incide sobre:

(...)

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

15. Coube também a Lei Complementar 87/96 definir, em seu art. 4º, o contribuinte do ICMS, e o Estado do Piauí tratou da mesma matéria na Lei 4.257/89, art. 12:

“Art. 12. Contribuinte é qualquer pessoa, física ou jurídica, que realize, com habitualidade ou em volume que caracterize intuito comercial, operações de circulação de mercadoria ou prestações de serviços de transporte interestadual e



SECRETARIA DA FAZENDA
CONSELHO DE CONTRIBUINTES
PRIMEIRA CÂMARA RECURSAL



intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e prestações se iniciem no exterior.”

16. O artigo 12, VII, da Referida Lei Complementar considera ocorrido o fato gerador das prestações onerosas de serviços de comunicação, o momento das referidas prestações e no parágrafo 1º do mesmo artigo trata de prestação de serviços, no caso dos cartões ou assemelhados:

“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, 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 ou assemelhado, considera-se ocorrido o fato gerador do imposto quando do fornecimento desses instrumentos ao usuário”.

17. A inteligência do citado comando legal nos conduz a interpretar que o fato gerador – nascimento da obrigação jurídica de pagar o imposto- nas prestações onerosas de serviços de comunicação, quando realizada mediante pagamento por cartão, ocorre no momento do fornecimento desses instrumentos ao usuário. Em outras palavras, é o ato de fornecer o cartão ao usuário que faz nascer à incidência do ICMS sobre a prestação desse tipo de serviço, daí resultando a obrigação de pagar o imposto ao Estado do Piauí, vez que o usuário final aí se encontra localizado. A Lei estadual 4.257/89 repete o teor dessa regra em seus artigos 2º, § 1º, e 3º, inciso III, alínea “b”. O RICMS/PI também determina no art. 990, inciso I, que cabe o imposto à Unidade da Federação onde se der o fornecimento ao usuário ou a terceiro



SECRETARIA DA FAZENDA
CONSELHO DE CONTRIBUINTES
PRIMEIRA CÂMARA RECURSAL



intermediário para fornecimento a usuário, relativamente às modalidades pré-pagas de prestações de serviços de telefonia fixa, disponibilizados por ficha, cartão ou assemelhado.

18. Vale ressaltar, que o art. 1.005, do Decreto 13.500/2008(RICMS), prescreve de modo expresse, a obrigatoriedade de pagamento antecipado do imposto na primeira Unidade Fazendária do Estado do Piauí, relativamente às entradas de cartões para utilização exclusiva em terminal de uso público em geral, quando não houver comprovação de recolhimento do imposto em favor desta Unidade Federativa, *in verbis*:

“Art. 1.005. Na entrada no território do Estado do Piauí de fichas, cartões ou assemelhados, para utilização na prestação de serviços de comunicação nas modalidades pré-pagas de prestações de serviços de telefonia fixa para utilização exclusiva em terminal de uso público em geral, sem comprovação do recolhimento em favor desta Unidade Federada, o imposto devido ao Estado do Piauí será pago antecipadamente na primeira unidade fazendária deste Estado, não sendo admitida a concessão de diferimento.”

19. Mesmo que a recorrente não fosse considerada contribuinte do ICMS, em função das peculiaridades de sua atividade, embora possua inscrição no Cadastro de Contribuintes deste Estado, como sustenta nas razões recursais, não está afastada a responsabilidade solidária, prevista no art. 124, inciso I, do CTN, combinado com as disposições do art. 14, XII, da Lei 4.257/89, de modo a obrigá-la, solidariamente, ao cumprimento da obrigação tributária principal.

20. A fiscalização detectou de início, a inidoneidade documental que acobertava as operações, conforme determina a legislação em vigor, as operações em tela deveriam ser acobertadas por Notas Fiscais de Serviços de Telecomunicações (NFST-22), vide Convênio ICMS 126/98 e Art. 507 do Decreto 13.500/08 c/c Art. 1.588, § 4º, inciso III, do Decreto 13.500/2008. Caracterizada a inidoneidade da documentação fiscal conforme prescreve o art. 347, I a IV, do Dec. 13.500/08, o imposto é cobrado no momento do ato fiscal, em obediência ao Art. 38, § 2º, da lei 4.257/89.



SECRETARIA DA FAZENDA
CONSELHO DE CONTRIBUENTES
PRIMEIRA CÂMARA RECURSAL



21. Ademais, sabe-se que a Lei Complementar 87/96, no que tange às operações e prestações sob o amparo de Nota Fiscal Inidônea, definiu como local da operação àquele onde fosse detectado a irregularidade, consoante art. 11, I, “b” e II, “b”. Tendo o Estado do Piauí também assim determinado na Lei 4.257/89 Art. 3º, inciso I, “b”. E no que tange às operações onerosas de serviço de comunicação, que em sendo inidôneas as Notas Fiscais, o local da operação é o definido no art. 11, III, “d” da LC 87/96, na Lei 4.257/89 no Art. 3º, III, “e”, ou seja, onde o serviço é cobrado.

22. No que concerne à penalidade aplicada também acertada a decisão do Julgador de Primeira Instância ao reduzir a multa consignada inicialmente de 80% (oitenta por cento) para 50% (cinquenta por cento), pois em sendo hipótese de serviço de telecomunicação e não mercadoria a questão dos autos, esta não se acha realmente inserta na norma do art. 78, III, “b” da Lei nº 4.257/89, e sim de forma mais pertinente, na regra do art. 78, II, “b”, do mesmo diploma legal. Vale lembrar que a responsabilidade pela infração, conforme previsão do art. 136 do CTN, tem natureza objetiva, independe da intenção do agente ou do responsável, natureza e extensão dos efeitos do ato.

23. Ante o exposto, conheço dos Recursos, nego-lhes provimento, para manter as Decisões de Primeira Instância e considerar Procedentes os Autos de Infração com redução da penalidade.

24. É como voto.

DECISÃO

25. A Primeira Câmara Recursal do Conselho de Contribuintes, em sessão realizada no dia 26 de setembro de 2013, decidiu, por unanimidade, conhecer do Recurso Voluntário, mas negar-lhe provimento no sentido de manter a Decisão recorrida de Primeira Instância, que julgou o Auto de Infração procedente com redução da penalidade. Participaram do julgamento os Conselheiros Raimundo Neto de Carvalho, Presidente da Câmara, Savina Amália Marinho Magalhães, representantes do Fisco, Olívio Joaquim Fonseca Filho e Carlos Augusto de Assunção Rodrigues, representantes dos contribuintes, e Celso Barros Coêlho Neto, Procurador do Estado, representante da Procuradoria Tributária.



SECRETARIA DA FAZENDA
CONSELHO DE CONTRIBUINTES
PRIMEIRA CÂMARA RECURSAL



26. Sala das Sessões do Conselho de Contribuintes do Estado, em Teresina, 26 de setembro de 2013.

Raimundo Neto de Carvalho-Conselheiro-Presidente.

Savina Amália Marinho Magalhães-Conselheira-Relatora.

Olívio Joaquim Fonseca Filho - Conselheiro.

Carlos Augusto de Assunção Rodrigues-Conselheiro.

Celso Barros Coelho Neto-Procurador do Estado.